

Universidad del Rosario
Facultad de Jurisprudencia
Doctorado en Derecho

RECREAR EL SEXO:

**Construcción discursiva del sexo en la jurisprudencia de la
Corte Constitucional (1993-2019)**

Investigación Doctoral para optar por el título de
Doctor en Derecho

Richard Tamayo Nieto
Doctorando

Tatiana Rincón Covelli, PhD.
Tutora

Bogotá D.C., enero de 2021

TABLA DE CONTENIDO

1. RESUMEN	5
2. INTRODUCCIÓN	6
3. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	11
"La alternativa menos mala es asignarle el sexo femenino"	11
El problema de estudio	18
Antecedentes y referentes investigativos	25
Pregunta central de investigación	32
4. JUSTIFICACIÓN	33
5. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN	34
Marco teórico	34
La matriz sexual	36
La (re)asignación sexual	41
Hipótesis	46
Objetivo general	46
Objetivos específicos	46
Metodología	47
El discurso como actuación	47
La eficacia performativa	49
El enfoque crítico-genealógico	54
La jurisprudencia constitucional como acto discursivo	60
Preguntas operativas	62
Corpus de estudio	63
6. DISCUSIÓN	74
6.1 ¿Tienen sexo los nombres?	77
Sentencia T-594 de 1993	77

6.2 Objetivaciones del sexo	83
Sentencia T-504 de 1994	83
6.3 La rebelión de la naturaleza sexual	91
Sentencia T-477 de 1995	91
6.4 La construcción del niño hermafrodita	118
Sentencia SU-337 de 1999	118
Sentencia T-551 de 1999	144
Sentencia T-692 de 1999	162
Sentencia T-1390 de 2000	169
Sentencia T-1021 de 2003	171
Sentencia T-912 de 2008	183
6.5 La invención del género	184
Sentencia T-1025 de 2002	184
6.6 El fantasma transexual	214
6.7 Transiciones	222
Sentencia T-876 de 2012	225
6.8 La población transexual	233
Sentencia T-918 de 2012	237
6.9 Materialidades del sexo	253
Sentencia T-231 de 2013	253
6.10 La indeterminación sexual	260
Sentencia T-450A de 2013	260
6.11 Las identidades transgénero	274
Sentencias T-552 y T-771 de 2013	274

6.12 ¿Hacia el sujeto intersex?	291
Sentencia T-622 de 2014	291
6.13 El sexo como declaración	294
Sentencia T-063 de 2015	294
6.14 El niño transgénero	315
Sentencia T-498 de 2017	319
Sentencia T-675 de 2017	326
6.15 La catacresis transgénero	329
Sentencia T-447 de 2019	329
7. CONCLUSIONES	354
8. REFERENCIAS	382

1. RESUMEN

La asignación sexual es un proceso sociojurídico por medio del cual se le asigna a un sujeto algún sexo disponible en el orden normativo a través de unos procedimientos institucionalizados. En países como Colombia en los que el sexo es requisito de la personalidad jurídica y, por tanto, una condición para devenir sujeto de derechos y obligaciones, la asignación sexual es un acto performativo fundamental para habilitar socialmente a las personas.

Sin embargo, la compleja naturaleza biopsicosocial del sexo supone problemas en los procesos de asignación sexual, conflictos que bajo ciertas condiciones pueden ingresar al tráfico jurídico y alcanzar incluso la órbita del análisis constitucional.

Entre los años 1993 y 2019, la Corte Constitucional colombiana analizó conflictos relativos a la asignación sexual en 21 sentencias que se ocupan de cuestiones jurídicas como el cambio de nombre de masculino a femenino; los mecanismos de corrección del componente sexo en los documentos de identidad; el registro civil de niños con indeterminación sexual; el consentimiento informado en cirugías de readecuación genital infantil; y el aseguramiento en salud de procedimientos quirúrgicos de reafirmación sexual; entre otros.

A través del análisis de discurso crítico-genealógico de estas sentencias, esta investigación demuestra que la jurisprudencia constitucional construye de manera variable, contingente e inconsistente el sexo, lo que tiene efectos en los modos en que este tribunal define problemas jurídicos y toma decisiones con efectos performativos en la construcción de identidades sexuales personales y colectivas.

Palabras clave: Sexo legal, asignación sexual, sexualidad, género, cambio de sexo, intersexualidad, transexualidad, transgénero, performatividad, cirugías de reasignación de sexo, reafirmación sexual quirúrgica, jurisprudencia colombiana, Corte Constitucional, análisis de discurso.

2. INTRODUCCIÓN

El sexo es una compleja matriz biopsicosocial cuyas dinámicas de producción varían a lo largo de la historia colectiva y del ciclo vital los individuos. En la producción del sexo pueden distinguirse tres procesos diferenciados: la definición sexual, la asignación sexual y el diseño sexual. En la *definición sexual*, convergen componentes genéticos, congénitos, neurológicos y endocrinos que en interacción con factores ambientales, determinan las características sexuales de un individuo dentro de un *continuum* biológico de infinitas variaciones corporales. La *asignación sexual* es un proceso social por medio del cual se le asigna a un individuo un sexo previsto en el ordenamiento socio-jurídico de una sociedad mediante ciertos procedimientos institucionalizados. En razón de su naturaleza, este proceso también puede implicar la reasignación sexual, es decir, la posibilidad de que al individuo se le asigne un nuevo sexo por medio de un procedimiento normativo específico, tal y como ocurre en los procesos de jurisdicción voluntaria o los actos administrativos de cambio y corrección de sexo. El *diseño sexual*, por su parte, implica el uso de tecnologías biomédicas, farmacéuticas, cosméticas y gimnásticas para modelar el cuerpo según ciertos patrones socio-culturales ligados a los sexos/géneros que van desde sencillas expresiones de vestuario y maquillaje, hasta la realización de terapias de reafirmación sexual voluntaria y cirugías de readecuación genital forzosa.

Estos tres procesos son heterogéneos entre sí, suponen distintas dinámicas y se desarrollan según temporalidades propias. En razón de arreglos de poder, estos procesos pueden reafirmarse mutuamente, pero también entrar en conflicto. Puede suceder que en el proceso de definición sexual se produzcan cuerpos con características que no se adecúan a los criterios normativos de asignación sexual hegemónicos en una sociedad y se busque normalizarlos a través de un procedimiento quirúrgico de diseño sexual, como sucede en algunos casos de intersexualidad. O puede pasar que un cuerpo que ha experimentado unos procesos autónomos de diseño sexual reclame un sexo distinto al que le fue asignado legalmente al nacer, como ocurre con algunas personas transgénero. De la misma forma en que estos tres procesos

pueden coincidir y reafirmarse de infinitas formas, también pueden producirse conflictos a lo largo de todo el ciclo vital del individuo, y entre el individuo y el grupo social al que pertenece, de modo que el sexo y las comprensiones que tenemos sobre él también varíen y se transformen.

En Colombia, algunos de estos conflictos entre los procesos que constituyen la matriz sexual han ingresado de distintas maneras al tráfico jurídico y unos cuantos casos han alcanzado incluso la esfera del análisis constitucional. Cuando la Corte Constitucional como intérprete autorizado de la Constitución se ve en la obligación de abordar, definir, cualificar y delimitar las consecuencias y el alcance jurídico de problemas relativos a la asignación o reasignación sexual de una persona, nos encontramos con una oportunidad inigualable para estudiar de qué manera el derecho construye y materializa históricamente la noción misma de sexo.

En el marco de esta investigación, la jurisprudencia constitucional se entiende como un conjunto de actos discursivos capaces de provocar performativamente cambios materiales en la vida personal y colectiva que trascienden lo jurídico. Esta eficacia performativa, desde luego, está sujeta a un juego social que modula, refrena y multiplica sus efectos. En tanto discurso, las sentencias de la Corte pueden comprenderse como actos de enunciación que objetivan unas preocupaciones históricas y develan parte de la trama social en la que se constituyen discursivamente ciertos objetos de saber y nodos de poder como el sexo. Por esto, a través de herramientas propias del análisis de discurso crítico-genealógico desarrollado por Foucault, esta investigación se propuso seguir la trayectoria de cómo se ha construido discursivamente la noción de sexo a lo largo de 26 años de vida del tribunal constitucional colombiano.

El análisis crítico-genealógico de la jurisprudencia constitucional colombiana sobre (re)asignación sexual se entiende como el estudio de la emergencia y formación histórica de enunciados sobre la sexualidad dentro del campo jurídico. La producción histórica supone que solo algunos sujetos están en capacidad de enunciar unos determinados discursos sobre el sexo, de acuerdo con unos procedimientos

concretos, en unos contextos enunciativos particulares, con unas fuentes de legitimación específicas y con una cierta eficacia performativa, aspectos en los que profundiza el análisis de discurso. A diferencia de enfoques metodológicos que buscan determinar si un discurso jurídico es correcto, legítimo o adecuado respecto a unos ciertos principios jurídicos o reglas de interpretación y por lo tanto centrados en el análisis de las reglas o postulados internos al discurso, el estudio aquí propuesto busca descifrar los juegos tácticos entre enunciados médicos, psicológicos, psiquiátricos, morales, políticos y, desde luego, jurídicos que se tejen en la jurisprudencia constitucional y, por ello, hace énfasis en los aspectos materiales, discontinuos y contingentes del discurso.

El *corpus* de jurisprudencia a analizar se construyó a partir de aquellas sentencias en donde la (re)asignación sexual es tratada como tópico central de discusión de la Corte, es decir, allí donde este asunto hace parte constitutiva del problema jurídico planteado y, por tanto, la argumentación sobre aspectos sexuales se desarrolla en la *ratio decidendi* de cada sentencia. A partir de este criterio, se identificó un conjunto de 21 sentencias, 20 de ellas de tutela y una de unificación de jurisprudencia, producidas entre los años 1993 y 2019 por el tribunal constitucional colombiano en las que se analizan conflictos relativos a las (re)asignación sexual. Estas sentencias se ocupan de cuestiones jurídicas tales como: el cambio de nombre de masculino a femenino; los mecanismos de corrección del componente sexo en los documentos de identidad; el registro civil de niños con indeterminación sexual; el consentimiento informado en cirugías de redecuación genital a niños, el sujeto de este consentimiento y sus reglas de validez; la cobertura en el sistema de aseguramiento en salud de procedimientos quirúrgicos de reafirmación sexual; entre otros. En estos contextos tan diversos, la Corte Constitucional produjo decisiones que obligan a la corporación a reflexionar y argumentar sobre la naturaleza del sexo, las condiciones de posibilidad de la (re)asignación sexual, sus consecuencias para los sujetos y las instituciones, y sus efectos en el ordenamiento jurídico.

En razón de las particularidades de los casos revisados, el encuadre conceptual de cada caso y los discursos no jurídicos a los que se recurre para dar forma a la

hermenéutica jurídica, decidimos organizar el análisis de manera cronológica y de acuerdo con los modos en los que se problematiza, objetiva y subjetiva el sexo en cada momento histórico.

De esta forma, el estudio inicia en 1993 con la sentencia T-594/93 en la que la Corte Constitucional analiza si una modificación del nombre supone o no una variación del sexo. Luego, entre 1994 y 2008, el problema de la (re)asignación sexual estará ligado a la cuestión del niño hermafrodita y, particularmente, a las cirugías de readecuación genital. Ocho sentencias se centran concretamente en este asunto: T-504/94, T-477/95, SU-337/99, T-551/99, T-692/99, T-1390/00, T-1021/03 y T-912/08. Si bien la sentencia T-477/95 aborda el caso de un niño cuyos genitales fueron mutilados, la discusión sobre la legitimidad de las cirugías de readecuación se configura sobre un marco de inteligibilidad hermafrodita, como lo veremos más adelante.

En el año 2002 en la sentencia T-1025/02, emerge por primera vez en la historia de la jurisprudencia constitucional estudiada la noción de género con una eficacia performativa propiamente dicha para el análisis allí realizado por la Corte, razón por la cual esta sentencia merece un análisis particular.

En el año 2013 se profieren dos sentencias bastante singulares que por ello exigirán un abordaje individual: la T-231/13, en la que se analiza el procedimiento idóneo para corregir el sexo por cuenta de errores notariales y la T-450A/13 en la que se abordan las implicaciones jurídicas de la indeterminación sexual.

A partir del año 2012, el problema de la (re)asignación sexual es tratado como un asunto particularmente ligado a las identidades *trans*. Entre 2012 y 2013 predomina la discusión sobre las cirugías de cambio o reafirmación de sexo, tal y como lo veremos en T-876/12, T-918/12, T-552/13 y T-771/13. Y en una segunda etapa, entre 2015 y 2019, tomará preponderancia el estudio de la corrección del componente sexo en los documentos de identidad, cuestión que se revisará en T-063/15, T-498/17, T-675/17 y T-447/19 que, a su vez, también implicarán dos

nuevas líneas de problemas que abordaremos a profundidad: la autodeterminación sexual y los niños transgénero.

Este trayecto revela que el sexo en tanto objeto discursivo de reflexión constitucional es *variable, contingente e inconsistente*, lo que delata profundas contradicciones y paradojas en los modos en los que la Corte Constitucional problematiza jurídicamente la (re)asignación sexual. Cuestiones que sin lugar a dudas resultan fundamentales en una sociedad en la que el binarismo sexual tiene fuerza normativa, coactiva e institucional, lo que desde luego afecta las formas de vida, dignidad y viabilidad social de todas aquellas personas que en razón de su cuerpo, autonomía y deseo no pueden adecuarse a los principios reguladores de este régimen heteronormativo.

3. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

"La alternativa menos mala es asignarle el sexo femenino"

En algún día de septiembre de 1980 en una vereda del departamento de Antioquia nace N.N., un varón bautizado y registrado por sus padres con un nombre que desconocemos (Corte Constitucional, 1995). Seis años después, ese *mismo* cuerpo será bautizado y registrado con un nombre de mujer que también desconocemos y que fue elegido por una enfermera que atendía a la niña en un hospital. Para 1995, esta persona será renombrada como "N.N.", esta vez por un magistrado de la Corte Constitucional, con el ánimo de "proteger la intimidad" del niño aunque no es del todo claro si el chico solicitó dicha protección. No sabemos los nombres con los que este niño fue reconocido en su vida cotidiana, pero pasará a la historia jurídica colombiana como N.N. y así mismo se le citará posteriormente en jurisprudencia nacional e internacional.

Los padres de N.N. son unos "campesinos semi-analfabetas, habitantes de una región subdesarrollada y lejana" (*Ibíd.*) y, de acuerdo con una nota de prensa de El Tiempo (1995), serían un "matrimonio indígena" pobre y con dificultades para comunicarse.

En marzo de 1981 ocurre un hecho impreciso en su contorno y sin causas claras. Al volver de trabajar en labores del campo, los padres encuentran al niño sangrando y a una pequeña perra que cuidaba la casa con el hocico manchado de sangre. Los campesinos madrugan al día siguiente a llevar al niño hasta el pueblo más cercano y luego, por la gravedad de las heridas, lo trasladan a la ciudad de Medellín. Allí se le diagnostica pérdida del pene y los testículos. Las instituciones que gestionan el hecho no pueden valorarlo de una manera consistente: para algún psicólogo del ICBF la historia de la emasculación es "una fantasía simbólica" de los padres, mientras que Medicina Legal da a entender que la cercenación de los genitales se produjo con un objeto cortopunzante y quizá fue un acto intencional. Un proceso penal posterior concluiría que no hubo delito alguno.

Apenas una semana después de los *hechos*, algún médico insinúa que se le deben realizar estudios genéticos al niño “con fines netamente académicos” y “planear el cambio de sexo” (Corte Constitucional, 1995). En abril de 1981 los padres firman un documento en el que autorizan “cualquier tipo de tratamiento” que permita mejorar la situación del niño y veinte días más tarde se le realiza una meatotomía que, en palabras del mismo médico, es calificada como una “reasignación de sexo”. A los padres se les “instruye” sobre la “necesidad” de cambiar el registro civil del niño en la notaría y la partida de bautismo en la parroquia. Dado que el niño vive en un sitio alejado se prescribe además que sea trasladado por el ICBF a algún hogar sustituto donde sea posible realizar más fácilmente los controles médicos requeridos. N.N. sale del hospital siendo una niña y con un nuevo hogar: en adelante será criada en un albergue de monjas mientras sus padres corren la voz de que su hijo ha muerto.

Con 5 años, la niña es entregada por la directora del albergue al ICBF pues “requiere tratamiento especial para que quede como una niña” (*Ibíd.*). Allí se decide su traslado a Medellín en donde meses más tarde se le realiza una cirugía de “remodelación de sus órganos genitales” y se le diseña una vagina que, según indican los médicos en 1988, deberá ser corregida “cuando la niña sea más grande” (*Ibíd.*).

Pero, ¿de qué genitales se habla aquí?, ¿en qué momento N.N. tuvo genitales femeninos como para que se hable de algo así como una “remodelación”? ¿es que acaso nació con algún tipo de ambigüedad genital?, ¿ha sido diagnosticado/a con algún tipo de intersexualidad?, ¿a partir de qué momento puede decirse de él o ella que es hombre o mujer?, ¿qué sucede con su registro civil?, ¿qué pasa con la partida de bautismo, “fundamental” para la familia y requisito para que la niña pueda hacer su primera comunión?, ¿con qué criterios se le prescribe el sexo a este/a niño/a?, ¿cómo es que un conjunto de instituciones convergen en garantizar o “estropear” el proceso de asignación sexual prescrito?, ¿cómo determinar que el proceso ha sido exitoso o no?, ¿cómo un conjunto de saberes médicos, psiquiátricos, psicológicos, jurídicos, pedagógicos y religiosos confluyen para hacerle un sexo a

este cuerpo? En fin, ¿cómo es que se produce cierto sexo? Y, más allá de todo este dispositivo: ¿qué sexo desea, solicita, demanda y se construye este niño o niña?, ¿sabemos qué quiere?, ¿quién se ha preocupado por indagar en su deseo?, ¿en qué capacidad está este niño o niña de decidir sobre *su sexo*?, ¿realmente le pertenece *su sexo*?, ¿qué tipo de participación ha tenido N.N. en toda esta parafernalia institucional para producirle un sexo?

En agosto de 1965 nacieron en Ontario los gemelos Bruce y Brian Reimer (Gaetano, 2017). Los niños sufrían de una fimosis en su pene que podía solucionarse fácilmente con circuncisión. Durante el procedimiento quirúrgico, el médico que trataba a los niños realizó un procedimiento no convencional que quemó el pene de Bruce y le produjo daños irreparables en los tejidos. En 1967, los padres del niño le llevan a consulta al Hospital Johns Hopkins de Baltimore en donde trabajaba el psicólogo John Money, autoridad mundial en estudios sobre el sexo. Según el criterio de Money, dado que el pene de Bruce no podía ser reconstruido debía someterse a un proceso de reasignación de sexo desarrollado por el equipo médico del Hospital. Este protocolo incluía varios procedimientos quirúrgicos para diseñar una “vagina funcional”, un tratamiento extenso con hormonas y medicamentos, y una crianza acorde con los roles que se esperan socialmente de una mujer. El mismo psicólogo veía en los gemelos Reimer la oportunidad de realizar un “experimento viviente” que le permitiera probar sus teorías sobre la adquisición de lo que llamaba “roles de género”, una novedosa categoría con la que pretendía resolver sus insatisfacciones con el extenso repertorio de significados asociados al término *sexo*.¹

1. Jennifer Germon relata un capítulo de la invención del concepto de género en la década de los 50 así:

At that time, the only readily available term was *sex*, which Money found unsatisfactory because of its conceptual overload. *Sex* referred not only to bodies status (of the *female/male sex*), it also referred to erotic acts and behaviors (to *have sex*), a person's psychological status as masculine or feminine (*sexual identity*), and (after Parsons) to patterns of social and intimate behaviors deemed appropriate to men and women (*sex roles*). Money would later write of his frustration at having to use statements such as ‘a male sex role except that his sex role with sex organs was not male, and his genetic sex was female’ (2009: 31-32).

El género, esa categoría que hoy resulta casi ineludible para el análisis de la sexualidad, fue

Money y su equipo desarrollaron el protocolo médico que durante más de 50 años fue hegemónico en gran parte del mundo y bajo el cual fue operado N.N en Colombia.

Las historias de N.N y Bruce Reimer coinciden en muchos puntos. Son niños nacidos varones que con apenas unos meses de vida sufrieron una mutilación genital y en ambos casos un dispositivo institucional se organiza con el fin de probar una hipótesis: que la identidad sexual es el resultado de un *imprinting* neurológico en arreglo con una crianza con “continuidad, autenticidad, coherencia y adaptación” con el sexo asignado por los médicos.² En las dos situaciones, los doctores consideran que un niño sin genitales es un sujeto “asexuado” y que, si no se le asigna un sexo “claro” para él y para el medio social, puede crecer como “un incompetente sexual, un desadaptado social y frecuentemente un antisocial” (Ochoa, 1995). Reasignar el sexo es pues, una obligación médico-moral frente a la cual la familia y el niño deben prestar toda su colaboración y, dado que con las técnicas quirúrgicas disponibles para ese momento y según las palabras de uno de los médicos que operó a N.N. “la alternativa menos mala es asignarle el sexo femenino”, un principio de eficiencia tecnológica pasa a ser determinante para la reasignación sexual de una persona.

Estos casos son, además, evidencias de un fracaso:

[...] con el paso del tiempo, la naturaleza del menor comenzó a rebelarse contra los ‘roles’ que le habían impuesto los tratamientos médicos. [...] [N.N.] exigió el cambio de trato social, de ropa, se negó a tomar las pastillas para aumentar los senos, propició el cambio de denominación entre sus amigos y maestros (Corte Constitucional, 1995).

N.N. a través del Personero Municipal, decide interponer una acción de tutela contra el médico que le operó, el hospital donde se le realizó el tratamiento, el

inventado por Money como un recurso de economía del lenguaje. Germon ha realizado un juicioso análisis de la genealogía de este concepto que inspira en gran medida la presente investigación.

2. Criterios expuestos por el Director del Hospital donde se operó a N.N. y que son citados entre los testimonios recogidos por la Corte Constitucional en la sentencia T-477 de 1995.

ICBF y sus propios padres. En el caso de Bruce Reimer, rebautizado Brenda por sus padres y ‘Joan’ por el doctor Money, decidió vivir como hombre a los 15 años y, tras vivir décadas de problemas emocionales y familiares, se suicidó en el año 2004.

En 1997, el psicólogo Milton Diamond demostró que Money falseó los datos de sus experimentos con Bruce Reimer y realizó conductas inapropiadas como simulaciones de coito en las terapias con los dos hermanos (Gaetano, 2017). Pese a que las teorías de Money fueron polémicas desde sus inicios, solo hasta este año comenzó el declive del protocolo bajo el cual decenas de miles de niños fueron reasignados sexualmente en muchos países del mundo y que aun hoy resulta influyente en el ámbito médico. Si bien el caso de N.N. sale a la luz en el año de 1995 antes de las denuncias de Diamond, en la sentencia T-477/95 donde la Corte Constitucional analiza el caso son evidentes las diferencias de criterio entre los médicos consultados y, en una investigación posterior realizada como parte de la fundamentación de la sentencia SU-337/99, el tribunal colombiano será informado por el propio Diamond sobre los graves cuestionamientos que recaían sobre el trabajo de Money. Hoy, las investigaciones de Money todavía son estudiadas como uno de los grandes referentes científicos sobre la sexualidad y se han convertido en uno de los puntos de ataque más poderosos de quienes defienden los discursos político-morales organizados alrededor de la denominada “ideología de género”.³

Los casos de N.N. y Bruce Reimer dejan en evidencia que las creencias acerca de lo que es la sexualidad —con todas las aseveraciones, tesis, hipótesis, prescripciones, inquietudes éticas, formulaciones morales, imaginarios, fantasías y regulaciones normativas que pueden tener cabida en el juego social— tienen efectos directos sobre los cuerpos. Las creencias profesionales y los imaginarios institucionales guían la acción, tallan la carne, modelan la corporalidad y dan forma material a

3. Un claro ejemplo del efecto de estos discursos en el campo jurídico en el que se usa a Money para deslegitimar la noción de género es *La ideología de género en el derecho colombiano* de Campillo-Vélez (2013).

ciertas experiencias de la identidad, el reconocimiento, el dolor y el placer. Sobre el cuerpo de N.N. no se expresan o comunican ideas como simples representaciones mentales de lo que *él* o *ella* es. Sobre N.N. se llevan a cabo unos procedimientos reales de amputación, corte, diseño, modelación, medicación, terapias y aislamiento. Su cuerpo es transformado radicalmente a través del dispositivo institucional en el que está atrapado.

En la vida de una persona como N.N.: ¿qué es entonces el sexo?, ¿qué implica para él o ella tener o no tener un sexo?, ¿solo es posible tener *un* sexo? Estas personas, ¿realmente tienen un sexo, esto es, lo poseen como una propiedad corporal o una forma de identidad? ¿O tendremos que decir que se les ha hecho un sexo?, ¿que están desposeídos del sexo que se presume como propio?.⁴ Es muy común sostener que las personas nacen con *un* sexo y, en gran medida, nuestros ordenamientos jurídicos dan por evidente esta creencia. Sin embargo, para las personas el sexo no es una simple forma de nombrar un objeto, ni tampoco se vive como una forma orgánica cuyo despliegue se realiza de acuerdo con un plan somático interno. El sexo se construye corporalmente a diario a través de gestualidades, gimnásticas, dietéticas y cosméticas. Y para no pocas personas, el sexo se construye terapéuticamente, con tratamientos médicos, visitas al psicólogo, planes de salud, copagos y seguros. Y para algunas de estas personas, el sexo debe construirse dolorosamente: con sangre, mutilaciones, escalpelos, hilo, cicatrices, inyecciones y fármacos. Y para muchas de estas personas, construirse un sexo exige también un presupuesto con el que no siempre se cuenta o una financiación que debe exigirse por vía judicial.

4. Sobre esta fórmula lingüística de uso tan habitual que refiere al sexo como algo que se posee o tiene, dice Judith Butler:

Si yo afirmo que «tengo» una sexualidad, entonces parece que la sexualidad está ahí de manera que yo la puedo llamar mía, que se puede poseer como un atributo. Pero ¿y si la sexualidad es el medio por el cual se me desposee? ¿Qué pasa si es investida y animada desde otro lugar aunque sea mía precisamente? ¿No se puede concluir, entonces, que el «yo» que «tiene» su sexualidad se deshace mediante la sexualidad que afirma tener, y que esta misma afirmación ya no puede ser hecha exclusivamente en su propio nombre? Si otros me reclaman cuando me afirmo, entonces el género es para otro y proviene de otro antes de convertirse en el mío (2006: 34).

Hacer un sexo, hacerse un sexo, no resulta algo tan sencillo como en ocasiones estamos tentados a suponer. Para muchas personas el sexo debe ser luchado, exigido, demandado y, por tanto, exige formas de construirse una agencia, de ser reconocido como titular de unos ciertos derechos y de ser un sujeto capaz de crear formas de organización colectiva y solidaria, todo ello vivido muchas veces bajo la amenaza de persecución y de la muerte misma.⁵

Y en todos los casos —incluso los que se definen a sí mismos como ‘normales’, ‘exitosos’ o ‘afortunados’— el sexo se construye jurídicamente. Para muchos basta con que el médico haga una anotación en el certificado de nacimiento, que luego servirá para que la Registraduría emita un registro civil. Pero en ocasiones la mirada médica duda o falla, o quien realiza el registro teclea mal, así que al trámite administrativo del sexo se le puede sumar uno judicial. Otras personas viven algunos años con el sexo que se les asignó al nacer, pero luego deciden o son impelidos a cambiarlo, lo que implica procesos, solicitudes, protocolos, peritajes, requerimientos, burocracias.

Así que ante este panorama resulta oportuno preguntar: ¿qué papel juega el derecho? Al fin y al cabo, es la Corte Constitucional la que produce a N.N. como personaje dentro de una narrativa jurídica y la que le da a este niño la posibilidad de “recuperar” *su sexo* ¿Cómo es posible que una sentencia judicial permita o deniegue la posibilidad de hacer o hacerse un sexo?, ¿qué sexo o sexos produce el derecho?

5. Para estos cuerpos en los que sexo e identidad se entrelazan de forma tan opaca, las formas de organización política basadas en la identidad no siempre resultan tan cómodamente habitables:

¿Podemos ser sujetos de los derechos humanos quienes, a nivel corporal, desmentimos la corporalidad normativa de los seres humanos? [...] ¿Cómo incluir, por ejemplo, en las agendas de derechos reproductivos centradas en las mujeres a quien sólo será llamada mujer tras sufrir la mutilación de su cuerpo?” (Cabral, & Benzur, 2005: 38).

El problema de estudio

La convicción de que el sexo supone ocupar un lugar estable y claro dentro de la oposición masculino/femenino en un posicionamiento que ha de ser invariante a lo largo del ciclo vital, es dominante en la sociedad colombiana. Esta creencia de base es materializada, avivada y reafirmada a través de un conjunto muy amplio de prácticas sociales que van desde los roles validados culturalmente para los sexos y las reglas gramaticales con las que hablamos, hasta las posiciones consideradas jurídicamente válidas como forma de reconocimiento social y que, al ser promovidas a través de políticas públicas y del poder coactivo del Estado, tienen una enorme capacidad para estructurar las relaciones consigo mismo y con los demás. Ocupar un sexo se constituye así en una obligación social sujeta a valoración y sanción por parte de la sociedad y sus instituciones.

Sucede que a los/as infantes se les declara en un sexo —a partir de las formas corporales visibles que suponen características biológicas imperceptibles e incluso aún inexistentes— y se les asigna un nombre —operación que inscribe a ese sujeto en la dimensión simbólica, acorde con el orden social al que arriba—. La interpretación de la diferencia anatómica es la clave que inscribe al sujeto con fuerza ontogénica en la matriz de diferencia sexual, operación que funciona bajo una lógica de dicotomía excluyente: es niño o niña, será hombre o mujer. Por lo general no se duda de que el transcurso confirmará que la niña es mujer y el niño es hombre. Cada vez que se repite ese proceso en la vida social, se fortalecen los puntos que sostienen las uniones entre las diferentes dimensiones que dan estructura a la matriz de la diferencia sexual. Es decir, la aparente estabilidad de la diferencia sexual se produce a partir de la ceremonia de reiteración que ha sedimentado un horizonte bajo el cual la vida es posible. (Alcántara, 2013: 191)

Las posiciones del binario sexual se presumen transparentes, comprensibles, articulables, naturales, estables y, sobre todo, habitables, de manera que parece evidente que las personas se deberían experimentar cómodamente a sí mismas como hombres o mujeres pues, además de su propia experiencia, son reconocidas sociojurídicamente como tales. No obstante, hay cuerpos que resultan opacos, incomprensibles e inarticulables dentro de la oposición masculino/femenino y más allá de las dificultades que pueda implicar etiquetar a estos cuerpos, resulta curioso que se les considere artificiosos e incluso inhabitables, al punto que muchas personas crean que

son cuerpos imposibles o incapaces de existir. Si un cuerpo no es legible claramente como hombre o mujer, ¿cómo comprenderlo?, ¿cómo referirse a ‘ello’ o ‘eso’ si no se puede contar con los más comunes términos de ‘él’ o ‘ella’?, ¿cómo valorar socialmente este cuerpo y saber si lo que realiza es coherente o no con lo que socialmente se espera de él?, ¿cómo atribuirle y exigirle unas responsabilidades, unos derechos, unas prerrogativas? Y desde una posición afectiva y personal: ¿cómo habitar un cuerpo que no es reconocido socialmente como válido?, ¿qué pasa cuando la experiencia íntima del cuerpo está dissociada e incluso se opone por completo a las expectativas sociales y las formas de reconocimiento que de él tienen la familia y el Estado? Estas preguntas pueden resultar extrañas y lo son precisamente porque implican cuestionar algo que se suele considerar no interrogable. Pero sucede que hay cuerpos de los que no puede afirmarse fácilmente que sean hombres o mujeres; que son percibidos como hombres pero se habitan como mujeres; que han sido validados durante un tiempo como mujeres, pero que en cierto momento desean ser reconocidos como hombres; que resultan indistinguibles a la mirada como hombres o mujeres; que son llevados por alguna contingencia a habitar otro sexo, como en el caso de N.N.; o que simplemente no se sienten cómodos con la obligación de ser hombres o mujeres, que desean habitar las dos posiciones o una tercera o ninguna. Y en todos los casos surgen preguntas por la deseabilidad de estos cuerpos, por su viabilidad e incluso por su posibilidad de existencia ¿Es posible tener un cuerpo sin sexo?, ¿es jurídicamente viable?, ¿es susceptible de protección?, ¿es deseable como sujeto de amor y cuidado?

Resulta que estos cuerpos aparecen con una mayor frecuencia de lo que inicialmente puede pensarse. Cuerpos con algún grado de ambigüedad genital; o con algún tipo de mutilación genital accidental o deliberada; o con cierto grado de intersexualidad genética o congénita; o modelado a través de prácticas quirúrgicas, farmacéuticas, estéticas o gimnásticas; o con la voluntad autónoma de que le sea reconocido jurídica y socialmente un sexo distinto al que le fue asignado al nacer, o un sexo de transición, o simplemente que se le dispense de la obligación de tener un sexo; en fin, cuerpos que exhiben, construyen, sufren, gozan o desean unas

formas de variación corporal que cuestionan los marcos de validación y comprensión con los que se reconocen sociojurídicamente los cuerpos en nuestra sociedad. A la serie infinita y variable de cuerpos, las instituciones sociales —y particularmente el Estado— oponen una estructura jurídica binaria a la que se supone capaz de dar cuenta de toda la diversidad sexual.⁶ Y es por esta sencilla razón que emergen conflictos entre los cuerpos y esta estructura normativa, de modo que algunos cuerpos entran en conflicto con las instituciones y son interpelados por estas de formas que pueden resultar placenteras, dolorosas, humillantes, violentas, empoderadoras y hasta emancipadoras.

Algunos de estos conflictos pueden implicar de variadas formas al Estado. Ya sea porque las instituciones con las que se entra en conflicto tienen una naturaleza estatal, o porque los cuerpos buscan la protección, validación o reconocimiento del Estado. Cuando el cuerpo de una persona no resulta ‘claro’, ‘legible’, ‘articulable’ o ‘asimilable’ dentro de los criterios normativos habituales para la Registraduría Nacional, una Entidad Promotora de Salud, una Institución Educativa, la Dirección de Reclutamiento del Ejército o la familia misma, y estas instituciones tienen dificultades para tratar a un cuerpo como ‘hombre’ o ‘mujer’, o este tratamiento resulta lesivo, inadecuado o humillante para una persona, surgen conflictos entre los ciudadanos y las instituciones que, eventualmente, son gestionados por operadores jurídicos que actúan de diversas formas para resolver el problema planteado. En algunos casos, estos conflictos pueden llegar a tramitarse judicialmente e incluso pueden

6. En este agenciamiento entre la serie corporal y los órdenes normativos de carácter jurídico, las relaciones entre medicina y derecho se tornan complejas y dinámicas. No se puede simplificar el asunto y afirmar que el derecho impone una matriz binaria, pues también puede ocurrir que las instituciones médicas actúen como agentes normativos mediante la imposición del binarismo sexual a través de tecnologías quirúrgicas como ocurre con N.N. A propósito de cómo las cirugías de reasignación perpetúan el binarismo sexual dice Germon:

While medical science has long understood that the complexity of sexual development produces a spectacular array of human bodily forms, the law assumes a straightforward oppositional relation between two sexes. For that reason critics argue that the medical technologies play a significant role in permitting the maintenance of a ‘legal fiction of binary gender as an absolute’ (2009: 4-5).

convertirse en motivo de debate al nivel de la interpretación de la Constitución Nacional como en el caso de N.N.

En el momento en que ciudadanos e instituciones de distintos tipos convergen en discutir cómo debe determinarse el sexo de un sujeto y qué efectos jurídicos se sigue de ello, nos encontramos con una singular oportunidad para comprender cómo se construye la noción misma de sexo ¿Cómo es que hemos llegado a considerar evidentes, inteligibles, viables, legítimos, deseables y habitables ciertos sexos en Colombia, mientras otros se consideran ambiguos, ininteligibles, inviados, ilegítimos, indeseables e incluso inexistentes? Evidentemente, esta pregunta tiene un carácter muy extenso y complejo que no puede abordarse dentro de los límites de esta investigación, por lo que resulta fundamental delimitar nuestro campo y objeto de acción, no solo con miras a la pertinencia disciplinar de este estudio, sino con el ánimo de alcanzar una mayor potencia comprensiva en la medida en que el objeto de estudio sea más local y preciso.

La historia de N.N. permite desagregar un conjunto de rasgos que permiten hacer un bosquejo del problema de investigación a proponer:

- ◇ ¿Cómo es que el cuerpo de un niño en el que se suman tantas vulnerabilidades compromete a todas esas personas e instituciones y llega a convertirse en oportunidad de debate al nivel de un órgano como la Corte Constitucional? Esta movilización enorme, densa y costosa de todo un aparataje destinado a comprender, ubicar, corregir, normalizar, sanar, explicar y servir de soporte a la subjetivación de un cuerpo absolutamente ordinario en su origen, pero extraordinario por su capacidad de hacer confluir tantos niveles macro y micropolíticos, resulta al menos curiosa. Este doble proceso de objetivación del cuerpo de N.N. por parte de un dispositivo institucional y de subjetivación de un niño que reclama la posibilidad de decidir autónomamente sobre su cuerpo, es un buen ejemplo de lo que Foucault denomina dispositivos de poder/saber como ensamblajes heterogéneos de

- prácticas discursivas y no discursivas que determinan las formas de experiencia histórica (2005).
- ◇ ¿Cómo es que la Corte Constitucional opera como un lugar de producción discursiva capaz de articular elementos tan heterogéneos en su naturaleza como leyes, precedentes, actas, documentos administrativos, historias médicas, entrevistas personales, peritajes, pruebas psicológicas, saberes expertos, conceptos filosóficos, en fin, todo un *patchwork* discursivo en un solo relato? Esta densidad del discurso al nivel de la materialidad de las sentencias de la Corte las convierte en un objeto muy valioso para estudiar cómo opera el derecho en tanto práctica discursiva. La jurisprudencia de la Corte Constitucional guarda relaciones internas derivadas de la doctrina del precedente judicial y de la naturaleza jurídica misma de esta corporación. Y, en la medida en que estas sentencias tiene un carácter performativo, esto es, de producción de realidad, nos permiten comprender los modos en que el derecho penetra los cuerpos y configura ciertas formas de experiencia corporal.
 - ◇ Y finalmente, ¿por qué tanto interés de todo este dispositivo jurídico por el sexo de un niño?, ¿cómo es que toda esta máquina se mueve para producir, diagnosticar, diseñar, enseñar, inducir, reafirmar, defender, deshacer y devolver el sexo a un niño?, ¿cómo es que el sexo deviene un objeto de saber para el derecho y un artefacto a producir jurídicamente? Este papel del derecho en la producción de cierta experiencia de la sexualidad revela la complejidad misma del sexo y nos abre a un campo de análisis poco explorado en Colombia: la genealogía jurídica del sexo.

En consecuencia, es posible preguntarse de qué forma la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en tanto práctica discursiva, construye y materializa unas formas de experiencia histórica del sexo. En la Sentencia T-477 de 1995 no solo se

determina cómo deberán proceder unos sujetos y unas instituciones con el fin de devolver a un niño el sexo que reclama, sino que dicho reclamo obliga a establecer qué opera allí como el sexo, qué características se le pueden atribuir a este objeto, qué naturaleza tiene, si es susceptible de reparación o no, cómo varía, qué poder tiene el sujeto sobre él, etcétera. En suma, la Corte debe producir una cierta verdad sobre el sexo que tendrá efectos concretos en el campo social y uno de los mecanismos discursivos a través de los cuales establecerá dicha verdad es su jurisprudencia.

El interés en centrar este análisis en la jurisprudencia de (re)asignación sexual radica en que es un paradigma de lo que Judith Butler denomina performatividad de género (2002, 2004, 2006 y 2007). Esta filósofa estadounidense considera que las investigaciones de Austin sobre los realizativos permiten explicar cómo el discurso es capaz de materializar unos cuerpos concretos en un determinado campo social. Si hay enunciados que se definen por su hacer, es preciso comprender cuáles son los límites de este hacer y qué sucede cuando en una sociedad las formas de enunciación del sexo están sujetas a regulación por arreglos concretos del poder. Butler considera que Foucault puede ser muy útil para explicar algunos vacíos en la obra de Austin, en la medida en que sus estudios sobre las relaciones poder/saber permiten explicar cómo se producen y regulan los enunciados en una sociedad, de modo que no siempre es posible enunciar cualquier cosa, de cualquier manera, ni con cualquier efecto. Si los enunciados pueden hacer cosas y transformar los estados de cosas, ¿qué sucederá en una sociedad en la que los enunciados son producidos por un dispositivo político patriarcal, heterocentrado y que considera como posibles y legítimos solamente dos sexos que se definen por su oposición y complementariedad? En sus análisis, Butler busca responder a esta pregunta para el caso particular de la matriz sexual, pero en la medida en que las relaciones de poder regulan también aspectos raciales, étnicos y de clase, es posible extender sus tesis a otros dominios.

Butler llama performatividad a la trama heterogénea de actuaciones discursivas por medio de la cual se materializan los cuerpos. Sucede que estas actuaciones

están siempre reguladas en una sociedad y, para el caso particular de sociedades reguladas según la racionalidad del biopoder, esto se realiza en términos de normalización. Es decir, los sujetos no pueden actuar sin previa habilitación institucional, sin ser instituidos como agentes y sin que un conjunto de mecanismos sociales sancione si sus actuaciones se ajustan a criterios de normalidad/anormalidad, lo que tiene por efecto performativo que se materialicen cuerpos normalizados, pues aquellos cuerpos que realizan actuaciones discursivas y corporales anormales son sancionados de distintas formas —castigo, exclusión, abyección, etc.—, de manera que se hace menos deseable, habitable y materializable actuar y vivir de ciertas maneras. Mediante la reiteración de un conjunto de normas sociales de carácter jurídico, moral, médico, pedagógico, etc., unos cuerpos llegan a vivir el sexo como un marco de inteligibilidad social que les permite reconocerse a sí mismos y ser reconocidos como personas reales, normales y deseables; mientras otros cuerpos son lanzados a zonas de exclusión, abyección e inteligibilidad, pues sus actuaciones discursivas y corporales no se adecúan a las formas hegemónicas de poder.

Podríamos preguntarnos entonces qué sucede cuando en un campo de prácticas discursivas y no discursivas como el derecho —intensamente atravesado por relaciones de poder y con enunciados con una enorme capacidad realizativa en razón de que se apoyan en la fuerza coactiva del Estado— se posibilita, facilita e incluso obliga a ciertas formas de enunciación; mientras se deniegan, excluyen, sancionan y prohíben otras tantas: ¿qué cuerpos son posibles, deseables e inteligibles en un ordenamiento jurídico determinado?, ¿qué sexos son válidos en un Estado?, ¿a través de qué mecanismos coactivos y de normalización el aparato estatal promueve unas identidades sexuales mientras deniega otras posibilidades? Butler da muchas pistas para responder a estas preguntas, pero no profundiza en el análisis de un ordenamiento jurídico en particular. En su libro *Deshacer el género* (2006) muestra de qué manera ciertas normativas jurídicas del sistema de salud en Estados Unidos afectan las condiciones de vida de ciudadanos inter y transexuales; y en *Lenguaje, poder e identidad* (2004) investiga cómo los debates sobre la regulación penal de los discursos de odio deben pensarse a la luz del poder performativo de los enunciados; pero

la filósofa no realiza un análisis profundo del ordenamiento jurídico estadounidense para mostrar cuáles son las reglas que determinan la producción de enunciados jurídicos sobre el sexo en esta sociedad y qué efectos de materialización de los cuerpos se siguen de allí. Las pretensiones de Butler abarcan aspectos teóricos más amplios y permiten a otros investigadores abrir oportunidades de reflexión local que pueden resultar reveladoras dentro de contextos particulares de acción discursiva, política y, desde luego, jurídica.

La investigación aquí desarrollada realiza un análisis de discurso de los enunciados sobre el sexo que produce la Corte Constitucional en sus sentencias sobre (re)asignación sexual, bajo el supuesto de que dichos enunciados tienen una eficacia performativa capaz de transformar la vida de las personas y las relaciones entre estas y los aparatos institucionales. En razón de que esta Corte existe desde el año de 1991 y que el primer caso allí revisado sobre (re)asignación sexual es de 1993, se analizará todo el conjunto de sentencias producido desde ese momento y hasta el año 2019, de modo que se abarca toda la producción discursiva de la corporación sobre este problema.

Antecedentes y referentes investigativos

En gran medida, el problema de la (re)asignación sexual ha sido analizado jurídicamente como parte de los efectos que surgen del choque entre ciertos cuerpos y formas de subjetivación con las instituciones y el Estado, en razón de sus cualidades somáticas e identidades sexuales, tal y como ocurre con las personas intersexuales, transexuales y transgénero, y con individuos con ambigüedades o mutilaciones genitales. Esto ha producido diversas elaboraciones jurídicas en el entorno global que emergen desde lugares expertos,⁷ organismos internacionales de diverso

7. Ejemplo de estos discursos expertos es el Panel Internacional de Yogyakarta que elaboró los famosos *Principios* del mismo nombre (2007) y los informes anuales de la Asociación Internacional de Gays, Lesbianas, Bisexuales, Trans e Intersexuales (ILGA, 2017). Para un análisis de cómo los *Principios de Yogyakarta* empiezan a incidir en el Derecho Internacional y el activismo

alcance,⁸ operadores jurídicos y órganos judiciales y legislativos de varios países del mundo.⁹

Sobre las relaciones entre los ordenamientos jurídicos y los procesos de (re)asignación sexual hay investigaciones que cubren campos como los Derechos Humanos, los Derechos Sexuales y Reproductivos, el Derecho Civil y el Derecho Constitucional.¹⁰ Algunas investigaciones se enfocan en la descripción de casos

en Derechos Humanos puede revisarse Quinn (2010) y Pulecio Pulgarín (2011).

8. Entre las principales elaboraciones de este asunto podemos citar las *Resoluciones 17/19* (2011b) y *27/32* (2014) de la Asamblea General de las Naciones Unidas; los informes de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos *Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género* (2011a) y *Discrimination and violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity* (2015b); la *Ficha de datos: Intersex* publicada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2015a); el *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez* del Consejo de Derechos Humanos de la ONU (2013); el documento *Human Rights and Intersex People* del Council of Europe (2015); el documento *Trans and intersex people: Discrimination on the grounds of sex, gender identity and gender expression* de la Comisión Europea (2012); la declaración interagencias *Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization* (OACHR, UNAIDS, UNDP, UNFPA, UNICEF, WHO, 2014) y el reporte de la Organización Mundial de la Salud *Sexual health, human rights and the law* (WHO, 2015).

9. Hay ejemplos de jurisprudencia, leyes y directivas administrativas en países como Kenia, Sudáfrica, Uganda, Argentina, Chile, Uruguay, Colombia, México, Estados Unidos, Irán, Bangladesh, India, Nepal, Corea del Sur, Bélgica, Dinamarca, Luxemburgo, Grecia, Holanda, Alemania, Malta, Irlanda, Australia y Nueva Zelanda. Algunos ejemplos significativos son la jurisprudencia de la Corte Suprema de India que crea el tercer género para ciudadanos *hijras* y eunucos (2014); el *Gender Identity Gender Expression and Sex Characteristics Act* de Malta de abril de 2015 que prohíbe las cirugías de reasignación sexual en niños; el *Judicial Matters Amendment Act No. 22 de 2005* de Sudáfrica que introduce a las personas intersex dentro de la definición de sexo; y la *Sex Discrimination Amendment (Sexual Orientation, Gender Identity and Intersex Status) Act 2013* de Australia que introduce el estatus intersex y la categoría de identidad de género; la *Ley Integral para Personas Trans* de Uruguay; y la *Ley de Identidad de Género* de 2012 de Argentina.

10. Todos los textos citados en la nota 8 se enmarcan en la perspectiva de Derechos Humanos y Derechos Sexuales y Reproductivos. En el marco civil y constitucional existen trabajos como los de Frankle (2002), Curtis (2011), Enríquez (2013) y todos los que se citan en la nota siguiente.

problemáticos en las legislaciones y la jurisprudencia de distintos países,¹¹ mientras otras asumen perspectivas bioéticas,¹² críticas¹³ y filosóficas.¹⁴

Alrededor del problema general de la (re)asignación sexual orbita un espectro muy amplio de asuntos que han merecido el abordaje jurídico y que tocan desde aspectos civiles evidentes como los cambios en el registro del nombre y el sexo, la legalidad de matrimonios vigentes tras la reasignación y el derecho mismo al matrimonio; hasta preguntas sobre las obligaciones relativas al servicio militar obligatorio, el derecho al acceso a servicios de salud públicos y privados, las coberturas de seguros¹⁵ y la responsabilidad civil y estatal.¹⁶ Hay un grupo muy significativo de trabajos que analizan ética y jurídicamente asuntos médicos como la mutilación

11. Trabajos como los de Gould (1979), Haas (2004), Tamar-Mattis (2006), Menon (2011) y Fraser (2016) para Estados Unidos; Finlay (1996), Parlett & Weston-Scheuber (2004), Bennett (2014), Cregan (2014), Carpenter (2015) y el South Australian Law Reform Institute (2015) para el caso de Australia; Machado (2009) para Brasil; Thoreson (2013) para Sudáfrica, Bonifacio (2015) para Filipinas; McDonald (2015) para Nueva Zelanda; y Travis (2015) para la Unión Europea. También hay análisis muy valiosos con perspectiva en Derecho Internacional y comparado como los de DeLaet (2012), White (2014) y, sobre todo, Greenberg (1999, 2003, 2006 y 2012b).

12. En este campo pueden citarse trabajos como los de Marshall (2000), Hermer (2002), Warne & Mann (2011) y Sparrow (2013).

13. Críticas en el sentido en que cuestionan los procesos de normalización de la sexualidad, muchas veces aupados desde el Derecho. Algunas investigaciones en esta línea son: Ehrenreich & Barr (2005), Lang & Kuhnle (2008), Sharpe (2010) y Suess (2014), entre otras.

14. Trabajos a propósito de cómo las experiencias intersex y trans permiten cuestionar los modos de comprensión hegemónica de los cuerpos, así como sus formas de habitabilidad, ciudadanía y deseo. Propuestas como las de Cabral (2004 y 2009); Vendrell Ferré (2009); García López (2016); Fausto-Sterling (2006, 2017); y Morland (2001, 2005, 2009a y 2009b); entre otras, se podrían ubicar en esta línea. Todas las investigaciones críticas y genealógicas citadas en las notas 17 y 18, así como las filosóficas que hemos citado aquí tienen un alto sentido político e incluso de activismo intersex, trans y Queer.

15. Para un análisis sobre las relaciones paradójicas entre el derecho a la salud, la patologización de la transexualidad, la autonomía de los sujetos y los seguros médicos en Estados Unidos puede revisarse Butler (2006).

16. Para el caso colombiano, por ejemplo, Cárdenas y Velásquez analizan en *Responsabilidad del Estado por intervenciones de reasignación de sexo y adecuación genital temprana* (2017) aspectos referidos a la responsabilidad extracontractual en favor de aquellos que han sufrido intervenciones médicas y quirúrgicas sin su consentimiento.

genital,¹⁷ el consentimiento informado¹⁸ y el acceso a cirugías de (re)afirmación sexual. También se destacan las investigaciones sobre el impacto de la intersexualidad, la transexualidad y la ambigüedad genital en el campo del deporte, en particular por la participación en competencias y la realización de test de verificación de género.¹⁹

Desde una perspectiva propiamente genealógica como la que inspira el presente estudio, hay trabajos muy importantes como *Foucault's Monsters and the Challenge of Law* de Andrew Sharpe (2010) quien, tomando por marco los análisis de Foucault sobre la emergencia de los procesos de normalización, estudia de qué forma el derecho anglosajón abordó desde el siglo XV y hasta el XIX el problema de los monstruos y, en particular, los hermafroditas, como seres doblemente infractores de las leyes de los hombres y las leyes de la naturaleza. Así mismo, pero para el caso de la península ibérica y el derecho español y portugués, Vázquez García y Cleminson en *El destierro de lo maravilloso. Hermafroditas y mutantes sexuales en la España de la Ilustración* (2011); Vázquez García en *Más allá de la crítica de la medicalización. Neoliberalismo y biopolíticas de la identidad sexual* de (2013) y García López *Sobre el derecho de los hermafroditas* (2015); estudian cómo a partir de las prácticas jurídicas se construye históricamente el sujeto hermafrodita desde el siglo XVI y hasta finales del siglo XIX, momento de eclosión de la medicina legal y de emergencia de los procesos de medicalización que darán forma a las concepciones biopolíticas y modernas de la diferencia sexual. Por su parte, en *A History of Gender Variance in Pre-20th Century Anglo-American Law*, Katrina Rose

17. Sobre mutilación genital y derecho a la integridad corporal puede leerse a Chase (2002); Karkazis (2006); Morland (2008); Roen (2008); y Child (2013).

18. El consentimiento informado es uno de los problemas centrales a través de los cuales el derecho contemporáneo ha puesto sus ojos en el problema de la (re)asignación sexual, en particular por la realización de cirugías de este tipo a niños. Además de los trabajos ya citados de Greenberg, también puede revisarse Ford (2001); Parlett & Weston-Scheuber (2004); Gurney (2007); DeLaet (2012); Warne & Mann (2011); y Thorn (2014).

19. Por ejemplo, Wahlert & Fiester (2012); Karkazis et al (2012); Marwah (2013); Cooky & Dworkin (2013); y Gleaves & Lehrbach (2016).

analiza a partir de algunos casos de los siglos XVII, XIX y XX de qué forma las distintas normas anglosajonas sobre el matrimonio fueron contestadas en razón de la indeterminación sexual de ciertos individuos o la variación de su género una vez establecido el vínculo matrimonial (2004). También es de resaltar el trabajo de Ulrike Klöppel *Who Has the Right to Change Gender Status? Drawing Boundaries between Inter- and Transsexuality* (2009) quien realiza una reconstrucción del debate médico-legal sobre la intersexualidad y la transexualidad en la Alemania Occidental de la posguerra y hasta 1980, a fin de mostrar la naturaleza política y contingente de las clasificaciones de género. Por último, es de destacar el trabajo de Kyle Kirkup *The origins of gender identity and gender expression in Anglo-American legal discourse* (2018) donde se analiza cómo la historia de los conceptos de “identidad de género” y “expresión de género” y su emergencia al interior de contextos clínicos y teóricos, termina por dar forma a los abordajes legislativos contemporáneos en Canadá y Estados Unidos. En todas estas investigaciones las prácticas y discursos jurídicos se convierten en un insumo para dar cuenta de la emergencia de unas formas históricas de objetivación y administración de la sexualidad.

También cabe destacar algunos estudios que realizan análisis discursivo de la sexualidad que, si bien no se centran estrictamente en el discurso jurídico ni se basan en el enfoque crítico-genealógico aquí utilizado, resultan referentes metodológicos que aportan herramientas valiosas para esta investigación desde la retórica y el análisis de medios. En *Intersex Identities: Locating New Intersections of Sex and Gender* (1999), Stephanie Turner analiza la retórica utilizada por los entonces miembros de la Intersex Society of North America —ISNA—, y cómo ello da forma a su activismo político y legal. Por otra parte, en *Legal Discourse's Epistemic Interplay with Sex and Gender Classification in the Dewey Decimal Classification System*, Melodie Fox (2016) realiza un análisis de discurso de la famosa clasificación bibliográfica de Dewey para mostrar cómo gracias a su interrelación con los discursos legales anglosajones sobre el sexo y el género ciertas ontologías y epistemologías obtienen un respaldo institucional. En *Against the quiet revolution: The rhetorical construction of intersex individuals as disordered* (2013) Sarah Topp estu-

dia los modos en que la nomenclatura médica de la intersexualidad patologiza a los individuos y los dispone a la corrección quirúrgica de sus cuerpos. Y, finalmente, desde el campo del análisis de discurso mediático, cabe destacar a Scott Oberacker quien en *Sex Assignment Surgery and the Discourse of Public Television* (2007) estudia cómo la televisión estadounidense construye y reafirma formas de comprensión de la intersexualidad y de las cirugías de asignación sexual; así como Stephen Kerry quien en *Representation of intersex in news media: the case of Kathleen Worrall* (2011), realiza un análisis similar al de Topp para los medios de comunicación australianos.

Ahora bien, los análisis realizados hasta el momento en Colombia sobre estos asuntos tienen un enfoque metodológico muy distinto.

Los aportes jurídicos de la Corte Constitucional de Colombia en materia de (re)asignación sexual son reconocidos mundialmente, particularmente en el abordaje de la intersexualidad, y han tenido efectos directos en la legislación, la jurisprudencia, el pensamiento jurídico y el activismo en varios países.²⁰ También se han hecho relativamente frecuentes en los últimos años los análisis de jurisprudencia sobre protección de población *trans*, término que poco a poco ha operado en Colombia como sintetizador de asuntos relativos a personas transexuales, transgénero, travestis, transformistas y drag. Dentro de este grupo, se destacan los análisis de los efectos jurídicos que se siguen del Decreto 1227 de 2015 de Presidencia de la República (2015)²¹ y la jurisprudencia sobre reafirmación sexual de personas transgénero de la

20. Las sentencias de la Corte Constitucional en las que se definen los términos del consentimiento informado en casos de (re)asignación sexual infantil son frecuentemente citadas e incluso han influido en la transformación de los protocolos médicos en algunos países. Entre otros, puede revisarse Ford (2001); Chau & Herring (2002); Greenberg (2003, 2012b, 2012a); Ehrenreich & Barr (2005); Cabral & Benzur (2005); Hughes, Houk, Ahmed, & Lee (2006); Tamar-Mattis (2006); Holmes (2009); Creighton, Greenberg, *et al* (2009); Gillam, Hewitt, & Warne (2010); Curtis (2011); Larson (2011); Menon (2011); Romero y Reingold (2013); Thorn (2014); White (2014); GATE (2014); Diamond & Garland (2014); Rubin (2015) y Council of Europe (2015).

21. Este decreto fue expedido con base en la potestad reglamentaria del Presidente de la República y reúne disposiciones sobre el trámite de corrección del componente sexo en el registro civil. La principal innovación que trae es la posibilidad de realizar este trámite a través de

Corte Constitucional, concretamente en asuntos como el cambio de nombre, el acceso a tratamientos médicos y quirúrgicos, la corrección del componente sexo en los documentos de identidad y la situación carcelaria de personas trans privadas de la libertad. Pese a la riqueza de jurisprudencia y a la exhortación explícita que hizo la Corte Constitucional en la Sentencia T-099 de 2015 (2015b) al Congreso de la República para crear una Ley de Identidad de Género, Colombia no presenta desarrollos legislativos en esta materia.

En general, podría afirmarse que las investigaciones jurídicas disponibles en nuestro país privilegian el análisis de los desarrollos normativos, esto es, se preocupan por mostrar los ‘avances’, ‘retrocesos’ o ‘falencias’ en la protección de derechos. Colombia Diversa (2005 y 2015) y Prada Prada (2013) han hecho síntesis muy completas de los desarrollos en derechos humanos para población intersex y trans. Y un buen grupo de estas investigaciones es también propositivo, en el sentido en que señala alternativas o soluciones también normativas a los problemas jurídicos que trae la (re)asignación sexual.

Un conjunto de estudios se concentra en el análisis de las sentencias de la Corte sobre casos de ambigüedad genital e intersexualidad como las de Velásquez Acevedo *et al* (2007); Maldonado Colmenares y Delgado Maldonado (2008); Bernal Crespo (2011); Céspedes-Báez y Sarmiento-Forero (2011); Serna Vanegas (2012); Romero y Reingold (2013); y Cárdenas y Velásquez (2017). En todas estas investigaciones resalta la tendencia a partir o establecer definiciones normativas del sexo respecto a las cuales se construye la argumentación, se elaboran los problemas, se evalúan las circunstancias y se realizan los aportes. Sin embargo, desde un enfoque crítico-genealógico como el que aquí se propone, cualquier definición prescriptiva debe suspenderse en favor del análisis de la producción histórica de enunciados sobre la sexualidad y sus usos tácticos.

un proceso notarial y no de jurisdicción voluntaria como era obligatorio hasta el 2015.

Pregunta central de investigación

La pregunta principal de esta investigación es: **¿cómo se construye discursivamente el sexo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre asuntos relativos a la asignación y reasignación sexual entre los años 1993 y 2019?**

4. JUSTIFICACIÓN

En un nivel jurídico esta investigación es pertinente en el contexto actual de Colombia, pues gracias a la jurisprudencia constitucional se han catalizado y materializado procesos sociales que han transformado profundamente la vida de muchos ciudadanos y, en particular, a grupos y comunidades minoritarios y precarizados para quienes la acción de tutela se ha convertido en un mecanismo para ejercer su agencia y afirmar sus derechos. Volver la mirada sobre las sentencias en las que la Corte Constitucional ha problematizado la (re)asignación sexual, puede aportar significativamente a la labor de los operadores jurídicos colombianos, a los criterios con los que se imparte justicia y al trabajo de litigio estratégico.

La mirada crítica aquí desarrollada, puede resultar un aporte valioso en los campos de las Ciencias Jurídicas, Sociales y Humanas, y para las reflexiones políticas sobre sexo, género y ciudadanía en Latinoamérica y el entorno global.

En un nivel político, este trabajo puede tener relevancia en las luchas individuales y colectivas por la autonomía sexual y el ejercicio de ciudadanías más plenas, particularmente para los ciudadanos trans, intersex, no binarios y queer. La globalización de formas de subjetividad, unida al cada vez más sofisticado desarrollo científico y biotecnológico, solo hace prever que los problemas socioculturales de las identidades sexuales, el género y la sexualidad se seguirán multiplicando, por lo que el debate sobre estas nociones dista mucho de estar clausurado.

El análisis de cómo se constituye y materializa históricamente la sexualidad en los discursos jurídicos puede introducir por sí mismo nuevos efectos performativos en la manera en como se construyen las subjetividades individuales y colectivas, las nuevas formas de ciudadanía y las políticas públicas, por lo que su intervención en el contexto colombiano puede resultar no solo disciplinariamente pertinente, sino socialmente relevante y políticamente revelador.

5. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

Marco teórico

En el primer volumen de *La historia de la sexualidad* (2005), Michel Foucault realiza el análisis genealógico de un conjunto de prácticas discursivas y no discursivas que desde el siglo XVIII se encargaron de producir unas formas de verdad sobre el sexo y unas prácticas de sujeción de los cuerpos dirigidas a la administración de sus fuerzas vitales. Para el filósofo francés, la eclosión de discursos y prácticas de gestión de la sexualidad desde este siglo no buscaría iluminar y dar voz a una realidad biológica oculta de antaño; sino que tendría por objetivo producir la sexualidad como un objeto material, analizable, comprensible y administrable, a través de unas tecnologías de visibilidad y unas formas de enunciación muy concretas. Para Foucault, la sexualidad no se produce de cualquier manera, sino con miras a algo, de acuerdo con una cierta forma de racionalidad y con unos objetivos muy precisos, no de otra forma podría explicarse la enorme movilización institucional y estatal tendiente a interrogar, observar, estudiar, caracterizar, juzgar, valorar, estimular, promover, castigar, legislar y evaluar la sexualidad. Si el sexo preocupa tanto al Estado no es porque en su esencia repose cierta fuerza antisocial a doblegar o un instinto perverso a domesticar. Es claro que a través del sexo unas relaciones sociales se hacen posibles, por lo que más bien habría que indagar por qué objetivos estatales pueden llevarse a cabo por medio del sexo.

En esta tarea de objetivar históricamente la sexualidad para asegurar su gestión social, un agenciamiento de prácticas discursivas como el derecho, la biología, la medicina, la psicología y la psiquiatría, han producido desde el siglo XVIII un conjunto muy heterogéneo de enunciados con los que se han establecido unas formas de aprehender, comprender, formalizar y delimitar la sexualidad, y que han sido determinantes en los modos mismos a través de los cuales la vivimos, sentimos, habitamos, expresamos y juzgamos. En palabras de Foucault,

[...] la sexualidad se definió “por naturaleza” como: un dominio penetrable por procesos patológicos, y que por lo tanto exigía intervenciones terapéuticas o de normalización; **un campo de significaciones que descifrar**; un lugar de procesos ocultos por mecanismos específicos; un foco de relaciones causales indefinidas, una palabra oscura que hay que desemboscar y, a la vez, escuchar. **Es la "economía" de los discursos, quiero decir su tecnología intrínseca, las necesidades de su funcionamiento, las tácticas que ponen en acción, los efectos de poder que los subtienden y que conllevan** —es esto y no un sistema de representaciones **lo que determina los caracteres fundamentales de lo que dicen. La historia de la sexualidad** —es decir, de lo que funcionó en el siglo XIX como dominio de una verdad específica— **debe hacerse en primer término desde el punto de vista de una historia de los discursos.** Adelantemos la hipótesis general del trabajo. La sociedad que se desarrolla en el siglo XVIII —llámesela como se quiera, burguesa, capitalista o industrial—, no opuso al sexo un rechazo fundamental a reconocerlo. Al contrario, puso en acción todo un aparato para producir sobre él discursos verdaderos. No sólo habló mucho de él y constriñó a todos a hacerlo, sino que se lanzó a la empresa de formular su verdad regulada (*Ibíd.*: 86-87).²²

Producir unas formas de verdad sobre el sexo, exige unas prácticas para cercarlo, unos instrumentos para analizarlo, unos conceptos para abstraerlo, una retórica para expresarlo, unos sustratos donde fijarlo, unas técnicas para interrogarlo, unas herramientas para seguir su desarrollo, unos protocolos para evaluarlo y unas reglas para regularlo. La verdad del sexo no se corresponde con una supuesta y deseada esencia primigenia, sino con el resultado contingente y variable de la tarea histórica de objetivar la sexualidad, esta

[...] verdad consiste en cierta relación que el discurso, el saber, mantiene consigo mismo [...]. La verdad forma de por sí parte de la historia del discurso y es algo así como un efecto interno de un discurso o una práctica (Foucault, 2013: 49).

Son los discursos jurídicos, médicos, biológicos, psicológicos, psicoanalíticos, psiquiátricos, religiosos, políticos, antropológicos, administrativos y de muchas otras naturalezas, los que de diversas formas, con distintos objetivos, con variadas estrategias y con múltiples expectativas, han producido unas formas de verdad sobre la

22. Las negrillas son mías.

sexualidad que, desde luego, son heterogéneas, pero también se intersectan, apoyan, coinciden, contradicen, desplazan y entran en tensión.

Un enfoque crítico-genealógico apuesta por estudiar las formas de producción de verdad como el resultado de un juego discursivo histórico, contingente, discontinuo y local. En este sentido, esta investigación se propone estudiar las formas en que unos discursos jurídicos concretos objetivaron el sexo en un momento de la historia colombiana a fin de establecer su verdad. Como afirma Germon en su genealogía del género

[...] such an approach seeks not to discover any truth in gender, but rather to unsettle and disrupt assumptions of a continuity of meaning and, moreover, to disrupt the idea of fixed essences (2009: 14).²³

Para esta investigadora, el género es precisamente una de las vicisitudes históricas de la experiencia de la sexualidad y, por ello, debe estudiarse sus condiciones de emergencia y las variaciones en su despliegue. En estos análisis, se trata de mostrar que la experiencia de la sexualidad está fundada históricamente y, por ello, es variable y carece de una finalidad trascendente.

La matriz sexual

El sexo puede comprenderse como un complejo biopsicosocial en el que son inescindibles componentes genéticos, congénitos, endocrinos, cognitivos, emocionales, sociales y culturales. Tal heterogeneidad de elementos muestra por qué el sexo resulta un objeto tan difícil de comprender y tan polémico incluso dentro de los saberes considerados expertos. Es tal la diversidad y heterogeneidad de elementos frecuentemente relacionados y atribuidos al sexo en los ámbitos académicos, científicos, médicos, jurídicos y políticos, que resulta fácil extraviarse en el análisis.²⁴ Por

23. Esta genealogía de Germon es, evidentemente, de inspiración foucaultiana. "El análisis del discurso así entendido no revela la universalidad de un sentido, sino que saca a relucir el juego de la rareza impuesta con un poder fundamental de afirmación" (Foucault, 2002: 68).

24. Podría resultar paradójico afirmar que este estudio no tiene pretensiones normativas mientras, a la vez, se sugiere una herramienta para 'aclarar' las frecuentes 'confusiones' concep-

tal razón, en la *Tabla 1* se ha organizado analíticamente en una matriz conceptual muchos de estos elementos recurrentes en la conceptualización del sexo y que aparecen a lo largo de toda esta investigación. Se le llama matriz porque es un arreglo de elementos cuyo valor varía en razón de su posición y establecen distintos tipos de relaciones entre sí; y sexual, porque gracias a arreglos contingentes algunos de estos elementos se considerarán relevantes o no para la definición del sexo, del género o de ambos, según objetivos tácticos precisos. Como veremos más adelante en el capítulo 6, a partir de algunos de los elementos de esta matriz se producirá un artefacto médico-jurídico muy importante al que denominaremos Complejo-Sexo.

Cada uno de los componentes de la matriz sexual posee unas cualidades propias en razón de las cuales aporta al desarrollo, la determinación, la asignación y el diseño sexual.

Sexo es aquel nudo que permite enlazar diferentes dimensiones de relaciones productoras de sentido: formas corporales, características biológicas, prácticas eróticas, posiciones subjetivas, posibilidades de enunciación; el sexo en su polisemia y opacidad. La singularidad implica la indeterminación, el fenómeno es aleatorio y está sujeto al azar. La organización de la matriz *diferencia sexual* puede mantener cierta estabilidad, pues los puntos de contacto son suficientes, pero nunca queda del todo articulada. La dinámica de la diferencia sexual es inestable y discordante, ocurren traslapes entre dimensiones y funciona como un rompecabezas multidimensional en donde las piezas no ajustan del todo y no siempre logran ensamblar. Su estructuración en tanto contenido no mantiene estática en sujeto alguno, como lo muestra la dimensión psíquica. Se transforma tanto a nivel sincrónico como diacrónico, como ocurre en lingüística. Se transforma en diferentes culturas y tiempos, tal y como lo muestran los estudios antropológicos e históricos. (Alcántara, 2013: 196-197).

tuales en el dominio de la sexualidad. Sin embargo, aquí no se busca establecer de una vez por todas qué debe entenderse por sexo, sino aportar una herramienta que permita organizar la información disponible, mapear un dominio y, en el momento en el que se realice el análisis de discurso, ubicar relaciones lógicas entre conjuntos de cualidades con las que se relaciona el sexo. Habría que señalar también que la matriz aquí planteada busca ser performativa, por lo que no se pretende neutral ni conceptual ni políticamente, y en cambio, busca afirmar un pensamiento de la diversidad y la diferencia.

TABLA 1: La matriz sexual *

Componente	Desarrollo	Modo de verificación	Referente normativo		Variaciones	Sujetos	
			Masculino	Femenino			
1	Cromosómico	Genético	Cariotipo	XY	XX	Intersexualidad compleja o indeterminada (45XO, 47XXY, 47XXX)	Intersexual antes "hermafrodita"
2	Gonadal	Semanas 6 a 8 de gestación	Ecografía, endoscopia y ultrasonido	Testículos	Ovarios	Intersexualidad gonadal verdadera antes "hermafroditismo verdadero"	
3	Morfología interna	Semanas 8 a 10 de gestación		Epidídimo, vesículas seminales y próstata	Vagina, útero y trompas de Falopio	Intersexualidad 46 XX antes "pseudohermafroditismo masculino" y "pseudohermafroditismo femenino"	
4	Morfología externa	Semanas 10 a 20 de gestación	Observación	Cuerpo del pene, glande y escroto	Clítoris, labios mayores y menores		
5	Endocrino	Toda la vida**	Niveles hormonales	Predominancia de andrógenos (testosterona)	Predominancia de estrógenos (estradiol) y presencia de progesterona	Infinitas	
6	Fenotípico (Caracteres sexuales secundarios)	Pubertad	Observación	Vello facial y corporal	Vello púbico, senos y menarquia	Infinitas	
7	Jurídico	Nacimiento	Registro civil	Masculino	Femenino	Ninguna en Colombia	X - N - T ***
8	Roles sexuales o de género	Toda la vida	Cultural	Hombre	Mujer	Transgenerismo Transformismo Drag	Trans Transgénero Transformista Transexual No binario Queer
9	Identidad sexual o de género	Toda la vida	Declarativo	Hombre	Mujer	Transexualidad No binarismo Queer	
10	Orientación sexual	Toda la vida	Declarativo	Heterosexualidad		Homosexualidad, bisexualidad, asexualidad	Gay, lesbiana, bisexual, asexual

* Tabla desarrollada por el autor.

La franja amarilla muestra los componentes de lo que en este estudio se denomina "criterios de asignación sexual morfo centrada" de uso hegemónico para el reporte del sexo del nacido vivo en el Certificado de Nacimiento que se toma como base "objetiva" de lo que aquí se denomina sexo jurídico, sexo legal o sexo registral y se señala en turquesa. En verde se señalan las formas más comunes para referirse a los sujetos y/o a la identidad sexual de las personas que suelen actuar como accionantes de las sentencias de tutela aquí analizadas.

** Si bien las hormonas afectan el desarrollo y el comportamiento sexual a lo largo de toda la vida, se reconocen tres momentos críticos en los que estas dirigen transformaciones fundamentales para el individuo:

a) En la semana 6 de gestación en los fetos con el gen SRY (Sex-determining Region) se libera la hormona antimulleriana AMH que fuerza a las gónadas a convertirse en testículos; el feto XX sin gen SRY no liberará la AMH y por tanto las mismas gónadas se convierten en ovarios y trompas de Falopio;

b) A partir de la semana 8 de gestación, en los fetos con el gen SRY, los testículos internos comenzarán a liberar testosterona hasta hacerlos descender a la piel que dará lugar al escroto y comenzará la formación del pene; en los fetos XX la ausencia de testosterona producirá la formación de la vagina, el clítoris y los labios vaginales;

c) Durante la pubertad, los andrógenos y los estrógenos determinarán el desarrollo de los caracteres sexuales secundarios (vello facial y corporal, senos y menarquia).

Como se ve, el sistema endocrino es esencial en la constitución de cuatro de los componentes del desarrollo sexual: gonadal, morfología interna y externa y sexo fenotípico, y dadas las variaciones estadísticas de los andrógenos y estrógenos en el cuerpo desde la gestación y hasta la pubertad, los resultados morfológicos y anatómicos a los que dan lugar son virtualmente infinitos.

*** Indeterminado (X), Neutro (N) y Trans (T) son algunas de las respuestas jurídicas al reconocimiento legal de sujetos intersex y trans previstas por la legislación de ciertos países y debatidas en la literatura jurídica actual.

Todos estos componentes no se despliegan según las mismas temporalidades ni velocidades,²⁵ son asincrónicos y presentan rangos de variación interna que, en su interacción, explican la infinita diversidad sexual humana.²⁶ Esta perspectiva de ciclo vital es fundamental para comprender la sexualidad, en el sentido en que obliga a pensarla dinámicamente como proceso ontogenético y no como una cualidad abstrac-

25. En palabras de Fausto-Sterling: "Acquiring gender is, it seems to me, nothing if not a scripted cultural task that starts before birth and continues to throughout the life cycle" (2017: 65). A esta perspectiva ontogenética habría que sumarle además una comprensión filogenética, genealógica y tecnológica de la especie humana, o de manera más sintética, una perspectiva materialista de lo humano, tal y como lo plantea Myra J. Hird en *Sex, Gender and Science* (2005).

26. Esta "infinite diversity" hace que cualquier esquema de clasificación de los cuerpos resulte siempre una simplificación. En este sentido, la *Tabla 1* no se pretende, en absoluto, exhaustiva con relación a esta diversidad. "Ningún esquema de clasificación puede hacer sino sugerir la variedad de la anatomía sexual con que se encuentra la práctica clínica" (Fausto-Sterling, 2013: 82).

ta consistente o mero signo corporal; pero también implica múltiples problemas, comenzando por cómo aprehender un sexo en desarrollo, que carece de estabilidad a lo largo del tiempo y en el que ningún mecanismo permite anticipar la dirección de su despliegue. Y esto no solamente ocurre por razones de carácter biológico — como el desarrollo en la pubertad de los caracteres sexuales secundarios— sino porque también, gracias a múltiples tecnologías quirúrgicas y farmacéuticas disponibles, el sexo está sujeto a diseño y experimentación. Al nivel de la producción de lo real, el sexo es una matriz abierta a variación continua y elaboración social; y al nivel discursivo, es un significante que ocupa tantos valores tácticos como situaciones enunciativas puedan generarse.

Con esta matriz sexual se busca dejar en evidencia que los arreglos que en un momento específico sirven como parámetro para determinar, fijar o asignar el sexo distan de ser transparentes, estables o seguros y, antes bien, son lo suficientemente complejos, dinámicos y plásticos como para que la diversidad sexual deba considerarse como algo “previsible y presumible” (Estupinyà, 2013: 389) y no solamente como un cierto tipo de reclamo político. La diversidad sexual no es simplemente una proclama en un horizonte de emancipación, sino una realidad somática.²⁷ Esto explica por qué la legibilidad de los cuerpos no depende de fórmulas sencillas ni preestablecidas, y por qué los conflictos entre los distintos modos de comprender, situar, tramitar y aprehender social y jurídicamente el sexo no son el producto de una confusión conceptual de los especialistas o de la incapacidad de alcanzar un consenso teórico y jurídico, sino el efecto mismo de la complejidad biopsicosocial de la que las personas son producto.

27. A propósito de cómo la intersexualidad ha obligado a redefinir los límites de lo que consideramos el sexo, Rosario dice

I would predict, however, that the complex new molecular genetics of sex –along with widespread genetic testing– will widen the sphere or, at least, further blur the boundaries of what is intersex. Thus the medical and sociopolitical challenge of intersexuality will hopefully prompt a broader and more complex understanding of sex/gender/sexuality as a biological, psychological, and cultural phenomenon that is rich, diverse, and indefinitely complex, resistant to all simplistic reductionism, whether biological or discursive (2009: 280).

La (re)asignación sexual

Los investigadores Chau y Herring, en un sugerente artículo titulado *Defining, Assigning and Designing Sex* (2002) distinguen tres procesos diferenciados relativos a esta matriz sexual: la definición sexual, la asignación sexual y el diseño sexual. Esta distinción conceptual es muy útil analíticamente y ayuda a comprender la dinámica de la performatividad de género de Butler, pues a través de distintas prácticas discursivas y no discursivas, un conjunto social define, asigna y diseña una matriz sexual a través de la cual se materializan unos cuerpos cuyas formas de relación consigo mismos y con los demás estarán, a su vez, reguladas por esta matriz.

En la definición sexual confluyen factores de carácter genético, congénito, endocrino y neurológico que influyen en la determinación sexual de un cuerpo dentro de un *continuum* biológico de infinitas variaciones corporales. Por su mismo carácter procesual, la definición sexual implica que la interrelación cuerpo-ambiente es variable a lo largo del ciclo vital, de manera que de una cierta configuración genética no se sigue necesariamente un comportamiento endocrino particular en la pubertad.

La asignación sexual, en cambio, es un proceso netamente socio-jurídico e implica que a través de unos procedimientos institucionalizados se le asigna a un individuo algún sexo previsto en el orden social y jurídico de una sociedad. Las culturas a través del mundo y de la historia han producido un amplio conjunto de categorías, funciones y formas de experiencia sexual que no se reducen al binario masculino/femenino, muchas de las cuales han sido descritas por la antropología (Lang, & Kuhnle, 2008). En algunas ocasiones la asignación sexual no es definitiva para todo el ciclo vital de la persona y puede variar por temporadas o en situaciones específicas en razón de distintos códigos culturales. **Frecuentemente, estas formas de asignación sexual también están codificadas jurídicamente, pero no todas las posibles formas de designación sexual que produce una cultura tienen un correlato jurídico.** Por ejemplo, desde hace siglos en India se reconoce socialmente la asignación sexual de *hijras* y las normativas que regulan su comportamien-

to son básicamente de carácter mítico-religioso, sexual y laboral, pero solo hasta el año 2014 se formalizó una categoría en el orden jurídico para referirse a esta población (India, 2014). Si bien la forma jurídica más generalizada de asignación sexual es la fórmula binaria masculino/femenino, actualmente en países como Alemania, Australia, Nueva Zelanda, India, Bangladesh, Pakistán y Nepal, existen distintas alternativas de asignación por fuera de esta dicotomía. Los criterios a través de los cuales se realiza la asignación jurídica del sexo suelen estar relacionados con la naturalización del binarismo sexual, de modo que el Estado sanciona jurídicamente lo que se percibe como una forma de distribución de los cuerpos estipulada por la naturaleza.²⁸ Las formas en las que se institucionalizan los mecanismos de asignación son variables, pero es muy común que impliquen el reporte familiar y médico y que tomen forma material en un documento público. En países como Colombia, la existencia jurídica de una persona requiere que le sea asignado un sexo jurídico y, por tanto, el ser sujeto de derechos y obligaciones está estructuralmente ligado a la identificación con uno de los sexos validados por el Estado (Enke, 2010; Borrillo, 2011).

La asignación jurídica del sexo del nacido es un caso de performatividad. Como afirma Alcántara

[...] diferenciar el cuerpo a partir de una marca de sexo es un acto de producción de inteligibilidad que captura al sujeto en una red de significación desde su nacimiento. La respuesta a la pregunta ‘¿qué fue (niño o niña)?’, pretende salvar los agujeros del sinsentido, reunir carne y subjetividad” (2013: 190).

28. Las distintas formas en las que se ensamblan el derecho y la medicina han transformado estos criterios de asignación. Un claro ejemplo de esta relación es citado por Klöppel:

In 1909, a Berlin magistrate had pointed out that the delegation of the judgment about the sex of hermaphrodites to physicians implied that 'man' and 'woman' are not legal, but medical, scientific terms; therefore, the law comprehends the terms according to the scientific state-of-art (Wilhelm 1909: 15). Thus, while the law demanded an unequivocal assignment to the male or female gender status, the criteria for classification and concrete decision-making in intersex cases were left to physicians. This division of labor between law and medicine, as reconfigured around 1900, continues to this day, and its consequences come to light whenever cases involving a change of the assigned, official gender status arise (2009: 178).

Es común que los enunciados ‘niño’ y ‘niña’ emerjan en un dispositivo de poder médico-legal que certifica el nacimiento. En el contexto médico, una de las funciones de quien atiende el parto es determinar el sexo del nacido y su declaración ‘niño’ o ‘niña’ es performativa porque tiene efectos materiales que afectarán el registro civil y porque quien profiere el enunciado ha sido dotado de la competencia para decirlo con un cierto poder realizativo que no tienen otros actores. En este sentido, la asignación jurídica del sexo es siempre hetero-asignación, en la medida en que es un agente autorizado institucionalmente quien determina el sexo del nacido y no el mismo sujeto sobre quien recae la acción.

Esta asignación, como acto jurídico, implica generalmente la valoración de ciertos rasgos anatómicos que guían la mirada. Pero, ¿de acuerdo con qué criterios mira quien asigna el sexo?, ¿qué códigos le permiten reconocer un sexo?, ¿cómo ha construido tales criterios de reconocimiento? Criterios normativos sobre la corporalidad guían la conducta de reconocimiento, de modo que quien asigna el sexo constata la adecuación del cuerpo del bebé a sus propias expectativas de normalidad. La capacidad de penetración que podría tener un pene en el futuro es, por ejemplo, un criterio recurrente en el gremio médico para evaluar casos de micropene del recién nacido; también se han documentado casos de ‘corrección’ cosmética de clítoris considerados ‘demasiado’ grandes por los doctores para llevarlos hasta niveles considerados ‘aceptables’ (Morland, 2001; Fausto-Sterling, 2006; Greenberg, 2012b). Esto muestra que el cuerpo es valorado de acuerdo con expectativas culturales acerca de lo que ‘deben ser’ un hombre o una mujer y, en este sentido, el acto discursivo de asignación jurídica del sexo no se realiza como reflejo de un dato natural espontáneo, sino como fantasía de las rutas vitales que debería tomar una persona considerada normal.

Nada, en el momento de la designación sexual, puede indicar el futuro de ese ser, ni siquiera en lo que respecta a su potencialidad reproductiva. Esto quiere decir que no hay correspondencia tácita entre las formas genitales y el destino reproductivo, la designación sexual inicial es imaginaria. A partir de ahí, aún falta un largo trayecto antes de conocer los resultados de esa promesa inaugural: si el sujeto asume o no el sexo al que fue asignado, en qué forma hace cuerpo ese sexo, cómo se hace sexo; es decir, el proceso a partir del cual devenimos sujetos sexuados no puede anticiparse en las

formas genitales. No hay un *a priori* en la vida del recién nacido que permita conocer cómo experimentará e interpretará su potencialidad reproductiva, qué decisiones tomará al respecto o cómo la desarrollará. Esos asuntos tienen un largo e incierto trayecto, y su destino final no es visible, no es medible, no es predecible ni es controlable (Alcántara, 2013: 191-192).

Esta presunción normativa se centra, además, en apenas uno de los componentes que actualmente las ciencias biomédicas y del comportamiento destacan como constitutivos del desarrollo y la identidad sexual: la morfología sexual externa (ver *Tabla 1*). La asignación morfo centrada es, evidentemente, rápida y económica, pero no está libre de equívocos. Es habitual que, ante los frecuentes casos de ambigüedad genital e intersexualidad, el complejo institucional médico/familia/derecho recurra a instrumentos diagnósticos como el cariotipo, la endoscopia y los niveles hormonales con el fin de tener más elementos de juicio para realizar una asignación sexual, pero también puede suceder que una persona crezca con un sexo asignado al nacer y que a lo largo del ciclo vital se realice una reasignación por distintos motivos.

Por su misma naturaleza, este proceso de asignación jurídica también puede implicar en algunos casos la reasignación, esto es, la posibilidad de que al individuo se le asigne un nuevo sexo legal por medio de un procedimiento jurídico específico, tal y como ocurre en los actos judiciales o administrativos de cambio o corrección de sexo.

La reasignación de sexo implica dos momentos: primero, el del nacimiento, durante el cual al infante se le designa sin duda en un sexo —por parte de la madre, la partera, un médico o alguien más—, y segundo, cuando se le reasigna al otro sexo. Tanto la primera como la segunda declaración de sexo están enmarcadas en un contexto que produce efectos de verdad, en diferentes grados. Este contexto incluye quién lo dice, en dónde lo dice, a quién y cómo lo dice, y cuáles son las pruebas en las que basa su decir. La reasignación de sexo tiene efectos e intensidades variables: puede negarse, asumirse, o negarse y asumirse al mismo tiempo. [...] La reasignación de sexo puede acontecer en diferentes momentos de la vida y ser impuesta o voluntaria. El sujeto implicado tendrá un mayor o menor grado de participación en las decisiones sobre su reasignación, básicamente en función de su edad, de la capacidad para identificar sus propios deseos y la destreza para comunicarlos, de las condiciones de su entorno familiar y social, y de las fuerzas que operen en los vínculos cuando se produce el singular evento. Es importante conocer en qué circunstancias llega un infante al hospital, qué certeza o incertidumbre tienen los padres acerca del sexo designado, quién designó

el sexo y cómo lo hizo, qué fantasías y deseos paternos y maternos sujetan ese sexo (*Ibíd.*: 194-195).

Finalmente, algunos individuos pasan por procesos de diseño sexual, que habitualmente implican el uso de tecnologías biomédicas, farmacéuticas y cosméticas para adecuar el cuerpo a cierta definición y/o asignación sexual. Este diseño a veces implica la voluntad del sujeto tal y como puede ocurrir en las cirugías de ‘reafirmación sexual’ que eligen realizarse algunas personas transexuales; y en no pocas ocasiones, el diseño se realiza sin el consentimiento de los sujetos, como sucede en las cirugías de ‘adecuación sexual’ por ambigüedad genital infantil.²⁹ Pero en un sentido más amplio del diseño, todas las personas están constreñidas normativamente a actuar conforme a unas determinadas *performances* del sexo, pues en nuestras sociedades nunca basta con *ser* de un sexo, sino que es necesario también *aparentarlo y demostrarlo*, y en el orden de la apariencia y la prueba se juegan todo tipo de gestualidades, vestuarios, gimnásticas y modelamientos corporales que desterritorializan aún más aquello que se entiende por sexo.

29. Sobre los problemas sociales, jurídicos, afectivos, mentales y corporales que sufren las personas intersex y transgénero en muchos países del mundo en razón de estos mecanismos de definición, asignación y diseño sexual y el papel que juegan los órdenes jurídicos en motivar, reforzar y mitigar estos problemas, puede revisarse: Parlett & Weston-Scheuber (2004); Ehrenreich & Barr (2005); Tamar-Mattis (2006); Vendrell Ferré (2009); Delaet (2012); Cooky & Dworkin (2013); Sparrow (2013) y Suess (2014).

Hipótesis

La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia relativa a asuntos de asignación sexual y reasignación sexual construye de manera variable, contingente e inconsistente el sexo, lo que tiene efectos en los modos en que la misma Corte define problemas jurídicos y aporta respuestas en el campo de la construcción de las identidades sexuales. Es *variable*, en la medida en que las nociones de sexo y género son inestables y heterogéneas; *contingente*, pues varían dependiendo del contexto de enunciación; e *inconsistente*, en la medida en que no hay una unidad formal a partir de la cual puedan establecerse unas relaciones lógicas entre las definiciones del sexo y las consecuencias jurídicas que de ellas se siguen.

Objetivo general

Determinar las formas de construcción discursiva del sexo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre asuntos de (re)asignación sexual producida entre 1993 y 2019.

Objetivos específicos

1. Identificar la jurisprudencia sobre asuntos de (re)asignación sexual de la Corte Constitucional emitida entre los años 1993 y 2019.
2. Determinar cómo se construye, desarrolla y transforma el sexo/género en las sentencias identificadas.
3. Evidenciar la eficacia performativa de la jurisprudencia constitucional en la producción de subjetividades *intersex* y *trans* en Colombia.

Metodología

Esta investigación tiene dos niveles analíticos diferenciados. En un primer nivel, de carácter descriptivo, se sitúa el origen, desarrollo y estado de la cuestión de la (re)asignación sexual en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En un segundo nivel, de carácter crítico y genealógico, se realiza un Análisis de Discurso del *corpus* de sentencias que conforman esta jurisprudencia constitucional para dilucidar de qué manera se ha objetivado discursivamente el sexo en la Corte, esto es, cómo ha tomado forma el sexo en tanto objeto de saber y de preocupación jurídica en esta corporación desde 1993 y hasta el 2019.

El análisis de discurso aquí planteado tiene unas particularidades que obligan a detenerse en la noción misma de discurso a fin de determinar su especificidad y su elección como dominio de análisis.

El discurso como actuación

La noción de discurso se ha conceptualizado de formas muy variadas, por lo que es indispensable dotarla de un uso local acorde con la investigación que aquí se desarrolla. El investigador mexicano Gilberto Giménez (1989) señala que, inicialmente, en el marco de la lingüística inspirada en los trabajos de Saussure, el discurso se definía como una unidad formal de encadenamiento de enunciados. De acuerdo con esta perspectiva, el discurso podía descomponerse en unidades estructurales como las oraciones cuyo valor parcial y global podía ser revelado con métodos exclusivamente lingüísticos. Con Roman Jakobson y Emil Benveniste, la noción de discurso se ve profundamente transformada al redefinirse en términos de actividad lingüística, de este modo, sus coordenadas dependen de una situación comunicativa concreta y contingente en la que un “determinado sujeto de enunciación (yo, nosotros) organiza su lenguaje en función de un determinado destinatario (tú, vosotros)” (*ibíd.*: 123). Pese a que en esta concepción el discurso empieza a dotarse de cierta historicidad, esta no pasa de ser un atributo puramente circunstancial y

contextual. Desde esta perspectiva, el análisis discursivo se limita a mostrar de qué manera las huellas de cierto contexto enunciativo se expresan en los enunciados que allí se producen, hecho que para Giménez refuerza la creencia de que los enunciados así producidos tienen por fuente de origen y sentido a los participantes de la situación enunciativa, de modo que el discurso sigue teniendo un carácter formal al que apenas se le suma la cualidad de la intersubjetividad.

Es con John L. Austin con quien se supera la visión formalista del discurso a través de la teoría de los actos de habla (1981). Él descubre que hay enunciados que circulan en el campo social que no tienen una función descriptiva ni proposicional, esto es, no sirven para describir algo que ocurre ni tienen por objetivo validarse como verdaderos o falsos. A este tipo particular de enunciados Austin los denomina realizativos, porque hacen lo que dicen y su eficacia depende de sus condiciones de realización. Este “hacer” implica que el lenguaje puede producir eficazmente ciertos efectos en la realidad y no solamente representar unos objetos o constatar hechos.

Los trabajos de Austin, quien descubre bajo las regularidades del ‘lenguaje cotidiano’ ciertas formas de institucionalidad (las ‘convenciones’) que las explican y determinan, han permitido superar el modelo puramente comunicacional y avanzar hacia una concepción más sociológica del discurso. Éste ha terminado concibiéndose como una práctica social institucionalizada que remite no solo a situaciones y roles intersubjetivos en el acto de comunicación, sino también y sobre todo a lugares objetivos en la trama de las relaciones sociales.

En esta última perspectiva, se entiende por discurso toda práctica enunciativa considerada en función de sus condiciones sociales de producción, que son fundamentalmente condiciones institucionales, ideológico-culturales e histórico-coyunturales (Giménez, 1989: 124).

Con el descubrimiento de los realizativos o performativos, se abre la necesidad de estudiar cómo actúan los enunciados, bajo qué condiciones son exitosos o no y qué efectos provocan dentro de un dominio dado, muy lejos de las preguntas relacionadas con enfoques lingüísticos, semióticos, comunicacionales y lógicos tales como: ‘qué tipo de signos conforman tal discurso’, ‘cómo se estructura este sistema

de signos', 'qué informa una determinada frase' o 'qué valor de verdad tiene cierta proposición'.

Cuando un juez profiere una sentencia de embargo no está describiendo nada, ni informándole un mensaje a un sujeto, ni presentando una proposición lógica para que sea valorada como verdadera o falsa; el juez está embargando efectivamente algo. El embargo de un bien se lleva a cabo por la palabra del juez y ello tiene efectos materiales, reales, que transforman un determinado estado de cosas y sujetos. El acto discursivo por el que un juez realiza un embargo es transformador de la realidad en un sentido formal y material: ni los bienes de cierto sujeto tendrán la misma relación con él, ni este podrá comportarse del mismo modo respecto a ellos. Es claro que contra la sentencia del juez pueden obrar recursos jurídicos de varios tipos que pueden modular su efecto —y que son a su vez actos discursivos—, pero ello solo puede hacerse bajo la suposición de aceptar que la sentencia judicial ha obrado una transformación en lo real. En otras palabras, bajo ciertas condiciones una sentencia de embargo tiene eficacia performativa, pues puede inducir a una transformación formal y material en las relaciones entre un sujeto y un estado de cosas.

La eficacia performativa

Uno de los problemas más complejos que abre la teoría del performativo de Austin es por qué algunos enunciados parecen tener un poder más realizativo o un carácter más materializador que otros ¿Qué debe ocurrir para que un enunciado sea eficaz? ¿Cómo es posible que no todos los performativos tengan la misma capacidad de realizar lo que dicen y, más aun, cómo es que una misma oración, dependiendo de sus condiciones de enunciación, implique diversos grados de realización? Piénsese en una frase como "*A partir de este momento le declaro la guerra*". Si se produce en una situación enunciativa amorosa, empresarial, mafiosa o estatal, tiene efectos muy distintos que no solamente son relativos al entorno, pues también en la misma situación se produce un sujeto de la enunciación: ¿quién lo dice?, ¿un amante celo-

so?, ¿un gerente ambicioso?, ¿el jefe de un cartel?, ¿el presidente del Ejecutivo? Los efectos realizativos del enunciado no se explican del todo ni por la estructura lingüística del enunciado ni por el sujeto que lo enuncia. Incluso si es el presidente de un Estado quien enuncia esta frase, su eficacia variará en razón de toda la trama política en la que se inserta el enunciado: ¿el Presidente lo ha dicho en pleno uso de sus facultades legales y cognitivas?, ¿está autorizado para decirlo?, ¿lo dijo en broma?, ¿lo ha dicho en una alocución oficial o en su cuenta de Twitter? Para que la frase "*A partir de este momento declaro la guerra*" dicha por el Presidente movilice tropa en lugar de resultar delirante o risible, debe cumplir con unas condiciones que no están dadas por completo dentro del orden del lenguaje. El gran problema con el que se encuentra de frente Austin es que la potencia realizativa del lenguaje depende de componentes no lingüísticos.

La teoría de los performativos de Austin ha tenido un impacto enorme en los campos de la filosofía y la teoría crítica, entre otras cosas porque permite establecer relaciones de inmanencia entre el discurso y el poder. Es por esta razón que para filósofos como Michel Foucault (1992 y 2002) y Judith Butler (2007), Austin resulta un referente fundamental. En este contexto, se entiende por relaciones de inmanencia que lenguaje y poder operan en el mismo nivel de lo real y, por tanto, pueden sobredeterminarse. Es decir, una situación concreta de relaciones de fuerza puede afectar la capacidad realizativa de un enunciado y hacerlo o no fracasar e, inversamente, un enunciado puede hacer variar la trayectoria material de un determinado arreglo de poder.

En cualquier caso, no hay que confundir la sobredeterminación entre poder y discurso con confusión, pues estos dominios son irreductibles entre sí y es precisamente en razón de esta autonomía relativa que el juego social no está determinado de una vez por todas y para siempre. Tanto para Foucault como para Butler, no hay una preeminencia ontológica de un dominio sobre el otro, sino arreglos contingentes e históricos entre poder y enunciados. Es justamente este interjuego entre poder y lenguaje el que dota al concepto de discurso de la fuerza comprensiva que se necesita en la presente investigación, pues aquí se trata de determinar de qué

manera unos ciertos enunciados surgidos al interior de disciplinas como el derecho, la medicina y la biología, ejercen un poder realizativo de la sexualidad, mediante un arreglo concreto que toma la forma de texto jurídico emitido por una institución en particular (v.g. una sentencia de la Corte Constitucional); y a su vez, cómo dichos arreglos se transforman en razón de unos nuevos enunciados también contingentes que tienen efectos tanto al nivel de las mismas disciplinas, como al de las relaciones sociales (v.g. un precedente es asumido como obligatorio o no por un determinado juez ante un caso que se le presenta, una entidad cumple una orden del juez, una cirugía se autoriza).

Butler permite realizar una articulación entre Austin y Foucault que le aporta densidad material e histórica a la teoría de los realizativos. Sin poder, es imposible que las palabras hagan cosas. Para la filósofa estadounidense la performatividad debe enmarcarse en una situación de relaciones de fuerza, de manera que el performativo deviene un efecto de materialización que se sigue de la reiteración de un conjunto de acciones. Estas actuaciones se organizan en prácticas discursivas y no discursivas que, en virtud de su reiteración en el tiempo, dan consistencia material y formal a los cuerpos en un campo social (Butler, 2002).

Para que alguien sea reconocible como tenista, por ejemplo, debe haber pasado por un modelamiento de su cuerpo que solo puede ser el efecto de la práctica reiterada de unos movimientos codificados. No cualquier *set* de movimientos constituye un cuerpo como tenista. Hay unos protocolos gestuales cuya organización depende de unas reglas que diferencian entre lo que está permitido en el tenis y lo que no. Esto implica que nadie es tenista previamente al tenis, sino que ha de ser una formación gestual y racional específica en el deporte la que provoque un sujeto reconocible como tenista. En el cuerpo de cualquier deportista es indiscernible la materia corporal de los códigos deportivos, profesionales, sexuales, etcétera, en razón de los cuales este cuerpo se ha constituido justamente como tenista y no como otra cosa.

Pues bien, ¿cómo es que un cuerpo se hace reconocible como hombre?, ¿qué debe ocurrir para que se pueda decir de un cuerpo que es hombre y para que se vea a sí mismo como hombre y no como mujer o cualquier otra cosa? Para Butler, la performatividad de género es aquel efecto material que se constituye por medio de la reiteración de un conjunto de prácticas discursivas y no discursivas que distribuyen los cuerpos según una matriz. Estas prácticas están codificadas y devienen normativas en razón de que operan como principios de inteligibilidad y viabilidad social de los cuerpos. Un ejemplo de ello es la matriz heteronormativa que organiza los cuerpos según una regla binaria de oposición entre dos series: masculino y femenino. Estas prácticas discursivas heteronormativas pueden constituirse dentro de múltiples dominios tales como la medicina, la psicología, las políticas públicas y el derecho, pues su carácter normativo no depende de que tengan una naturaleza jurídica sino del hecho de que implican una regla de producción de algo. Si para algunos médicos los cuerpos solo pueden distribuirse de acuerdo a dos series discretas y opuestas entre sí —hombres o mujeres— esta regla de producción binaria determinará qué lugar tiene cada cuerpo en el campo de la medicina y cómo deberá comprenderse a partir de allí dicho cuerpo. Ser un hombre o mujer en esta estructura normativa implica ocupar una sola posición en el binario y ser reconocido desde allí. Es decir, la norma del binarismo es, a su vez, monosexual. Al igual que en el caso del tenista, el *reconocer a* un hombre y el *reconocerse como* hombre son actos que no pueden producirse previamente a un trabajo de producción performativa y normativa de la masculinidad. Dado que desde distintos puntos de lo social se sexualiza la conducta, el comportamiento mismo termina por expresar unas formas de la diferencia sexual, de allí que la masculinidad termine por sedimentarse y dar forma a un cuerpo inteligible bajo normas que lo exceden y que lo conectan con cierto dominio histórico. Esto explica por qué los cuerpos llegan a vivir el sexo como un marco de inteligibilidad social que les permite ser reconocidos y reconocerse a sí mismos como personas reales, normales y deseables. Para que un cuerpo pueda decir ‘soy hombre’, sin que este enunciado resulte ‘falso’, ‘metafórico’, ‘delirante’, ‘simulado’ e incluso ‘risible’, debe estar autorizado para decirlo. Y

esta autorización no proviene, como en el caso del Presidente, de quién lo enuncia, sino de una trama institucional en la que el cuerpo está atrapado y en razón de la cual es posible decirse como legítima, real y verdaderamente 'hombre'.

El acto socio-jurídico de la asignación sexual es un momento fundamental de esta trama. Y no es tanto un momento inaugural como un evento permanentemente citado a través de la vida del individuo por parte de múltiples instancias, así como avivado, solicitado y exigido institucionalmente:

Un juez pronuncia una sentencia y ese pronunciamiento es el acto por el cual la sentencia se vuelve vinculante, siempre que el juez sea un juez legítimo y que las condiciones de eficacia del acto de habla se cumplan. El que utiliza un performativo de forma efectiva opera de acuerdo con un poder indiscutible. El médico que ve nacer un bebé y dice "es una niña" comienza la larga cadena de interpelaciones a través de las que la niña es efectivamente "feminizada": el género se repite ritualmente, y esta repetición genera un riesgo de fallo y al mismo tiempo causa el efecto solidificado de la sedimentación (Butler, 2004: 87).

Y esta sedimentación no ocurre de una sola vez y para toda la vida, los cuerpos 'deben hacerse hombres', ser 'lo suficientemente hombres', 'actuar como hombres', 'pelear como hombres', 'hablar como hombres', de modo que los marcos normativos se reiteran en el tiempo y producen consecuencias materiales contingentes y sujetas a variación. Ser adscrito a un sexo solo es posible si se ha materializado performativamente dicha adscripción y ello solo puede ocurrir en la medida en que se reiteren unas actuaciones discursivas formalizadas por la norma sexual. La performatividad del sistema sexo/género, entonces, implica la materialización de unos determinados cuerpos por la reiteración de la norma de la diferencia sexual, así como unos marcos de inteligibilidad y de reconocimiento social de estos cuerpos. En este sentido, el sexo es al mismo tiempo un proceso institucional, una corporalidad codificada, un marco comprensivo y unas formas de subjetivación y sujeción (2007).

El método de análisis discursivo apunta, entonces, a un objeto cuya naturaleza misma es propiamente discursiva. Dado que el sexo se construye en gran medida gracias a prácticas discursivas con eficacia performativa como la (re)asignación

sexual, se hace posible analizar estas actuaciones con herramientas también discursivas como las que aquí se proponen.

El enfoque crítico-genealógico

El análisis crítico-genealógico de la jurisprudencia constitucional colombiana sobre (re)asignación sexual se entiende como el estudio de la emergencia y formación histórica de unos determinados enunciados sobre la sexualidad dentro del dominio jurídico. Este análisis se sirve de herramientas metodológicas del análisis de discurso foucaultiano y la teoría de la performatividad de Butler. En su *lectio inauguralis* en el Collège de France, Foucault presentaba así el análisis crítico-genealógico y anticipaba su aplicación en el estudio de los discursos *de* y *sobre* la sexualidad.

En cuanto al aspecto genealógico, concierne a la formación efectiva de los discursos bien en el interior de los límites de control, bien en el exterior, bien, más frecuentemente, de una parte y otra de la delimitación. La crítica analiza los procesos de rarefacción, pero también el reagrupamiento y la unificación de los discursos; la genealogía estudia su formación dispersa, discontinua y regular a la vez. A decir verdad, estas dos tareas no son nunca separables; no hay, por una parte, las formas de rechazo, de exclusión, de reagrupamiento o de atribución; y después, por otra parte, a un nivel más profundo, el brote espontáneo de los discursos que, inmediatamente antes o después de su manifestación, se encuentran sometidos a la selección y al control. La formación regular del discurso puede integrar, en ciertas condiciones y hasta cierto punto, los procedimientos de control (es lo que pasa, por ejemplo, cuando una disciplina toma forma y estatuto de discurso científico); e inversamente, las figuras de control pueden tomar cuerpo en el interior de una formación discursiva (así, la crítica literaria como discurso constitutivo del autor): así pues, toda tarea crítica que ponga en duda las instancias del control debe analizar al mismo tiempo las regularidades discursivas a través de las cuales se forman; y toda descripción genealógica debe tener en cuenta los límites que intervienen en las formaciones reales. Entre la empresa crítica y la empresa genealógica la diferencia no es tanto de objeto o de dominio como de punto de ataque, de perspectiva y de delimitación.

Mencionaba antes un posible estudio: el de las prohibiciones que afectan al discurso de la sexualidad. Sería difícil y abstracto, en todo caso, realizar este estudio sin analizar al mismo tiempo los conjuntos de discursos, literarios, religiosos o éticos, biológicos o médicos, e igualmente jurídicos, en los que

se trata de sexualidad, y en los que ésta se nombra, describe, se metaforiza, explica, juzga (2002: 64-65).

En el marco de esta investigación, entendemos el derecho como una práctica discursiva en la que los enunciados que pueden ser considerados jurídicos deben cumplir con unos ciertos requisitos de enunciación y en el que su eficacia performativa depende de una trama de poder que asegura no solo la coherencia interna de cada enunciado con la disciplina y el ordenamiento jurídico de los que proceden, sino también sus efectos materiales sobre los estados de cosas y los sujetos.

La producción histórica de estos enunciados supone que solo algunos sujetos —individuales o colectivos— están en capacidad de enunciar determinados discursos —diagnósticos psicológicos, prescripciones médicas, sentencias judiciales, etc.—; de acuerdo con unos procedimientos concretos —silogismos, protocolos científicos, procesos judiciales, etc.—; en unos contextos enunciativos particulares —peritaje médico, revisión de una tutela, etc.—; reconociendo unas fuentes de legitimación —teorías científicas, precedentes judiciales, legislación, *soft law*, etc.—; y con una cierta eficacia performativa —efectos *inter partes*, *erga omnes*, etc.—.

A diferencia de enfoques metodológicos que buscan determinar si un discurso jurídico es correcto, legítimo o adecuado respecto a unos ciertos principios jurídicos o reglas de interpretación y que para ello se centran en el análisis de las reglas o postulados internos del discurso, el enfoque crítico-genealógico busca descifrar los juegos tácticos de enunciados jurídicos, médicos, psicológicos, psiquiátricos, morales y políticos en la jurisprudencia constitucional colombiana que se ocupa de problemas de (re)asignación sexual. La densidad material de los discursos y su inmanencia con relación al campo social, nos permite comprender también que la riqueza del discurso jurídico radica en todos los elementos extra-jurídicos con los que entra en intersección, entramado y tensión. Este discurso entra en relaciones muy complejas con otros discursos de carácter científico, religioso, filosófico y hasta racial, que no solo operan como citas textuales u objetos a sancionar o sobre-codificar jurídicamente, sino también como puntos de apoyo, anclaje, validación y legitimación.

En *La verdad y las formas jurídicas*, Foucault expresa la necesidad de analizar el discurso más allá de sus componentes internas y avanzar hacia el estudio de estos juegos:

Había llegado el momento pues, de considerar estos hechos del discurso ya no simplemente por su aspecto lingüístico sino, en cierto modo —y aquí me inspiro en las investigaciones realizadas por los anglo-americanos— como juegos (games), juegos estratégicos de acción y reacción, de pregunta y respuesta, de dominación y retracción, y también de lucha. El discurso es ese conjunto regular de hechos lingüísticos en determinado nivel, y polémicos y estratégicos en otro (1992: 15).

El análisis discursivo crítico-genealógico puede ser particularmente útil en el campo jurídico para dejar en evidencia la densa y heterogénea trama de poder/saber que urde lo jurídico con la construcción de cierta experiencia histórica de la sexualidad.³⁰ Este carácter táctico del discurso jurídico es fundamental pues permite

30. Pese a que en *La verdad y las formas jurídicas* (*Ibíd.*) y en *El orden del discurso* (2002), Foucault brinda todos los elementos para pensar el campo jurídico como una práctica discursiva, también son reiteradas sus críticas a lo “jurídico” y a la “Ley” como modelos analíticos del poder (2005). Pero no hay contradicción de ningún tipo, pues una cosa es pensar el derecho como la producción de enunciados que se entenderán por jurídicamente válidos y socialmente obligatorios en un momento histórico dado y otra muy distinta suponer que el mejor modelo para comprender la dinámica del poder es el del derecho como forma de racionalidad hegemónica, coactiva y represiva. Es decir, no se puede confundir un conjunto de actos discursivos en su materialidad histórica, con una cierta racionalidad del poder que ha encontrado en el derecho su paradigma de ejercicio.

La relación de Foucault con el derecho está repleta de problemas y sospechas de carácter teórico y político que suelen exacerbarse cuando el filósofo hace referencia a asuntos relativos a la sexualidad. Basta señalar un pasaje muy denso de *La historia de la sexualidad* para ejemplificar esta peculiar relación del filósofo francés con lo jurídico:

Si durante más de un siglo el Occidente se interesó tanto en la prohibición del incesto, si con acuerdo más o menos común se vio en él un universal social y uno de los puntos de pasaje a la cultura obligatorios, quizá fue porque se encontraba allí un medio de defenderse, no contra un deseo incestuoso, sino contra la extensión y las implicaciones de ese dispositivo de sexualidad que se había erigido y cuyo inconveniente, entre muchos beneficios, consistía en ignorar las leyes y las formas jurídicas de la alianza. La afirmación de que toda sociedad, sea la que fuere, y por consiguiente la nuestra, está sometida a esa regla de reglas, garantizaba que el dispositivo de sexualidad, cuyos efectos extraños comenzaban a manipularse —entre ellos la intensificación afectiva del espacio familiar—, no podría escapar al viejo gran sistema de la alianza. Así el derecho estaría a salvo, inclusive en la nueva mecánica de poder. Pues tal es la paradoja de esta sociedad que inventó desde el siglo XVIII tantas tecnologías de poder extrañas al derecho: teme sus efectos y proliferaciones y trata de recodificarlos en las formas del derecho. Si se admite que la prohibición del incesto es el umbral de toda cultura, entonces la sexualidad se encuentra

comprender la riqueza de usos, (mal)interpretaciones, derivas, conceptualizaciones, equívocos y ficciones de unidad con las que opera el derecho, sin que ello implique que las decisiones judiciales pierdan eficacia performativa dentro del dominio en el que se producen.

Por ello mismo, la apuesta teórica en esta investigación es la de estudiar el discurso jurídico en la especificidad concreta de la jurisprudencia constitucional, en lugar de reafirmarse o inspirarse en los postulados de alguna teoría del derecho a partir de la cual se obtuviese un marco hermenéutico general para analizar la jurisprudencia. Aquí se analizan las sentencias de la Corte Constitucional como actos discursivos que develan una forma concreta y contingente de construcción del derecho, así como la producción de cierta verdad jurídica sobre la sexualidad, pero en ningún momento se busca inferir de ello una teoría jurídica sobre el sexo ni contrastarla con una norma ideal respecto a la cual debiera corregirse el rumbo normativo del país.

De manera escueta, podría decirse que esta investigación trata a la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre (re)asignación sexual como un discurso sexual.

[Y a] los discursos sobre el sexo no hay que preguntarles ante todo de cuál teoría implícita derivan o qué divisiones morales acompañan o qué ideología –dominante o dominada– representan, sino que hay que interrogarlos en dos niveles: su productividad táctica (qué efectos recíprocos de poder y

desde el fondo de los tiempos colocada bajo el signo de la ley y el derecho (*Ibíd.*: 134-135).

Obviamente, Foucault tiene aquí en mente la tesis de Levi-Strauss sobre la universalidad del tabú del incesto y sus implicaciones en las tesis de Lacan sobre el deseo, pero no para confirmarlas sino para mostrarlas como una vicisitud más del dispositivo de la sexualidad, es decir, para mostrar que quizá fueron susceptibles de enunciación gracias a una voluntad histórica de controlar una sexualidad que, por otros lados, parecía estar destinada a salirse de las manos. Si esta lectura es correcta, Foucault estaría proponiendo que la Ley enunciada por Levi-Strauss como universal, en realidad tiene un carácter puramente táctico y, por ello mismo, no sería propiamente una Ley; pero en una dimensión analítica más amplia, estaría aceptando que las leyes pueden operar de una manera no solamente coactiva, sino también productora de formas de racionalidad. Por las limitaciones y objetivos impuestos a este trabajo, no es posible desarrollar a fondo estos problemas que resultan fascinantes, pero se deja en evidencia las dificultades de las que parte este estudio y los retos investigativos que todavía subsisten en este campo de relaciones entre derecho y sexualidad.

saber aseguran) y su integración estratégica (cuál coyuntura y cuál relación de fuerzas vuelve necesaria su utilización en tal o cual episodio de los diversos enfrentamientos que se producen) (*Ibid.*: 124).

En razón de este enfoque crítico-genealógico, no conviene partir de una definición o distinción canónica del sexo. Es por esto que aquí nos concentramos en la construcción del significante 'sexo' que, históricamente, precede por mucho al uso del significante 'género' para referirse a aspectos relacionados con la identidad sexual y que resulta hegemónico en el discurso jurídico en Colombia, al menos hasta hace unos pocos años en los que la noción de género comienza a ganar relevancia. Esto no quiere decir que aquí no se estudie el género, sino que tenemos la obligación metodológica de ubicar claramente las coordenadas de emergencia histórica del género dentro de los análisis de la Corte Constitucional sobre (re)asignación sexual.

Even when gender's historical specificity is acknowledged, the term is often used liberally to reference historical periods prior to the mid-1950s. As a result, all "sex" becomes "gender" and so analyses of how perceptions of sex difference came to be understood precisely as gender remain under- or uninterrogated. Gender is also ahistoricized when employed as a referent of both the social and the biological aspects of sex (Germon, 2009: 6).

Como advierte Germon, de no tenerse en cuenta tal advenimiento reciente de la categoría género a la teoría y la acción política, y utilizando este concepto de manera azarosa, se caería en la falacia que Dreyfus y Rabinow denominan presentismo, "the projection of contemporary meanings onto earlier historical periods in the attempt to locate and identify parallel meanings" (*Ibid.*: 16). Las ansiedades del presente no pueden usarse para interpretar el pasado. El género es un nuevo elemento táctico que aparece en un momento muy preciso en la jurisprudencia a analizar y que tiene sus propios modos de despliegue con relación a la categoría sexo que le precede cronológicamente y cuya influencia es aún hegemónica. Si bien el debate acerca de si el sexo y el género son realmente categorías distintas, o si la una engloba a la otra y en qué sentido se genera esta inclusión, es uno de los problemas centrales de las teorías de género, feministas y Queer, la pretensión del estudio aquí realizado no es la de zanjar esta polémica. Antes de pretender alcanzar

la unanimidad conceptual o de rogar por conseguir acuerdos jurídicos con relación a su uso, es preciso indagar genealógicamente cómo se han construido las nociones de sexo y género en la historia jurídica colombiana, lo que implica dar un paso atrás con relación a las definiciones que usualmente hemos propuesto para estas nociones y, sobre todo, interrogar la creencia habitual de que son categorías autoevidentes y, por tanto, ni siquiera es necesario definir las. En consecuencia, debe ser la trayectoria investigativa la que muestre de qué manera se definen, delimitan, subsumen, confunden, intercambian, complementan o se usan tácticamente las nociones de sexo y género en la jurisprudencia constitucional que nos interesa.

Y esto obliga a hacer otra advertencia metodológica. No se trata aquí de discutir qué debe entenderse por sexo y género para luego revisar si los operadores jurídicos colombianos hacen un uso ‘correcto’ o ‘incorrecto’ de los términos. Esta no es una investigación con pretensiones normativas ni de adecuación moral. No se le señalará al Derecho el camino más deseable, o racional o políticamente correcto con relación a unos problemas relativos al sexo, sino que más bien se busca dejar en evidencia cómo en un área específica del campo jurídico colombiano se ha elaborado cierto saber sobre la sexualidad, a partir de qué materiales teóricos y disciplinarios, con miras a qué objetivos tácticos, como parte de qué problematizaciones jurídicas y con relación a qué expectativas y dinámicas sociales. En suma, no se trata de aplicar un “enfoque de género” al análisis tradicional de la jurisprudencia, sino de revisar de qué manera una jurisprudencia concreta ha construido unas formas de articular y comprender el sexo que tienen efectos performativos sobre ciertos sujetos y estados de cosas.

Esto no quiere decir que esta investigación deseche de entrada el aporte crítico, sino que la crítica se entiende como la capacidad de mostrar la contingencia de aquellas nociones que se suponen a sí mismas evidentes y naturales. O para decirlo de manera derridiana, deconstruir lo que se ha construido a sí mismo como no construido. Mostrar las discontinuidades, los cortes, las fisuras y las multiplicidades que constituyen el discurso sobre el sexo en el tribunal constitucional colombiano quizá nos ayude a dejar en evidencia que el sexo mismo es construido, contingente

e histórico. En este sentido, el aporte crítico es a su vez político: revelar que el sexo puede realizarse jurídica e históricamente de otras maneras y no estamos condenados a habitar y pensar la sexualidad de los mismos modos en que hoy lo hacemos.

La jurisprudencia constitucional como acto discursivo

La Corte Constitucional es un organismo instituido por la Constitución de 1991 como el encargado de ejercer la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución.

La Corte, como cabeza de la jurisdicción constitucional, conoce de manera exclusiva de los asuntos de constitucionalidad cuyo análisis le confía la Carta Política y establece, en su condición de intérprete autorizado, las reglas jurisprudenciales sobre el alcance de las normas contenidas en la Constitución (Corte Constitucional, 2016).

Por su naturaleza judicial, este organismo tiene un rol privilegiado en la interpretación del texto constitucional y, por ello mismo, en la construcción y definición del orden jurídico; y en razón de múltiples contingencias históricas, la Corte ha adquirido un papel político preponderante en Colombia al interior de la rama judicial y del sistema de administración de justicia, con relación a las otras ramas del poder público y para la ciudadanía misma, al punto en que hoy día es uno de los actores centrales de la vida política nacional.

Esta caracterización de la Corte Constitucional como actor jurídico-político, podría hacer pensar que sus actuaciones y decisiones son siempre estables y homogéneas. Pero nada más apartado de la realidad. Por su misma estructura, esta corporación es en sí misma un entramado de tomas de posición, argumentaciones, contraargumentaciones, valoraciones, suposiciones, consensos y disensos que varían en el tiempo, y cuyos efectos discursivos se materializan a través de sus sentencias. Así, si bien desde cierta posición analítica es posible inferir balances constitucionales en muchos de los problemas jurídicos con los que se encuentra, la dinámica misma de la Corte implica que sus posiciones se desplacen, sus principios se modulen, sus

reglas se transformen, sus argumentaciones varíen y sus razonamientos se reconfiguren.

De acuerdo con los análisis de López Medina, a través de intensas luchas y debates en el campo jurídico y de la vida pública nacional desde finales del siglo XIX, se han producido grandes transformaciones en el sistema de fuentes del derecho colombiano, en la constitución de las reglas jurídicas e incluso en la “topografía de argumentación constitucional” (2015: 69). Estas luchas han puesto en pugna visiones teóricas, ideológicas y políticas radicalmente distintas de lo que se considera es y debe ser el derecho, y en esa misma medida han constituido el campo de lo que se piensa, se interpreta y se vive como lo jurídico en nuestro país. Invistiendo sus decisiones con este carácter de obligatoriedad tanto para las autoridades públicas como para los ciudadanos, la Corte Constitucional ha dotado a su jurisprudencia de una fuerza tal que ha complejizado el sistema de fuentes de derecho en Colombia, en la medida en que sus fallos deben ser observados como precedente y sus reglas de interpretación pasan a constituir un marco doctrinario obligatorio de interpretación de la Constitución y las Leyes.

La jurisprudencia de la Corte es un discurso jurídico vivo, dinámico y con una particular eficacia performativa que se ha ampliado en los últimos años en la medida en que la doctrina del precedente constitucional se ha refinado a través de las distintas actuaciones de la Corte en sus fallos (*Ibíd.*). Esto es un muy buen ejemplo de lo que Foucault denomina efectos positivos o productivos del discurso, en la medida en que un acto discursivo bajo condiciones materiales que le doten de tal poder, produce transformaciones en la realidad cuyos efectos se modulan de acuerdo con la trayectoria que las relaciones de poder le determinen en cierto momento histórico (2000, 2002). Así, las sentencias de la Corte son actos discursivos que tienen la capacidad de provocar transformaciones personales y colectivas que trascienden lo jurídico y están sujetas a relaciones de poder contingentes que modulan, refrenan o multiplican estos efectos. En términos de prácticas discursivas, las sentencias de la Corte pueden entenderse como actos de enunciación que objetivan unas preocupaciones históricas y que develan parte de la trama social en la que

se constituyen unos objetos de conocimiento determinados, actuaciones con una particular eficacia performativa cuya naturaleza y alcance exceden el campo de lo jurídico y cuyos efectos alcanzan distintos niveles de la vida social. Gracias a estas sentencias, unos sujetos han tomado forma, se han cualificado de cierta manera y se han visto facultados para realizar unas actuaciones sociales que, de otro modo, no habrían sido posibles (Uprimny Yepes, 2005); y asimismo, unos procesos sociales se han regulado, catalizado, refrenado y posibilitado, alcanzando capas de lo social que van mucho más allá del campo del derecho y que se adentran en la vida individual y colectiva.

Preguntas operativas

La pregunta principal de esta investigación “¿Cómo se construye el sexo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre asuntos relativos a la asignación y reasignación sexual entre los años 1993 y 2019?”, supone una constelación de interrogantes metodológicos que guían el análisis del *corpus* de estudio. Estos interrogantes operativos son:

- ◇ ¿Qué tipos de sentencias emite la Corte Constitucional, cómo se relacionan entre sí, qué nichos citacionales tienen y qué tipo de citas utilizan?
- ◇ ¿Cuáles son los problemas jurídicos asociados a la (re)asignación sexual?
- ◇ ¿Con relación a qué derechos se discute la (re)asignación sexual y dentro de qué escenarios constitucionales se plantean las discusiones?
- ◇ ¿Cómo se describe, analiza y concibe el sexo?, ¿qué naturaleza se le adjudica?, ¿qué cualidades y dinámicas se le atribuye?, ¿dentro de qué límites se articula?, ¿cómo se le objetiva?, ¿cómo emerge la noción de género y cómo se le relaciona con el sexo?, ¿qué sexos/géneros considera inteligibles o viables la Corte Constitucional? y ¿qué posiciones de sexo/género admite y promueve?

- ◇ ¿Cómo se fundamentan conceptual y jurídicamente las decisiones tomadas por la Corte con relación a la (re)asignación sexual?
- ◇ ¿En qué saberes y formas ideológicas se apoya la Corte?, ¿qué saberes considera pertinentes y comprensivos en el análisis de la (re)asignación sexual?
- ◇ ¿Qué sujetos e instituciones son reconocidos como agentes legítimos de enunciación, interlocución y producción de verdad?
- ◇ ¿Qué sujetos de discurso se construyen? (v.g. el hermafrodita, el transexual, el transgenerista), ¿cómo son valorados y qué cualidades se les reconocen?

Corpus de estudio

El principal criterio de selección del *corpus* de jurisprudencia a analizar en esta investigación es de problematización jurídica. Para ello, se identificaron aquellas sentencias en donde el problema de la (re)asignación sexual es tratado como tópico central de discusión de los magistrados de la Corte, independientemente de la naturaleza del caso concreto que suscita el debate. Se entiende el tópico central como un tema que es parte constitutiva del problema jurídico planteado por la Corte y cuya argumentación hace parte de la *ratio decidendi* de la sentencia. Con este criterio en mente, se determinó un conjunto de sentencias en las que los magistrados discuten acerca de cuestiones tales como: el procedimiento idóneo para modificar el componente sexo del registro civil de ciudadanos; la corrección o modificación de documentos de identidad como la cédula y el pasaporte; la modificación voluntaria o no voluntaria de los genitales por vía quirúrgica y sus consecuencias jurídicas; la ambigüedad genital y sus efectos en el registro civil; y solicitudes de reasignación o reafirmación sexual por motivos médicos, identitarios y familiares. En estos contextos tan diversos, la Corte Constitucional ha emitido fallos de distintos tipos en los que las solicitudes de modificación y (re)asignación de sexo inducen problemas jurídicos que merecen una elaboración formal por parte de esta corporación y que obligan a los magistrados a argumentar sobre la naturaleza del sexo, las condiciones de

posibilidad misma de la (re)asignación sexual, sus consecuencias para los sujetos y las instituciones, y sus efectos en el orden jurídico.

De esta forma, a partir de una revisión del archivo de la Relatoría de la Corte Constitucional se identificó la existencia de 21 sentencias que son proferidas entre los años 1993 y 2019 (ver *Tabla 2*). Hay 20 sentencias de tutela y una de unificación que se ocupan de cuestiones jurídicas tales como: el reconocimiento de personas intersexuales y trans como sujetos especiales de protección; la prohibición de cirugías de normalización genital sin consentimiento informado, el sujeto de este consentimiento y las reglas de un consentimiento legítimo; la autodeterminación en la asignación del sexo; los mecanismos de enmienda de documentos de identidad; e incluso la cuestión de si es viable o no el reconocimiento jurídico de un tercer género; entre otros. A cada sentencia se le asignó un color a fin de hacer más fácil su identificación.

TABLA 2: Jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre (re)asignación sexual *

Año	Sentencia	M.P.	Asunto
2019	T-447/19	Ortiz Delgado	Paloma, en representación su hijo Joaquín, formuló acción de tutela en contra de la Notaría de Ciudad Violeta, con el propósito de que se modifique el registro civil de nacimiento de su hijo para que dé cuenta del nombre y sexo que se ajustan a la identidad de género del menor de edad (Corte Constitucional, 2019).
2017	T-675/17	Linares Cantillo	La señora Claudia Soraya interpuso acción de tutela, en nombre de su hija menor de edad, en contra de la Superintendencia Nacional de Notariado y Registro y el ICBF, pues estas dos entidades emitieron unos conceptos en los cuales le informaban al Notario 41 de Bogotá que no podía modificar los componentes "sexo" ni "nombre" del registro civil de nacimiento de un menor de edad (Corte Constitucional, 2017b).
	T-498/17	Pardo Schlesinger	Clara y Jorge solicitan que, se ordene a la Notaría Octava del Círculo de Bogotá que por medio de escritura pública protocolice el cambio de nombre y la corrección del sexo que consta en el registro civil de nacimiento de la accionante, de modo tal que coincida con el nombre y el sexo (masculino) con el que ella se identifica (Corte Constitucional, 2017a).
2015	T-063/15	Calle Correa	Sara Valentina López Jiménez presentó acción de tutela (...) ante la negativa de la Notaría (...) para autorizar el cambio del sexo inscrito en su registro civil de nacimiento y demás documentos de identidad, como la cédula de ciudadanía y el pasaporte colombiano, sin tener que acudir a un proceso de jurisdicción voluntaria (Corte Constitucional, 2015a).

2014	T-622/14	Pretelt Chaljub	Caso en que Eps y Medicina Prepagada niegan realizar cirugía de reasignación de sexo de niño de 12 años (Corte Constitucional, 2014b).
2013	T-771/13	Calle Correa	Ana Sofía, mujer transgénero, interpuso acción de tutela contra su EPS por considerar que desconocieron sus derechos fundamentales toda vez que no le practicaron en forma oportuna todos los procedimientos médicos para lograr su afirmación sexual. (Corte Constitucional, 2013c).
	T-552/13	Calle Correa	Los accionantes solicitaron al juez de tutela que se ordene a sus EPS la autorización para realizarse procedimientos médicos. En el primer caso se solicitó "la cirugía de cambio de sexo" sin hacer alusión a un servicio médico concreto; en el segundo caso, las intervenciones quirúrgicas mastectomía, histerectomía y ooforectomía. (Corte Constitucional, 2013b).
	T-450A/13	González Cuervo	En el certificado de nacido vivo no se haya especificado el sexo del bebé NN y por esta razón los funcionarios de la Registraduría del Estado Civil del Municipio de FF se niegan a registrarlo, obstaculizando de este modo el acceso del menor a los servicios de salud y en general a la garantía de sus derechos como ciudadano colombiano (Corte Constitucional, 2013d).
	T-231/13	Guerrero Pérez	Fabriany y Janet piden el amparo al derecho fundamental a la personalidad jurídica. Señalan que por error, en sus registros civiles de nacimiento aparece que su sexo es femenino, cuando en realidad son de sexo masculino. La Registraduría se niega a expedirles la cédula de ciudadanía hasta tanto exista concordancia entre el registro civil y los datos aportados para la expedición de dicho documento (Corte Constitucional, 2013a).
2012	T-918/12	Palacio Palacio	Loreta interpuso acción de tutela en contra de Aliansalud E.P.S., al considerar vulnerados sus derechos fundamentales, ante la decisión de negarle la práctica de la cirugía de reasignación de sexo ordenada por su médico tratante y el suministro de los servicios médicos requeridos para que el proceso de transición sea exitoso (Corte Constitucional, 2012b).
	T-876/12	Pinilla Pinilla	Se determinará si los derechos a la identidad, la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y la salud de Julián Sneider Clavijo Hernández, están siendo conculcados debido a que la Secretaría de Salud de Cundinamarca y la EPS Comparta, le negaron la cirugía de cambio de sexo bajo el argumento que dicho procedimiento no se encuentra dentro del Plan Obligatorio de Salud (Corte Constitucional, 2012a).
2008	T-912/08	Córdoba Triviño	Sostiene que su hijo, de cinco (5) años de edad, según los diagnósticos médicos padece "hermafroditismo verdadero". Por este motivo, el actor ha realizado todos los trámites y gestiones necesarias para que las entidades accionadas le practiquen una cirugía correctiva a su hijo, sin embargo, estas entidades se niegan a autorizar y realizar el procedimiento (Corte Constitucional, 2008b).
2003	T-1021/03	Córdoba Triviño	La señora A.A., en representación de su hijo de nueve meses de edad B.B., interpuso acción de tutela contra la A.R.S. C.C. y la Dirección Seccional de Salud de D.D. La actora planteó que esas entidades vulneraron los derechos del menor a la salud, a la seguridad social y los derechos de los niños al negarse a practicarle a su hijo el examen cariotipo ordenado, con carácter prioritario, por el médico cirujano y urólogo pediatra que lo atiende (Corte Constitucional, 2003).
2002	T-1025/02	Escobar Gil	Los señores XX, interpusieron acción de tutela en nombre de su menor hijo y en contra del Seguro Social Seccional ZZ, por estimar vulnerados los derechos fundamentales del niño, como consecuencia de la actuación de la entidad demandada que se ha negado a practicarle una cirugía necesaria para la asignación de su sexo, dada la presencia de un cuadro médico de virilización por hiperplasia suprarrenal congénita (Pseudohermafroditismo femenino) (Corte Constitucional, 2002).

2000	T-1390/00	Martínez Caballero	La madre de un menor de pocos meses, que padece una hipospadia severa, solicita al juez de tutela que ordene al ISS que lleve a cabo todos los exámenes necesarios para definir el sexo del menor y adelantar la cirugía que sea necesaria. (Corte Constitucional, 2000).
1999	T-692/99	Gaviria Díaz	La señora NN presenta acción de tutela en nombre de su hija de dos años de edad, por cuanto estima que la omisión del Instituto de Seguros Sociales (I.S.S.) de practicar una cirugía a la menor, está afectando sus derechos a la salud, a la seguridad social, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad (Corte Constitucional, 1999c).
	T-551/99	Martínez Caballero	El señor NN presenta acción de tutela en nombre de su hija de dos años de edad, por cuanto estima que la omisión del Instituto de Seguros Sociales (ISS) de practicar una cirugía a la menor y de suministrarle ciertos medicamentos está afectando sus derechos a la salud, a la seguridad social, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad (Corte Constitucional, 1999b).
	SU-337/99	Martínez Caballero	A los tres años a NN, durante un examen pediátrico, se le encontraron genitales ambiguos. La madre de la niña solicita cirugía de readecuación, pero los médicos del ISS se niegan a practicar la intervención quirúrgica, pues consideran que, según lo establecido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la decisión debe ser tomada por la propia menor, y no por su madre (Corte Constitucional, 1999a).
1995	T-477/95	Martínez Caballero	Niño castrado fue sometido a una cirugía de reasignación sexual sin su consentimiento. La Corte se pregunta si fue o es legítima la conducta de las autoridades y de los particulares que participaron en el proceso de readecuación de sexo del niño (Corte Constitucional, 1995).
1994	T-504/94	Martínez Caballero	N.N. fue registrado como del sexo masculino, a pesar de presentar aparentemente dos sexos. A través del consultorio jurídico de la Universidad del Rosario, el accionante dirigió una solicitud a la Registraduría Nacional con el fin de que se corrigiera el sexo que le aparece en la cédula de ciudadanía. La Registraduría se negó a su petición sosteniendo que tal trámite no se puede hacer mediante escritura pública sino mediante sentencia judicial (Corte Constitucional, 1994).
1993	T-594/93	Naranjo Mesa	Manifiesta el peticionario que acudió a la Notaría Tercera del Círculo de Cali con el fin de que se modificara su registro civil, sustituyendo su nombre actual de Carlos Montaña Díaz por el de Pamela Montaña Díaz, para efectos de fijar su propia identidad, ya que desde hace trece años se le conoce con el nombre que solicita se registre. Argumenta que el Notario negó su petición por tratarse del cambio de un nombre de sexo masculino a otro de sexo femenino (Corte Constitucional, 1993).

* Tabla desarrollada por el autor.

Una vez determinado este grupo de sentencias, se realizó una primera lectura de carácter exploratorio para identificar si efectivamente las sentencias guardaban una relación entre sí más allá del criterio temático antes descrito. Para esto se tuvo en cuenta dos sencillos criterios formulados como parte de la técnica de Análisis Dinámico de Precedentes de López Medina (2015): qué sentencias se citan explícitamente como precedente y cuáles se citan como fuente para reforzar algún argumento. El resultado de este ejercicio se presenta en la *Tabla 3*. En este primer momento, queda en evidencia que efectivamente sí hay relaciones entre las sentencias que

trascienden los casos concretos e implican el análisis de problemas jurídicos transversales que discute la Corte Constitucional.

Estas 21 sentencias corresponden a casos de diversa índole en los cuales se hace explícita una solicitud de asignación, cambio, reafirmación, corrección o reasignación del sexo de una persona. Hay solo una sentencia que, a primera vista, parecería no cumplir con este criterio y es justamente con la que se da inicio a este estudio: la T-594 de 1993, cuya inclusión se justifica claramente al inicio del siguiente capítulo.

TABLA 3: Sentencias citadas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre (re)asignación sexual *

T-447/19	T-675/17	T-498/17	T-063/15	T-622/14	T-771/13	T-552/13	T-450A/13	T-231/13	T-918/12	T-876/12	T-912/08	T-1021/03	T-1025/02	T-1390/00	T-692/99	T-551/99	SU-337/99	T-477/95	T-504/94	T-594/93
T-675/17	T-498/17	T-063/15									T-1021/03	T-1025/02	T-1390/00	T-692/99	T-551/99	SU-337/99	T-477/95		T-594/93	
T-498/17	T-063/15	T-622/14	T-771/13								T-1025/02		T-692/99	T-551/99	SU-337/99	T-477/95		T-594/93		
T-063/15	T-622/14					T-918/12					T-1390/00		T-551/99	SU-337/99						
		T-552/13			T-918/12	T-876/12	T-912/08				T-692/99		SU-337/99							
					T-876/12						T-551/99	SU-337/99	T-477/95							
	T-450A/13	T-231/13	T-918/12					T-1025/02				SU-337/99								
T-450A/13	T-231/13	T-918/12	T-876/12	T-912/08				T-1390/00				T-477/95								
T-231/13	T-918/12			T-1021/03				T-692/99		SU-337/99										
T-918/12				T-1025/02				T-551/99		T-477/95										
		T-1021/03		T-1390/00				SU-337/99		T-504/94										
		T-1025/02		T-692/99		SU-337/99	T-477/95	T-504/94	T-594/93											
		T-1390/00		T-551/99		T-477/95		T-594/93												
T-1025/02		T-692/99		SU-337/99																
T-1390/00		T-551/99		T-477/95																
T-692/99		SU-337/99	T-477/95																	
T-551/99	SU-337/99	T-477/95	T-504/94																	
SU-337/99		T-504/94	T-594/93																	
T-477/95																				
T-504/94																				
T-594/93																				

* Tabla desarrollada por el autor.

En la *Tabla 4* se ha dispuesto, a manera de línea de tiempo, la secuencia de grupos de deliberación que participaron en la producción discursiva de cada sentencia. Si bien institucionalmente se entiende a la Corte Constitucional como el sujeto de enunciación de las sentencias, esto es, aquel soporte material que opera como lugar de encarnación de la producción de discurso, en cada momento está materialización está codificada, de modo que hay unas reglas de deliberación y toma de decisiones. Para la función de revisión de tutelas, la Corte se organiza en Salas de Revisión compuestas por tres magistrados que deben tomar una decisión definitiva sobre el expediente revisado. Un magistrado de la Sala presenta una ponencia en un sentido específico de fallo y los otros dos magistrados discuten a partir de esta. Evidentemente, el magistrado ponente está en capacidad de encuadrar jurídicamente los asuntos revisados de manera autónoma y argumentar el sentido de su ponencia y, así mismo, los magistrados en sala son libres de confirmar, debatir, reprochar, contraargumentar y votar esta ponencia. Es por esta razón que, en términos de análisis de discurso, aquí consideramos estas salas como grupos de deliberación codificada. Cuando la Corte Constitucional debe tomar decisiones sobre acciones de constitucionalidad o tutelas que devienen de unificación de jurisprudencia, el grupo de deliberación está compuesto por la Sala Plena que, desde 1993, está compuesta por nueve magistrados.

En muchas ocasiones las decisiones de los grupos de deliberación son unánimes y afirman con su voto el sentido de la sentencia establecido por el magistrado o la magistrada ponente, pero también puede ocurrir que haya diferencias con estas ponencias que se expresan a través de aclaraciones y salvamentos de voto.

TABLA 4: Grupos de deliberación en la Corte Constitucional *

Año	Sentencia	Magistrado/a ponente	Magistrados/as en sala	Voto
2019	T-447/19	Gloria Stella Ortiz Delgado	Cristina Pardo Schlesinger	S.V.
			José Fernando Reyes Cuartas	
2017	T-675/17	Alejandro Linares Cantillo	Gloria Stella Ortiz Delgado	
	T-498/17	Cristina Pardo Schlesinger	Antonio José Lizarazo Ocampo	
			Alberto Rojas Ríos	
			Diana Fajardo Rivera	
2015	T-063/15	María Victoria Calle Correa	Mauricio González Cuervo	
			Luis Guillermo Guerrero Pérez	S.V.
2014	T-622/14	Jorge Ignacio Pretelt Chaljub	Luis Ernesto Vargas Silva	
			Martha Victoria Sáchica	
2013	T-771/13	María Victoria Calle Correa	Mauricio González Cuervo	
	T-552/13	María Victoria Calle Correa	Luis Guillermo Guerrero Pérez	A.V.
			Mauricio González Cuervo	
	T-450A/13	Mauricio González Cuervo	Luis Guillermo Guerrero Pérez	A.V.
			Gabriel Eduardo Mendoza Martelo	S.V.
T-231/13	Luis Guillermo Guerrero Pérez	Luis Guillermo Guerrero Pérez		
			Gabriel Eduardo Mendoza Martelo	
			Jorge Iván Palacio Palacio	
2012	T-918/12	Jorge Iván Palacio Palacio	Jorge Ignacio Pretelt Chaljub	S.V.
	T-876/12	Nilson Pinilla Pinilla	Nilson Pinilla Pinilla	
			Jorge Ignacio Pretelt Chaljub	
			Alexei Julio Estrada	
2008	T-912/08	Jaime Córdoba Triviño	Mauricio González Cuervo	
			Rodrigo Escobar Gil	
2003	T-1021/03	Jaime Córdoba Triviño	Gerardo Monroy Cabra	
			Rodrigo Escobar Gil	
2002	T-1025/02	Rodrigo Escobar Gil	Eduardo Montealegre Lynett	
			Gerardo Monroy Cabra	
2000	T-1390/00	Alejandro Martínez Caballero	Cristina Pardo Schlesinger	
			Fabio Morón Díaz	

1999	T-692/99	Carlos Gaviria Díaz	José Gregorio Hernández	
			Álvaro Tafur Galvis	
	T-551/99	Alejandro Martínez Caballero	Fabio Morón Díaz	
			Vladimiro Naranjo Mesa	
			Alfredo Beltrán Sierra	
			José Gregorio Hernández	
			Fabio Morón Díaz	
			Vladimiro Naranjo Mesa	
			Antonio Barrera Carbonell	
			Eduardo Cifuentes Muñoz	
1995	T-477/95	Alejandro Martínez Caballero	Carlos Gaviria Díaz	
			Fabio Morón Díaz	
1994	T-504/94	Alejandro Martínez Caballero	Vladimiro Naranjo Mesa	
			Fabio Morón Díaz	
1993	T-594/93	Vladimiro Naranjo Mesa	Antonio Barrera Carbonell	
			Jorge Arango Mejía	

* Tabla desarrollada por el autor.

Como veremos a lo largo de este estudio, el encuadre conceptual y jurídico que aporta el magistrado ponente resulta fundamental en la construcción discursiva de la noción de sexo y, dado que hay magistrados como Alejandro Martínez Caballero y María Victoria Calle Correa que elaboran las ponencias de un número muy significativo de las sentencias analizadas —5 y 3, respectivamente—, sus valoraciones pueden llegar a fortalecer ciertos enfoques hermenéuticos y constituir líneas jurisprudenciales. Y asimismo, tienen importancia discursiva los salvamentos y aclaraciones de voto de los magistrados que hacen parte de la Sala, pues dan cuenta de disensos y diferencias que, como veremos, muchas veces entrañan concepciones disímiles sobre el sexo y la (re)asignación sexual. De manera que deben analizarse más allá del hecho de que su argumentación no afecte la parte resolutive de la sentencia.

En la *Tabla 5* se muestra el resultado de establecer qué sentencias están asociadas a cada magistrado involucrado en las 21 sentencias aquí analizadas, ejercicio que deja en evidencia el protagonismo que tienen algunos magistrados en las discusiones que aquí nos atañen.

TABLA 5: Magistrados deliberantes en Corte Constitucional *

Magistrado/a	Función	Voto	Sentencia
Alejandro Martínez Caballero	Ponente		T-1390/00
	Ponente		T-551/99
	Ponente		SU-337/99
	Ponente		T-477/95
	Ponente		T-504/94
María Victoria Calle Correa	Ponente		T-063/15
	Ponente		T-771/13
	Ponente		T-552/13
Luis Guillermo Guerrero Pérez	Ponente		T-231/13
	Sala	S.V.	T-063/15
	Sala	A.V.	T-771/13
	Sala	A.V.	T-552/13
	Sala		T-450A/13
Mauricio González Cuervo	Ponente		T-450A/13
	Sala		T-063/15
	Sala		T-771/13
	Sala		T-552/13
	Sala		T-912/08
Vladimiro Naranjo Mesa	Ponente		T-594/93
	Sala		T-551/99
	Sala		SU-337/99
	Sala		T-477/95
	Sala		T-504/94
Jorge Ignacio Pretelt Chaljub	Ponente		T-622/14
	Sala	S.V.	T-918/12
	Sala		T-876/12
Jaime Córdoba Triviño	Ponente		T-912/08
	Ponente		T-1021/03
Rodrigo Escobar Gil	Ponente		T-1025/02
	Sala		T-912/08
	Sala		T-1021/03
Cristina Pardo Schlesinger	Ponente		T-498/17
	Sala	S.V.	T-447-19
	Sala		T-1390/00

Carlos Gaviria Díaz	Ponente		T-692/99
	Sala		SU-337/99
Jorge Iván Palacio Palacio	Ponente		T-918/12
	Sala		T-231/13
Nilson Pinilla Pinilla	Ponente		T-876/12
	Sala		T-918/12
Gloria Stella Ortiz Delgado	Ponente		T-447-19
	Sala		T-675/17
Alejandro Linares Cantillo	Ponente		T-675/17
Fabio Morón Díaz	Sala		T-1390/00
	Sala		T-551/99
	Sala		SU-337/99
	Sala		T-477/95
	Sala		T-504/94
Gabriel Eduardo Mendoza Martelo	Sala	S.V.	T-450A/13
	Sala		T-231/13
José Gregorio Hernández	Sala		T-692/99
	Sala		SU-337/99
Martha Victoria Sáchica	Sala		T-622/14
	Sala		SU-337/99
Antonio Barrera Carbonell	Sala		SU-337/99
	Sala		T-594/93
Gerardo Monroy Cabra	Sala		T-1021/03
	Sala		T-1025/02
Alexei Julio Estrada	Sala		T-876/12
Eduardo Cifuentes Muñoz	Sala		SU-337/99
Eduardo Montealegre Lynett	Sala		T-1025/02
Luis Ernesto Vargas Silva	Sala		T-622/14
Álvaro Tafur Galvis	Sala		T-692/99
Alfredo Beltrán Sierra	Sala		SU-337/99
Jorge Arango Mejía	Sala		T-594/93
Alberto Rojas Ríos	Sala		T-498/17
Diana Fajardo Rivera	Sala		T-498/17
Antonio José Lizarazo Ocampo	Sala		T-675/17
José Fernando Reyes Cuartas	Sala		T-447/19

* Tabla desarrollada por el autor.

6. DISCUSIÓN

La sentencia T-594/93 con ponencia del magistrado Vladimiro Naranjo Mesa que da inicio a este análisis parecería no responder a los criterios establecidos para la definición del *corpus* de estudio. Pero basta con revisar los detalles del caso allí analizado para encontrarse con una persona que se ha hecho un cambio anatómico de sexo y desea fijarlo a través de un nuevo nombre femenino. La solicitud explícita de la accionante es la de cambiar su nombre por medio de escritura pública, pero esta pretensión inicial es negada por el juez de primera instancia quien considera que un cambio de nombre masculino a uno femenino implica necesariamente una alteración del estado civil, tesis que llevará a la Corte Constitucional a analizar si una modificación del nombre supone o no una variación del sexo, lo que explica por qué se erige esta sentencia como el punto de partida de nuestro estudio. Esta sentencia será un precedente muy importante con relación al cambio de nombre cuando comporta una relación con el sexo o el género de la persona y será citada posteriormente en seis de las sentencias aquí analizadas, razón de más para ganar relevancia e interés para este análisis.

Entre 1995 y 2008, el problema de la (re)asignación sexual está básicamente ligado a la cuestión del niño hermafrodita y, en particular, a las cirugías de readecuación genital. Ocho sentencias de nuestro *corpus* se centran concretamente en este asunto. No obstante, si tenemos en cuenta que la sentencia T-477/95 que aborda el caso de un niño mutilado se configura sobre un marco de inteligibilidad hermafrodita —como lo demostraremos más adelante— podría afirmarse que son nueve sentencias las que darán forma a esta primer conjunto jurisprudencial sobre (re)asignación sexual. Los magistrados deliberantes más importantes en la consolidación de esta jurisprudencia constitucional son: en una primera etapa, Alejandro Martínez Caballero, quien es ponente de cinco sentencias: T-504/94, T-477/95, SU-337/99, T-551/99 y T-1390/00, y está acompañado en sala por los magistrados Fabio Morón y Vladi-

miro Naranjo; y en una segunda fase, el magistrado Jaime Córdoba Triviño quien es ponente en dos sentencias –T-1021/03 y T-912/08–.

En el año 2002, el magistrado Rodrigo Escobar Gil es ponente en una sentencia atípica que se separa muy significativamente en su planteamiento jurídico y conceptual sobre el sexo y la (re)asignación sexual del conjunto anterior: la T-1025/02. Aquí, por primera vez en la historia de la jurisprudencia constitucional estudiada, la noción de género tendrá unos rendimientos performativos que afectan el análisis jurídico y el sentido de la decisión allí tomada, de modo que se hace necesario analizar esta sentencia separadamente.

Llegados a este punto, la línea de tiempo establecida por el *corpus* deja en evidencia un hecho notorio. Si bien la primera sentencia en la que se discute un asunto de reasignación sexual será la T-594 de 1993 que tiene por accionante a una ciudadana que se identificará en sentencias posteriores como “transexual”, solo hasta T-876 de 2012 la Corte volverá a tratar este asunto con relación a una persona valorada como transexual. Es un periodo de 19 años en los que la posibilidad de cambiar el sexo registral o realizar cirugías de readecuación genital, serán temas estrictamente abordados como parte de las vivencias de ambigüedad genital e intersexualidad, por lo que se hace necesario analizar este silencio, así como la eclosión de casos relacionados con personas *trans* desde el 2012 y hasta la actualidad.

Entre el 2012 y el 2013 predomina la discusión acerca de las cirugías de cambio o reafirmación de sexo solicitadas por personas que se identifican a sí mismas como transexuales o transgénero. Hay cuatro sentencias fundamentales en este asunto: T-876/12, T-918/12, T-552/13 y T-771/13. La magistrada María Victoria Calle es ponente en las dos últimas y está acompañada en sala por los magistrados Mauricio González Cuervo y Luis Guillermo Guerrero Pérez. Este último, en ambas sentencias, realizará aclaraciones de voto que no son publicadas por la Relatoría de la Corte.

En el año 2013 se profiere una sentencia muy particular dentro de este *corpus*, pues hace referencia a dos casos que son revisados conjuntamente por unidad de materia por la Corte y hacen referencia a dos personas a las que se les impide corregir en su cédula un error del sexo que ha quedado consignado en su registro civil. En la sentencia T-231/13, el magistrado ponente Guerrero Pérez analizará cuál es el procedimiento idóneo para corregir el sexo cuando se trata de errores notariales y no por cambios en lo que denominará las “condiciones materiales” del sexo.

También en 2013 encontramos una sentencia muy particular que tiene ponencia del magistrado González Cuervo: la T-450A/13. Es particular porque allí, a propósito de un caso de intersexualidad, por primera vez la Corte hará un profundo análisis de lo que implica jurídicamente la indeterminación sexual.

En el último periodo analizado, entre el 2015 y el 2019, cuatro sentencias se plantean el problema de la corrección del componente sexo en los documentos de identidad: T-063/15, con ponencia de Calle Correa y un salvamento de voto de Guerrero Pérez; T-498/17 que tiene por ponente a Cristina Pardo Schlesinger; T-675/17 con ponencia de Alejandro Linares Cantillo; y T-447/19 que tiene por magistrada ponente a Gloria Stella Ortiz y un salvamento parcial de voto muy importante de Pardo Schlesinger. Dos hechos jurídicos y fácticos van a transformar aquí profundamente las nociones de sexo y género: la autodeterminación sexual y los niños transgénero.

Antes de entrar en el análisis a profundidad de cada sentencia es preciso señalar que el *corpus* establecido no se ha organizado según líneas jurisprudenciales pues ello podría suponer que hay continuidad e incluso homología en las formas de comprensión del sexo entre los casos agrupados. Como quedará en evidencia en los apartados siguientes, de acuerdo con

- a) las particularidades de los casos revisados;

b) el encuadre jurídico-conceptual y la complejización o simplificación de cada caso que realizan los magistrados ponentes;

c) y los discursos institucionales, médicos, académicos y de organizaciones sociales a los que se recurre;

puede suceder que varíen significativamente no solo las concepciones sobre el sexo y la (re)asignación sexual entre las distintas sentencias, sino la profundidad del análisis realizado en su momento por cada magistrado ponente, por lo que hemos recurrido metodológicamente a organizar el análisis primero, cronológicamente, y segundo, de acuerdo con los modos en los que se problematiza, objetiva y subjetiva el sexo en cada contingencia histórica.

6.1 ¿Tienen sexo los nombres?

Sentencia T-594 de 1993

Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa

Carlos Montaña Díaz nace como hombre y vive en Cali. No se señala su edad, pero sabemos que 13 años antes de radicar su tutela, en 1980, ya se reconocía a sí misma como mujer y socialmente era reconocida con el nombre de Pamela. A mediados de 1993, ella decide acercarse a la Notaría Tercera del circuito de Cali para tramitar su cambio de nombre de Carlos a Pamela, pero el notario le niega dicha solicitud bajo el argumento de que no puede hacerse un cambio de nombre de sexo masculino por uno de sexo femenino.

Pamela interpone entonces una acción de tutela en la que pide el amparo de sus derechos a la igualdad y a la personalidad jurídica para sustituir su nombre mediante escritura pública. El juez admite la solicitud en julio de 1993 y, para

tener claridad sobre la decisión del notario, ordena que le alleguen “prueba conducente sobre la veracidad del sexo” de Pamela y da facultades al jefe de Estadística del Hospital Universitario del Valle para remitir la historia clínica con los detalles referentes al proceso de cambio de sexo de la accionante. En todo momento la sentencia se refiere a Pamela como “Carlos” o “el peticionario”.

En julio de 1993, en fallo de primera instancia, el Juzgado Primero Municipal de Cali declara improcedente la acción de tutela de Pamela. El juzgado manifiesta que respeta la identidad de Pamela, aunque la llama “Señor Carlos Montaña”, y asegura que reconoce su derecho a la autodeterminación y a la identidad, pero considera que dado que

[...] el Decreto 1260 de 1970, en su artículo 95, ordena que toda modificación de una inscripción en el registro del estado civil que implique un cambio de estado civil requiere de escritura pública o decisión judicial en firme, resulta improcedente su petición (Corte Constitucional, 1993).

Es decir, considera que el trámite solicitado debe hacerse por un procedimiento de jurisdicción voluntaria pues según su criterio el cambio de nombre supone una alteración del estado civil.

Pamela impugna el fallo del juzgado de Cali por considerar que los notarios sí tienen competencia para realizar el cambio de nombre por una sola vez mediante escritura pública y sin necesidad de una decisión judicial en firme que así lo ordene.

El impugnante manifiesta que la intención de cambiar su nombre obedece a su deseo de fijar su identidad personal, ya que su fisionomía y su personalidad corresponden al sexo femenino, y por tanto no concuerda con su nombre actual. Argumenta que el accionado, simplemente en razón de su cambio de sexo, se negó a cumplir con la obligación de inscribir en el registro civil el cambio de estado civil, como se lo ordena el artículo 95 del Decreto 1260 de 1970 (*Ibid.*).

Para Pamela el solo hecho de haber realizado un cambio de sexo corporal hacía innecesario el cambio del sexo registral y, por tal razón, no solicitó el cambio de sexo sino solamente el cambio de nombre. Sin embargo, en la sentencia no se

discute sobre la supuesta obligación de inscribir en el registro civil su nuevo sexo, sino que el debate se centra estrictamente en si el cambio de nombre masculino a nombre femenino supone o no una alteración del estado civil.

El notario que niega las pretensiones de Pamela presenta un memorial en el que manifiesta que no se debió aceptar la tutela pues considera que su despacho no ha negado un derecho fundamental dado que un cambio de nombre como el que solicita Pamela es “caprichoso” y no está contemplado en la ley.

En agosto de 1993 el Juzgado Tercero Civil de Cali revocó el fallo de primera instancia y concedió la tutela de Pamela. Lo primero que manifiesta el juzgado es que el derecho a la personalidad jurídica se encuentra ampliamente reconocido tanto en la legislación internacional, como en la Constitución de Colombia y aclara que sí está permitido, por una sola vez, el cambio de nombre mediante escritura pública.

La Corte confirmará esta decisión de proteger el derecho al libre desarrollo de la personalidad de Pamela y le permite el cambio de nombre por medio de escritura pública. Este encuadre jurídico del caso como un asunto de libre desarrollo es introducido en el análisis por el magistrado Naranjo Mesa y no es invocado por la accionante en su tutela.

En T-594/93 el problema de fondo es si debe suponerse que los nombres son constituyentes de la identidad sexual al punto que una variación en el nombre implique la variación del sexo. Pero este problema implica dos cuestiones distintas e interrelacionadas:

- a) ¿Están los nombres sexualizados en sí mismos?
- b) Si se admite que los nombres están sexualizados, ¿un cambio de nombre implica o no un cambio de sexo y, por tanto, un cambio del estado civil?

En el caso del Notario, estas dos preguntas se contestan de manera afirmativa y, por ello, argumenta que la petición de Pamela implica un cambio en el estado civil. Pero la novedad del análisis del magistrado Naranjo Mesa radica en afirmar que los

nombres, si bien pueden servir para fijar la identidad sexual, no tienen por función esencial hacer esto, sino distinguir a un individuo de otro, por lo que no debe entenderse el vínculo entre nombre y sexo como algo esencial sino como un uso puramente contingente:

[...] es viable jurídicamente que un varón se identifique con un nombre usualmente femenino, o viceversa: que una mujer se identifique con un nombre usualmente masculino, o que cualquiera de los dos se identifique con nombres neutros o con nombres de cosas (*Ibíd.*).

La expresión “usualmente” es, sin embargo, paradójica, pues apunta a señalar la contingencia sexual del nombre, pero a la vez, da por sentado que hay nombres masculinos y femeninos, sin que esto implique que varía el sexo de quien porta el nombre. Para Naranjo Mesa, entonces, no importa cómo se responda a la primera pregunta porque el nombre no tiene por función definir el sexo y, por tanto, no tiene por qué transformar el estado civil. El vínculo cotidiano de identidad entre nombre y sexo no implica una correspondencia jurídica, por lo que una variación en el nombre no supone en sí misma una variación jurídica del sexo. Es decir, mediante la desexualización jurídica de los nombres y la reafirmación de la función identitaria de estos, la Corte abre la posibilidad de que personas como Pamela afirmen su identidad sexual.

Para decirlo en términos lingüísticos, en esta sentencia el sexo establece una relación arbitraria y convencional con el nombre. El vínculo estructural entre el nombre y el sexo de una persona es inmotivado y, jurídicamente, no tiene por qué suponerse una correspondencia o identidad sexual entre ambos términos, aunque en la vida cotidiana muchas personas vivan como si existiese una motivación sexual a la base de los nombres. Sin duda alguna, las personas que cambian su nombre para reafirmar cierta identidad sexual como aquí lo hace Pamela podrán sentir internamente tal correspondencia, pero legalmente no se reconocerá este sentimiento vívido como transformador del sexo. Así, escindiendo el nombre del sexo, el sexo mismo queda resguardado como componente autónomo del estado civil, por lo que se precisarán mecanismos propios e idóneos para transformarlo.

Una particularidad de esta sentencia es el evidente interés de todos los actores — Pamela, el Notario, los jueces de primera y segunda instancia— por garantizar la correspondencia entre fisionomía, sexo y nombre. Pero mientras para Pamela el vínculo entre estos elementos es garantizado a través de su personalidad; para el Notario y el primer juez que revisa el caso este vínculo es garantizado por el “verdadero sexo” de Pamela, esto es, el sexo que se le asignó al nacer. De allí la preocupación por determinar la “veracidad” de su sexo.

Ahora bien, ¿por qué el juez de primera instancia quería constatar a través de pruebas el “verdadero” sexo de Pamela si su solicitud era solamente de cambio de nombre? En ningún momento la Corte cuestiona esta decisión de solicitar pruebas para un trámite que solo implica la escritura pública, pero este gesto del primer juez demuestra que para él lo que estaba en juego era el cambio de sexo de Pamela y, por tanto, la alteración de su estado civil.

A partir de este caso vamos a encontrar esta permanente tensión entre un sexo que, para algunos, halla su verdad en factores subjetivos y vivenciales, mientras para otros estaría definido por factores objetivos y materiales. En todo caso, qué elementos compondrán tal experiencia subjetiva y qué elementos serán pertinentes a la hora de determinar la materialidad, son cuestiones que van a variar según el análisis que se haga. Así, mientras para el Notario el nombre ya implica una expresión objetiva del sexo de nacimiento, para Pamela el nombre es una forma de objetivar una experiencia personal y social de su sexo. En otras palabras, hay dos procedimientos diferentes para realizar una misma acción: la objetivación del sexo, pero las voluntades que hay tras cada proceder suponen formas de articulación y de racionalización del sexo muy distintas.

En el caso concreto, no hay razón por la cual al actor se le niegue una facultad legítima de expresar su convicción íntima ante la vida, mediante una nota distintiva de su temperamento y de su carácter que lo particularice respecto de los demás. En efecto, del expediente se puede inferir que el actor ha venido desenvolviéndose a nivel social bajo el nombre del "Pamela" durante aproximadamente trece años, lo cual confirma su anhelo de ser iden-

tificado bajo el nombre femenino que le permita desempeñar su autodeterminación a nivel social (*Ibíd.*).

Bajo esta perspectiva, Pamela podrá llamarse a sí misma con este nombre sin que ello implique que jurídicamente se le reconozca como mujer. Su “anhelo” de identificación queda satisfecho sin que se genere riesgo de cambiar legalmente su sexo. De allí que para todos los efectos de la sentencia, ella sea nombrada como un “él” y permanezca identificada jurídicamente como un hombre.

Así las cosas, la Sala debe reiterar que el peticionario no está solicitando un cambio de sexo, sino un cambio de nombre. De ahí que al tutelar el derecho al cambio de nombre, ello no conlleva que en el registro civil se modifique el sexo del accionante, porque lo uno no implica por necesidad lo otro (*Ibíd.*).

Pero pese a que el magistrado Naranjo Mesa encuadra este caso como un asunto de libre desarrollo de la personalidad, no por ello la Corte afirmará en esta sentencia la identidad deseada de Pamela refiriéndose a ella como una mujer. A lo largo de todo el texto ella es “el señor Montaña” y, como tal, será interpelada, con lo que se afirma performativamente que aquí no se reconoce una transformación del sexo legal de la accionante.

Desde luego, esta forma de resolver la petición de Pamela va a producir un efecto que, como veremos más adelante, tendrá que ser discutido de nuevo por la Corte Constitucional: la correspondencia entre el nombre y el sexo en los documentos de identidad, pues algunos ciudadanos empezarán a sufrir situaciones de discriminación en razón de afirmar su identidad con un nombre sexualizado que no se corresponde con el sexo que aparece en sus documentos de identidad. Una vez realizado el cambio de nombre por vía administrativa, estas personas tendrán documentos contradictorios, pues al mismo tiempo identificarán al individuo mediante un nombre sexualizado elegido según su identidad vivida, mientras el sexo consignado seguirá afirmando un sexo asignado al nacer con el que estos no se identifican.

Y ambos, nombre y sexo, en la medida en que son validados jurídicamente de manera diferenciada pero hacen parte de una misma unidad formal en la personali-

dad jurídica, serán objeto de análisis y tratamientos diferenciados en la Corte, pese a que las personas viven el nombre y el sexo a manera de unidad funcional en su vida cotidiana. Esta división interna en la noción de personalidad jurídica en la que un componente puede entrar en una situación de inadecuación o no correspondencia con otro, producirá a su vez unos problemas jurídicos que la Corte tendrá que discutir y resolver en el futuro.

6.2 Objetivaciones del sexo

Sentencia T-504 de 1994

Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero

Quien instaura la acción de tutela es identificada como “N.N.”. Nace en Bogotá y fue registrada con sexo masculino "a pesar de presentar aparentemente dos sexos" (Corte Constitucional, 1994). A esta persona NN, un equipo médico del Hospital San Ignacio le practica prueba de cariotipos y exámenes físicos y psiquiátricos que permiten concluir que su sexo es femenino. Bajo esa determinación, en noviembre de 1989 procedieron a realizarle una cirugía “correctiva” en la que llevaron a cabo la amputación de un órgano que los médicos califican como “peneano”.

En de junio de 1993 la mujer, ya mayor de edad pero con cédula de ciudadanía que indica que su sexo es masculino pues así fue registrada al nacer, a través del consultorio jurídico de la Universidad del Rosario dirige a la Registraduría una solicitud para que se corrija el sexo con el que fue registrada en sus documentos de identidad.

Pocos días después, el coordinador de cancelaciones de la Registraduría contesta a través de una carta la petición de la mujer argumentando que el trámite no se puede realizar mediante escritura pública, sino que requiere una sentencia judicial.

En medio de esa situación, la mujer decide interponer una tutela para que sus derechos “al nombre, a la tranquilidad, a la salud y a la intimidad” no sigan siendo vulnerados. En el texto de la tutela, ella expresa:

[...] sufro mucho con este problema, me discriminan, me deprime mucho y me causa muchas incomodidades. Si esto no se puede solucionar fácilmente, yo prefiero quedarme así por cruel que sea, pues no resisto más preguntas, más vueltas y más exámenes. Yo ya hice todo lo que pude, me he hecho examinar en varios centros médicos y tengo innumerables documentos que describen y demuestran mi problema (*Ibíd.*).

La accionante admite que conoce la existencia de una vía judicial para solicitar el cambio de sexo en los documentos, pero también afirma que tal proceso le resulta lesivo por su carácter público:

[...] me dicen que hay otro proceso que se puede llevar ante un juez, pero acudo a la tutela para que hagan el reconocimiento de mi verdadero sexo sin publicidad, sin demora, sin hacerme sufrir con tantas preguntas y diligencias, pues me parece que sería peor llevar esto a un proceso en el cual yo sufriría más que si decido continuar con este cruel error (*Ibíd.*).

El Juzgado 17 de Familia de Bogotá emite sentencia en junio de 1994; en ella sostiene que

[...] el cambio de sexo, el cambio de identificación, el cambio de nombre y todo lo que se relacione con la variación del estado civil por ministerio de las leyes que rigen en nuestro país, están sometidos a un procedimiento y fallo judicial (*Ibíd.*).

Es decir, que la solicitud de la mujer N.N. no es procedente vía tutela. Luego, aclara que la peticionaria “es consciente de la situación que regula sus pretensiones, o sea que lo que pretende está sometido a un trámite judicial”. La Corte, por su parte, confirma este fallo y añade que

el accionante sostiene que no acude al medio judicial que tiene a su disposición porque estaría sometido a una publicidad que no desea en razón de la

protección a su intimidad. Sin embargo, en la actualidad las sentencias de tutela gozan de la máxima difusión, por tanto, su argumento no es pertinente (*Ibíd.*).

Este caso reviste especial interés porque es la primera vez que la Corte Constitucional revisa una situación de ambigüedad sexual o genital y, probablemente, de intersexualidad.³¹ En T-504 de 1994 hay un conflicto en torno a la objetividad del sexo: ¿cómo se determina el sexo?, ¿a partir de qué elementos se verifica su naturaleza?

Si bien aquí se admite que el sexo se define por su carácter objetivo, también se acepta que este carácter no siempre está plenamente determinado, esto es, no siempre es tan claro, lo que obligaría a su valoración por parte de un juez. Pero la pregunta de fondo se mantiene y es cómo se objetiva el sexo ¿Es a través del certificado de nacimiento? Pero si la mirada médica que objetivó el sexo en un primer momento cambia de parecer posteriormente, ¿por qué la primera mirada basada únicamente en la forma de los genitales reviste mayor objetividad para el registro civil que la segunda mirada en la que a través de diversos exámenes médi-

31. Es extraño que a pesar de que esta sentencia inaugura el análisis de cuestiones relativas a la ambigüedad sexual y genital en la Corte, se omita su estudio en investigaciones especializadas sobre el abordaje de la intersexualidad en la Corte Constitucional tales como Velásquez Acevedo *et al.* (2007), Céspedes-Báez & Sarmiento-Forero (2011) y Cárdenas & Velásquez (Cárdenas, & Velásquez, 2017). Esta omisión puede deberse a que la Relatoría de la Corte no cataloga esta sentencia como un caso de hermafroditismo, ambigüedad genital o intersexualidad, pero los hechos revisados son, sin duda alguna, de un caso de este tipo, como puede confirmarse por sentencias posteriores que citan este caso como precedente, de modo que debe considerarse esta sentencia como fundadora de estos temas en la Corte.

Pero resulta ya no extraño, sino sospechoso, que el magistrado ponente Martínez Caballero nunca cite este caso como precedente en sus emblemáticas sentencias posteriores sobre hermafroditismo e intersexualidad y que los magistrados Fabio Morón y Vladimiro Naranjo que lo acompañan en sala tampoco lo refieran. Las diferencias en el abordaje de este caso, respecto a los que los mismos magistrados analizarán en T-477/95, SU-337/99, T-551/99 y T-1390/00, son muy significativas. Aquí, por ejemplo, no se hace ningún tipo de análisis sobre derechos relativos a la identidad sexual, ni se solicitan pruebas, ni se pide el concepto de expertos, ni se valora el particular sufrimiento de la accionante, como sí se hará de manera explícita en las sentencias posteriores. El caso de esta mujer N.N. se trata de manera escueta y puramente formal. Más adelante presentaremos una hipótesis para intentar explicar esta sensible omisión.

cos y una cirugía de readecuación genital se determinó el sexo de la accionante? En dos momentos distintos la mirada médica aporta dos formas distintas de objetivación del sexo de N.N., pero solo el primer momento es el que viene a tomar forma jurídica en el registro civil.

La Corte hace un análisis sucinto en el que se resalta que el sexo, como componente del estado civil, es un hecho jurídico que reviste un carácter objetivo.

Los componentes individuales que forman el estado civil son objetivos, dado que son hechos jurídicos que caracterizan a la persona. Al respecto, el célebre jurista Josserand sostuvo que el estado civil está "determinado por una serie de elementos, tales como el sexo, la edad".

El sexo es un componente objetivo del estado civil que individualiza a la persona, pues como hecho jurídico no depende de la apreciación subjetiva de quien lo detenta, sino del carácter objetivo que tiene por ser un hecho de la naturaleza física (Corte Constitucional, 1994).³²

Pero ¿cómo debe actuar el Estado cuando el sexo como hecho de naturaleza física no parece ser tan claro? De la aparente objetividad del sexo no se sigue su determinabilidad. Es decir, no por resultar objetivo físicamente, es determinable a manera de axioma. La objetividad no supone su evidencia. En este sentido, se presenta una situación paradójica para la accionante, pues la institucionalidad médica ha demostrado objetivamente que es una mujer y su solicitud no se funda en una apreciación subjetiva sobre sí misma, pero tal objetividad no le es reconocida jurídicamente. De modo que hay una distancia entre el hecho físico y el hecho jurídico, distancia que solo podrá ser llenada a través de un proceso de jurisdicción voluntaria en el que un juez valore las pruebas que, sobre su propio sexo, aporte la peticionaria. El sexo que, por un lado, normativamente se supone evidente, por otro, debe ser probado y valorado dentro de un proceso.

La paradoja se ahonda aún más porque distintos actores del itinerario procesal y hasta el mismo magistrado Martínez Caballero se refieren a la accionante como un hombre. Para ellos, el registro de nacimiento aporta una mayor objetividad sobre

32. Las negrillas son mías.

el sexo de N.N. que el criterio médico posterior, por lo que cabe preguntarse si la objetividad es inducida no por un “hecho de la naturaleza física” sino a través del mismo acto jurídico de la asignación sexual. Es decir, si la objetividad del sexo masculino de la mujer N.N no es más que un efecto performativo del sexo registral. En todo caso, este conflicto jurídico deja en evidencia un problema con el que la Corte se seguirá enfrentando reiteradas veces: ¿cómo se define el hecho jurídico del sexo? Y no es un asunto solo de significantes, en el sentido de a qué se refiere la jurisprudencia constitucional cuando usa la palabra ‘sexo’, sino una cuestión del objeto jurídico y sus cualidades: ¿qué es el sexo, qué propiedades tiene y cómo ello constituye una realidad con unas cualidades jurídicas concretas?

Si bien en esta sentencia es claro que se trata de una solicitud de cambio de sexo registral, se utilizará la sentencia T-594/93 como precedente para justificar que, precisamente por tratarse de la alteración del estado civil, el procedimiento pertinente es el de jurisdicción voluntaria a fin de que un juez establezca a partir de pruebas cuál el sexo de la peticionaria:

En conclusión, el juez de familia es el funcionario competente para conocer, en primera instancia, de los procesos adelantados para la corrección, sustitución o adición de partidas del estado civil, lo que, para el caso en estudio, sería la consecuencia de la demostración plena del cambio del sexo (*Ibíd.*).

Pero, ¿a qué “demostración plena del cambio de sexo” hace referencia Martínez Caballero si la peticionaria no se ha cambiado su sexo sino que este le fue corregido quirúrgicamente por ambigüedad? ¿Supone que N.N. eligió voluntariamente ser mujer pese a que hay evidencia de que su sexo fue prescrito y modelado quirúrgicamente por médicos? ¿Piensa el magistrado que ella es transexual?

Aunque el caso es muy complejo en el modo en lo formula la accionante, la revisión realizada por Martínez Caballero es escueta y procedimental. Aquí no se discute sobre el derecho de la peticionaria a que se le corrijan sus documentos de identidad, ni se profundiza en las implicaciones que tiene el hecho de vivir con unos documentos que validan un sexo que no se corresponde con el sexo genético, anatómico e identitario de ella. Tampoco se cuestiona el criterio bajo el cual le fue

asignado un sexo masculino al nacer que contradice lo que la institucionalidad médica ha confirmado después, ni se hacen preguntas sobre por qué le amputaron un “órgano peneano”.

El enfoque de Martínez Caballero se reduce a discutir si el argumento de N.N. sobre el carácter lesivo de la publicidad del proceso en casos de cambio del componente sexo a través del mecanismo de jurisdicción voluntaria es o no válido. Y esta discusión tampoco está exenta de paradojas, pues la Corte no admite el argumento de la peticionaria de no sumarle más publicidad a su caso porque según el parecer del magistrado ponente, a fin de cuentas, toda sentencia tiene un carácter público pero, a la vez, protege el derecho a la intimidad de la accionante mediante la reserva de su nombre y la utilización de la fórmula retórica del “N.N.” con el que serán bautizados muchos de los peticionarios en casos de este tipo. Es claro que —como se verá en casos posteriores y la misma Corte lo analizará en las discusiones sobre el cambio de nombre y sexo vía escritura pública— el proceso judicial mismo implica un conjunto de pruebas, peritajes e interacciones institucionales y personales, que es experimentado como lesivo y humillante por personas con ambigüedad genital, intersexuales y *trans*. Incluso Martínez Caballero va a afirmar de manera explícita en T-477/95, SU-337/99, T-551/99 y T-1390/00 que para ponderar adecuadamente el principio de publicidad con el derecho a la intimidad de los accionantes en este tipo de casos relativos a la identidad sexual, se publicará la sentencia de la Corte bajo la fórmula NN y omitiendo cualquier detalle que pudiera permitir la identificación de quien hace parte del proceso de reasignación sexual legal o quirúrgica. Y, sin embargo, toda la difícil realidad vivida por la peticionaria se omite a través de un contradictorio argumento formal sobre el carácter público de todos los procesos judiciales, como si fuera equivalente en términos de publicidad para una persona que solicita el cambio de sexo registral una tutela, un proceso de jurisdicción voluntaria y una escritura pública.

Pese a la falta de detalles sobre el caso, esta sentencia deja en evidencia muchas de las tensiones y problemas jurídicos, médicos, conceptuales y de racional-

dad sexual que darán forma a los procesos de objetivación del sexo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Esta sentencia será retomada y redefinida en otras coordinadas en sentencias posteriores. En T-918 de 2012, se afirma que este caso implicaba una reasignación de sexo por vía quirúrgica y en T-063 de 2015 se dice que esta sentencia:

[...] analizó el caso de una persona registrada desde su nacimiento con el sexo masculino, pero posteriormente sometida a una cirugía de reafirmación de sexo, razón por la cual solicitó ante la Registraduría Nacional del Estado Civil la corrección de su sexo inscrito en la cédula de ciudadanía” (Corte Constitucional, 2015a).

¿Por qué la sentencia inicial de Martínez Caballero omite estos detalles? Ciertamente, las consecuencias de estudiar este caso desde la óptica de la “reasignación de sexo” o la “reafirmación de sexo”, son muy distintas que hacerlo únicamente desde los principios de publicidad y subsidiariedad. El encuadre jurídico elegido por el magistrado ponente excluye por completo la relación entre el derecho a la identidad sexual y la publicidad del proceso. De acuerdo con T-099 de 2015, este era un caso de intersexualidad:

A la peticionaria se le había asignado el sexo masculino al nacer a pesar de presentar los rasgos característicos de los dos sexos. Después de que un equipo médico determinara que 'tanto fenotípicamente como psíquicamente el peticionario es de sexo femenino' se practicó un procedimiento quirúrgico que consistió en la amputación del órgano peneano (Corte Constitucional, 2015b).

¿Por qué Martínez Caballero no aborda este caso como un asunto de readecuación genital y corrección del registro civil, como sí lo hará meses después en la icónica sentencia T-477 de 1995 y, en cambio, prefiere tratarlo como un simple problema de publicidad del proceso y de subsidiariedad de la tutela?

Esta sentencia muestra bien cómo casos similares pueden ser encuadrados jurídicamente de tal manera que ganen relevancia y visibilidad ciertos elementos, pero también se omitan, repriman, denieguen o forcluyan otras cuestiones que arrastran

consecuencias distintas en el campo del derecho y, por ello mismo, producen efectos diferenciados en las formas en las que se objetiva el sexo.³³

Por último, hay que destacar el doble criterio mediante el cual se define la objetividad del sexo en esta sentencia. Como hecho jurídico el sexo:

- a) no depende de la apreciación subjetiva de quien lo detenta
- b) es un hecho objetivo de la naturaleza física

Este modo de establecer el hecho jurídico del sexo mostrará todas sus limitaciones y contradicciones en un caso que, pocos meses después, analizará la misma Sala del magistrado Martínez Caballero, y en el que habrá un profundo conflicto entre la apreciación subjetiva de quien reclama la afirmación de su sexo físico de nacimiento y las formas de objetivación de este sexo por parte de la institucionalidad médica.

33. La omisión supone que en el proceso de *framing* o encuadre se excluyen de manera consciente ciertas características de la realidad, generalmente con un sentido táctico o estratégico.

La represión, la denegación y la forclusión, en cambio, actúan en el terreno inconsciente. En la represión, los elementos que son excluidos reaparecen transformados de diversas formas en el nivel consciente; en la denegación, los elementos negados de la realidad son suplantados por otros que, paradójicamente, afirman con su presencia lo negado; y en la forclusión, los elementos son completamente rechazados de la realidad porque resultan amenazantes para la estructuración del sujeto. El deseo homosexual es, frecuentemente, objeto de represión en el discurso jurídico, pero reaparece una y otra vez en la formulación de argumentos en derecho como los que buscan la defensa de la familia como bastión heterosexual. Las consecuencias de la sexualidad infantil son, en muchas ocasiones, denegadas del campo del derecho. Al niño se le niega la sexualidad en ciertos niveles, pero dicha negación lo convierte en objeto de deseo en otros. Un buen ejemplo de elemento forcluido es la no-binariedad sexual, una idea que resulta completamente imposible e inarticulable bajo ciertas concepciones de la realidad y cuya sola posibilidad de existencia resulta amenazante para la consistencia del propio sujeto: '¿cómo es posible que alguien no sea ni hombre ni mujer?'. Estos conceptos psicoanalíticos son provechosos para comprender por qué los encuadres jurídicos deben ser estudiados no solo en sus componentes conscientes –es decir, en aquello que explícitamente afirman o niegan en el discurso–, sino también en sus componentes inconscientes –esto es, aquello que reprimen, deniegan o forcluyen del discurso–. Judith Butler realiza análisis muy profundos a partir de estos conceptos en *El género en disputa* (2007) y *Mecanismos psíquicos del poder* (2010).

6.3 La rebelión de la naturaleza sexual

Sentencia T-477 de 1995

Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero

En esta sentencia nos encontramos con las consecuencias jurídicas que deja la aplicación del famoso protocolo de Money a un niño que, con el pasar de los años, reclama para sí la determinación sobre su cuerpo y su identidad sexual. Al igual que otros casos reportados en el mundo, las consecuencias de reasignaciones o readecuaciones de sexo en niños sin su consentimiento —e incluso sin el consentimiento informado de los padres— terminan por expresarse en el campo del derecho (Greenberg, 1999, 2003, 2006 y 2012b; Klöppel, 2009 y Huddleston, 2014).

Antes de iniciar el análisis, es preciso resaltar una particularidad narrativa de esta sentencia: el nivel de profundidad, detalle y descripción de la experiencia vital que se hace del caso abordado. La tercera parte de esta sentencia está dedicada exclusivamente a relatar la historia de vida del niño. Y este evidente interés por los aspectos vivenciales va más allá de lo narrativo pues, en un hecho atípico, la Corte Constitucional crea una comisión especial para visitar en una región apartada al niño que reclama aquí por sus derechos, lo entrevista, explora su entorno familiar y social y realiza expresiones claramente emotivas sobre su situación. En razón de esta complejidad discursiva, comentaremos este caso en la medida en que lo relata la Corte.

Cuentan los padres del “menor N.N.” que tenía 6 meses cuando lo dejaron encerrado en una habitación con una perra pequeña. Cuando regresaron de sus labores del campo, encontraron a la perra con sangre en el hocico y al bebé con el pene y los testículos cercenados. Esto ocurre en marzo de 1981 en zona rural de Antioquia. Al día siguiente, muy temprano, los padres emprenden una caminata para llevar al bebé al casco urbano más cercano para que le den atención médica. De

allí, el bebé es remitido al Hospital Universitario San Vicente de Paúl de Medellín, institución en la que le realizarán los primeros procedimientos quirúrgicos al bebé.

Extrañamente, el acontecimiento que da inicio a la movilización de personas e instituciones que arrastrará el cuerpo de NN a todo tipo de intervenciones físicas, farmacológicas, psicoterapéuticas y legales, es confuso y opaco. De la mutilación que es objeto no se conocen claramente ni sus alcances ni sus causas. Unas veces se habla de castración, otras de emasculación y, la mayor parte de las veces, de mutilación, de manera que no es claro si el niño pierde completamente los testículos, o el pene, o ambos, o una parte de ellos. Y este no es un hecho discursivo menor, pues precisamente en la medida en que no se determina el grado de pérdida de los genitales del niño, el pronóstico y el tratamiento sugerido y luego realizado por los médicos busca legitimarse sobre esa indeterminabilidad.

Y, con relación a las causas, se dibuja un acontecimiento turbio. La versión parental sobre el animal que cercena los genitales del niño es calificada en algún momento como “fantasía” por parte de un psicólogo y un concepto médico se refiere a la lesión del niño como causada con “objeto cortopunzante”. Y esto tiene efectos en el abordaje y las decisiones jurídicas sobre el caso, en razón de la responsabilidad paterna y la presunta comisión de conductas punibles. Se abrirá un proceso penal “que finalizó con auto declarando que no se observa que el hecho constituyera delito”, pero ello solo suma en una narrativa que vuelve a los padres objeto de sospecha.

Los padres del niño son calificados por la Corte como “campesinos analfabetas”. Y en esta condición, firman un documento que autoriza “cualquier tipo de tratamiento (incluyendo el cambio de sexo) que conlleve a mejorar la situación actual de nuestro hijo” (Corte Constitucional, 1995). Días más tarde, los médicos proceden a practicarle una “meatotomía” al bebé. La clínica realiza el procedimiento argumentando que existe un consentimiento firmado por los padres, sin embargo, pocos días después queda registrado en la historia clínica un concepto de uno de los médicos tratantes que comprueba que antes de la firma del consentimiento ya

existía una intención de realizarle un tratamiento específico al bebé que descartaba otras opciones terapéuticas y buscaba realizar “un estudio genético con fines netamente académicos” y “plantear el cambio de sexo en este niño, pues está en la edad adecuada y no es posible en la actualidad reconstruir genitales funcionales” (*Ibíd.*).³⁴ En resumen, de acuerdo con la Corte, desde el principio los médicos del hospital “propusieron, impulsaron y desarrollaron la reasignación de sexo” del niño por considerar que este era el procedimiento “pertinente”.

A la opacidad sobre la mutilación de los genitales de NN se suma la falta de claridad sobre el tratamiento médico realizado. Y no solamente por las evidentes fallas con relación al consentimiento informado de los padres que encuentra la Corte, sino por la realización de procedimientos quirúrgicos de reasignación sexual amparados bajo la categoría de un procedimiento muy preciso y distinto como lo es la meatotomía. Esta cirugía inicial hace pensar que el niño todavía tenía meato y, por tanto, el pene no le fue amputado en su totalidad, por lo que no tiene mucho sentido entonces que se tomará la decisión radical de reasignarlo al sexo femenino. Sin embargo, el borroso diagnóstico del niño le permitirá a los médicos abrir a un campo de legitimación de sus propias intervenciones.

Una vez realizada la meatotomía, el ICBF ubica al bebé en un albergue de monjas en razón de la “pobreza de los padres” y su dificultad para trasladarlo a los controles médicos en Medellín. Es así que, desde septiembre de 1981, hasta julio de 1986 “el menor fue depositado” en el albergue Casa del Niño Dios. Entretanto, los

34. Este concepto de “genitales funcionales” ha sido objeto de múltiples polémicas ¿Qué se entiende aquí por funcional? ¿Qué es un pene funcional? Bajo ciertas concepciones médicas, la funcionalidad genital está relacionada tanto con la micción como con la erección y la penetración, sin embargo, ello supone que hay una norma que anticipa y modela las eventuales prácticas sexuales del sujeto, así como sus formas de reproducción y placer. Diversos estudios muestran cómo tal norma del pene con función “natural” de penetración ha sido invocada para amputar penes que, pese a perder la capacidad de erección, siguen siendo funcionales para la micción. Ver Morland 2005 y Fausto-Sterling (2006).

padres regresan a su parcela en el campo y difunden la versión de que su bebé ha muerto.

El crecimiento de NN en el albergue se califica como “normal”, allí aprende a caminar y se le forma con la

[...] orientación propia de una niña, sin que mostrara curiosidad por el sexo, entre otras cosas porque a los infantes se los bañaba solos y se les cubría con una toalla para que nadie los observara (Corte Constitucional, 1995).

A pesar de este tratamiento convenido entre las monjas del albergue con los médicos tratantes como parte de la reasignación sexual, “a las religiosas les causaba extrañeza que el infante tenía comportamientos de varón en la postura para la micción y en algunos juegos” (*Ibíd.*).

En mayo de 1986, el ICBF abre una historia integral al niño debido a una visita que hace la directora del albergue, para manifestar que “la menor X.X. era varón y le fueron cercenados sus órganos genitales y requiere de tratamiento especial para que quede como una niña”. Esto lleva a que la defensora de menores decrete su ubicación en un hogar sustituto en Medellín

[...] considerando que la menor X.X. requiere la continuación del proceso de remodelación de sus genitales, de conformidad con la evaluación realizada por un cirujano adscrito al hospital San Juan de Dios de Antioquia (*Ibíd.*).

Así, pasa del albergue de monjas al hogar sustituto que se hará cargo de facilitar la disponibilidad del niño para el tratamiento médico. Para esta época, ya NN es un niño aislado de su núcleo familiar y sometido completamente a crianza institucional.

En abril de 1987 se le practica a NN una segunda operación de “remodelación de los genitales externos femeninos” y el equipo médico asegura que ha adquirido el “fenotipo femenino”, lo que para el hospital significa que se ha dado el proceso de “reasignación de género”. Los médicos también resaltan que

[...] en este proceso, jugó un papel importante el ICBF al facilitarle todos los medios al menor para su ubicación en centros y hogares sustitutos que

le permitiera [sic] esa continuidad, autenticidad y coherencia para su adaptación a su género (femenino) (*Ibíd.*).³⁵

Este proceso médico se efectúa sin otra autorización que la misma firmada por los padres en 1981 y en las actas solo figura una copia borrosa de autorización de necropsia y trasplante de órganos. Después de la cirugía, la niña es dada de alta y el hospital realiza controles esporádicos en los años siguientes.

Pese a que los médicos calificaron como exitosa la asignación, ya era manifiesto para la época que había problemas. Hay una ambigüedad respecto a la práctica misma de la reasignación sexual que mostrará sus efectos a lo largo de todo el tratamiento, su debate y reformulación. Esto sucede porque el equipo médico entiende la reasignación sexual, al mismo tiempo, como momento y proceso y, el éxito de un momento, no es garantía del éxito del proceso. Si bien la cirugía de remodelación de genitales se juzga inicialmente como exitosa, ello no implica que los demás procesos que supone la reasignación sexual, tales como la socialización y la crianza en el sexo asignado, también lo sean. De hecho, la sola cirugía no asegura la reasignación en términos corporales. En 1988 se registra en la historia clínica:

“Lo mejor es dejar crecer más a esta paciente y, alrededor de la pubertad, cuando se induzca su feminización hormonal se corrigen los defectos remanentes” (*Ibíd.*). [Y en control médico posterior se consignó:] “la vagina está muy baja, esto se puede acercar a uretra, procedimiento que se realizará en edad mayor” (*Ibíd.*).

El proceso entonces, permite ir corrigiendo ‘defectos remanentes’ del tratamiento médico e ir asimilando los cambios previstos por la aparición de caracteres sexuales secundarios. Es decir, los médicos saben que la reasignación es un proceso permanente de adecuación al sexo asignado y, por ello mismo, abierto a todo tipo de contingencias.

35. Nótese que los médicos utilizan de manera indistinta las expresiones “reasignación sexual” y “reasignación de género”. De igual manera sucede con los términos “identificación sexual” e “identificación genérica”, e “identidad sexual” y “género”. En este momento aún no es operativa jurídica ni médicamente la hoy famosa distinción entre sexo y género.

En 1987 se tramita el cambio de nombre masculino de NN al femenino “X.X.” a través de un proceso de jurisdicción voluntaria. Aunque lo fundamental para los funcionarios judiciales y administrativos era que este cambio apareciera en la partida notarial del menor, para la familia resultaba más importante que en la fe de bautismo el niño figurara como niña para que pudiese hacer su primera comunión, sacramento que efectivamente se realiza.

El médico que hizo la primera intervención a NN hace un recuento del caso para explicar los pasos que debía seguir el proceso, los resultados que esperaban y las causas de lo que el mismo equipo admitía como el “fracaso del experimento”:

[...] a) Explicación exhaustiva a los padres en términos que ellos pudieran entender de que [sic] no había recurso médico posible para restituir sus órganos genitales externos. b) Se les explicó igualmente, en términos sencillos, que el niño podía crecer y desarrollarse en el sexo femenino, pero que requeriría una cirugía posterior cuando sus tejidos lo permitieran. c) Se habló con Bienestar Familiar para que, si fuere necesario, le diera un hogar sustituto a este niño, ya que sus padres eran personas que vivían lejos de cualquier centro urbano y analfabetas (el padre). d) Igualmente, se consultó al Departamento de Siquiatría y se presentó el caso ante el grupo multidisciplinario del hospital que estudia los pacientes que consultan por ambigüedad de sus órganos genitales. e) Una vez conseguida la opinión unánime del grupo se instruyeron [sic] los padres sobre la necesidad de cambiar los documentos en la notaría de A. A. y en el despacho parroquial. El niño siguió bajo control en la consulta interna y los padres en el departamento de siquiatria [sic] que el proceso de identificación sexual femenino progresaba normalmente, se le remodelaron quirúrgicamente sus órganos genitales femeninos. f) En las revisiones posteriores al procedimiento quirúrgico que se hicieron en consulta externa se encontró que la evolución era satisfactoria aunque la comunicación con el paciente era siempre difícil, por lo cual en alguna ocasión los siquiátras pensaron que había algún factor autista (trastorno de la personalidad que le dificulta al paciente comunicarse con el medio). Posteriormente supimos que el paciente había sido ubicado en un albergue de monjas de A.A. Una vez reasignado el sexo, cambiado los documentos de identificación, el proceso de identificación genérica depende en gran parte del medio ambiente donde crezca y se desarrolle el niño. En algunas consultas pudimos captar que en el centro donde estaba el paciente había cierta ambivalencia en el trato que estaba recibiendo, ambivalencia de tipo genérico, pues en algunas ocasiones lo llamaban N.N. Retrospectivamente, pensamos que este ambiente inadecuado en el cual vivió el paciente una buena parte de sus años fue el factor causal de su mala identificación con el sexo asignado (*Ibíd.*).

Este apartado muestra muy bien cómo se aplica el protocolo de Money a NN. El supuesto principal del “éxito” del procedimiento de reasignación sexual es que el paciente será educado en un ambiente que reafirmará y producirá coherencia con el sexo asignado quirúrgicamente a través de todas las interacciones con el niño. En este caso, el equipo médico culpa al ICBF y a las monjas por darle un trato ambivalente al niño y, por tanto, por impedir la fijación del sexo asignado y la auto-identificación del niño como niña. Pero paradójicamente, los mismos doctores son ambiguos con relación al sexo del paciente. Unas veces se refieren a NN como hombre y otras a XX como mujer, no hay un consenso en el modo de referirse a él.

En los registros médicos, quedan manifiestas las que se consideran “fallas” en el proceso de reasignación de sexo realizado a NN. El director del hospital Universitario San Vicente de Paúl de Medellín, lamenta que:

[...] todas las actividades desarrolladas por el Hospital Universitario San Vicente de Paúl y el ICBF tendientes a la obtención de la aceptación del nuevo género reasignado al menor, fallaron por razón del ambiente en que debió vivir el menor una vez fue reubicado en su familia... La infortunada intervención de terceros hizo que este paciente perdiera todo el trabajo realizado, teniendo hoy una persona sin una identidad sexual (*Ibíd.*).

Otro médico del hospital se expresa en el mismo sentido:

[...] Creo que en este caso hubo una falla de la sociedad [...] Fuerzas extrañas a la actividad médica (la sociedad, la familia y las instituciones donde fue educado) no consiguieron construir esa personalidad femenina (*Ibíd.*).

Por medio de esta curiosa fórmula en la que se opone la actividad médica a la sociedad y sus instituciones, la responsabilidad sobre el tratamiento ya no recae sobre los especialistas sino sobre un entorno social que habría fracasado en reafirmar la identidad femenina que los médicos prescribieron.

Pero es más curioso aún el nuevo diagnóstico de falta de “identidad sexual” de NN pues los mismos médicos aceptan el fracaso de su identificación femenina y hay múltiples reportes de su autoidentificación masculina. Es decir, es ostensible que

sí hay una identidad sexual, pero no la prescrita por los doctores. Cuando el equipo médico afirma que el niño “hubiera funcionado mucho mejor como mujer” y justifica su decisión de reasignarlo como niña en que esta era “la alternativa menos mala”, este sexo obligatorio se convierte en el criterio para reconocerle una identidad sexual a NN, de modo que si él no se reconoce como mujer, entonces simplemente no tiene identidad alguna.

Y en este atropellado proceso, “LA NATURALEZA DEL MENOR SE REBELÓ”,³⁶ dice Martínez Caballero con una vehemencia muy particular. En octubre de 1986, NN había empezado un tratamiento médico-psiquiátrico para “acondicionar la conciencia del menor a fin de que se adaptara como mujer”. Sin embargo, el tratamiento fue rechazado por el niño. La psicóloga Lucila Amparo Céspedes anota: “Le apliqué diferentes pruebas psicológicas en las que pudo observarse que tenía una identificación masculina [sic]”. Ella también asegura que el caso se encontraba “como archivado” y se sorprende porque los médicos tratantes se extrañen del “fracaso de la identificación de sexo asignado” (*Ibíd.*). NN exige redireccionar el tratamiento, se niega a tomar medicamentos y propicia entre sus amigos y maestros que le llamen por su nombre masculino. Con el paso del tiempo, tanto la psicóloga como los funcionarios del ICBF empiezan a respetarle al niño su autoidentificación como varón. Una valoración psicológica registra su cambio de actitud: “era menos agresivo, se relacionaba con los otros niños, quería jugar con ellos, incluso era el portero del equipo de fútbol...” (*Ibíd.*). Según el concepto de una funcionaria del ICBF “el niño tiene una identidad sexual masculina definida”.

La Corte registra también el testimonio de uno de sus maestros, quien asegura que el niño le decía:

[...] Por qué no esperaron a que yo estuviera grande para yo saber lo que me iban a hacer y hasta [sic] poder escoger, pero como uno estaba chiquito, hacían lo que querían con uno (*Ibíd.*).

36. Las mayúsculas sostenidas son de la misma Sentencia.

Finalmente, según un testimonio del propio niño, es a través de un personero del municipio que surge la idea de interponer una acción de tutela que le restituya a NN su identidad masculina.

A mí me operaron cuando estaba pequeñito, me operaron la vagina dizque para ponerme mujer [sic], pero uno grande ya tiene más pensamiento [sic] y decide. Yo decidí ser un hombre, porque hombre era yo desde chiquitico. Yo decidí ser hombre, porque uno es hombre como nació [sic] (*Ibíd.*).

En febrero de 1995 la Sala Civil del Tribunal Superior de Antioquia emite sentencia favorable y ordena al hospital que atiende al niño que conforme un grupo interdisciplinario que estudie la posibilidad de llevar a cabo un tratamiento que le permita reafirmar su identidad a NN y ordena que le sigan brindando atención psicológica. El hospital conforma el grupo que estudia la posibilidad de implantar un pene al niño, y se logra cambiar la partida de nacimiento para que figure nuevamente con el sexo masculino. Para asegurar que el niño permanezca bajo custodia de su familia biológica, el ICBF acude a la figura de “hogar sustituto biológico”, es decir, mantiene al niño al cuidado de sus padres biológicos pero les brinda un subsidio de alimentación, transporte hacia Medellín para acudir a sus controles, el costo de los gastos médicos y “alguna ropa”.

En abril de 1995 la Sala Séptima de la Corte Constitucional, bajo revisión del expediente, advierte que se debe anular la sentencia por cuanto:

[...] en la primera instancia se había llegado al fallo sin que las entidades oficiales (ICBF, juzgado que ordenó el cambio de sexo, notario que corrigió la partida) se hubieran al menos informado de la existencia de la tutela, como tampoco se notificó a los particulares contra quienes también se dirigía (el médico que practicó la operación, el hospital y los padres del menor) *Ibíd.*

Una vez se subsanan las irregularidades que llevaron al primer fallo, en mayo de 1995 el Tribunal de Antioquia emite un nuevo fallo que ahora niega las pretensiones de NN, basándose en lo que la Corte califica como un “juicio de valor”:

[...] concluye la Sala que, por el contrario, el Hospital actuó con suma diligencia y cuidado y puso a disposición del menor todos los recursos técnicos y humanos de que disponía en ese momento para darle a su caso la mejor

solución, o la menos gravosa que a la sazón la medicina le podía brindar ((*Ibíd.*)).

Para el Tribunal ni los médicos, ni las instituciones, ni los padres del menor son responsables de la situación por la que ha tenido que pasar el niño a lo largo de su vida. Pero pese a esto, le permite al niño la corrección del sexo en el registro y le ordena al Hospital San Vicente de Paul que conforme un grupo interdisciplinario que evalúe un nuevo tratamiento para él. Sin embargo, la psicóloga que atiende el caso afirma que NN siente miedo a lo que puedan continuar haciéndole los médicos: “A él le da temor de la anestesia o que le pueda pasar algo, pero él quiere tener su pene”. Y por esto, para la Corte Constitucional la sentencia del Tribunal de Antioquia resulta “curiosa” pues:

[...] se le pide a los médicos de un Hospital, y en quienes el menor no confía, que hagan todo lo contrario de lo que aquellos científicamente sostienen, y ello con base en una sentencia que negó las pretensiones del menor porque el fallador creyó que los médicos habían hecho lo mejor, es decir, lo que el menor precisamente rechaza (*Ibíd.*).

Esta situación lleva a los magistrados de la Sala de Revisión de la Corte a revisar de nuevo el fallo.

Dada la complejidad del caso, una comisión de la Corte viaja al municipio donde vive NN para “apreciar el contorno social y escuchar al niño y a las personas más cercanas a él”. Así mismo, la corporación determina practicar pruebas y pedir el concepto de especialistas médicos, psicólogos y sexólogos.

El informe de la Corte señala: “Hoy el ambiente en general es de respeto hacia el menor, cuyo problema es conocido de todos”. Y añaden sobre la personalidad de NN:

Se trata de un adolescente con presencia, ademanes y voz de hombre, lógico en sus respuestas, que rechaza los tratos que se le han dado como mujer. Insiste en alejarse del medio donde conocen su problema, le tiene temor a que continúen los médicos con el tratamiento de readecuación de sexo. Dice tener amigas, aspira a ser profesor. En cierta forma, critica a sus padres

pero no desea perder el contacto con ellos, aunque expresa que le han hecho pasar hambre y en ocasiones ha sido objeto de maltrato físico (*Ibíd.*).

Sobre los padres del niño, el informe anota que la madre “presenta problemas de comunicación y parece estar afectada de mudez temporal”. Del padre, aseguran que “no se expresa correctamente, siendo difícil entender lo que dice”. Ambos admiten que su hijo es un hombre.

El testimonio de los maestros de la vereda sobre la personalidad y la actitud del niño es que su conducta “se orienta a afirmar su hombría a través de agresividad cuando se lo trata como mujer”. NN suele decir: “ya me dañaron”.

Con estos insumos, entre muchas otras consideraciones jurídicas y científicas, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional resuelve revocar la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Antioquia y concede la tutela a favor de NN para proteger sus derechos a la identidad, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad.

La primera decisión que toma la Corte es la de garantizar la reserva del nombre del niño y utiliza, para ello, un mecanismo que se volverá reiterativo en estos casos: la fórmula NN. Esto tiene varios efectos paradójicos:

- a) por un lado, reconoce la existencia singular del niño, pero la suspende en favor de una fórmula retórica que alude a las personas cuya identidad se desconoce;
- b) busca proteger al niño de un contexto social que se presume violento —a pesar de que la misma Corte señala que el ambiente en el que el chico se desenvuelve “es de respeto hacia el menor, cuyo problema es conocido de todos”— pero no apunta directamente a la transformación performativa de ese contexto;
- c) aunque la Sentencia supone en sus objetivos la reivindicación de una elección de sexo por parte del niño, borra por completo las huellas de ese sexo en el nombre;

d) produce una nueva forma de reconocimiento social del niño, un personaje jurídico con una vida discursiva propia que, pese a las constantes afirmaciones sobre la autonomía del niño, es nombrado por un tercero tal y como sucedió con sus dos nombres anteriores: el que le dieron sus padres y el que le dio una enfermera.³⁷

La primera pregunta que resulta fundamental en este caso es por qué razón NN es tratado médicamente dentro de un marco de ambigüedad sexual o genital si el motivo de hospitalización corresponde a una mutilación. La respuesta a este interrogante puede inferirse del testimonio bajo juramento que presenta uno de los médicos:

Desde el año mil novecientos setenta y cinco y como Profesor del Departamento de Ginecología y Obstetricia me ha tocado participar en diferentes grupos con el Dr. Bernardo Ochoa resolviendo problemas de reasignación de género en niñas y en adultas con genitales ambiguos, principalmente en casos de hiperplasia suprarrenal congénita, testículos feminizante y recientemente en casos de transexuales [sic]. Es por ello que el problema de este niño atañe a un grupo interdisciplinario de médicos.

[...] sin posibilidades de producir en un futuro hormonas masculinas (testosterona) que es la hormona encargada de desarrollar los caracteres sexuales secundarios masculinos desde el principio de la adolescencia, alrededor de los nueve o diez años de edad. Por las características expresadas, este niño estaba condenado a ser una persona con ambigüedad sexual y sabiendo que la identidad sexual de un niño se inicia desde el año y medio a dos años en adelante, es lógico pensar que era necesario tomar una decisión con respecto a su reasignación de su sexo (Corte Constitucional, 1995).

Los médicos tratan como parte de un mismo conjunto de “genitales ambiguos” casos de intersexualidad, transexualidad y castración. No importa la naturaleza del caso ni las consideraciones etiológicas particulares, sino la posibilidad técnica de remodelar los órganos genitales. Y dado que se considera técnicamente imposible el modelamiento de penes con capacidad de erección y penetración, entonces la única

37. Este recurso de elidir la identidad de las personas en casos relacionados con cuestiones sexuales es de uso frecuente en la Corte, incluso en casos en que los peticionarios no han solicitado expresamente que se oculte su identidad. Ver López Medina (2017).

salida terapéutica que encuentran es el acondicionamiento de una vagina. De acuerdo con este paradigma tecno-médico en el que se racionaliza el sexo de NN, se le debe asignar al niño el único sexo viable tecnológicamente para el equipo médico: el femenino. Según este enfoque, si el sexo masculino de origen ya no tiene posibilidades técnicas de ser restituido en sus capacidades normativas, la opción de dejar el cuerpo tal y como está resulta impensable puesto que arrastraría al niño a una supuesta situación de ambigüedad identitaria o “asexualidad” que los mismos médicos juzgan devastadoras. En este sentido, la reasignación sexual no tiene tanto un carácter correctivo, sino preventivo. No se trata de corregir una ambigüedad genital, sino de evitar una probable ambigüedad sexual que resulte del hecho de no tener unos genitales claramente legibles.

En todo momento, el tratamiento efectivamente tiene un carácter “experimental”, como lo afirman explícitamente los médicos y es reiterado por la psicóloga. NN está atrapado en una red de profesionales de la salud que tienen conceptos disímiles sobre lo que le sucede y, en consecuencia, actúan de manera equívoca y se contradicen acerca de lo que es mejor para el niño. Y, en medio de este contexto de confusión, se toman decisiones de carácter irreversible sobre el cuerpo de NN, quien transita entre la asexualidad, la ambigüedad genital, la ambivalencia sexual, la masculinidad y la femineidad en un solo dispositivo institucional.

Tal equivocidad y confusión de identidades promovida institucionalmente no solo es producto de las diferencias de criterio, sino del modelo científico que anima las intervenciones médico-quirúrgicas. El Director del Hospital explica a la Corte la teoría en la que basan sus procedimientos de esta forma:

[...] de la observación se ha concluido que en la medida en que se asciende en la escala zoológica, la regla general de conducta consiste en una mayor flexibilidad de respuesta ante los estímulos ambientales, y **no hay ninguna especie diferente a los humanos que infrinja tan a menudo las reglas en virtud de la cual la masculinidad es propia del varón y la femineidad ligada a la hembra**. Así las cosas, las fuerzas ambientales contribuyen en grado sumo al desarrollo de la masculinidad y la femineidad.

En la consolidación de la identidad genérica se plantea el concepto de la identidad genérica nuclear que sirve de base para el proceso de identificación y que se desarrolla en los primeros 18 meses de vida del niño,..... éste como un período crítico para las decisiones con respecto a la reasignación de géneros posteriores a esa edad, crean muchos problemas en el joven al cual se le práctica, **excepto en las cirugías de transexuales que tienen un comportamiento diferente a su género y a su sexo dado por los órganos genitales externos.**

[...] En resumen, la identidad genérica puede definirse entonces como el sentido de masculinidad o femineidad que tiene un individuo, la convicción de que pertenece al sexo masculino o femenino. **Se trata de un estado sociológico de una parte de identidad personal que no es exactamente sinónimo de pertenecer a un sexo determinado sino que, además, incluirá la convicción de esta pertenencia y en los casos de equivocaciones, en la asignación de sexo, la identidad genérica depende más del sexo asignado que el estado biológico real.**

Todos los autores consideran que el desarrollo de la identidad sexual está relacionada con la posibilidad de los poderes para adoptar el sexo asignado con continuidad, autenticidad, coherencia y adaptación a las necesidades del niño; por esta razón la recomendación que obra en la historia clínica dada por el doctor Bernardo Ochoa A. es la de aceptación por parte de la familia y nueva ubicación de la familia si fuere necesario (*Ibíd.*).³⁸

Es una particular lectura del Protocolo de Money. De acuerdo con este modelo, habría un periodo crítico de desarrollo de la identidad sexual que se construiría durante los primeros 18 meses de vida y en el que son fundamentales los estímulos ambientales. Biológicamente, el ser humano estaría determinado para modelar su identidad en la interacción social de manera que, independientemente de su disposición biológica, sería posible constituir una “identidad genérica” específica a través de estímulos externos. Para ello, solo sería necesario garantizar la continuidad, autenticidad y coherencia de dichos estímulos. En síntesis, el sexo, en razón de su propia naturaleza, podría re-asignarse aun en contravía de la primera asignación que se hiciese de un individuo, siempre y cuando la reasignación se haga durante el

38. Las negrillas son mías. Nótese que los “transexuales” son considerados una excepción al constructo fundamental del modelo: el imprinting neurológico antes de los 18 meses de vida. ¿Cómo es que se presenta como irrefutable un modelo terapéutico que incluye semejante excepción y cuya singularidad nunca se explica?

periodo crítico de 18 meses y se lleve a cabo el programa de estimulación de acuerdo con los principios de consistencia y continuidad.

En el modelo descrito, el sexo está dividido en su naturaleza. Está, al mismo tiempo, determinado e indeterminado. La noción de “identidad genérica” vendría a funcionar como operador de esta división, pues en el momento en el que alguien puede nacer con un sexo, pero ser asignado a otro, más allá del “éxito” o “fracaso” de la re-asignación, queda claro que el sexo no habita en sí mismo, sino que halla sus determinaciones en un interjuego social no siempre predecible que debe garantizar unas cualidades que parecen contradecir la noción misma de sociedad: continuidad, autenticidad y coherencia. El sexo se afincará unas veces en lo establecido por la naturaleza y otras veces en lo establecido socialmente, de modo que no hay un sustrato estable que le dé consistencia. En el mismo momento en el que el sexo opera bajo reglas de distinta naturaleza que el género, la identidad sexual misma queda claramente escindida y herida de esa división a lo largo de todo el desarrollo ontogenético. Ello implicará que, en algunos casos, sexo e identidad genérica coincidan a manera de redundancia —un varón se identifica como hombre y una hembra como mujer—; en otros casos difieren entre sí con o sin éxito —reasignación sexual—; y en otros fracasa la identidad entre ambos términos —como ocurriría en la ambigüedad sexual, la asexualidad y la transexualidad—.

Tal escisión al interior del sexo era perfectamente clara a los ojos de Money y sus adeptos. De allí su defensa de la reasignación sexual basada en la distinción conceptual entre definición sexual y asignación sexual, pues permite generar una distinción analítica entre dos procesos completamente diferenciados. En la medida en que unas variables biológicas *definen* el sexo, una veces con mayor precisión que otras, y unas variables psicosociales permiten la *asignación* de una persona como perteneciente al sexo masculino o femenino, el hiato en la concepción del sexo se torna necesario, comprensible y objetivable. La naturaleza define y la sociedad asigna.

Para ahondar en la génesis de esta división en la naturaleza del sexo, hay que recordar que el trabajo de Money se basó, inicialmente, en la experiencia médica con personas intersexuales. Para este psicólogo, la existencia de cuerpos cuyo sexo se presentaba como incierto o indeterminable era una evidencia médica. El campo somático era impredecible en sus formas de origen y desarrollo. En este sentido, los cuerpos no resultaban un campo propicio para afincar la certeza sobre el sexo. Y, en razón a esta suerte de principio somático de incertidumbre sexual, se hacía necesario estabilizar los sexos de alguna manera. Para ello, resultaba útil el concepto de género en sus dos componentes de identidad genérica y roles de género, pues esta variable psicosocial le permitía operar como factor de estabilización identitario: no importa si el cuerpo es ambiguo, ambivalente, borroso u opaco, pues las categorías sociales de masculino y femenino son lo suficientemente nítidas para dar claridad allí donde todo aparece oscuro.³⁹

Este modelo teórico-clínico de Money basado en la experiencia con intersexuales es, en sí mismo, normalizador, pues su preocupación de base es cómo garantizar que los cuerpos advengan a la norma social binaria y, dado que lo somático se presenta como susceptible de ambigüedad y error, la función por excelencia de la medicina será la de servir de saber, técnica y práctica para asignar sexos correctamente alineados con los cuerpos. Lo social sirve para dar estabilidad a lo somático. El marco de inteligibilidad de la categoría de género, tal y como lo concibe Money, está construido sobre un dispositivo normalizador y tecnológico de asignación sexual y re-adequación genital.

Sin embargo, pese a que el territorio de análisis es tan preciso, en un movimiento catacrésico Money extiende sus hallazgos en personas intersexuales y los convierte en fundamento clínico de lo que sería todo el proceso de definición y desarrollo sexual humano. De esta forma, lo “anormal” le permite explicar lo

39. “In a clinical context gender proved to be a powerful stabilizing factor at a time when technology was increasingly undermining the long-held medicoscientific assumption that the bodily signifiers of sex aligned unilaterally” (Germon, 2009: 62).

“normal” y la patología le sirve como sustrato para comprender todo el orden sexual.

Ahora bien, todos los problemas del modelo teórico de Money se hacían más notorios en la medida en que la realidad se expresa. Y aquí no solo hay que tener en mente a las personas transexuales que, en palabras del Director del Hospital, son una “excepción”, sino contingencias como la castración que ponen a prueba la piedra angular del modelo: la identificación sexual basada en los genitales antes de los 18 meses de vida. Así, los mismos cuerpos e identidades terminan por mostrar las profundas contradicciones que subyacen a la teoría de Money.

Desde luego, es de esperar que todas las contradicciones que hemos señalado respecto a la naturaleza del sexo y el género en el equipo médico que realiza el tratamiento terapéutico y quirúrgico a NN, produzcan a su vez contradicciones en las valoraciones jurídicas del caso. Son las decisiones médicas del Hospital las que precipitan la necesidad de realizar un cambio jurídico del sexo, porque los médicos prescriben el cambio del sexo legal como parte de la terapia de reasignación sexual.

Este trasfondo permite comprender la dura controversia que surge en esta época entre el cuerpo médico del Hospital San Vicente de Paul liderado por el doctor Bernardo Ochoa y la Corte Constitucional. Cuando la corporación publica esta sentencia el caso alcanza notoriedad nacional y se genera una polémica en medios de comunicación que aporta elementos para entender mejor lo ocurrido con NN.

En un artículo escrito para el periódico El Tiempo, Ochoa se refiere así a este caso:

¿Cuándo, en qué circunstancias y por qué razón está indicado asignar a un niño el sexo opuesto a aquel que su naturaleza le definió? Para responder hay que tener conceptos claros sobre cómo se DEFINE y cómo se ASIGNA el sexo en el ser humano, dos hechos absolutamente diferentes. Y tenemos que comprender cómo es que nos identificamos con el sexo que nos asignan. Y saber, además, qué diferencias existen entre sexo y género masculino y

femenino. Intentaré utilizar un lenguaje que todos podamos entender (Ochoa, 1995).⁴⁰

El hiato en la naturaleza del sexo que nace con Money, sirve aquí para explicar y justificar las decisiones tomadas sobre NN. Dado que el sexo es posible gracias a dos procesos diferenciados y articulados —definición sexual y asignación sexual— es posible que no haya compatibilidad ni alineación entre los dos procesos ni necesariamente tenga que haberla. Sin embargo, el hecho de que los procesos sean “absolutamente diferentes” no permite tener ninguna claridad acerca de cómo se interrelacionan ni explica por qué si la asignación sexual no necesita de la definición sexual para adquirir su forma y preponderancia, de todos modos los médicos se preocupan por garantizar que factores claves de la definición sexual tales como la aparición de caracteres sexuales secundarios no “estropeen” su intervención. La definición sexual no termina con el nacimiento, pues es obvio que las hormonas continúan dando forma al cuerpo en posteriores etapas del desarrollo ontogenético, de manera que lo que en un momento es enunciado por Ochoa como procesos separados es, bajo otras caras del modelo, un solapamiento. Es decir, Ochoa niega en la teoría lo que afirma de muchas maneras en la práctica: la existencia de un interjuego entre la definición y la asignación.

El sexo biológico se DEFINE desde el momento de la fecundación. Todas las células que se derivan de la unión del óvulo con el espermatozoide son portadoras de un mensaje sexual representado por dos pequeños cuerpos llamados cromosomas sexuales, a los cuales se denomina XX en el sexo femenino y XY en el sexo masculino. Estos cromosomas, a su vez, dirigen por mecanismos complejos la formación embrionaria de ovarios en la niña y testículos en el varón. Las gónadas (testículos-ovarios), por su parte, producen sustancias que conocemos con el nombre de hormonas y estas hormonas embrionarias actúan sobre el esbozo de los órganos genitales internos y externos, los cuales se desarrollan y maduran, hasta alcanzar su forma y su función naturales.

Este proceso ordenado puede alterarse en cualquiera de sus niveles: cromosómico, gonadal, o de producción o aprovechamiento de las hormonas, dando lugar al nacimiento de niños con genitales externos anormales. A veces tan

40. Las mayúsculas son de Ochoa.

anormales que no es posible diferenciar si el recién nacido es un niño o es una niña. Son los llamados maldefinidos sexuales, pacientes con estados intersexuales, hermafroditas o pseudohermafroditas. La ASIGNACIÓN del sexo al recién nacido es otra historia diferente. El médico, o quien atiende el parto, tiene necesariamente que responder esta pregunta de los padres: es un niño o una niña? Sólo se tiene una fuente de información para satisfacer esta demanda de importancia fenomenal: mirar los órganos genitales externos del recién nacido (*Ibíd.*).

Nótese que Ochoa describe el proceso de definición como si acabase justo antes de la asignación. Retóricamente, él realiza su exposición como si un proceso estuviese precedido del otro. Sin embargo, el doctor sabe bien que las hormonas continúan trabajando a lo largo de todo el ciclo vital y que la “madurez” y las “funciones naturales” solo se alcanzan, según su propio modelo, cuando los cuerpos están en capacidad de copular y reproducirse. De modo que obliterar estos componentes de su propio marco conceptual le permite justificar proceder sobre un niño mutilado como si de un intersexual se tratase, pues según su criterio no importa qué haya sucedido biológicamente en la definición sexual de un cuerpo humano previamente a la asignación sexual realizada por los médicos. Si se precisa una reasignación sexual y esta se realiza consistentemente y antes de los dos años, necesariamente la reasignación va a prevalecer sobre el proceso “natural”. Y, de hecho, no es correcto asignar la cualidad de ‘natural’ solamente al proceso de definición sexual. Para este modelo, es también natural que el cerebro realice el *imprinting* de la identidad sexual antes de los dos años, por lo que la medicina solo estaría garantizando el mejor modo de desenvolvimiento de la naturaleza en el cuerpo del niño de cara al papel que deba tener en la sociedad. Por esto, Ochoa se ve a sí mismo como un vehículo de la naturaleza para corregirse a sí misma mediante el conocimiento científico de sus reglas de funcionamiento.

Un recurso retórico común que aquí hace presencia es que el médico pone en el origen de la solicitud de asignación sexual una demanda parental. Los padres “quieren” saber el sexo de su hijo y los médicos “deben” satisfacer esta demanda de información a partir de solo “una fuente de información”: los órganos genitales externos. Sin embargo, este argumento se contradice con la práctica cotidiana del

mismo equipo médico que dirige Ochoa y que, frecuentemente, realiza exámenes de cariotipo y ecografías para obtener más datos que guíen las asignaciones.

Si esta inspección encuentra que los genitales semejan los de un varón, se anunciará un niño. Pero si se parecen a los de una mujer, se dará la noticia del nacimiento de una niña. Dos conceptos diferentes: la DEFINICION sexual producto de un complejo proceso biológico y la ASIGNACION del sexo de crianza, basada en el acto simplísimo de examinar el aspecto de los órganos genitales externos, **sin tener en cuenta, obviamente, el sexo biológico**. Un error en el proceso de la DEFINICION, error de la naturaleza, producirá un niño con genitales externos deformados, maldefinidos. Un error en la ASIGNACION del sexo producirá un incompetente sexual, un desadaptado social y frecuentemente un antisocial (*Ibíd.*).⁴¹

Ochoa acepta que la asignación no tiene en cuenta el sexo biológico del niño, criterio que dista de ser tan “obvio” como lo presenta el doctor. De hecho, la evidencia sugeriría que es al contrario: el sexo biológico es fundamental para la asignación y debe ser el sexo a asignar socialmente. Es tal la preocupación de Ochoa por separar radicalmente los procesos de definición y asignación que realiza formulaciones que contradicen su propia práctica médica pues, por ejemplo, cuando trata casos de “maldefinición”, el principal indicador para la asignación es el “verdadero sexo biológico”.

Pero, de nuevo, el problema de fondo en este caso es que NN no era un bebé intersexual, así que Ochoa convierte el hiato entre definición y asignación en un abismo insondable, de manera que solo baste con la asignación sexual del mismo equipo de Ochoa para que NN advenga como sujeto y sea viable como persona. Para validar los procedimientos realizados sobre el niño mutilado, el doctor contradice su propia práctica en casos de intersexualidad. Este hiato toma la forma de la dicotomía Naturaleza-Cultura, pero en ambos registros el médico juzga conforme a un principio normalizador que busca la corrección del “error” a través de la misma práctica médica. Así, los errores de la naturaleza podrán ser corregidos mediante la re-adequación técnica de los genitales y los errores de la cultura con

41. Las mayúsculas son de Ochoa y las negrillas mías.

una correcta asignación sexual. Pero el criterio para hacer una “correcta” asignación no será su ajuste al sexo biológico —que para Ochoa “obviamente” no se tiene en cuenta— sino una adecuación de todo el campo social a la prescripción médica, so pena de que el individuo resultante de un error en el ajuste social sea “un incompetente sexual, un desadaptado social y frecuentemente un antisocial”.

Estas consecuencias mórbidas que prevé Ochoa para el sujeto por cuenta de errores en la asignación son lo suficientemente temibles como para que una correcta asignación sexual resulte deseable y necesaria. Si el campo social no se ajusta a la asignación prescrita por el equipo médico, el individuo fallará en aquello para lo que la naturaleza le ha producido —la competencia sexual— y para lo que la cultura le demanda —adaptación— e, incluso, podría convertirse en un peligro para la misma sociedad ¿A partir de qué evidencia médico-científica Ochoa puede sugerir que tales consecuencias son posibles? No lo sabemos y el médico tampoco se preocupa por demostrar la evidencia científica de estos efectos.

Esta advertencia de Ochoa sobre los riesgos de una mala asignación resulta, sin embargo, particularmente paradójica en este dominio, pues de lo que trata todo este caso es de un evidente fracaso en la asignación. En ningún momento Ochoa justifica la reasignación al sexo femenino para NN en algo distinto a que era técnicamente posible hacerlo y así lo exigían las “circunstancias”, pues en términos de definición sexual NN es indiscutiblemente un varón y así lo reafirmó la asignación médica realizada al nacer.

Todos los tratadistas están de acuerdo con que el período más importante del proceso de IDENTIFICACION del niño con el sexo que le asignaron se realiza durante los dos primeros años. Y es precisamente en este período cuando es posible asignar al pequeño el sexo opuesto a su constitución cromosómica (sexo biológico) si las circunstancias del niño lo exigen, como en el caso que motiva este escrito. La propuesta de cambio en la asignación sexual la hacemos los médicos a los padres, porque a la luz de nuestros conocimientos esta es la mejor opción de vida y de bienestar (léase salud) en condiciones muy especiales. Lo entendemos como un deber en el ejercicio de la medicina. En realidad no es una propuesta, es una prescripción, que en el caso de los niños, los padres aceptan o rechazan. Les ofrecemos

la mejor opción que la medicina puede brindarles si su edad no ha sobrepasado los dos años (*Ibíd.*).

El recurso a la universalización de las fuentes que hace Ochoa es criticado por la misma Corte Constitucional, pues otros médicos consultados y una profusa lista de investigaciones médicas de la época señalaban que no había ningún tipo de consenso alrededor de esta tesis ni de sus consecuencias quirúrgicas y terapéuticas. En este caso hay un grupo de médicos que reasigna el sexo a un niño simplemente porque “a la luz” de sus creencias ello era “lo mejor”. Pero esta creencia adquiere bajo la institucionalidad médica un carácter prescriptivo y, por tanto, de responsabilidad. Lo responsable, para Ochoa, es actuar de esta manera.

Proceder en otra forma sería ir contra nuestros propios principios de ética y moral. **Y si la legislación vigente nos impidiera el ejercicio en estos términos, lo entenderíamos como una fuerza mayor que violenta el derecho natural de los pacientes.** Lo cual no puede ser cierto. Porque entendemos que la Constitución y las leyes se formulan para proteger al ciudadano y a la comunidad. Pero interpretarlas no siempre es fácil (*Ibíd.*).⁴²

Dado que la prescripción médica es un acto a la vez científico, ético y legal, Ochoa entiende que cualquier barrera que imponga la ley a este acto “violenta el derecho natural de los pacientes”. De esta manera, opone a la jurisprudencia constitucional de la Corte una forma de “derecho natural” que se derivaría de las mismas tesis sobre la naturaleza de la sexualidad que ha defendido de manera contradictoria antes.

Pero más allá de las tesis y prácticas defendidas por Ochoa, es importante señalar cómo a partir de unas determinadas creencias sobre la naturaleza de la sexualidad se fundamentan, legitiman y realizan unos procedimientos específicos que, a su vez, arrastran un conjunto de consecuencias jurídicas y hasta unas formulaciones en doctrina del Derecho. Este ensamblaje entre *scientia sexualis* y formas jurídi-

42. Las negrillas son mías.

cas lo encontraremos formulado de diversas maneras a lo largo de la historia jurídica que aquí nos atañe.

Para la Corte Constitucional es claro que NN debe tratarse como una persona que sufrió una mutilación y, por tanto, no hay duda alguna sobre su identidad sexual. Para los magistrados el sexo aquí es comprendido como un núcleo natural, íntimo, personal e inmodificable de la persona. Este sexo no puede ser alterado por fuerzas externas que actúen por encima de la voluntad del individuo pues se estaría ejerciendo una violencia sobre él. De esta forma, el sexo no puede ser determinado por un procedimiento de asignación externa —ni médica ni paterna— que ignore el sentido interno de la identidad del individuo.

La condición en la cual quedó el menor no destruye sino por el contrario hace más fuerte “la presencia en mí” (frase de Mounier) porque 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 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 y aún de “género” (como dicen los médicos) porque el hombre no puede ser juguete de experimentos despersonalizados ni tampoco puede su identidad ser desfigurada para que el contorno dentro del cual vive se haga a la idea del “género” que unos médicos determinan con la disculpa de que era lo “menos malo”. En la identidad de las personas no cabe determinismo extraño. Si cupiera, habría que concluir que el infante que nació varón y a quien la decisión paternalista de un grupo médico lo ubica en la sociedad como mujer, tendría necesariamente que convertirse en un ser sumiso y cobarde frente a lo que otros decidieron y tendría que permanecer en el reposo que le señaló una conceptualidad científica extraña y ello desvirtuaría el libre desarrollo de la personalidad que en este aspecto sólo él puede señalarse y por consiguiente cualquier autorización escrita de los padres no es más que un simple juego de palabras. En conclusión, los padres no pueden permitir que se altere la IDENTIDAD (EN LO SEXUAL) DE SU HIJO. Y los médicos no podían basarse en esa autorización paterna para hacer el tratamiento (Corte Constitucional, 1995).⁴³

La Corte también realiza una naturalización del sexo, pero en este caso la naturaleza permite que se le otorgue al sexo una función identitaria ligada a la esencia del individuo, lo que permitirá sustentar los reclamos del niño en términos

43. Las mayúsculas son del texto de la sentencia.

de derecho a la identidad y al libre desarrollo de la personalidad. La Corte entiende el sexo como un núcleo natural relacionado inmediatamente con la identidad. Este sexo natural es ya formativo de la identidad sexual, pero no dependiente en su totalidad de unos órganos concretos. Se presume que, como elemento constitutivo de una identidad interna, el verdadero sexo pre-formado en las profundidades del ser puede rebelarse ante imposiciones de carácter externo.

Y el niño NN también tiene su propia convicción de lo que en él es natural. Defendiendo su sexo de nacimiento, NN busca reafirmar a través de un reclamo en derecho su propia naturaleza. Recuperar su “verdadero” sexo pasa por la reivindicación legal de la naturaleza en sí mismo.

Tal y como la Corte concibe su problema jurídico, es la legitimidad constitucional del procedimiento de readecuación de genitales la que aquí se interroga. El problema es abordado bajo tres aspectos que son, a su vez, artefactos jurídicos cuya forma se irá modelando a través de la jurisprudencia de esta corporación:

- a) el consentimiento informado del paciente;
- b) la autorización paterna en casos de procedimientos médicos realizados a menores de edad; y
- c) la violación de los derecho a la identidad, a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad.

El modo en que aquí los problematiza Martínez Caballero será fundamental para la comprensión de estos artefactos jurídicos de aquí en adelante, pues esta sentencia servirá de precedente para un nutrido conjunto de casos en el futuro.

De entrada, el solo hecho de que aquí se discuta un asunto relativo a la sexualidad y, en particular, a la identidad sexual, por fuera del marco de la “orientación sexual” y la homosexualidad, ya merece particular atención. Es reconocible cierta tendencia jurídico-analítica a poner en coordenadas homosexuales los asuntos más amplios de la identidad sexual, ya sea a modo de sesgo de interpretación o fantasma temido e irreprimible. Por ejemplo, es común que la transexualidad se

confunda con la homosexualidad y, por tanto, los prejuicios con relación a esta se trasladen a aquella, como lo veremos más adelante en otras sentencias. No obstante, aquí se da inicio una forma de teorización jurídica de la identidad sexual no relacionada —al menos de forma explícita— con la homosexualidad que merece destacarse. Las distintas formas de organización socio-política homosexual en Colombia, le han permitido alcanzar una posición como colectivo de interlocución y construcción de derechos muy importante, particularmente después de 1998. López Medina ha mostrado cómo hacia este año,

[...] empezó a construirse, empero, una nueva comprensión jurídico-moral en la jurisprudencia constitucional basada en la idea de que los homosexuales son un grupo social que merece especial protección por ser víctimas de prejuicios que afectan severamente el reconocimiento y disfrute de derechos fundamentales en condiciones de igualdad. Se empezó a sostener que al menos algunas distinciones legislativas basadas en la orientación sexual eran constitucionalmente “sospechosas” y, por tanto, ilegítimas, a menos que se probara de forma muy estricta la justificación de tal diferenciación (López Medina, 2017: 5).

Como sujeto político, los colectivos homosexuales han logrado definir una agenda pública de lucha por sus derechos que ha alcanzado gran notoriedad social en Colombia. Como afirma López Medina,

[...] de la alianza LGBTI es claro que lo L y lo G tienen primacía política y jurídica; lo T viene abriéndose espacio con gran y sorprendente velocidad; lo B y lo I, en cambio, son temas que están todavía situados hacia los márgenes del discurso, del activismo y de la reivindicación constitucional de derechos (*Ibíd.*: 115).

Sin embargo, esta sentencia T-477/95 y las que se ubican en la línea jurisprudencial sobre intersexualidad demuestran que, al menos para el sujeto hermafrodita, la reivindicación de derechos se ha operado no de la mano de colectivos políticos, sino de intereses contingentes surgidos al interior de la Corte Constitucional. Dicho de otro modo, en la historia jurisprudencial de los problemas de la sexualidad en la Corte la articulación jurídica del sexo en clave identitaria primero se realizará con relación a prácticas como el cambio de nombre y las cirugías de readecuación sexual y, posteriormente, con relación a la homosexualidad. De manera que de la

marginalidad al nivel de la representatividad política no necesariamente se sigue la marginación en la reivindicación constitucional de derechos.

Pero no deberíamos inferir de aquí que, espontáneamente, la Corte es capaz de producir significativas desterritorializaciones con relación a las concepciones sobre el sexo y la sexualidad. Más bien, habría que preguntarse qué hace de este caso una oportunidad para que la Corte realice formulaciones inéditas para este momento social en Colombia y el mundo. La mutilación de NN como evento contingente y sobreviniente con relación a un “sexo inicial” es la que permite a los magistrados articular una respuesta, a la vez, ortodoxa y heterodoxa en este caso.

Si no se está ante la presencia de un transexual, bisexual, hermafrodita o seudo hermafrodita, hay que respetar la VERDAD NATURAL Y PERSONAL. Un caso fortuito, completamente extraño a la persona, ajeno a su voluntad no tiene la causa suficiente para alterar esa verdad, esa naturaleza. Cuando la mutilación se presenta, el paciente tiene posibilidad de decidir. Si no lo hizo antes lo puede hacer ahora que tiene uso de razón (Corte Constitucional, 1995).⁴⁴

No es necesario inventar nuevas categorías de comprensión de la sexualidad ni traer a discusión teorías revolucionarias sobre la identidad sexual, para que aún así las fórmulas de la Corte sean innovadoras. Incluso permaneciendo dentro de un horizonte que no cuestiona el binarismo ni postula la preponderancia de factores subjetivos en la definición de la identidad sexual, es posible para la Corte enunciar y abrir paso a la re-asignación jurídica del sexo. Esto se hace aún más notorio por esta suerte de advertencia sobre el estatuto del niño: no es “transexual, bisexual, hermafrodita o seudo hermafrodita”, categorías completamente disímiles entre sí, pero que sirven a la Corte como un bloque de diferenciación, objetivación y comprensión del caso. Gracias a que NN ha sido mutilado y por ello no hay asomo de ser un caso susceptible de ser enmarcado en coordenadas de “orientación sexual”, es que la

44. Las mayúsculas son del texto de la sentencia. ¿Habría que entender aquí que si se tratase de un niño transexual, bisexual o hermafrodita no habría que respetar su “verdad natural”? ¿Por qué se incluye dentro de un mismo conjunto identidades sexuales, orientaciones sexuales y variaciones del desarrollo sexual completamente heterogéneas entre sí?

“verdad” del sujeto esté resguardada de cualquier cuestionamiento sobre su deseo y su agencia.

Con esta sentencia, Martínez Caballero empieza a construir el concepto de libertad y autonomía en desarrollo para referirse al proceso mediante el cual los niños devienen individuos libres. Y esto hace a esta sentencia profundamente innovadora con relación al reconocimiento jurídico de la autonomización del niño. No por referirse aquí a los infantes como menores de edad, se impide la consideración de su autonomía. Antes bien, hay un esfuerzo por mostrar que dado que los niños son capaces de desarrollar su autonomía, por ello mismo pueden llegar a ser adultos y no son simples objetos o herramientas del deseo de los padres y, mucho menos, de los equipos médicos. El niño mutilado expresa una tensión entre una sociedad que demanda unas determinaciones sexuales y unos cuerpos que por diversas contingencias no se adecúan a estos marcos. De esta forma, NN funcionará como un operador capaz de articular compasivamente los problemas de la asignación sexual, la autonomía y la libertad, sin arrastrar todos los temores de una desterritorialización más radical del esquema hegemónico del binarismo sexual como los que suscitará la transexualidad. Si se le debe permitir al niño mutilado elegir su sexo, es porque no es una voluntad vanidosa la que elige, sino una naturaleza interior que reclama ser afirmada aún en contra de lo que cierta institucionalidad médica desea. Aquí la autonomía en desarrollo del niño sirve para reafirmar la naturaleza y no para contraponerse a ella, actúa en *natura* y no *contranatura*, de modo que deja intacto el marco binario normativo en el que está atrapada jurídicamente la sexualidad.

La verdad del sexo como identidad interna fundada biológicamente, queda resguardada en esta sentencia. Incluso al final, Martínez Caballero reafirma la necesidad del mecanismo de jurisdicción voluntaria para el cambio de sexo que, el magistrado Naranjo Mesa desarrolla en T-594/93 a propósito de una solicitud de cambio de nombre. Y lo reafirma indicando que un tercero no puede solicitar el cambio de sexo de una persona que no esté en capacidad de hacerlo de manera

autónoma. Pero curiosamente, se servirá como precedente de esta sentencia de Naranjo Mesa y no de la sentencia específica sobre cambio de sexo que, con ponencia suya, emitió la Corte unos meses antes: la sentencia T-504 de 1994. En este sentido, el procedimiento de reasignación del sexo legal seguirá atado al mecanismo de jurisdicción voluntaria y se le añadirá una condición más: la consideración del criterio autónomo del sujeto.

Con esta sentencia T-477/95 se produce una enorme transformación con relación al problema de las cirugías de readecuación sexual que, para la época, eran consideradas parte del tratamiento habitual en casos de hermafroditismo y ambigüedad genital y mediante las cuales se forzaba a través de la prescripción médica el reconocimiento de un determinado sexo legal. Dado que la Corte Constitucional dirá que “el expreso consentimiento informado del propio paciente es indispensable para cualquier tratamiento médico de readecuación del sexo”, este amplio alcance necesariamente va a afectar la práctica terapéutica de reasignación sexual y readecuación genital de niños hermafroditas, con lo que se sentarán las condiciones para que emerja jurídicamente el sujeto hermafrodita, tal y como lo veremos a continuación.

6.4 La construcción del niño hermafrodita

Sentencia SU-337 de 1999

Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero

Esta icónica sentencia desarrolla por primera vez a profundidad el problema de la asignación sexual a niños con ambigüedad genital. Si bien no es la primera vez que la Corte Constitucional se enfrenta a casos de este tipo, pues ya lo ha hecho el mismo magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero en la sentencia T-504 de

1994, sí constituye un análisis profundo, inédito y muy innovador por las razones que se expondrán a continuación.

Se trata de una sentencia de unificación —la única proferida por la Corte sobre los asuntos que nos atañen— pues la Sala Plena encuentra que este caso no solo reviste particular importancia, sino que además abre la oportunidad de sistematizar la doctrina constitucional sobre el consentimiento informado en tratamientos de menores de edad. Esta elección de la Corte es, por sí misma, desafiante, pues selecciona un caso muy complejo y polémico para unificar su jurisprudencia. Pero lo asume con una rigurosidad que resulta muy llamativa para el momento histórico en el que se presenta este caso: la cantidad y variedad de las fuentes científicas primarias consultadas, así como las inferencias y conclusiones que la Corte extrae de un material tan heterogéneo e inconsistente, convierten esta sentencia en un hito jurídico mundial en el análisis de la intersexualidad (Greenberg & Chase, 1999; Greenberg, 2012b y Thorn, 2014).

Una “menor N.N.” nace en octubre de 1990 y es asignada como niña por la partera que la recibió, sin embargo, al cumplir los 3 años, en un examen pediátrico,

[...] se encontraron genitales ambiguos, con un falo de tres (3) centímetros (semejante a un pene), pliegue labios escrotales con arrugas y en su interior, gónadas simétricas de un centímetro de diámetro, en los dos lados, orificio único en el periné (Corte Constitucional, 1999a).

Con base en esto se le diagnostica con “seudohermafroditismo masculino” y se le recomienda un tratamiento quirúrgico que consiste en la “readecuación de los genitales por medio de la extirpación de las gónadas y la [...] remodelación del falo (clitoroplastia) de los labios y de la vagina” (*Ibíd.*). El médico tratante del Instituto de Seguros Sociales —ISS—, considera que la intervención quirúrgica para la niña es prioritaria pues el “falo” detectado “nunca va a ser igual a un pene ni tendrá posibilidades de funcionar como tal”. Además, en su concepto, la intervención debe hacerse antes de que la niña llegue a la pubertad. Sin embargo, los médicos del ISS se niegan a hacer la intervención basados en la sentencia T-477/95 de la Corte Constitucional que dicta que para cirugías de este tipo debe haber

consentimiento del paciente, aun tratándose de menores de edad. La madre de la menor interpone una acción de tutela con el fin de que se le autorice a ella la decisión de llevar a cabo el procedimiento quirúrgico de la menor, argumentando patria potestad y que su hija “no puede tomar decisiones por ella misma y si esperamos a que ella tenga capacidad para decidir, ya será demasiado tarde y su desarrollo psicológico, fisiológico y social no será normal” (*Ibíd.*). La madre también considera que se le están vulnerando a su hija los “derechos a la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad y a la protección especial de la niñez” pues, la niña tiene derecho “a que sea definida su sexualidad a tiempo para su normal desarrollo personal y social” (*Ibíd.*).

Lo primero que llama la atención es que los médicos hagan referencia a un “falo” que, en un momento, es “semejante a un pene” pero que “nunca va a ser igual a un pene ni tendrá posibilidades de funcionar como tal”. ¿Entonces por qué llamarlo falo? ¿Por qué se insiste en describir como falo algo que no es propiamente un falo? A la niña se le prescribe una cirugía de “remodelación del falo” o “clitoroplastia” pero, como su mismo nombre lo indica, una clitoroplastia implica la modelación del clítoris y no del pene, generalmente con la intención de disminuir el tamaño del clítoris por razones cosméticas o funcionales ¿O se trata de una faloplastia que busca construir un clítoris?

El diagnóstico en este caso es de pseudohermafroditismo masculino, por lo que puede inferirse que la niña es genéticamente un varón al que, por alguna razón durante su desarrollo embrionario, no se le formaron adecuadamente los genitales externos. Este es, desde luego, un caso de intersexualidad en el que se hacen borrosos los límites normativos entre hombre y mujer, pero precisamente por esto se esperaría que los médicos argumenten a profundidad las razones que les llevan a tomar decisiones tan radicales como las que se sugieren, pero en ningún momento aparecen descritos en la sentencia los motivos por los cuales se prescribe que se modelen los genitales de la niña de modo que concuerden con lo que sería una mujer y no, por ejemplo, modelarlos para que se adecúen a lo que sería un varón

en concordancia con su lo que indica el estudio genético o determinar junto con la niña qué desea ser.

Es fundamental resaltar estas falencias médicas pues inducen muchos de los problemas que estudiará esta sentencia.⁴⁵ Así se entiende, por ejemplo, la decisión del tribunal de instancia de negar la tutela bajo el argumento de que se pretende asignar el ‘sexo femenino’ a un niño de ‘sexo masculino’. De manera que el tribunal encuentra una situación homologable a la descrita en T-477/95 que toma por precedente pues, si bien en la sentencia citada se trata de un caso de:

[...] reasignación de sexo como consecuencia de una mutilación del pene en un infante, lo cierto es que los asuntos son prácticamente iguales ya que los médicos intentan "corregir los defectos de una criatura hermafrodita, lo que equivale a decir que sin su consentimiento y su voluntad se va asignar el ‘sexo femenino’ a un infante que genéticamente es del sexo masculino". Además, resalta la sentencia, la ambigüedad de la infante NN es evidente pues "en algunos aspectos se comporta como hombre y en otros como mujer" (*Ibíd.*).

De modo que el tribunal de instancia tiene una razón poderosa para negar el amparo, pues considera que se pretende asignarle al menor un sexo en el que ha sido criado y que no se corresponde con su sexo genético. Si bien la sentencia T-477/95 hace alusión al caso de un niño mutilado en circunstancias nada claras, mientras aquí se trata de un caso de intersexualidad, en la medida en que el tribunal prioriza el sexo genético sobre el sexo de asignación, ambos casos encuentran homología pues, independientemente de la causa, se trataría un mismo asunto: la asignación de un menor de edad a un sexo que no le corresponde genéticamente.

Sin embargo, dicha homología desaparece si se analiza el caso desde la perspectiva de los médicos que sugieren la remodelación de los genitales de la niña NN. Para ellos, en la medida en que los genitales masculinos no resultan “funcionales” y la niña ya ha sido criada durante 7 años como mujer, no se trataría propiamente

45. Este tipo de inconsistencias médicas son muy frecuentes en las sentencias estudiadas en esta investigación y abren serios interrogantes sobre el ejercicio médico en casos complejos, pero también sobre el papel de los jueces cuando tienen a su cargo la revisión de estos casos.

mente de una re-asignación sino más bien de una confirmación anatómica del sexo de crianza, lo que anularía el sentido de violencia que implica la reasignación que se realizó al niño NN mutilado de T-477/95.

Salta aquí a la vista un conflicto entre los encuadres médicos del caso que, a su vez, producen unas consecuencias jurídicas muy distintas según se entienda la situación como una reasignación o una confirmación. Y también hay un conflicto entre dicho encuadres médicos y los encuadres jurídicos, que ayuda a entender los mutuos reproches que aquí se realizan sobre supuestos abusos del ejercicio médico y judicial.

Dado que la niña NN contaba con 7 años de edad y durante todos estos años ya había sido criada como mujer, para la Corte Constitucional no era claro si este caso podía considerarse propiamente como una urgencia médica de modo que se validara el consentimiento paterno sustituto, así que optó por solicitar el criterio del médico tratante, la Academia Nacional de Medicina y las facultades de medicina de las universidades Nacional, del Rosario y Javeriana; y al mismo tiempo inició una investigación acerca del estado médico-jurídico de la intersexualidad.

Estas investigaciones tuvieron como resultado múltiples criterios que se exponen en esta sentencia a propósito del hermafroditismo y la intersexualidad y que con rigor presenta la Corte. Y desde el principio se hace patente que no hay un consenso científico que permita dirimir el conflicto entre marcos de realidad e inteligibilidad con relación a estos fenómenos.

Por ejemplo, entre los conceptos solicitados por la Corte Constitucional está el del urólogo Gustavo Malo Rodríguez de la Sociedad Colombiana de Urología:

[quien] comienza por analizar algunas especificidades del caso concreto de la menor NN y concluye que lo más probable es que se trate de un pseudo-hermafroditismo masculino. Sin embargo, según su parecer, convendría realizar unas biopsias gonadales y otras pruebas de laboratorio con el fin de definir si esta condición deriva de una deficiencia parcial de receptores androgénicos o una deficiencia parcial de cinco alfa reductasa, ya que en este último caso, los individuos “asignados al sexo femenino tienen una tendencia mayor de conductas masculinas al llegar a la pubertad”. De todos

modos, señala el Doctor Malo Rodríguez, el interrogante que surge es si esta persona, al llegar a la pubertad, va a desarrollar una identidad masculina o femenina, pues en el primer caso sería mejor que no se le hiciera cirugía, pero en el segundo, sería desafortunado preservar los testículos de “un ser cuya mente es femenina”, ya que estas gónadas van a producir hormonas masculinas “que van a conducir a la presencia de signos de virilización en un individuo que se siente mujer. A ello sumamos el trauma psicológico de poseer unos genitales externos ambiguos cuando su mente es femenina”. Por ello, el concepto recomienda unas pruebas psicológicas, con “personal altamente calificado” en el manejo de estos pacientes, a fin de determinar “si existe en ella alguna ambivalencia o si está identificada en el rol femenino”. Así, en caso de que exista ambivalencia, la conducta adecuada “sería el no manejo quirúrgico de esta paciente, con el objeto de que tuviese la oportunidad de solicitar reasignación al sexo masculino y contar con la presencia de testículos y de un falo que se podría convertir en pene”. Por el contrario, si la identificación es claramente femenina, el propio paciente podría reclamar en el futuro por no habersele realizado oportunamente la correspondiente cirugía (*Ibíd.*).

Incluso dentro del paradigma médico que encarna el doctor Malo y justifica las intervenciones tempranas en casos de ambigüedad genital, existen dudas sobre el manejo adecuado de casos como el que aquí se examina. Se pretende hacer coexistir la moratoria para no equivocarse en la asignación sexual con la urgencia de realizarla lo más pronto posible para que no falle, hechos que evidentemente no pueden darse al mismo tiempo y que, en términos jurídicos, implican consecuencias disímiles. Pero aún así,

[...] el Doctor Malo Rodríguez insiste en que la ciencia médica está haciendo progresos en este complejo campo de la intersexualidad, por lo cual su manejo debe dejarse a la propia autorregulación de la comunidad médica, ya que “es un problema de salud y que debe ser resuelto por los profesionales de la salud.” Según su parecer:

“Cuando hablamos de ambigüedad de los genitales externos estamos frente a pacientes con problemas de muy difícil manejo. En la medida que el conocimiento médico avance, estas situaciones se irán tornando menos complejas” (*Ibíd.*).

Malo Rodríguez exhibe muy bien una paradoja que la misma Corte Constitucional encuentra ética y jurídicamente muy problemática: si el conocimiento médico se declara a sí mismo incompleto, parcial y polémico sobre los asuntos de la intersexualidad, ¿por qué se toman decisiones radicales sobre los pacientes como la

reasignación sexual y el remodelamiento y amputación de genitales? Es en esta zona médico-legal en donde la Corte encuentra justificado actuar, pues el asunto deja de ser puramente médico-científico y se torna de Derechos Humanos.

Para la Corte es muy cuestionable el abordaje médico que se presenta como protocolario y ordinario por los profesionales de la salud pues realmente no justifican de manera rigurosa unos procedimientos invasivos e irreversibles que exigirían, al menos, un probado sustento clínico:

[...] ninguno de los conceptos presenta estudios empíricos concluyentes sobre los beneficios de los tratamientos propuestos en relación con sus eventuales riesgos, aun cuando en forma genérica mencionan que existen experiencias y literatura internacionales que dan sustento teórico y empírico a estas recomendaciones médicas. La razón de la ausencia de tales estudios, según los conceptos, es la relativa poca ocurrencia de casos de ambigüedad sexual, así como la diversidad de causas que la originan, todo lo cual dificulta la realización de estudios empíricos concluyentes sobre el tema (*Ibíd.*).

¿Por qué, entonces, si no hay información científica suficiente, se toman decisiones que transforman radicalmente las trayectorias de vida de unas personas? La discusión que propone la Corte plantea cuestiones bioéticas que son percibidas como amenazantes por parte de la institucionalidad médica. Dice Malo Rodríguez:

Poner limitaciones de tipo legal al manejo de un problema médico implica poner limitaciones al progreso de la ciencia. Permítanos que seamos los profesionales del área de la salud los que en un momento dado tomemos las decisiones sobre nuestros pacientes. Le aseguro que la gran mayoría de los médicos de este país y del mundo pretendemos seguir los principios hipocráticos de nuestra profesión. No estamos experimentando con estos niños, estamos tratando de ofrecerles lo mejor de nuestro conocimiento y lo que creemos que será lo mejor para ellos (*Ibíd.*).

Podría pensarse que aquí la Corte se convierte en antagonista de la institucionalidad médica, pero en realidad muestra una profunda ambivalencia con respecto a ella pues a la vez que sospecha del criterio médico, también legitima la autoridad médica y esta doble relación se hará palpable en las decisiones que tomará el tribunal constitucional aquí y en posteriores sentencias. El ejemplo más expresivo y paradójico de esta situación es el papel que juega en este caso el doctor Ochoa

Arismendy quien realiza la fracasada reasignación sexual al niño NN mutilado de T-477/95 y al que aquí se solicita su criterio científico:

[...] teniendo en cuenta que algunos miembros de la comunidad médica señalaron que el doctor Bernardo Ochoa Arismendy es la primera autoridad científica en Colombia sobre la ambigüedad genital, la Sala Plena decidió solicitar un concepto a este profesional sobre el asunto bajo revisión (*Ibíd.*).

Por supuesto, Ochoa presenta un concepto en el que reitera las tesis sobre definición y asignación sexual que revisamos en T-477/95 y añade:

Las leyes de la naturaleza garantizan la supervivencia del género humano mediante la existencia de dos sexos que se complementan. Hombres y mujeres están dotados física, psíquica y emocionalmente para lograrlo. **Para los individuos que nacen o adquieren alguna limitación que les impide cumplir con esta tarea de la naturaleza, el desarrollo científico y tecnológico ofrece cada vez mayores recursos para incorporarlos a la sociedad** y evitarles en lo posible cualquier tipo de estigmatización dentro de ella, siguiendo un ordenamiento que puede expresarse así:

1. El sexo asignado o reasignado a una de estas personas, debe tener el mejor pronóstico posible para: a) la **reproducción**; b) la **actividad sexual**; c) la configuración de los genitales externos, en **armonía física** con su cuerpo; d) el desarrollo de una **identidad genérica estable**.
2. La asignación o reasignación debe hacerse tan tempranamente en la vida como sea posible, ojalá en el recién nacido, ya que el período crítico, el de la identificación sexual, ocurre en los primeros 18 meses de la vida.
3. La decisión tomada por el personal de salud conjuntamente con los padres debe hacerse con la seguridad de que es la mejor posible, **eliminando cualquier sentimiento de duda o incertidumbre**.

[...] la naturaleza ha impuesto dos sexos “que garantizan la supervivencia del género humano”, por lo cual, **“la presencia de variables biológicas como hermafroditas, pseudohermafroditas, o niños devastados sexualmente por trauma, constituyen hechos excepcionales cuyo manejo no tiene por qué alterar el ordenamiento biológico natural”** (*Ibíd.*).⁴⁶

46. Las negrilla son mías. El niño NN mutilado y reasignado como niña por Ochoa es, precisamente, uno de estos “niños devastados sexualmente por trauma” cuyo caso no tendría “por qué alterar el ordenamiento biológico natural” y que, curiosamente, el médico pone al lado de hermafroditas y pseudohermafroditas a pesar de que no sufría ningún tipo de ambigüedad sexual o genital. Pero, ¿por qué todos estos niños tendrían que resultar amenazantes para el

En el paradigma en el que se instala Ochoa, los elementos a tener en cuenta en la valoración médica de la asignación sexual son relativos a las posibilidades quirúrgicas, la tecnología disponible, las expectativas sobre el funcionamiento sexual futuro del sujeto y hasta el deseo de los padres. Es decir, no se tienen en cuenta solo aspectos estrictamente médicos, sino de normalidad social y viabilidad técnica. Nótese, además, la insistencia de Ochoa en la tesis de la complementariedad de los sexos que, desde luego, supone que en la medida en que los sexos se definen el uno respecto al otro y tienen mutuamente una vocación reproductiva, hace de la reproducción un fin respecto al cual debe organizarse el ‘género humano’. Es decir, aquí la binariedad no implica únicamente que solo dos sexos sean posibles e inteligibles, sino que el sentido de cada sexo solo se hace pleno en relación con el otro sexo y, juntos, respecto a un fin trascendental ligado a la reproducción. Es por esto que la propiedad reproductiva se convierte en criterio normativo fundamental dentro del paradigma representado por Ochoa para juzgar la forma, función, viabilidad y ruta de corrección de los cuerpos “excepcionales” que se le presentan en su ejercicio médico. La naturaleza tiene un plan para los cuerpos y estos deben adecuarse a dicho fin.

Y si los cuerpos, por alguna razón natural o sobreviniente, tienen “alguna limitación que les impide cumplir con esta tarea de la naturaleza”, tienen a la ciencia médica para ofrecerles “cada vez mayores recursos para incorporarlos a la sociedad”. En este esquema se supone una armónica relación entre la naturaleza y la sociedad, de modo que los cuerpos que no pueden cumplir con la obligación natural de garantizar la supervivencia de la especie, quedan a su vez por fuera de la comunidad social. De allí que la tarea correctiva del médico implique incorporar a ese cuerpo fallido al orden social y alinearlo de la mejor manera posible con su objeti-

ordenamiento biológico natural del que Ochoa se muestra como garante? Si estos niños son el resultado de “variables biológicas”, ¿no implica ello que el ‘ordenamiento biológico’ del que hacen parte ya está minado de desorden en su esencia? ¿Son menos naturales estos niños porque la naturaleza los produce aún contra su propio orden? ¿Y cuál es la función de los médicos en este aparente orden natural? ¿Seguirlo, corregirlo, subvertirlo, negarlo...?

vo natural. Es por todo esto que el modelo representado por Ochoa tiene un carácter moral, pues establece unos principios de conducta obligatorios, universales y trascendentes para todos los cuerpos y respecto a los cuales se regula su comportamiento.

Frente a este paradigma médico-moral basado en un modelo binario de complementariedad de los sexos, normalizador y correctivo, cuyo modelo de génesis y desarrollo sexual es el planteado por Money y representado en Colombia por la escuela de Ochoa, la Corte Constitucional opone un paradigma médico-social basado en un modelo binario de la autonomía sexual cuya génesis y desarrollo se organiza sobre la moratoria derivada de la construcción de autonomía.

Este segundo paradigma es construido por Martínez Caballero a partir de recursos muy diversos pero congruentes en sus críticas y oposición al paradigma de Money: criterios médicos —de doctores como Milton Diamond, William Reiner, Justine Schober, entre otros—; psicológicos —como los del psicólogo Heino Meyer-Bahlburg—; bioéticos e históricos —de la historiadora Alice Domurat Dreger—; psicosociales —de la psicóloga Suzanne Kessler—; y filosóficos — de la doctora en Filosofía y profesora de biología y género Anne Fausto Sterling—. Todas estas personas, para los años noventa, ya contaban con un amplio reconocimiento en la comunidad científica mundial como especialistas en intersexualidad y ambigüedad genital.

Pero sobre todo, la Corte recurre a una fuente que será fundamental para el análisis de las cuestiones relativas a la identidad sexual de aquí en adelante y, para este caso en particular, para la valoración del hermafroditismo en términos vivenciales: los intersexuales y, en particular, Cheryl Chase y Morgan Holmes.⁴⁷

47. Cheryl Chase —cuyo nombre actual es Bo Laurent— dirigía por aquella época la organización Intersex Society of North America —ISNA— a la que la Corte solicita un *amicus curiae* sobre el tema. Morgan Holmes es una socióloga canadiense experta en teoría Queer. Chase y Holmes fueron diagnosticadas como intersexuales en su infancia y mutiladas por prescripción médica.

Los cuestionamientos al tratamiento médico de la intersexualidad han sido desarrollados en los últimos años, tanto por académicos como por numerosos hermafroditas que fueron sometidos a esas terapias. Esas objeciones son de una importancia decisiva en el presente análisis constitucional, ya que afectan los supuestos del paradigma existente y tocan con el problema jurídico esencial de esta sentencia: el debate sobre el consentimiento informado en estas terapias (*Ibíd.*).

Al hacer partícipes de la discusión a quienes han vivido en carne propia los problemas de la intersexualidad, pero además convertirlos no solo en fuente testimonial sino en objeto de reflexión y sujeto especial, esta sentencia constituye el punto de emergencia de un nuevo sujeto para el derecho: el hermafrodita.

Curiosamente, a pesar de que el magistrado ponente reconoce que esta categoría es problemática y que no hay consenso médico acerca de su uso e, incluso, muchos médicos y teóricos la consideran anacrónica y hasta ideológica, esta categoría será elegida para articular los problemas jurídicos aquí desarrollados.

Esta clasificación entre hermafroditas y pseudohermafroditas es la más usual entre la comunidad médica y en la literatura académica sobre el tema, aunque algunos autores critican estas denominaciones pues consideran que son un producto ideológico, y no una verdadera construcción científica. Así, en su historia sobre los tratamientos médicos de la ambigüedad genital, Alice Dreger sostiene que estas denominaciones fueron inventadas por los médicos en el Siglo XIX, durante la época victoriana, con el fin de tratar de probar que, a pesar de la apariencia de ambigüedad genital de ciertas personas, en el fondo existían sólo dos sexos.⁴⁸ Con ello se buscaba preservar los patrones culturales de esas sociedades, que estaban basados en una rígida división de papeles entre los hombres y las mujeres, la cual se veía amenazada por la presencia de personas que aparentemente tenían un sexo indefinido. Los médicos victorianos creyeron entonces encontrar que el sexo “verdadero” era el determinado por la naturaleza del tejido gonadal.

[...] Con todo, la distinción entre hermafroditismo y pseudohermafroditismo sigue siendo no sólo ampliamente aceptada sino que además es útil para

48. La distinción entre verdadero y falso hermafroditismo es uno de los mecanismos a través de los cuales se construye en el siglo XX el binarismo como estructura de verdad. Ejemplo de ello es el uso en este paradigma de expresiones médicas como “hembras virilizadas” y “machos mal virilizados” que encontramos en esta sentencia. Lo anormal se define por defecto o exceso respecto a un campo binario en el que se puede ubicar cualquier caso posible.

describir la complejidad de la estados intersexuales, y por ello la Corte la utilizará en esta sentencia (*Ibíd.*).

El hermafrodita es, a la vez, una figura médica y retórica, pues permite recoger en una sola palabra un conjunto muy amplio de trastornos, síndromes y disposiciones anatómicas inusuales. Estados intersexuales, hermafroditismo, ambigüedad sexual y ambigüedad genital, son agrupados en una sola categoría y, de esta forma, objetos tan disímiles como el Síndrome de Klinefelter, el Síndrome de Insensibilidad a los Andrógenos –SIA–, las hipospadias y la clitoromegalia terminan haciendo parte de un solo conjunto; pese a que tienen causas, pronósticos, implicaciones en la salud y la vida cotidiana, y tratamientos muy distintos.

[...] muchos autores distinguen entre los “estados intersexuales” o “hermafroditismos” en estricto sentido, que implican una discordancia entre las distintas dimensiones biológicas del sexo, y la “ambigüedad genital”, en donde simplemente la apariencia de los genitales externos no permite fácilmente asignar un sexo al momento del nacimiento. Esa diferencia tiene sin lugar a dudas un importante valor conceptual, puesto que no siempre los estados intersexuales generan ambigüedad genital en el infante (*Ibíd.*).

La Corte realiza aquí diferenciaciones conceptuales sofisticadas y detalladas que evidencian que entiende bien las implicaciones de esta distribución analítica y, sin embargo, decide dejar a un lado cualquier distinción bajo el argumento de que todos estos objetos son tratados médicamente de manera semejante e implican cuestionamientos ético-jurídicos similares.

[...] Por ende, en estricto sentido, conviene a veces distinguir entre estados intersexuales, formas de hermafroditismo, ambigüedad genital y ambigüedad sexual; sin embargo, en la medida en que, a pesar de esas diferencias científicas, en general estos síndromes reciben tratamientos médicos semejantes, y suscitan por ende interrogantes éticos y jurídicos similares, **por economía de lenguaje** y para no hacer excesivamente pesada la exposición, la Corte no distinguirá entre estas distintas condiciones, salvo cuando sea estrictamente necesario. **Esto significa que en ocasiones la sentencia podrá calificar genéricamente de hermafroditas o intersexuales a personas que, en sentido estricto, no lo son**, sino que tienen una apariencia que los médicos

podrían denominar de ambigüedad genital, como un micropene o un megaclítoris (*Ibid.*).⁴⁹

¿Cómo es esto de tratar como hermafroditas a personas que estrictamente no lo son? ¿Por qué se le reconoce tal potencia hermenéutica a esta categoría de manera que cubra territorios que no le corresponden? Hay aquí lo que en retórica se denomina una catacresis, una extensión indebida del significado a fin de inducir un efecto retórico preciso. La pregunta entonces es ¿para qué le sirve a la Corte llamar hermafroditas a personas que no lo son?

Bajo la argumentación que presenta la Corte es válido preguntarse por qué razón no se decanta por utilizar una categoría como ‘intersexual’ que aparece profusamente en la sentencia y es reconocida por las mismas comunidades de pacientes consultadas como ISNA como un término más preciso y englobante y, más aún, científico y no “victoriano”. Pero con esta apuesta por utilizar el término “hermafrodita”, la discusión que propone la Corte queda ineludiblemente atada al paradigma médico-moral que pretende cuestionar y, dada la obsolescencia declarada de esta categoría, queda en evidencia que aquí están en juego visiones de la sexualidad con puntos de apoyo y origen ligados a momentos históricos diversos.

Si a pesar de todos estos problemas que arrastra el término hermafrodita la Corte se decide a utilizarlo es porque permite singularizar y biologizar a unos sujetos y se diferencien claramente sus cualidades respecto a otros. El hermafrodita devuelve la mirada a una cuestión de excepcionalidad, de anomalía, de mítica médica, de modo que se entiende que se trata de individuos especiales que exigen un tratamiento particular y que, por ello mismo, no ponen en riesgo el modelo general de comprensión binaria del sexo ni su tratamiento jurídico. Si la discusión sobre la ambigüedad del sexo recae estrictamente sobre el hermafrodita y no sobre otro sujeto, pues solo los hermafroditas podrán reclamar un trato similar, de manera que no queda en entredicho el proceso de asignación sexual hegemónico que constituye a

49. Las negrillas son mías.

los sujetos. De modo que el hermafrodita es útil para reterritorializar las consecuencias de la argumentación jurídica presentada por la Corte.

Pero hay una cualidad que resulta esencial para comprender al nuevo sujeto jurídico que aquí nace: el hermafrodita es, fundamentalmente, el niño o el infante hermafrodita. Y como sujeto jurídico esta particularidad es primordial, pues es la que permite desarrollar a propósito de él la discusión sobre la legitimidad del consentimiento sustituto paterno. La niñez, además, no solamente abre aquí las obligadas líneas de debate sobre la autonomía y la capacidad legal del menor, sino que viene a reafirmar el sentido de drama natural que tiene el hermafroditismo para quien lo vive.

La Corte Constitucional entiende que, dentro de los marcos culturales actuales, el nacimiento de un niño con ambigüedad genital implica retos muy difíciles para su familia y para el propio menor. La Corte es perfectamente consciente de los sufrimientos que tales situaciones pueden generar, y es entonces solidaria con la menor y con su madre (*Ibíd.*).

El infante hermafrodita genera una empatía singular, la de un malogrado producto de la naturaleza al que no se le puede responsabilizar de su tragedia y que, por ello mismo, suscita solidaridad. ‘Le tocó ser así’ y el sistema de derecho tiene la obligación de aliviar su sufrimiento de alguna manera, en lugar de profundizarlo. Pero no podría decirse de este infante que es un simple objeto de compasión. Más bien funciona como un sujeto al que hay que suponerle la capacidad de desarrollar autonomía para decidir sobre los signos que la naturaleza le ha marcado y que, por su inadecuación con las expectativas socio-culturales, vive su cuerpo como una tragedia personal y familiar.

La decisión de concentrar en el niño hermafrodita realidades tan heterogéneas como la ambigüedad genital, la intersexualidad, las hipospadias y la clitoromegalia, también va a inducir a equívocos bajo los cuales se afirman constructos médicos muy polémicos y confusiones con valor táctico. Tal vez el más problemático de todos es la confusión conceptual entre ambigüedad genital y ambigüedad sexual.

Ambos términos son utilizados indistintamente pese a que, en algún momento, la misma sentencia reconoce que son categorías dispares. El caso examinado por la Corte es un caso de ambigüedad genital pues los médicos no encuentran una clara diferenciación y desarrollo de los genitales externos e internos de la niña, pero ello no quiere decir que necesariamente haya algo así como una ambigüedad sexual, pues si bien se reconoce que cromosómicamente se trata de un varón, es claro que ha sido criada como una mujer. De la ambigüedad genital no se sigue la ambigüedad sexual. Son territorios distintos aunque a veces se intersectan. Precisamente lo que el paradigma médico-moral de Money/Ochoa busca impedir es la ambigüedad sexual y, para ello, corrige la ambigüedad genital. El problema de unos genitales ambiguos es que supuestamente impedirían fijar una posición sexual precisa y dificultarían el proceso de autoidentificación de género del infante que, a futuro, produciría problemas para desarrollar lo que Ochoa llama una “identidad genérica estable”. La readecuación genital se hace con miras a impedir una ambigüedad sexual que se presume como catastrófica para el individuo, pues le confundiría tanto en su identidad como en su orientación sexual. Sin embargo, en la sentencia T-477/95, por ejemplo, es muy claro que no hay ningún tipo de ambigüedad sexual porque el niño NN se reconoce sin asomo de duda como varón y, para el caso aquí examinado, no sabemos cómo se reconoce a sí misma la niña, por lo que no puede afirmarse tajantemente que haya un caso de ambigüedad sexual. Pero la cuestión de fondo es que el uso indistinto de la ambigüedad genital y la ambigüedad sexual es muy provechoso para inducir temores sobre supuestas confusiones identitarias para el niño, homosexualidad, probable ruina psicológica del sujeto en el futuro y hasta fantasías sobre conducta anti-social.

La economía del lenguaje de la Corte Constitucional por la que tantos conceptos diferenciados se engloban en unos pocos, si bien opera como simplificación pedagógica, también fortalece muchos de los argumentos equívocos, morales y paternalistas de los médicos contra los que se dirige la argumentación de la corporación en esta sentencia.

Gracias a la cuestión del hermafroditismo, la sentencia SU-337/99 puede introducir un ensamblaje conceptual que será muy importante para explicar no solamente por qué es posible la ambigüedad sexual, la ambigüedad genital y la intersexualidad, sino para introducir una distinción conceptual que, pese a no jugar un papel importante en esta sentencia, será fundamental para el futuro de las discusiones jurídicas sobre la sexualidad: la identidad sexual y la identidad de género. Este artefacto conceptual define el sexo como una realidad de naturaleza compleja y componentes diferenciados. A partir de las fuentes médicas consultadas por la Corte, Martínez Caballero elabora una síntesis con los elementos que encuentra coincidentes:

Las respuestas coinciden en que para comprender el hermafroditismo o la ambigüedad sexual, que algunos consideran que se debe denominar más exactamente "ambigüedad genital", es necesario tener en cuenta que la sexualidad es un fenómeno complejo.⁵⁰ Así, uno de los conceptos destaca que "en medicina se consideran varias clases de sexo", a saber, el sexo cromosómico o genotipo, que es "dado por los cromosomas sexuales: 46 XY para el varón y 46 XX para la mujer", el fenotípico, que es "dado por el aspecto de los genitales externos", el gonadal que es el "dado por el tipo de las gónadas: Testículos u Ovario", el legal, que es el que "aparece en los Registros Notariales con el respectivo nombre o identificación", el de crianza, que es el que "inducen los Padres y el entorno Familiar y Social", y el psicológico, que es "el que se adquiere en función de todo lo anterior o bajo el influjo de algunas condiciones genéticas, anatómicas o sociales." Por su parte, la Academia Nacional de Medicina, señala que el sexo de un individuo "puede ser descrito en seis características: genético, gonadal, endocrinológico, anatómico, psicológico y social". Esto lleva a que algunos de los conceptos distingan entre la identidad sexual y la identidad de género. Así, la primera hace referencia a "las características biológicas sexuales de una

50. Esta primera frase es un buen ejemplo del carácter contradictorio que puede alcanzar esta sentencia por cuenta del principio de economía del lenguaje al que recurre Martínez Caballero. Más adelante, en la misma sentencia, el magistrado ponente afirma:

[...] muchos autores distinguen entre los 'estados intersexuales' o 'hermafroditismos' en estricto sentido, que implican una discordancia entre las distintas dimensiones biológicas del sexo, y la 'ambigüedad genital', en donde simplemente la apariencia de los genitales externos no permite fácilmente asignar un sexo al momento del nacimiento. Esa diferencia tiene sin lugar a dudas un importante valor conceptual, puesto que no siempre los estados intersexuales generan ambigüedad genital en el infante (*Ibid.*).

Estas contradicciones pueden explicarse porque la sentencia misma se ubica en un intersticio entre dos paradigmas muy distintos sobre el sexo y, desde luego, por la complejidad del tema abordado, así como los propios conflictos personales y morales que genera la cuestión sexual.

persona que incluyen cromosomas (XX mujer o XY hombre), genitales externos (pene o vagina), genitales internos." En cambio, la identidad de género tendría un componente más psicosocial, pues se relaciona "con el sentido personal de la propia masculinidad o feminidad" (*Ibíd.*).

Si bien las dos fuentes citadas parecerían concordar en su apreciación, es obvio que las definiciones no son coincidentes. Genotipo y fenotipo son categorías relativas a los genes y sus formas de expresión; lo gonadal hace referencia a unos órganos concretos, mientras lo endocrino hace referencia a un sistema funcional; y lo legal y la crianza son aspectos específicos respecto a la categoría más amplia de lo social. En fin, las definiciones operan sobre componentes muy heterogéneos entre sí que, a su vez, difieren entre las mismas fuentes. El sexo, a un nivel analítico, queda dividido en múltiples componentes con naturalezas, funciones y formas muy disímiles pero, a nivel retórico, se sigue entiendo como un solo conjunto que recoge o engloba todas esas diferencias. Este Complejo-Sexo, si bien resulta muy útil para explicar a través de diferencias en el desarrollo y la inadecuación entre componentes la génesis del hermafroditismo y la ambigüedad genital, abre a consecuencias que la misma Corte tendrá que limitar pues, si todo esto es el sexo, ¿entonces qué componente se debe privilegiar a la hora de asignarle un sexo a la niña NN de este caso y, de manera general, a cualquier sujeto?

Pero incluso genéticamente, la cuestión es todavía más compleja, ya que algunos autores distinguen entre el sexo genético y el sexo cromosómico. El primero hace referencia a la presencia o ausencia de la secuencia genética que es necesaria para que exista desarrollo testicular. En cambio, el sexo cromosómico se define por la existencia del cromosoma Y para los hombres o X para las mujeres. Esos dos aspectos en general coinciden, puesto que el factor que provoca la formación de los testículos es el gene SRY, que se encuentra usualmente en el cromosoma Y. Sin embargo, existen casos reportados de individuos XX, con testículos, y apariencia totalmente masculina, en donde el gen SRY se ha traslocado a otro cromosoma. En tales eventos, el sexo cromosómico y el genético dejan de coincidir, y una persona XX puede tener todos los rasgos masculinos (*Ibíd.*).

En la medida en que Martínez Caballero profundiza en el análisis de lo que implica el sexo, se encuentra con más y más diferencias que lo alejan de cualquier presunción de unidad y consistencia de lo sexual. Esto no sería problemático si se

tratase de un asunto meramente teórico, pero se vuelve crítico cuando se trata de una asignación sexual y sus efectos jurídicos. El tribunal que recibe inicialmente el caso de NN se decanta por sugerir que la asignación debería basarse en “lo genético”, mientras que la Corte Constitucional indica que quizá debería tenerse en cuenta el “sexo de crianza”. De modo que la complejización del sexo, lejos de resolver los problemas jurídicos, los multiplica y profundiza.

El recurso a este Complejo-Sexo se torna aún más nebuloso cuando se le predicen cualidades como la variabilidad y la equivocidad y, adicionalmente, se le suma la cuestión de la identidad.

Esta variabilidad de las dimensiones sociales y psicológicas de la sexualidad suele entonces contraponerse a la diferencia estrictamente biológica entre los sexos, que se considera más fija y estable, por lo cual muchos autores reservan la expresión “género” para referirse a los cambiantes aspectos sociales, psicológicos y culturales de la sexualidad, mientras que emplean la expresión “sexo” para aludir a sus componentes biológicos, supuestamente más objetivos, fijos y claros. Sin embargo, lo cierto es que incluso desde el punto de vista estrictamente biológico, la sexualidad tampoco es unívoca, pues comporta diversos aspectos (*Ibíd.*).

Si el sexo y la sexualidad no son unívocos ni estables, ni a nivel biológico ni al nivel cultural, ¿entonces a partir de qué referentes se pueden tomar decisiones definitivas de carácter médico, jurídico o de cualquier tipo con relación a la asignación sexual y todo lo que de allí se deriva socialmente? ¿Qué podría ser considerado un criterio objetivo del sexo con miras a determinar algo tan fundamental como el estado civil?

Recordemos que precisamente en la sentencia T-504/94 el mismo magistrado Martínez Caballero —a propósito de un caso que bajo la óptica de esta sentencia SU-337/99 sería de hermafroditismo— sostenía que el estado civil era un hecho jurídico que se constituía a partir de elementos objetivos, por lo que si la accionante en aquella sentencia deseaba cambiar el sexo que aparecía en su registro de nacimiento y su cédula para que se adecuara al que le había sido diagnosticado y asignado por los médicos, debía solicitarlo a través de un proceso de jurisdicción

voluntaria. Pese a que indudablemente se trata de un caso de intersexualidad que, incluso, implicó una cirugía de readecuación genital para que anatómicamente la accionante tuviese genitales de apariencia femenina, el mismo magistrado ponente no lo consideró un caso de hermafroditismo, ni llevó a cabo toda esta profunda investigación sobre la naturaleza del sexo y negó el amparo a la peticionaria. Cinco años más tarde, la objetividad que definía el particular tratamiento que se le da al sexo como componente del estado civil, no solo no se discute en esta sentencia, sino que si se debatiera bajo los nuevos preceptos médico-sociales que ahora tiene Martínez Caballero, obligaría a cuestionar cómo se construye el hecho jurídico mismo del estado civil.⁵¹

En SU-337/99 el Complejo-Sexo tiene la función de explicar la génesis de los hermafroditismos y justificar la obligación de constituir equipos interdisciplinarios para valorar estos casos, y tendrá implicaciones profundamente significativas en la concepción de lo que, en este mismo paradigma, se llama ‘sexo legal’.

Si bien el privilegio de la asignación sexual médica se mantiene y, solo para los casos de hermafroditismo, el sexo que se registra y que se constituirá en hecho jurídico será el que el equipo interdisciplinar en conjunto con los niños y sus familias definan. Un pequeño y valioso componente de autonomía empezará a hacer parte del modelo hegemónico de hetero-asignación sexual bajo el cual funciona jurídicamente el sexo en Colombia:

[...] los tratamientos médicos a los intersexuales no pueden ser asimilados a otras cirugías estéticas, como la corrección de un paladar, o la supresión de un dedo supernumerario, por cuanto tienen que ver con la definición misma de la identidad sexual de la persona, esto es, afectan uno de los aspectos

51. Dos nuevos elementos podrían ayudar a explicar el particular silencio de Martínez Caballero con relación a este precedente de hermafroditismo que analizó en T-504/94: primero, allí no se trataba de un niño sino de una mujer que ya había alcanzado la mayoría de edad, lo que reduce la dimensión compasiva del caso y en cambio le suma los cuestionamientos propios de la sexualidad adulta; y segundo, evitar tocar el difícil asunto de las implicaciones de la existencia del hermafroditismo en el modelo binario general del estado civil.

más misteriosos, esenciales y profundos de la personalidad humana. Estas terapias afectan entonces profundamente la autonomía del paciente (*Ibíd.*).

Este carácter “misterioso” de la identidad sexual es, a pesar de su extrañeza, uno de los aportes más importantes de esta sentencia porque el hermafroditismo servirá para producir un efecto de opacidad en algo que, para las leyes y la jurisprudencia, aparecía como evidente: ser hombre o ser mujer. En otro apartado al respecto, Martínez Caballero expresará que los análisis de estos casos de hermafroditas son “particularmente difíciles pues tocan con uno de los elementos más complejos, misteriosos y trascendentales de la existencia humana: la definición misma de la identidad sexual” (*Ibíd.*). El reconocimiento de tal carácter misterioso, obliga entonces a hacer preguntas que se creían ya respondidas o que antes ni siquiera resultaban pertinentes para el Derecho: ¿cómo alguien llega a identificarse como hombre o mujer?

Sin los hermafroditismos, esta pregunta no necesitaba ser planteada jurídicamente. La identidad sexual se confundía con la asignación sexual. Es decir, se daba por hecho que la identidad sexual se correspondía con la hetero-asignación sexual realizada por un médico, una partera o los mismos padres como un hecho objetivo y autoevidente. En ocasiones, surgían situaciones vinculadas con “el homosexualismo y el transexualismo” que cuestionaban tal evidencia, pero su mismo carácter patológico o anormal mantenía a salvo el hecho fundamental: se es hombre o se es mujer, así no todos los individuos lo reconozcan y se comporten de acuerdo con el sexo que objetivamente les fue asignado en su vida. Pero con los hermafroditismos, tal continuidad entre asignación sexual e identidad sexual se quiebra, pues lo que antes aparecía como un hecho objetivo y palmario, ahora se carga de subjetividad y exige ser demostrado. El hermafrodita opera una transformación en el estatuto de verdad del sexo y, lo que antes resultaba simple y transparente, ahora se torna complejo y opaco.

Una de las consecuencias inmediatas de tal conceptualización del sexo en la jurisprudencia constitucional es que la identidad sexual adquiere un carácter proce-

sual. Ya no se entiende como un hecho sincrónico, sino como una realidad que se construye y se despliega a lo largo del tiempo de modo que, por su mismo carácter temporal, está sujeta a contingencias de muchos tipos. La identidad sexual ya no es una simple marca que distribuye los cuerpos en dos series, sino toda una estructura binaria que se desarrolla en la historia personal y colectiva de los individuos. Tal desarrollo no está exento de problemas, pero todos los accidentes son propios de la misma naturaleza procesual de la identidad y no pueden considerarse monstruosos o *contra-natura*. El hermafrodita es un ser natural, un producto posible dentro de las reglas mismas de la naturaleza y, por ello, la función del Derecho ante estos sujetos no se plantea como correctiva del orden natural, sino más bien como comprensiva y facilitadora de su diferencia, a fin de que se integre de la manera más armónica con el orden binario.

Y este carácter procesual de la identidad sexual permite articular, en razón de su mismo funcionamiento, un nuevo elemento que será decisivo en la comprensión del sexo de aquí en adelante: si la identidad sexual se construye, ¿qué tanto aporta el sujeto autónomamente a dicha construcción? Identidad sexual, asignación sexual y autonomía, quedan formalmente entrelazadas, de modo que nuevas formas de comprensión, tratamiento y cuestionamiento de la sexualidad se hacen posibles en la jurisprudencia colombiana. Un claro indicador de estos nuevos problemas y sus efectos jurídicos será cómo establecer el grado de autonomía para definir la identidad sexual de acuerdo con “la edad y madurez del menor”.

Técnicamente, esto se desarrolla como la cuestión del “umbral crítico de la identificación de género” que, para los defensores de las tesis de Money, está ligada al *imprinting* que se daría entre los 18 y los 24 meses de nacimiento. Pero el magistrado ponente, a partir de conceptos y criterios de teorías del desarrollo infantil muy disímiles entre sí tales como la psicología piagetiana del desarrollo cognitivo, el psicoanálisis freudiano y la teoría del desarrollo moral de Kohlberg, concuerda en que este umbral se produce hacia los 5 años de edad, lo que le sirve, a su vez, para fortalecer la tesis de la autonomía en desarrollo del niño pues la auto-

mía no es una cualidad que se produce espontáneamente en la persona sino que el niño estructura poco a poco a lo largo de su desarrollo cognitivo, moral y emocional.

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 esas difíciles polémicas.

Sin embargo, es importante resaltar que numerosos estudios de psicología evolutiva y las diversas escuelas psicológicas, a pesar de sus obvias diferencias de enfoque, coinciden en general en indicar que a los cinco años un menor no sólo ha desarrollado una identidad de género definida sino que, además, tiene conciencia de lo que sucede con su cuerpo y posee una autonomía suficiente para manifestar distintos papeles de género y expresar sus deseos (*Ibíd.*).

Con la decisión de subjetivar al niño como una autonomía en desarrollo, la Corte abrirá una nueva veta de problemas que se discutirá brevemente en esta sentencia y será recurrente en debates posteriores a esta sentencia: ¿a qué edad un niño puede expresarse autónomamente sobre su identidad sexual y las expresiones corporales de esta?

[...] Una pregunta surge del anterior examen: ¿hasta qué edad se debe esperar para que la niña pueda autorizar esas intervenciones quirúrgicas y hormonales? No existe una respuesta tajante a ese interrogante, e incluso quienes defienden los protocolos alternativos reconocen que se trata de un problema muy difícil de resolver. Por ende, en cada caso concreto, corresponderá a los equipos interdisciplinarios realizar las pruebas pertinentes para evaluar si la persona goza de la autonomía suficiente para brindar un consentimiento informado. Con todo, esta Corte considera que algunos elementos normativos son claros y enmarcan la acción de esos grupos interdisciplinarios. Así, en primer término, no es necesario esperar obligatoriamente hasta la mayoría de edad, puesto que, como ya se señaló en esta sentencia, no es lo mismo la capacidad legal que la autonomía para autorizar un tratamiento médico, por lo cual, un menor, que es legalmente incapaz, puede ser plenamente competente para tomar una decisión sanitaria. Es más, algunos profesionales de la salud consideran que en la actualidad, muchos niños de 8 o 9 años pueden

ya tener la autonomía suficiente para decidir si autorizan o no ciertos tratamientos (*Ibíd.*).

Esta escisión entre la capacidad legal y la autonomía del niño será uno de los aportes jurisprudenciales más importantes de esta sentencia y tendrá efectos posteriores más allá de los casos puntuales de cirugías de readecuación genital pues, a fin de cuentas, implica una profunda revaloración del niño como sujeto de derechos. La regla que aquí se define determina que para los casos de tratamientos médicos altamente invasivos es válido el consentimiento sustituto hasta los 2 años de edad y después de los 5 años debe tenerse en cuenta el consentimiento libre, informado y cualificado del niño. Lo que para el caso que aquí se revisa implicará que se niegue las pretensiones de la madre de ejercer el consentimiento paterno sustituto pues su hija ya tiene 7 años y, por tanto, el criterio de la niña ha de ser tenido en cuenta para realizarle una intervención quirúrgica que resulta ampliamente invasiva de su autonomía.

Pero dado que esta es una sentencia de unificación y tendrá efectos más allá del caso puntual pues establecerá los criterios del consentimiento informado y cualificado en casos de cirugías de readecuación genital, la determinación del umbral en el que se invalida el consentimiento sustituto y se requiere el del niño es fundamental. Por esta razón, el campo de indeterminación de autoidentificación sexual que aquí se abre entre los 2 y los 5 años gracias a criterios tan dispares como los que se han expuesto, abrirá a su vez a un territorio nebuloso en el que las mismas decisiones de la Corte se harán susceptibles de ser moduladas y burladas en la práctica, pues en la medida en que los equipos interdisciplinarios deben establecer en cada caso a partir de qué edad el criterio autónomo del niño puede tener efectos performativos, nuevamente recae en terceros la decisión sobre la identidad sexual.

Y así mismo, dado que el modelo de la autonomía en desarrollo que ahora se le supone a los niños tiene en el nacimiento un grado cero de despliegue que aumenta con el tiempo, se produce un espacio de afirmación del consentimiento paterno en el trayecto que va de la nula autonomía a la autonomía suficiente sobre

la identidad sexual, espacio que coincide con el lapso que va de los 0 a los 2 años, esto es, la etapa ‘amnésica’ del *imprinting* sexual de Money. De esta manera, y de la mano del criterio de urgencia médica, se crea un nuevo marco comprensivo para reafirmar y legitimar las decisiones propias del paradigma médico-moral: la readecuación de genitales con el consentimiento paterno se presumirá legal si se hace antes de los 2 años de edad y en razón de una urgencia establecida por los médicos.

No habría razón para sospechar de una regla tan clara si los criterios para definir qué es una urgencia estuvieran aquí separados de la cuestión sexual. Mientras la urgencia es relativa a dificultades urinarias, de probable malignidad de tejidos o desordenes electrolíticos que podrían derivar en problemas de salud que pueden poner en riesgo la vida del niño, parecería que es muy claro cuándo es preciso realizar intervenciones que tengan un carácter invasivo de la autonomía del niño. Sin embargo, bajo el paradigma médico-moral, la misma “indefinición sexual” es considerada una urgencia, como lo indican varios de los conceptos médicos recogidos por la Corte:

La asignación de sexo debe hacerse lo más tempranamente posible, ojalá en la primera semana o a más tardar el primer mes y los tratamientos quirúrgicos y endocrinológicos deben hacerse antes de los tres años de edad porque la identidad de género se encuentra configurada a esta edad. Después de esta edad es prácticamente imposible modificarla, o si se hace, se pueden producir trastornos emocionales de difícil manejo. Además para que las conductas de los padres sean consistentes para la construcción del sexo de crianza y se evite en ellos la confusión que origina también complicaciones emocionales.

El nacimiento de un niño con ambigüedad sexual es considerado por la mayoría de los especialistas médicos en el tema como una emergencia médica. Esto con el objeto de asignar un nombre y un sexo adecuado, poder hacer los cambios y ajustes que sean necesarios y poder aliviar los problemas psicológicos a los padres y al niño (*Ibíd.*).

Y en otro apartado se recurre de nuevo al aparente consenso médico sobre el tema:

Toda la literatura médica especializada en el tema apoya el manejo temprano, con carácter de urgencia, de las malformaciones de los genitales

externos. La corrección quirúrgica debe hacerse igualmente en los primeros meses de la etapa postnatal antes de que el niño adquiera conciencia de su cuerpo, para minimizar el riesgo de sentirse ‘diferente’ a sus compañeros de colegio y evitar lesiones de tipo psicológico (*Ibíd.*).

Tal falso consenso queda en evidencia cuando la Facultad de Medicina de la Universidad Javeriana

[...] precisa que si por urgencia se entiende una intervención médica inmediata tendiente a disminuir los riesgos de invalidez y muerte, entonces debe entenderse que los tratamientos a las personas con ambigüedad sexual no tienen tal carácter (*Ibíd.*).

Por esta razón, la Corte encuentra que realmente no hay evidencia empírica que permita suponer que los hermafroditismos deban ser tratados en sí mismos como una urgencia. Pero ello no impedirá que, en la práctica médica y en posteriores sentencias constitucionales, el argumento de la urgencia médica como mecanismo para evitar la posible ambigüedad sexual del menor entre a validar el consentimiento paterno sustituto y la consecuente realización de cirugías de readecuación genital.

A pesar de todos los problemas que se derivarán de la tesis de la autonomía en desarrollo del niño, la Corte Constitucional es plenamente consciente del carácter innovador de esta sentencia incluso a nivel mundial y entiende que ello se debe a su abordaje inédito de la identidad sexual desde el hermafroditismo:

[...] hasta donde pudo estudiar esta Corporación, no existen precedentes jurisprudenciales en Colombia, ni en otros países, ni en instancias internacionales de derechos humanos, sobre los problemas jurídicos que plantea el tema del consentimiento en los casos de intersexualidad o hermafroditismo en menores, pues las decisiones judiciales que han desarrollado el derecho a la identidad sexual han estado vinculadas a otras situaciones diferentes, como las relativas al homosexualismo y al transexualismo (*Ibíd.*).

Plantear la identidad sexual como derecho, sin que ello implique derivas hacia cuestiones relativas a la orientación sexual es, tal vez, el aporte más trascendental de esta sentencia y esto tendrá efectos poderosos en futuras discusiones incluso más allá del sujeto hermafrodita.

Pese a las vacilaciones conceptuales con relación a la sexualidad, esta es una sentencia rigurosa que muestra un profundo interés por comprender qué es el sexo y las implicaciones jurídicas de la asignación sexual, con la mayor cantidad y variedad de herramientas científicas, teóricas y jurídicas disponibles para la época y en medio de un cambio de paradigma global que, incluso hoy, no ha mudado del todo hacia el enfoque médico-social que aquí construye y defiende la Corte. Todas las dificultades que tiene Martínez Caballero para construir un modelo plenamente consistente, son atribuibles a que su reflexión se instala precisamente en medio de un encabalgamiento de paradigmas y, pese a ello, busca dar la mejor solución jurídica aún sabiendo que la complejidad de los estados intersexuales y su estudio obligará a ir reajustando los aspectos normativos a futuro.

[...] esta Corporación tiene claridad de que la intersexualidad no sólo plantea complejos problemas morales, jurídicos y sociales, sino que además es un tema en plena evolución, tanto desde el punto de vista social y ético, como a nivel científico. Por ello, al igual que lo sostuvo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los distintos casos en donde tuvo que enfrentar un tema próximo, como es la transexualidad, 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 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 (*Ibíd.*).

El hermafroditismo así concebido es, por sí mismo, un objeto que muestra la necesidad de la jurisprudencia constitucional. La variabilidad y complejidad de su naturaleza, hace necesaria la continua reflexión jurídica sobre sus particulares formas de emergencia y comprensión social. Y pasarán unos pocos meses antes de que esta conclusión de la Corte Constitucional sea confirmada por la heterogénea realidad de la intersexualidad.

Sentencia T-551 de 1999

Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero

Esta sentencia es proferida en agosto de 1999, tres meses después de la sentencia de unificación que acabamos de discutir. Se trata básicamente de una sentencia que busca aclarar el alcance de la SU-337/99, confirma las tesis principales allí desarrolladas con relación a la legitimidad del consentimiento paterno sustituido en casos de hermafroditismo y detalla lo que la Corte entiende por consentimiento informado cualificado y persistente. Las particularidades del caso analizado y la revisión realizada por el magistrado Martínez Caballero, aportan elementos que obligan a detenerse en esta sentencia.

Una “menor N.N.” presenta al momento de nacer “genitales ambiguos”, caracterizados por una “hipertrofia del clítoris o un micropene”⁵² y, según se indica en la

52. El diagnóstico médico de clitoromegalia o hipertrofia de clítoris, que frecuentemente es invocado para justificar clitoroplastias o cirugías de disminución del tamaño del clítoris, ha sido muy cuestionado por considerarse fundado en razones normalizadoras y morales y no propiamente relativas a la salud (Morland, 2001, 2008 y 2009a; Fausto-Sterling, 2006 y Greenberg, 2012b). El criterio sobre el que se fundan estas críticas es muy sencillo: no hay un estándar universal sobre el tamaño del clítoris. En este sentido, la valoración del tamaño del clítoris en la infancia es muy polémica porque depende del criterio subjetivo del médico y porque, además, este órgano sufre cambios muy importantes a lo largo de todo el ciclo vital pues nunca deja de desarrollarse. En cambio, la realización de clitoroplastias sí tiene efectos significativos en la sensibilidad del clítoris e incluso se han reportado casos de pérdida total de la sensibilidad y de mutilaciones completas o clitorectomías. Pese a estos riesgos, para el 2013 seguía siendo una cirugía relativamente común para el tratamiento de ambigüedad genital (Michala, Liao, Wood, Conway, & Creighton, 2014).

En los relatos médicos sobre clitoroplastias se ha cuestionado el frecuente recurso médico a comparar, hacer analogías e, incluso, referirse al clítoris como “falo” o “micropene”, de modo que se “viriliza” la situación de las pacientes, tal y como vimos en la sentencia SU-337/99. Esto, desde luego, afecta las formas en que las familias y las pacientes pueden valorar lo que sucede, pues induce miedos y fantasías sobre la identidad y la salud de las niñas (Fausto-Sterling, 2006).

De manera más radical habría que preguntarse: ¿por qué la insistencia médica en que una mujer no viva con un clítoris ‘más grande de lo normal’? ¿Por qué ello es incompatible con su bienestar? Dado que aquí parece jugarse un criterio moral, algunos estudios sugieren que el análisis de la clitoroplastia debe abordarse bajo los mismos parámetros ético-legales de las abla-

historia clínica “la vagina no se encontraba bien definida”. El diagnóstico médico concluyó que se trataba de un cuadro de “pseudohermafroditismo femenino” por “hiperplasia suprarrenal virilizante”. En cuanto al tratamiento, las anotaciones de la historia clínica recomiendan que se le realicen los tratamientos necesarios para que al cumplir los dos años se le pueda hacer a la menor una “remodelación genital”.

Sin embargo, cuando la niña cumple la edad sugerida para la cirugía, el Instituto de Seguros Sociales –ISS– no autoriza a practicar la operación ni a suministrarle los medicamentos recomendados. Esto lleva a que el padre presente una acción de tutela argumentando que, al negar la autorización para realizar la cirugía de su hija, el ISS “está afectando sus derechos a la salud, a la seguridad social, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad”. El accionante también aclara que la intervención es solicitada por expresa recomendación del endocrinólogo y el médico tratantes, quienes ordenaron que se le practicara “una operación de remodelación de genitales cuando cumpliera los dos años de edad”.

El relato que presenta el padre en la acción de tutela indica que la

[...] negligencia del ISS está produciendo en su hogar una situación de muy difícil manejo ya que la niña constantemente hace preguntas sobre la apariencia inusual de sus órganos genitales (Corte Constitucional, 1999b).

Él afirma que como padres “se han sentido ‘cortos’” al momento de explicar a su hija la situación que afronta y consideran que “la permanencia de los genitales ambiguos afectará psicológicamente a la niña, quien es bastante despierta e inquieta” (*Ibíd.*).⁵³

ciones genitales realizadas por motivos morales y religiosos (Dreger, 1999; Chase, 2002; Ehrenreich, & Barr, 2005; Sullivan, 2009 y Antinuk, 2013).

53. ¿Cómo una niña de 2 años podría realizar “preguntas sobre la apariencia inusual de sus órganos genitales”? ¿Pregunta verbalmente? ¿Cómo sabe que sus genitales son ‘inusuales’? ¿Qué referente podría tener? ¿Hablan las ansiedades y expectativas del padre a través de la niña?

En vista de este escenario, el juez responsable del caso procedió a practicar pruebas para determinar tanto los detalles del estado de salud de la paciente, como los argumentos del ISS para no realizar el procedimiento. En primer lugar, el juez remitió a la niña al Instituto de Medicina Legal y solicitó su concepto sobre la salud de la menor que coincidió con el diagnóstico de hiperplasia suprarrenal y expresó la urgencia de una intervención quirúrgica de remodelación genital pues para ese momento la niña había experimentado “múltiples cambios en su cuerpo, entre los cuales hay que resaltar el crecimiento de sus genitales; y otros trastornos hormonales en su organismo”, y concluye que “la no oportuna realización de la cirugía causa angustia en la salud mental de la niña, por los cambios descritos” (*Ibíd.*).

En cuanto al ISS, el juez ordenó que se le remitieran todos los documentos del caso y una explicación sobre la negativa para llevar a cabo el procedimiento recomendado por los especialistas. La respuesta de la entidad se presenta en diciembre de 1998, y señala que el propio padre había pedido que la cirugía se realizara en enero de 1999. Por otra parte, argumentaba que se trataba de una cirugía “ELECTIVA”⁵⁴ de “gran complejidad”, lo que requería preparación previa como “exámenes prequirúrgicos, evaluaciones por especialistas, disponibilidad de quirófanos y turno quirúrgico en la agenda del especialista” (*Ibíd.*); y justificaban la demora bajo el argumento de que al estar finalizando el año había “saturación de cirugías pendientes y obstáculos presupuestales”, lo que los obligaba a programar la cirugía para enero de 1999. Con respecto a los medicamentos que debían ser suministrados a la menor, la respuesta del ISS fue que no se encontraban en los listados del Plan Obligatorio de Salud –POS–.

Con estas pruebas recogidas, en diciembre de 1998 el juez decide fallar la tutela a favor del solicitante con el argumento de que “la operación de remodela-

54. En mayúsculas en la sentencia. Esta aclaración sobre el carácter electivo de la cirugía es muy importante, pues evidencia que el ISS no consideraba esta cirugía de remodelación de genitales como una urgencia tal y como la presentan los médicos tratantes y el padre de la niña.

ción genital es urgente, a fin de evitar considerables trastornos en la salud física y mental de la menor” (*Ibíd.*), por lo que ordenó al ISS, en un plazo no mayor a 48 horas después de notificado el fallo, disponer de lo necesario para practicar la cirugía a la niña y entregar los medicamentos prescritos.

En febrero de 1999 el caso es seleccionado para revisión de la Corte Constitucional. La corporación solicitó toda la información sobre el avance del caso: si la cirugía se había realizado o no, qué tipo de cirugía era, si “buscaba exclusivamente remodelar la apariencia de los genitales de la menor o tenía otras finalidades médicas” (*Ibíd.*) y si eran necesarias más intervenciones en el futuro. La Corte también indagó sobre los posibles riesgos por no hacer la operación y si la información había sido suministrada a los padres para obtener su consentimiento.

En la historia clínica actualizada que recibió la Corte se informaba que en febrero de 1999 se había realizado la cirugía de “remodelación de genitales ambiguos”, que consistió en “una vaginoplastia (extirpar excedentes de cuerpos cavernosos) y una plastia de los labios mayores y menores” y que había alcanzado los “objetivos estéticos y funcionales propuestos” (*Ibíd.*). Sobre el estado y la evolución física de la menor se informa que

[...] la niña se encuentra actualmente en muy buenas condiciones y continúa el tratamiento endocrinológico, que es de muy largo plazo, y los controles por cirugía infantil. Hay una muy buena evolución de su enfermedad, tanto en los aspectos médicos como en lo psicológico y lo social (*Ibíd.*).

Aclaran que si los padres siguen las recomendaciones médicas no será necesario realizarle más cirugías a futuro, pero sí deberá tomar medicamentos de por vida, pues “la falta de estas drogas pone en peligro inminente de muerte a la niña y daña los resultados estéticos y funcionales conseguidos con la cirugía” (*Ibíd.*).

Los especialistas consideran que las implicaciones que tenía para la niña la “masculinización” de sus genitales afectaría el “adecuado desarrollo en su vida futura, tanto sexual, reproductiva y psicosocial” (*Ibíd.*). Por esto mismo, la entidad justi-

fica el procedimiento llevado a cabo en la niña para garantizar su salud física pues de lo contrario

[...] las niñas no logran de ninguna manera tener relaciones sexuales adecuadas, no logran reproducirse y presentan secundariamente serios trastornos en su entorno social y en su esfera psicológica (*Ibíd.*).

Tras los casos analizados en T-477/95, SU-337/99 y T-551/99, es posible inferir un conjunto de argumentos-clave que se reiteran en el discurso médico y con los que se busca persuadir a las familias y los jueces sobre la necesidad de la readecuación genital. Todos estos argumentos se fundan sobre un territorio común que presume que los esfuerzos realizados por los médicos solo tienen por objetivo y sentido crear las condiciones para un futuro “mejor” para el paciente. Los argumentos-clave de este principio altruista son descritos por Katrina Roen (2008) así:

- The child needs visible evidence that is consistent with broad understandings about sexual anatomy: a girl does not have a phallic structure, a boy does have a phallic structure. This is seen as important for their psycho-social/gender identity development.
- The child will face humiliation and bullying if the genitalia look noticeably atypical.
- The parents will be traumatized at the sight of atypical genitalia.
- The parents will struggle to explain the atypical genitalia to babysitters and family members.
- The child may be subject to sexual abuse if their genitalia are not ‘corrected’.
- The boy needs to be able to urinate while standing: this is seen as important for his psycho-social development; his being accepted by others as a boy; his taking up a masculine gender identity.
- Some argue that it is better to make the surgical change early in life so that (i) the child won’t remember; (ii) the child will set off from the start on an unambiguous gender path.

Mediante la expresión de fantasías sobre la probable exposición pública de los genitales de los niños y el aparente interés permanente del entorno familiar y comu-

nitario en la forma de los genitales, se induce a temores sobre el impacto de la ambigüedad genital en la salud mental de los niños.

Pese a que la Corte ya había establecido en SU-334/99 que no hay pruebas empíricas de la supuesta ruina psicosocial de los niños hermafroditas no operados durante su infancia, aquí en T-551/99 no se cuestionan los argumentos de este tipo esgrimidos por los médicos y el padre de la niña.

En cambio, los médicos articulan este altruismo retórico con el discurso jurídico que ha construido la Corte en las sentencias T-477/95 y SU-337/99 para reembarcar su práctica dentro de los derechos humanos. Así, afirmarán que el procedimiento de readecuación genital realizado busca consolidar “UNA IDENTIDAD GENÉRICA COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS NIÑOS”⁵⁵ y añaden:

La intervención médica-quirúrgica tiene como objetivos primordiales conjugar los elementos orgánicos genitales externos adecuados y funcionales, para la reproducción, identidad genérica y un LIBRE DESARROLLO PSICOSEXUAL DE LA NIÑA. Esta niña se puede reproducir normalmente. Los procedimientos quirúrgicos idealmente se deben practicar antes de los dos años, que corresponde a la etapa "amnésica" de la niña.

La incertidumbre en la niña, de genitales ambiguos, familia y amigos ambiguos? (la abuela y la vecina, lo primero que preguntan cuál es el SEXO FENOTÍPICO del recién nacido?). El entorno ambiguo; todo esto ocasionaría hacia el futuro graves trastornos en el desarrollo de la personalidad y psicosexual en la ninfa. El ser humano precisa DEL RECONOCIMIENTO ENTRE PARES, cuando asistimos al colegio, cuando nos bañamos en cualquier medio acuático, cuando jugamos y con qué jugamos, muñecas o carros, etc. La familia en el entorno le aportan al recién nacido un PATRON ESTETICO DE BELLEZA: Vestuario, modales, etc., la niña se identifica con un patrón femenino. La niña responde claramente al pronombre femenino [sic].

55. En mayúsculas en la fuente original citada en la sentencia. Este recurso de poner en coordenadas de derecho el concepto médico solicitado por la Corte muestra que el equipo médico conoce los efectos de la jurisprudencia constitucional sobre hermafroditismo y que hay un interés por legitimar los procedimientos realizados desde una perspectiva no solamente médica, sino también jurídica. No obstante, la Corte nunca había articulado previamente sus indicaciones como relativas a un derecho fundamental a la ‘identidad genérica’ que, por primera vez, hace su aparición aquí a través de la voz médica.

La sexualidad del ser humano es un largo proceso aprendido y se inicia desde las influencias hormonales durante la gestación, pasando por todas las etapas de la vida; por lo tanto, las apetencias y comportamientos sexuales de la niña, hacia el futuro, no las podemos predecir. Finalmente, cuando el ser humano muere, termina con un "catálogo" muy personal de su comportamiento sexual (Corte Constitucional, 1999b).⁵⁶

En cuanto al consentimiento informado de los padres, el informe aclara que los padres fueron “ampliamente informados” sobre la patología y el procedimiento a realizar. De acuerdo con su criterio, la familia es parte de todo el proceso y por ello es “informada e involucrada en todas las decisiones. [...] Nunca se procede en contra de su voluntad” (*Ibíd.*).

A fin de dar claridad sobre el procedimiento practicado a la niña, los médicos explican que “en ningún momento se ha realizado a esta niña un cambio o reasignación de sexo”, pues tanto en sus cromosomas como en su aspecto físico la niña posee las características del sexo femenino y “el fenómeno que le ha ocurrido” corresponde a “un aumento anormal de producción de hormonas masculinas en su glándula suprarrenal [sic], lo cual no ocurre en condiciones normales” (*Ibíd.*), esto

56. En mayúsculas en la fuente original citada en la sentencia. La confusa redacción también es de la fuente médica. Nótese el intento por presentar este caso como un asunto de ambigüedad sexual cuando, en realidad, se trata de un caso de ambigüedad genital. No cabe ninguna duda de que la niña es genéticamente una mujer y así mismo ha sido criada. Por tanto, recurrir a personajes como la abuela o la vecina que preguntarían de manera “ambigua” sobre el sexo fenotípico de la menor o crear situaciones ideales en las que los genitales de la niña se verían expuestos al juicio de terceros, no tiene ningún sentido distinto al de inducir temores sobre una “masculinización” de la niña, lo que desde luego permitiría justificar la urgencia de la cirugía de remodelación.

Por otra parte, es contradictorio que los médicos aseguren que no pueden predecir a futuro “las apetencias y comportamientos sexuales de la niña”, pero actúen readecuando los genitales de la menor para disminuir el tamaño de su clítoris, modelar su vagina y asegurarse de que pueda tener un cierto tipo de relaciones sexuales en el futuro con miras a la reproducción ¿No es todo este catálogo de comportamientos un modo de prescribir cómo deberá ser su deseo y sus prácticas sexuales en el futuro? ¿Cómo entender que se corrigen sus genitales sin su consentimiento pero para garantizar su “libre desarrollo psicosexual”? Esta paradójica forma discursiva de prescripción para la libertad u obligación habilitante es muy común en los dispositivos autoritarios y paternalistas.

llevó a una deformidad de sus genitales haciéndolos parecer ‘varoniles’. En ese sentido, el cuerpo médico considera que ha actuado según los “protocolos mundiales” para este tipo de casos.

Finalmente, los médicos tratantes manifiestan que los profesionales que tratan el tema de la ambigüedad sexual han experimentado “inseguridad jurídica al abordar cada paciente en particular”, y que estos casos deben ser tratados con “sigilo en el manejo de la información”, ya que lo contrario trae graves consecuencias en el desarrollo de la personalidad de los pacientes (*Ibíd.*).

De nuevo, hay que preguntarse por qué se trata este caso como un asunto de ambigüedad sexual si la misma evidencia médica indica que es un cuadro de ambigüedad genital. Tanto para el padre de la niña como para los médicos que la atienden, es claro que se trata de una mujer y, por ello mismo, no se está realizando una re-asignación de sexo, por lo que no puede sospecharse que en este caso se esté violentando o cambiando a la fuerza el sexo de la menor. Sin embargo, a la vez que hay una insistencia médica por dejar claro que no hay propiamente una reasignación sexual —como la que resulta evidente en el caso del niño NN de la sentencia T-477/95— ni una sospecha fundada de reasignación —como ocurre con la niña NN de SU-337/99—, se reafirma todo el tiempo el aparente peligro de problemas de identificación sexual para la niña de este caso por cuenta de la forma inusual de sus genitales. Tenemos aquí un caso de uso táctico de la confusión diagnóstica entre ambigüedad sexual y ambigüedad genital, con el objetivo de legitimar como urgencia el tratamiento de remodelación genital de la niña.

Curiosamente, Martínez Caballero recuerda que en SU-337/99 se estableció una distinción conceptual entre hermafroditismos y ambigüedad genital pero, al igual que en dicha sentencia, a la vez que reafirma la diferencia en el presente análisis, no la tiene en cuenta a la hora de interrogar el procedimiento realizado y efectuar su examen jurídico:

[...] muchos autores distinguen entre los “estados intersexuales” o “hermafroditismos”, que implican una discordancia entre las distintas dimensiones biológicas del sexo, y la “ambigüedad genital”, en donde simplemente la apariencia de los genitales externos no permite fácilmente asignar un sexo al momento del nacimiento. Esa diferencia, señaló la sentencia, tiene un indu-

dable valor conceptual, puesto que no siempre los estados intersexuales generan ambigüedad genital en el infante. [...] Ahora bien, a pesar de esas diferencias conceptuales, en general estos síndromes reciben tratamientos médicos semejantes, y suscitan por ende interrogantes éticos y jurídicos similares, por lo cual la sentencia concluyó que, para el análisis constitucional, y por economía de lenguaje, no es indispensable distinguir sistemáticamente entre estas distintas condiciones (Fundamento 32). Esto significa que la doctrina constitucional elaborada en la sentencia SU337 de 1999, y reiterada en esta ocasión, es relevante para decidir jurídicamente los conflictos que suscitan las remodelaciones de genitales derivadas de los estados intersexuales y de las distintas formas de ambigüedad genital.

De otro lado, la sentencia aclaró que en ciertos casos, la ambigüedad genital se encuentra asociada a amenazas graves a la salud física o la vida de la persona. En tales eventos, la Corte precisó que no existen cuestionamientos éticos ni jurídicos relacionados con que los padres autoricen las intervenciones médicas destinadas exclusivamente a enfrentar esas afecciones, puesto que claramente se cumplen los requisitos para que sea legítimo un consentimiento sustituto. El problema constitucional surge exclusivamente en aquellas situaciones en donde la ambigüedad genital no se encuentra ligada a ninguna dolencia física grave, ni a un riesgo a la vida o a la salud, pero en donde, sin embargo, los médicos consideran que es necesario remodelar, por procedimientos quirúrgicos y hormonales, los genitales del menor, a fin de ajustar su apariencia a un sexo que le fue asignado (*Ibíd.*).

Hay dos elementos que Martínez Caballero aquí reafirma, pero al mismo tiempo evita utilizar para el análisis del caso examinado.

En primer lugar, sí resulta diferente realizar una remodelación genital para reasignarle a una persona un sexo distinto al que previamente se le ha asignado, que realizar la misma cirugía para reafirmar un sexo que ya le ha sido asignado y en el cual ha sido criada. En el primer tipo de casos, la cirugía de readecuación pretende otorgar sustento anatómico a un nuevo sexo, inducirle realidad corporal; mientras en el segundo tipo, la remodelación busca ratificar o definir anatómicamente un sexo ya vivido. Los cuestionamientos éticos son definitivamente distintos y, por tanto, el abordaje jurídico también debería serlo. Precisamente porque en T-477/95 y SU-337/99 se tratan casos de reasignación, los cuestionamientos acerca de cuál sexo debe ser asignado quirúrgicamente y con qué criterios se realiza la readecuación genital, son fundamentales en el análisis médico-jurídico. En cambio, en el caso examinado en T-551/99 no hay duda sobre el sexo de la menor NN y la remodela-

ción genital solo tiene por objetivo adecuar la apariencia de los genitales de la niña al sexo ya asignado. Decidirse a modelarle genitales femeninos a un niño para hacerlo niña, no es equivalente a corregir el aspecto inusual de los genitales femeninos a una niña. Por esto resulta muy extraño que, pese a que el mismo magistrado Martínez Caballero resalte la diferencia entre hermafroditismos y ambigüedad genital, rechace establecer las necesarias diferencias jurídicas en su abordaje con el argumento de que “estos síndromes reciben tratamientos médicos semejantes, y suscitan por ende interrogantes éticos y jurídicos similares” (*Ibíd.*).

En el caso revisado en la presente sentencia, la Corte termina avalando la decisión de haber corregido los genitales de la niña NN pese a que encontró ilegítimo el consentimiento paterno sustituto ¿Habría decidido lo mismo si no se tratase de un caso de reafirmación sexual, sino de la reasignación quirúrgica de un nuevo sexo? Parece entonces que, si bien la diferencia entre hermafroditismos y ambigüedad genital se desecha explícitamente por una simple economía del lenguaje, sí opera en la decisión que profiere la Corte o de lo contrario habría tenido que solicitar “el correspondiente juicio de responsabilidad civil por el daño sufrido por el menor debido a la ‘readecuación de sexo’ o ‘transformación de órganos sexuales’, practicada sin su consentimiento” (Corte Constitucional, 1995) tal y como lo hizo en la parte resolutive de la sentencia T-477/95 que usa como precedente.

En segundo lugar, resulta también paradójico que mientras Martínez Caballero señala que la Corte no encuentra problema constitucional alguno en los casos en los que se realizan cirugías de readecuación genital en pacientes cuya salud o cuya vida esté en peligro —pues se trata de una urgencia y por ello opera el consentimiento sustituto—, al mismo tiempo no indague si la situación de la niña NN de la sentencia *sub examine* efectivamente suponía una urgencia o si se trataba de una simple cuestión estética y, por lo tanto, electiva, tal y como lo expresó explícitamente la EPS que la atendía ¿Por qué se avala en este caso una remodelación genital sin la contrastación del criterio de urgencia con otros médicos?

Esta falta de consistencia conceptual que termina por enrarecer jurídicamente las decisiones de la Corte Constitucional, permite entender la ‘inseguridad jurídica’ que los médicos que atienden a la niña NN afirman vivir a la hora de proceder en casos de hermafroditismo y ambigüedad genital. Ya para este año de 1999, los procedimientos médicos empiezan a codificarse por la jurisprudencia que ha construido la Corte. Esto quiere decir que las acciones, decisiones y prescripciones médicas atienden a la jurisprudencia constitucional, pero en razón de la misma novedad en términos de racionalidad bioética, jurídica y médico-social del paradigma defendido por la Corte, hay obvias tensiones con la práctica médica que ha sido hegemónica hasta el momento.

La ‘inseguridad jurídica’ deriva de una tensión que ya anticipábamos en el análisis de SU-337/99: la compleja relación entre urgencia médica, umbral de identificación sexual o genérica del niño y los límites del consentimiento paterno sustituto. La ansiedad médica y paterna por realizar el procedimiento de remodelación genital antes de que la niña cumpla 2 años es evidente, porque de acuerdo con el protocolo Money el *imprinting* sexual se produce antes de esta edad y si se presentan fallos en la ‘autoidentificación’ sexual de la niña el pronóstico sería catastrófico, y además porque después de dicho límite se abriría el campo aún indeterminado de exigencia del criterio autónomo de la menor con relación a las terapias de readecuación genital junto con el consecuente debilitamiento del consentimiento paterno sustituto. La motivación de fondo de la tutela, entonces, es garantizar que la cirugía de remodelamiento de los genitales de la niña NN cumpla, al mismo tiempo, con los principios de Money y con las exigencias de la Corte Constitucional, hechos que efectivamente van a coincidir casi en su totalidad. Esto es muy importante porque demuestra que no hay propiamente una oposición de paradigmas entre la jurisprudencia en construcción de la Corte y la institucionalidad médica, sino más bien un proceso de acople y mutua transformación que se irá haciendo cada vez más palmario.

La Corte relocaliza en este caso el problema jurídico a tratar. Antes que revisar la legitimidad de la acción del juez que ordena la realización de una cirugía de remodelación genital, decide revisar la constitucionalidad misma del consentimiento sustituto en casos de cirugías de este tipo, en la medida en que la legitimidad del consentimiento es condición *sine qua non* para la realización de la intervención. Y en el análisis de este problema, a partir de la jurisprudencia establecida en SU-337/99, la Corte establecerá unos criterios sobre los que es importante detenerse:

[...] 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 (*Ibíd.*).

El argumento contramayoritario toma aquí un cariz muy particular y novedoso. Tradicionalmente, este principio se entiende como una forma de protección de las minorías sociales respecto a las mayorías que están en capacidad de determinar las trayectorias del poder legislativo y ejecutivo. Y por su modo mismo de plantearse, este argumento parecería hacer referencia a grupos sociales que entran en tensión en una determinada sociedad. Pero en la medida en que la Corte considera aquí que la familia no es una unidad social discreta sino coextensiva al campo social, entonces

ella misma deviene un campo de tensiones susceptible de organizarse en términos minoritarios y mayoritarios. Es decir, la minorías y mayorías no se definirían con un criterio cuantitativo, numérico ni de representatividad al nivel de grupos sociales, sino como una cuestión cualitativa y política relativa a la capacidad de imponer unos valores y someter a unos sujetos específicos a estos. Bajo este modelo, entonces, el infante hermafrodita se hace susceptible de ser articulado como una minoría incluso al interior de su familia, mientras sus padres pueden tomar la forma de mayorías capaces de discriminarlo y someterlo a prácticas normalizadoras a fin de que se ajuste a sus propias valoraciones de la sexualidad.

Con esta innovadora manera de pensar el control contramayoritario, la Corte acepta que hay unas mayorías sociales que perfectamente pueden expresarse en los padres de familia pues, en la medida en “que tienen una sexualidad biológica definida” (*Ibíd.*), pueden ejercer su poder para normalizar a aquellos que no encajen en su modelo de definición sexual, de modo que la función del tribunal constitucional debe ser la de “asumir la vocería de las minorías olvidadas” a fin de proteger sus derechos fundamentales. Toda vez que se le reconoce a la sociedad unas estructuras de poder que pueden definir qué se entiende por normal, queda en evidencia el riesgo de que algunos sujetos sean sometidos a prácticas de discriminación y normalización que pueden ser llevadas a cabo incluso en nombre del amor parental, por lo que el poder judicial tiene la obligación de actuar en defensa del infante hermafrodita aun en contra del deseo de los padres. Esta reformulación cualitativa del modelo contramayoritario permitirá la emergencia del hermafrodita como sujeto especial de protección y marcará, a su vez, el nacimiento de un artefacto jurídico que será muy útil en el futuro para otros sujetos susceptibles de enmarcarse en esta dinámica de minorización sexual, como lo harán ciudadanos transexuales en sentencias que estudiaremos más adelante.

La formalización del hermafrodita como minoría digna de protección especial también le supone una cualidad a estos sujetos que es particularmente problemática en esta sentencia: el silencio. El niño hermafrodita carece de voz pues ha sido

histórica y socialmente silenciado, de modo que la Corte Constitucional se impone a sí misma la obligación de “asumir” su vocería.

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 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 (*Ibíd.*).

Pero por lo menos para el caso aquí examinado, este silencio se mantendrá, pues el afán de readecuar el sexo de la niña antes de los 2 años cuenta con la propia “amnesia” de la menor respecto a la intervención que le será practicada, pues lo que le da sentido a la realización urgente de la cirugía es que la niña pueda olvidarla. Si se espera unos años más, ella corre el riesgo de recordar la operación que le fue practicada. Entonces si la niña no debe recordar el remodelamiento genital que ha sufrido so pena de estropear el tratamiento, ¿de quién es la voz que, de acuerdo con la Corte, “nos corresponde escuchar”? ¿Es la voz mayoritaria de los padres? ¿La voz institucional de los médicos? Porque lo cierto es que para que subsista la validez del modelo del consentimiento paterno sustituto antes de los 5 años que ha establecido la Corte, se requiere al mismo tiempo de la voz de los padres y el olvido de los niños para garantizar la eficacia terapéutica. Y, precisamente en razón de esta regla paternalista, los niños devienen *in-fāns*, los que no tienen habla, los que carecen de un decir, pues en el lugar de su voz hablan otros.⁵⁷

Una vez instalados en este territorio de silenciamiento táctico de los infantes, ¿cómo puede articularse, sin entrar en contradicción, que la Corte admita la validez del consentimiento sustituto antes de los 5 años con su definición del niño como

57. En su etimología latina, el adjetivo *in-fāns* significa mudo, incapaz de expresarse o que aún no puede hablar. Como sustantivo, se usa estrictamente para referirse a los niños que aún no pueden hablar.

autonomía en desarrollo? Antes de esta edad, ¿el niño carece de voz? ¿Acaso no es la voz propia la condición del devenir autónomo del sujeto? Este asunto del límite etario como criterio de articulación entre los principios paternalista y autónomo, si bien es útil para establecer una frontera normativa formal que permita determinar la validez del consentimiento, contradice los criterios mismos sobre los cuales basa su análisis la Corte con relación a la autonomía del niño hermafrodita y la obligación social de escuchar su voz acallada, pues se establece un antes y un después respecto al cual la voz infantil tiene la capacidad de producir o no efectos jurídicos. Si la voz del niño hermafrodita no tiene valor jurídico para decidir sobre las cirugías que se le prescriben, ¿podría afirmarse que realmente tiene voz?

Esta contradicción se hace aún más palpable cuando el silencio del niño hermafrodita se intersecta con el derecho a la intimidad del peticionario y la obligación al sigilo en las terapias de readecuación genital y reasignación sexual:

Antes de abordar específicamente el problema de fondo, la Corte considera necesario decretar oficiosamente medidas para proteger la intimidad y el sosiego familiar de la peticionaria y de sus padres. En efecto, este caso se relaciona con un problema complejo de la sexualidad humana, que es poco conocido por la opinión pública, y que podría entonces provocar reacciones sensacionalistas de los medios de comunicación, así como una malsana curiosidad y un rechazo a la menor y al peticionario en el medio social en donde viven. Además, como lo señalan los médicos tratantes, estos asuntos deben ser tratados con mucho sigilo, a fin de evitar consecuencias negativas en el desarrollo de la personalidad de los pacientes. Ahora bien, no sólo todas las personas tienen derecho a la intimidad y a disfrutar de una vida familiar sin injerencias indebidas de los otros (CP art. 15) sino que, además, la acción de tutela ha sido instituida para proteger los derechos fundamentales (CP art. 86). Sería pues contradictorio que una persona termine afectada en alguno de sus derechos fundamentales precisamente por haber iniciado una acción de tutela para proteger otro de esos mismos derechos. Es pues necesario que los jueces de tutela en general, y esta Corte Constitucional en particular, tomen siempre oficiosamente todas las medidas pertinentes para amparar los derechos constitucionales que se podrían ver afectados por el desenvolvimiento de una acción de tutela (*Ibíd.*).

A primera vista, parecería que aquí solamente se reafirma la regla de equilibrio entre el principio de publicidad del proceso y la protección del derecho a la intimidad de la niña —cuestión que para la misma Sala de Caballero, Morón y

Naranjo era imposible de articular en el caso de T-504/94—, pero visto de cerca hay dos elementos novedosos que es preciso resaltar.

En primer lugar, la Corte llama “peticionaria” a la niña, pese a que el peticionario es realmente el padre en nombre de ella. Este hecho no es menor por cuanto uno de los problemas esenciales con el que debe lidiar la corporación en estos casos de readecuación genital quirúrgica es la legitimidad del principio paternalista de cara a la reformulación en clave familiar del principio contramayoritario. Desde luego, no se trata de cuestionar aquí la legitimidad de la representación legal, sino de activar la misma sospecha que la Corte ha lanzado sobre el criterio paterno al considerar que corre el riesgo de fundarse en un deseo de normalización sexual de una minoría que no tiene voz. Es decir, parte fundamental de lo que está en juego en esta sentencia es si puede asumirse que la voz mayoritaria del padre puede sustituir la de la niña de manera que efectivamente comunique lo que ella necesita y no las propias expectativas de normalización parental. Y, sorprendentemente, pese a que resulta llamativo que el padre diga que su niña de menos de 2 años ya expresa inquietudes por la “apariencia inusual de sus órganos genitales”, que la misma Corte resalte que “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” y a que el juez de instancia “no verificó si la autorización paterna se ajustaba a las exigencias constitucionales” (*Ibíd.*), esta sentencia termina legitimando la decisión del padre por cuanto se cumplía el criterio formal de tratarse de una niña de menos de 5 años. Dicho de otro modo, en aras de no prescribir reglas que afecten la privacidad familiar, la Corte reafirma la validez del principio paternalista siempre y cuando el consentimiento sea informado, cualificado y persistente, con la esperanza de que caracterizar así el proceso puede permitirle a los padres tomar una decisión más cercana a las necesidades de un niño que no tiene voz sobre su identidad sexual y al que se le realizará una cirugía invasiva e irreversible, como si cualificar el proceso de esta manera fuera suficiente para sustituir la voz minoritaria del niño ¿Puede considerarse la decisión del padre como

basada en un criterio sospechoso de discriminación? Quizá, pero a pesar de que la Corte esgrime el argumento contramayoritario para defender la postulación del niño hermafrodita como sujeto de especial protección, ello no alcanza para presumir discriminación en este caso en particular y la familia no será encuadrada como agente sospechoso de discriminación en este caso.

En segundo lugar, hay un reclamo de silencio del lado de la institución médica para la cual “estos casos deben ser tratados con ‘sigilo en el manejo de la información’, ya que lo contrario trae graves consecuencias en el desarrollo de la personalidad de los pacientes”. Esta exigencia es legitimada aquí por la Corte, aunque ya en SU-337/99 la investigación realizada por la corporación encontraba que el sigilo tenía unos efectos muy distintos:

[...] según testimonios de numerosos pacientes, el carácter agobiante de estas intervenciones, su potencial estigmatizante y **el ambiente de secreto en que se desarrollan, tienen efectos devastadores a nivel psicológico**. Así, durante muchos años, los menores son sometidos, sin ninguna explicación clara y con el consentimiento de sus padres, a numerosas inspecciones genitales por equipos médicos, lo cual, en el mejor de los casos, provoca sentimientos intensos de vergüenza, y en otros eventos, es incluso asimilado por el infante a una forma de abuso sexual, en donde son cómplices sus padres.

[...] En todo este proceso, **la falta de información clara al menor y el secreto juegan entonces un papel especialmente traumático**, puesto que ese ambiente explica no sólo las incertidumbres de muchos hermafroditas en torno a su real situación, que los lleva a imaginar que tienen males mucho peores, o que son verdaderos monstruos, sino también que muchos pacientes se sientan estigmatizados y experimentan vergüenza, tristeza, o incluso la sensación de haber sido víctimas de abuso sexual.

[...] **Estos graves efectos del silencio y del secreto han sido documentados en varias investigaciones**. Así, el sociólogo Sharon Preves adelantó una evaluación de las percepciones de unos cuarenta hermafroditas sobre los actuales tratamientos médicos. Según sus resultados, **una de las críticas permanentes de estos pacientes fue la falta de información sobre su real estado, o las mentiras que les dijeron al respecto, tanto sus familias como los médicos, pues la ignorancia sobre su situación fue mucho más difícil de soportar que el conocimiento de la verdad**, ya que tendía a imaginar que padecía enfermedades terminales o estados monstruosos. Igualmente, según sus testimonios, **el silencio en torno a sus diferencias físicas y a sus cirugías "sólo servía para reforzar los sentimientos de aislamien-**

to, estigma y vergüenza, los sentimientos mismos que esos procedimientos pretendían aliviar".

[...] El ambiente de secreto y ocultamiento persiste, con sus efectos psicológicos traumáticos, sin que sea fácil eliminarlo de los actuales procedimientos, pues parece inherente a ellos (Corte Constitucional, 1999a).⁵⁸

De modo que la Corte ya sabía desde la sentencia cuya jurisprudencia busca reafirmar aquí, que el sigilo médico exigido con el argumento terapéutico entraba en clara contradicción con la obligación legal del consentimiento informado y, más aún, con las cualificaciones que en esta misma sentencia SU-337/99 se proponen a fin de salvaguardar la autonomía del niño hermafrodita. Aún cuando los médicos exigen el silencio como parte esencial del tratamiento bajo la amenaza de que los niños sufrirán todo tipo de estragos psicosociales, las mismas investigaciones citadas por la Corte demuestran que se trata más bien de un proceso de silenciamiento que tiene efectos psicológicos tan devastadores como los que suponía evitar.

Resulta entonces paradójico que en la sentencia T-551/99 la Corte admita la necesidad del sigilo pese a que ya conoce sus efectos adversos bajo el argumento médico de “evitar consecuencias negativas en el desarrollo de la personalidad de los pacientes”. Y es más notorio aún, que la Corte no encuentre necesario discutir las obvias tensiones entre el sigilo y el consentimiento informado cualificado y persistente. El consentimiento sustituto paterno ¿incluye guardar por siempre el secreto sobre las cirugías invasivas e irreversibles que se realizan a los niños? ¿Por qué no se prevé el derecho del niño a conocer todos los detalles de su historia clínica en el futuro en aras de reforzar y reafirmar su autonomía?

Tenemos a una Corte que ha establecido una regla jurisprudencial que desestabiliza el campo médico-jurídico en el que se venía desarrollando la asignación sexual y las cirugías de readecuación genital, pero que aún muestra profundas contradicciones respecto a la realidad que busca regular. Y la Sala lo reconoce y,

58. Las negrillas son mías.

explícitamente, disculpa a los distintos actores de este juego de transformación social:

[...] esta Corporación aclara que, a pesar de que la decisión del juez será parcialmente revocada, debe entenderse que no se podía exigir de los médicos tratantes, ni del juez que decidió el caso, seguir una doctrina constitucional que aún no había sido fijada (Corte Constitucional, 1999b).

Y si bien esta sentencia realizará importantes aclaraciones sobre lo que caracteriza el consentimiento informado cualificado y persistente, la Corte entiende que el reto jurídico y cultural que implican los estados intersexuales es mayúsculo, por lo que planteará una conclusión muy significativa y profunda que resalta la transitoriedad de sus decisiones en este campo:

De un lado, esta Corporación considera que los criterios establecidos en estas sentencias son los que mejor preservan los derechos fundamentales y los valores constitucionales, en el actual momento histórico; sin embargo, debido a la complejidad del tema, es posible que conocimientos científicos más depurados o nuevos cambios culturales, obliguen a revisar algunos de los resultados del presente análisis, y procedimientos médicos que hoy todavía son legítimos, pueden tornarse inconstitucionales (*Ibíd.*).

Pocas veces la realidad muestra de un modo tan espontáneo y contundente la necesidad del derecho de los jueces. Los estados intersexuales son, por definición, tan complejos, variables e inasibles, que su conocimiento y su asimilación cultural exigirán nuevos desarrollos jurisprudenciales, como muy pronto se hará patente.

Sentencia T-692 de 1999

Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz

Esta sentencia es proferida apenas un mes después de la sentencia T-551/99 que acabamos de analizar y, básicamente, reafirma la jurisprudencia que allí se expone y reitera los principales argumentos de unificación expuestos en SU-337/99.

Aquí, el magistrado ponente Gaviria Díaz, junto con los magistrados José Gregorio Hernández y Álvaro Tafur Galvis, componen una sala de revisión completamente nueva respecto a la que previamente había construido y desarrollado la jurisprudencia sobre readecuación genital y reasignación sexual, sala compuesta por la terna de magistrados Martínez Caballero, Morón y Naranjo.

Esta nueva sala va a citar de manera literal e *in extenso* los precedentes sobre el infante hermafrodita a fin de reafirmar la validez del consentimiento paterno sustituto antes de los 5 años establecidos en las sentencias SU-337/99 y T-551/99. No se realizan nuevas disquisiciones ni se aclara el alcance definido previamente.

Sin embargo, hay un aspecto central del caso abordado en esta sentencia que merece reflexión.

La madre de una niña NN de dos años de edad interpone la acción de tutela bajo revisión pues a su hija le diagnosticaron “ambigüedad genital” al nacer y le prescribieron una operación de “remodelación de sus genitales externos más una uretrocistoscopia” (Corte Constitucional, 1999c), pero el Instituto de Seguros Sociales –ISS– no había hecho la correspondiente autorización para la realización del tratamiento prescrito bajo el argumento de falta de presupuesto.

Desafortunadamente, la sentencia no da ningún otro detalle sobre el caso ni solicita pruebas, simplemente establece una relación entre la ambigüedad genital y el hermafroditismo y procede a reiterar la jurisprudencia previa. Pero, ¿cuál es la causa de la ambigüedad genital? Esto nunca se revela ni se dan pistas acerca de cuál es el campo patológico del que hace parte el signo de la ambigüedad genital que padece la niña NN, hecho que resulta fundamental en este dominio para establecer si se trata o no de una re-asignación sexual, si es o no un caso de hermafroditismo y, por tanto, si es legítimo utilizar como precedente el análisis jurídico ya realizado previamente por la Corte.

Aquí se describe de una manera muy escueta el caso de modo que es imposible establecer a qué se hace referencia con la categoría de “ambigüedad genital”.

Desde luego, podría asumirse que esta ya es la patología, pero ello implicaría que se confunde médicamente el signo clínico con la enfermedad, es decir, que hay un desplazamiento metonímico del cuadro mórbido a lo que no es más que uno de los signos de su expresión, como si la fiebre se considerase el problema y no aquello a lo que remite o de lo que es indicador. En SU-337/99 sabemos que la ambigüedad genital se debe a un pseudohermafroditismo masculino y en T-551/99 a un pseudohermafroditismo femenino, pero en T-692/99 no hay indicaciones etiológicas que permitan determinar qué trastorno padece la niña NN y, sobre todo, qué indicadores existen sobre cuál es su sexo ¿Por qué no hay evidencia sobre análisis o exámenes para determinar la razón por la que hay una ambigüedad genital? ¿En qué consiste la ambigüedad? Y más importante aún: ¿por qué se autoriza un tratamiento invasivo e irreversible si no se ha determinado cuál es el trastorno a tratar ni el objetivo terapéutico a alcanzar? ¿Cómo saber que este es realmente el tratamiento pertinente si ni siquiera se ha probado que derive de la prescripción de un equipo interdisciplinario que al menos permita suponer que se han discutido las distintas posibilidades diagnósticas y terapéuticas?

El abordaje ligero de este caso quizá se deba a la confusión que hemos señalado previamente entre hermafroditismo, ambigüedad sexual y ambigüedad genital que introdujo Martínez Caballero en SU-337/99 bajo el doble argumento de la economía del lenguaje y el supuesto abordaje homogéneo de estas realidades por parte de los médicos. De hecho, el magistrado Gaviria Díaz afirma al comenzar el análisis del caso que “[...] en reciente oportunidad, esta Corporación tuvo que decidir un caso similar sobre ambigüedad genital, en donde examinó en detalle el problema médico, ético y jurídico del hermafroditismo” (*Ibíd.*).

Asimilando de esta manera que el caso *sub examine* es el de una hermafrodita y, por tanto, le es aplicable la jurisprudencia previa. Con este sencillo gesto de homologación, Gaviria aborda el problema de la ambigüedad genital de la niña NN sin preocuparse por establecer si realmente es aplicable la jurisprudencia que se ha construido sobre hermafroditismo o si debería aclararse su alcance en la medida en

que sea relativa a otro campo etiológico o clínico. Dicho de otra manera, el magistrado ponente trata este caso dentro del paradigma del niño hermafrodita aunque el diagnóstico descrito no permite inferir si la niña de este caso realmente lo es.

A esta altura, pueden entenderse mejor las profundas implicaciones de la economía lingüística de Martínez Caballero, pero también las consecuencias del encuadre fenomenológico que este magistrado hizo de los estados intersexuales y la ambigüedad genital en SU-337/99 y que, de manera más explícita, comenta así en T-551/99:

De un lado, la Corte explicó que muchos autores distinguen entre los “estados intersexuales” o “hermafroditismos”, que implican una discordancia entre las distintas dimensiones biológicas del sexo, y la “ambigüedad genital”, en donde simplemente la apariencia de los genitales externos no permite fácilmente asignar un sexo al momento del nacimiento. Esa diferencia, señaló la sentencia, tiene un indudable valor conceptual, puesto que no siempre los estados intersexuales generan ambigüedad genital en el infante. Así, algunas personas tienen un sexo cromosómico masculino (XY) pero son absolutamente insensibles a los andrógenos, por lo cual sus genitales externos y su apariencia general son totalmente femeninas. La intersexualidad no genera en tales síndromes ambigüedad genital. Igualmente, existen casos, como sucede con los niños con micropenes, en donde en sentido estricto no hay un estado intersexual, pero la apariencia de los genitales no sólo puede provocar dificultad en la asignación del sexo al nacer, sino que, además, los médicos suelen recomendar en estos casos un tratamiento similar al de muchos hermafroditismos. Ahora bien, a pesar de esas diferencias conceptuales, en general estos síndromes reciben tratamientos médicos semejantes, y suscitan por ende interrogantes éticos y jurídicos similares, por lo cual la sentencia concluyó que, para el análisis constitucional, y por economía de lenguaje, no es indispensable distinguir sistemáticamente entre estas distintas condiciones (Fundamento 32). **Esto significa que la doctrina constitucional elaborada en la sentencia SU337 de 1999, y reiterada en esta ocasión, es relevante para decidir jurídicamente los conflictos que suscitan las remodelaciones de genitales derivadas de los estados intersexuales y de las distintas formas de ambigüedad genital** (Corte Constitucional, 1999b).⁵⁹

Resaltamos la conclusión pues ya hemos discutido ampliamente sobre cómo Martínez Caballero expresa una diferenciación clínica fundamental entre intersexuali-

59. La negrilla es mía.

dad, ambigüedad sexual y ambigüedad genital, para luego suprimirla en el análisis jurídico. Dice el magistrado que la jurisprudencia de unificación permitirá resolver conflictos derivados tanto de los estados intersexuales como de la ambigüedad genital, lo que sin duda da un argumento a favor de la homologación que hace Gaviria Díaz en la sentencia T-692/99 pues, precisamente, no hace otra cosa que seguir al pie de la letra esta indicación explícita y aplica la doctrina constitucional elaborada en SU-337/99 al caso de ambigüedad genital que se le presenta. Pero la razón de fondo para considerar que esta doctrina es válida en cualquier caso es porque Martínez Caballero asume, no solamente por economía del lenguaje, sino por encuadre fenomenológico, que más allá de las causas de los trastornos hermafroditas, intersexuales, hipospadias, clitoromegalias o mutilaciones genitales, todos estos fenómenos suelen resolverse terapéuticamente a través de una táctica similar: la remodelación de genitales. Y es por esta tendencia a resolver quirúrgicamente los problemas de la ambigüedad sexual y genital —de manera tal que se invade la esfera de la autonomía de los pacientes y se conculcan sus derechos con tratamientos irreversibles, dolorosos e indignantes— que el problema jurídico que decide abordar la Corte Constitucional no es propiamente el de la asignación sexual —considerada “inevitable” en nuestra sociedad— sino el de la legitimidad general de los procedimientos de readecuación o remodelamiento de genitales, más allá del porqué o el para qué se llevan a cabo. Es por esto que, bajo este encuadre fenomenológico y jurídico, da igual si se trata de un niño mutilado, de una (re)asignación sexual, de una reafirmación sexual o de una desambigüación genital, pues en todos los casos hay de por medio una intervención quirúrgica que permitirá alcanzar los objetivos médicos contingentes a cada caso.

El fundamento jurídico No. 65 de SU-337/99 permite comprender mejor la argumentación que lleva a la Corte a tomar esta ruta hermenéutica. A propósito de la cuestión del sigilo y de cómo es convertido en un aspecto esencial a las cirugías de readecuación genital, de manera que las terapias terminan por hacer de la falta

de información a los pacientes y familiares una regla terapéutica que contradice la obligación al consentimiento informado, dice Martínez Caballero:

Lo anterior se explica porque, para algunos, creer que la postergación de las cirugías hasta que el menor pueda decidir implica igualmente un aplazamiento de la asignación de sexo hasta ese momento. Pero eso no es así: las propuestas alternativas precisan que debe siempre asignarse un género masculino o femenino al menor, quien tiene entonces, social y legalmente, una identidad sexual clara. **La persona crece entonces con un papel de género socialmente definido, pues su carencia efectivamente puede ser traumática, ya que en nuestras sociedades, hasta el presente, el género estructura una gran parte de nuestras interacciones. Por ende, el argumento sobre la indefinición de género en el trato social no es relevante.** Es más, la peticionaria en el presente caso ya tiene un género atribuido, pues ha sido educada como mujer, por lo cual, si ésa fuera la discusión, la presente acción de tutela sería irrelevante. **El interrogante es otro, a saber, si la asignación de sexo de esta menor debe o no acompañarse de cirugías y tratamientos hormonales posteriormente, destinados a adecuar la apariencia de los genitales a ese sexo asignado, o si esas intervenciones médicas deben ser postergadas hasta que la propia niña pueda dar un consentimiento informado** (Corte Constitucional, 1999a).⁶⁰

La asignación sexual no puede considerarse un problema pues es ineludible, obligatoria, incluso para aquellos especialistas consultados por la Corte que cuestionan el paradigma de Money. De modo que siempre hay que asignarle social y legalmente un sexo a los cuerpos, pues dentro de esta mirada resulta impensable que alguien no tenga un sexo/género definido. De modo que si hay algo así como un consenso médico y social alrededor de la obligatoriedad de la asignación, esta deviene incuestionable y lo que debería interrogarse es si las cirugías que acompañan a procesos de (re)asignación sexual resultan o no legítimas. Este fundamento es sintetizado en una nota al pie en T-551/99 de manera categórica:

[...] se distingue entre asignación de sexo, que en nuestras sociedades es inevitable, y remodelación de los genitales, que es la intervención médica que suscita interrogantes constitucionales (Corte Constitucional, 1999b).

Mediante la naturalización de la regla de asignación binaria y monosexual, esto es, siempre un único sexo masculino o femenino para cada cuerpo, se blinda

60. Las negrillas son mías.

la matriz heterosexual. El niño hermafrodita no tiene porqué llevar a cuestionar la existencia de dos únicos sexos opuestos y complementarios entre sí, por lo que no se toca de ninguna manera el principio fundamental de la moral sexual moderna. Es por esto que en todas las sentencias revisadas hasta el momento no hay salvamentos ni aclaraciones de votos en aspectos relativos a la asignación sexual, pues más allá de las diferencias religiosas, morales e ideológicas hay un acuerdo entre los magistrados sobre lo incontrovertible del fundamento binario y monosexual. Lo que interroga la Corte, entonces, es la falacia en la que incurre el protocolo de Money al presentar como obligatoria la adecuación quirúrgica de los genitales de los niños en razón de la obligatoriedad social de la asignación sexual, pues no se sigue del reconocimiento del sexo/género como estructurador de las relaciones sociales que los cuerpos deban ser impelidos quirúrgicamente a expresar con sus genitales un ideal normativo del sexo.

Martínez Caballero idea entonces dos economías: una lingüística y otra fenomenológica. Por la lingüística, la categoría hermafrodita va a condensar todas las variaciones corporales ya señaladas. Y por la fenomenológica, la práctica quirúrgica de remodelación o readecuación genital va a permitir encuadrar desde un único territorio existencial vivencias, casos clínicos y experiencias corporales y de la subjetividad heterogéneas entre sí, sin poner en riesgo la matriz de la asignación sexual heteronormativa. Y estas dos economías, si bien cumplirán con su función de establecer un marco interpretativo y jurisprudencial relativamente sencillo para un conjunto muy amplio de situaciones, también producirán todo tipo de equívocos, contradicciones y simplificaciones en razón de su naturaleza económica.

La sentencia T-692/99 ejemplifica muy bien las consecuencias de la efectividad de estas economías: por un lado, permite a la nueva Sala de Revisión contar con una jurisprudencia fácilmente aplicable al caso de ambigüedad genital que se presenta; pero por otro, elide las particularidades de un caso que, quizá si se estudiará en su singularidad y especificidad, podría arrastrar hacia otros problemas jurídicos y nuevas líneas jurisprudenciales. Pero la economía —como suele suceder en la vida

cotidiana— prevalece, organiza y recodifica la realidad, simplificando las valoraciones y allanando las diferencias.

Sentencia T-1390 de 2000

Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero

La jurisprudencia en la que se modela la forma básica del niño hermafrodita como personaje jurídico y sujeto de especial protección tiene en el año de 1999 su momento de eclosión. Si bien el precedente fundamental que prefigura esta línea jurisprudencial y abre el debate social sobre las cirugías de readecuación genital y las terapias de reasignación sexual es el del niño NN mutilado de la sentencia T-477/95, es con las sentencias SU-337/99 y T-551/99 que el niño hermafrodita nace para el derecho constitucional colombiano. Las sentencias T-692/99 y T-1390/00 son dos tempranos casos que permiten reafirmar y abrir la ruta de consolidación de la jurisprudencia recién desarrollada.

Esta última sentencia tiene, de nuevo, al magistrado Martínez Caballero como ponente y con ella cierra un conjunto jurisprudencial en el que bajo su nombre toma forma un aparato argumentativo que atravesará toda la historia de la Corte Constitucional. En la última sentencia que analizaremos en esta investigación, la T-447 de 2019 con ponencia de la magistrada Ortiz Delgado, son citadas como precedente cinco sentencias de Martínez Caballero.

La Corte sintetiza el caso abordado en esta sentencia así:

La madre de un menor de pocos meses, que padece una hipospadía severa, solicita al juez de tutela que ordene al ISS que lleve a cabo todos los exámenes necesarios para definir el sexo del menor y adelantar la cirugía que sea necesaria para enfrentar su situación. Según la peticionaria, el ISS ha tenido demoras para realizar esas intervenciones, que son urgentes.

Los fallos bajo revisión acogieron integralmente las pretensiones de la actora y ordenaron al ISS que dispusiera lo necesario para que se realizara el trata-

miento médico, hospitalario, quirúrgico, terapéutico, medicamentos y demás exámenes derivados de los resultados obtenidos, en pro del normal desarrollo, bienestar y calidad de vida del menor. La historia clínica y los informes remitidos por el ISS a la Corte Constitucional señalan que el examen genético muestra que el menor tiene en realidad un sexo genético femenino, y que deberá programarse una “cirugía de remodelación definitiva que requiere el paciente para la corrección de hipertrofia de Clítoris y seno Urogenital” (Corte Constitucional, 2000).

El trayecto argumentativo de Martínez Caballero tiene la misma estructura que el realizado en T-551/99 en la que desplaza el problema jurídico de la exigibilidad de prestaciones médicas hacia la legitimidad del consentimiento paterno sustituto. Es decir, antes de revisar si es procedente que el juez constitucional ordene a una EPS la realización de cirugías de remodelación genital consideradas urgentes según el criterio de los especialistas médicos, la Corte considera que ello supone resolver primero si el consentimiento sustituto cumple con las reglas constitucionales para ser legítimo —si ha sido informado, cualificado y persistente— pues mal haría un juez en ordenar realizar una cirugía de cualquier tipo si no se ha cumplido el requisito constitucional del consentimiento.

En este sentido, esta sentencia reafirma un criterio procedimental para los jueces cuyo precedente ha quedado establecido en T-551/99: sin el cumplimiento de las sub-reglas relativas a la urgencia, la edad del niño y la cualificación del consentimiento, no es posible dar el paso hacia la realización de cirugías de remodelamiento genital y, mucho menos, su exigencia vía tutela.

Sentencia T-1021 de 2003

Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño

Entre la sentencia T-1390/00 con ponencia de Martínez Caballero y esta sentencia T-1021/03, hay una sentencia de tutela que estudiaremos posteriormente por cuanto presenta una estructura argumentativa y un esquema conceptual que se separan significativamente de la línea jurisprudencial del niño hermafrodita y el problema jurídico de la asignación sexual tal y como fueron desarrollados en la jurisprudencia previa de unificación: la sentencia T-1025/02 que tiene por magistrado ponente a Rodrigo Escobar Gil.

La sentencia T-1021/03 con ponencia del magistrado Jaime Córdoba Triviño es emitida once meses después y, pese a ser estudiada en una Sala de Revisión compuesta por los magistrados Gerardo Monroy Cabra y el mismo Escobar Gil que hicieron parte de la Sala de la Corte Constitucional que analizó el expediente de T-1025/02, se plantea dentro del territorio hermenéutico del niño hermafrodita, da continuidad a su marco conceptual y es, en todo sentido, una sentencia de reiteración de jurisprudencia.

En principio, el caso analizado en esta sentencia es enfocado como un asunto de ponderación entre la exigencia de cuotas de recuperación en el régimen subsidiado de salud y el derecho a la salud de quienes no están en capacidad de concurrir con dichas cuotas. Sin embargo, la Corte decide entrar a revisar si, adicionalmente a esta cuestión jurídico-administrativa, hay un problema jurídico relacionado con la validez del consentimiento sustituto paterno pues el procedimiento exigido vía tutela es un “cambio de sexo”.

Al menor B.B. se le ordena la práctica de un examen de cariotipo

[...] con carácter prioritario [...] encaminado a determinar la cantidad de hormonas femeninas y masculinas del niño para, si es procedente, operar y

cambiar de sexo pues desde el momento de su nacimiento sus órganos genitales tenían una extraña morfología (Corte Constitucional, 2003).⁶¹

Sin embargo, en junio del 2002, cuando el bebé tiene nueve meses de edad, la madre interpone una acción de tutela contra la Dirección Seccional de Salud local argumentando que se le han “vulnerado los derechos del menor a la salud, a la seguridad social y los derechos de los niños” (*Ibíd.*) pues la entidad de salud se niega a practicarle los exámenes solicitados por el pediatra tratante.

Una vez realizado el examen de cariotipo, se le prescribe a B.B. la realización de una biopsia testicular que, nuevamente, es negada por la entidad de salud, por lo que la madre interpone otra tutela. En agosto de 2002 el juzgado encargado del trámite tuteló los derechos fundamentales del menor y ordenó a la ARS que “en 48 horas realizara las gestiones necesarias para que se le practique la biopsia testicular dispuesta por el cuerpo médico” (*Ibíd.*). En noviembre del 2002 la Dirección Seccional de Salud expidió una orden de servicios con el “diagnóstico presuntivo” de “hermafroditismo verdadero” y con los siguientes procedimientos:

Corrección de hipospadia, gonadectomía, uretroplastia, resección de resto mulleriano abdominal por laparotomía, prequirúrgicos y la atención integral pertinente y específica para el caso (*Ibíd.*).

Pero cuando la madre se dirigió al centro de salud para solicitar información sobre las fechas en que se realizarían estos procedimientos, le informaron que “debía pagar una suma de \$280.000 para poder continuar con el tratamiento de su hijo”. La madre afirma que no cuenta con los recursos económicos para pagar dicha suma por lo que en noviembre del 2002, instaura una nueva acción de tutela solici-

61. La prueba de cariotipo es un examen que revisa el tamaño, la forma y el número de los cromosomas, a fin de determinar posibles trastornos o enfermedades genéticas y, en el caso de estados intersexuales, proporcionar un indicador genético de sexo cromosómico de la persona. Este examen no proporciona información sobre la “cantidad de hormonas femeninas y masculinas” que, generalmente, se miden a través de un perfil hormonal, por lo que es obvio que hay un error en la justificación del examen que, con la información presentada en la sentencia, es imposible de atribuir a un actor en particular.

tando que se ordene a esa entidad para “que disponga que los servicios médicos requeridos por su hijo se presten sin necesidad de hacer copago alguno” y manifiesta “que teme por la salud de su hijo y por las secuelas que puedan afectarle si se demora el tratamiento ordenado” (*Ibíd.*). La Dirección Seccional de Salud responde que la madre del menor está afiliada al nivel 2 del Sisben y, por tanto, le corresponde pagar el 10% del costo de los procedimientos, pues el cobro de una cuota moderadora está consagrado en la ley.

En diciembre del 2002, en fallo de primera instancia, el juzgado tuteló los derechos fundamentales del menor, argumentando que “si bien la capacidad de pago es un factor importante, no es algo decisivo para la consecución de un derecho” y ordenó a la Seccional de Salud a actuar en las siguientes 48 horas. Pese a esto, en un fallo de segunda instancia de febrero del 2003, la Sala del Tribunal Superior local, ante la impugnación de la entidad demandada, resolvió revocar la decisión tomada en primera instancia y negó la tutela pues consideró que la madre del menor “no había demostrado que con los copagos que se le impusieron se afectó su mínimo vital” (*Ibíd.*).

En el trámite de revisión en la Corte Constitucional, a través de un auto de septiembre del 2003, la Sala de Revisión solicitó al médico tratante que respondiera un cuestionario para establecer con claridad el diagnóstico y el tratamiento realizado al menor. En octubre, el médico respondió a esta solicitud así:

a) El diagnóstico del menor es hipospadia mediopeneana y cuerda ventral, **hermafroditismo masculino.**

b) Al niño se le han efectuado las intervenciones de biopsia gonadal, ‘necesaria para aclarar el diagnóstico, debido a que **el cariotipo no correspondía con la genitografía y la ecografía abdominal, si esto no se realizaba no se podía tomar una conducta futura**’. Además, se practicó una ‘corrección de hipospadia y cuerda ventral y resección de restos mullerianos, lo cual era necesario para llevar el meato uretral a la punta del pene, si esto no se realizaba el paciente debía tener la micción sentado durante toda su vida, **la corrección de la cuerda ventral es necesaria para lograr una erección**

recta de no practicarse esta cirugía no sería posible la actividad sexual futura con implicaciones para la penetración vaginal’.⁶²

c) ‘Para obtener el consentimiento de los padres se siguió el procedimiento usual para cirugías realizadas en menores de edad, se informó desde la primera consulta la necesidad de hacer biopsia para realizar un diagnóstico claro, los padres firmaron la forma de consentimiento establecida por el hospital. || Una vez realizada la biopsia se informó en la consulta que el paciente sería presentado a staff para tener una evaluación multidisciplinaria y tomar la decisión más adecuada teniendo en cuenta la complejidad del caso. || Después del staff tanto el padre como la madre fueron informados de la decisión del staff, se ofrecieron alternativas como segundas opciones, **se explicó que la cirugía a realizar sería una corrección de hipospadias y los padres se mostraron de acuerdo con la decisión tomada.**

d) Por último, en relación con la asesoría suministrada al menor y sus padres, el profesional de la salud informa que ‘Por parte del servicio de cirugía infantil los padres y el menor fueron informados de todo el tratamiento médico. Los profesionales que concurren en esa asesoría fueron los cirujanos infantiles del hospital H.H., quienes están entrenados en cirugía y urología infantil y el hospital H.H. es centro de referencia para este tipo de patologías’ (*Ibíd.*).⁶³

Por su parte, la historia clínica del menor señala lo siguiente:

“a) El sexo fenotípico del niño es masculino (con presencia de tejido gonadal masculino, pene de buen tamaño, testículo derecho en escroto y uretra masculina, sin presencia de vagina y de seno urogenital), pero el sexo cromosómico detectado es femenino (46XX), evaluación que fue resultado de tres exámenes distintos de cariotipo. **Estos elementos permiten concluir que**

62. El “hermafroditismo masculino” no existe y nunca ha sido considerado una categoría diagnóstica válida, por lo que este diagnóstico hace dudar de las competencias del médico tratante.

Por otra parte, nótese que el sexo medicamente asignado es el masculino porque fenotípicamente hay un falo que puede desempeñarse de acuerdo con las expectativas heteronormativas del *staff* médico. Es decir, el sexo verdadero del bebé corresponde a una fantasía sobre el desempeño sexual futuro de un niño que tendrá que hacer penetraciones vaginales y orinar de pie. Aquí se ignora cualquier tipo de verdad que pueda derivarse del sexo cromosómico XX del bebé, con lo que se demuestra una vez más que las decisiones relativas a la asignación sexual médica no dependen de un único criterio ni siempre tienen un carácter biologicista, sino que dependen ampliamente de las contingencias y de las expectativas sobre la sexualidad de los doctores.

63. Las negrillas son mías.

el menor presentaba, posiblemente, hermafroditismo verdadero, diagnóstico que es informado en la consulta a sus padres.⁶⁴

b) Ante esta situación, el 6 de noviembre de 2002 el caso es presentado ante el staff médico, el que decidió que, habida cuenta que el niño ‘fenotípicamente tenía un pene formado de buen tamaño, con cuerpos cavernosos, con función eréctil, uretra masculina y ausencia de vagina’. Resultaba procedente **‘programar para corrección de hipospadía y corrección cuerda ventral’** junto con **‘resección de posible resto mulleriano intraabdominal por posible laparoscopia o laparatomía’**.

c) [...] ‘Después del staff se explicó ampliamente a los padres el diagnóstico, el tipo de cirugía a realizar teniendo como parámetro el fenotipo masculino, la no existencia de estructuras intraabdominales compatibles con sexo femenino como ovario, vagina o trompa de falopio se programó [sic] para corrección de hipospadias. La familia se mostró de acuerdo y se programó el nuevo procedimiento.

El 21 de enero del 2003 se realiza la cirugía propuesta encontrando un mínimo resto mulleriano en anillo inguinal izquierdo, vaso gonadal atrófico izquierdo, no se identificó útero, trompas de falopio o gónadas intraabdominales. **Se realizó resección de estructura compatible con resto mulleriano y se envió a patología**, utilizando una incisión Pfannestiel. Se realizó corrección de hipospadía mediopeneana encontrando uretra con cuerpo cavernoso atrófico en su tercio distal, cuerda ventral severa, glande pequeño y cuerpos cavernosos presentes. Se corrigió la cuerda ventral con técnica de Nesbitt y se realizó uretroplastia tipo Snodgrass sobre una sonda de Nelaton 8FR sin complicación.

El 24 de enero de 2003 el estudio anatomopatológico reporta muestra formada por tejido fibroconectivo, tejido adiposo maduro, filetes nerviosos y estructuras vasculares, **no se identifican restos mullerianos ni tejido gonadal, no hay malignidad.**

El paciente evoluciona en forma satisfactoria de su cirugía de corrección de hipospadias y es dado de alta el 29 de enero de 2003’ (*Ibíd.*).⁶⁵

64. Nótese que la historia clínica presenta un diagnóstico distinto al del médico tratante: hermafroditismo verdadero.

65. Las negrillas son mías. Aquí nunca se hace referencia al remodelamiento genital que ha sufrido el paciente B.B., sino que se hace énfasis solamente en la corrección de hipospadias, lo que sirve para velar el hecho de que se busca que los genitales del bebé tengan un aspecto claramente masculino. A través del énfasis en un procedimiento particular se impide ver su función táctica dentro de un plan general. La Corte Constitucional, no obstante, utilizará el concepto de remodelación genital para evaluar aquí la validez del consentimiento sustituto.

En T-1021/03 tenemos el caso de un paciente con claros signos de ambigüedad genital y sobre el que se realizan distintos diagnósticos que resultan contradictorios y confusos entre sí.

Para esta época era frecuente la clasificación de hermafroditismos basada en la presencia de tejido gonadal masculino o femenino, criterio respecto al cual se distinguía entre: hermafroditismo verdadero, cuando se encontraba presencia en un mismo cuerpo de tejido ovárico y testicular; pseudohermafroditismo masculino, cuando había presencia de tejido testicular y cromosomas 46XY; y pseudohermafroditismo femenino con presencia de tejido ovárico y cromosomas 46XX. Al inicio de esta sentencia, el paciente B.B. es presentado bajo el “diagnóstico presuntivo” de hermafroditismo verdadero, pues se había confirmado la presencia de un testículo y se especulaba sobre la posible presencia de tejido mulleriano, por lo que podía suponerse que cumplía con los requisitos diagnósticos para esta categoría. Sin embargo, cuando la Corte solicita que se envíe el diagnóstico del cirujano tratante, este hace referencia a un “hermafroditismo masculino”, una entidad nosológica inexistente y que, de acuerdo con la clasificación reconocida en este época, no podía considerarse una categoría diagnóstica válida. El primer diagnóstico se presenta con fecha del 15 de noviembre de 2002 y, el segundo, en comunicación del 8 de octubre de 2003, esto es, casi un año después. Pero en la historia clínica del bebé queda claro que la cirugía que se le realiza en enero de 2003 “no se identificó útero, trompas de falopio o gónadas intraabdominales” y el supuesto tejido mulleriano que indicaría la presencia de tejido gonádico femenino mostró como resultado anatomopatológico una:

[...] muestra formada por tejido fibroconectivo, tejido adiposo maduro, filetes nerviosos y estructuras vasculares, no se identifican restos mullerianos ni tejido gonadal, no hay malignidad [...] (*Ibíd.*).

Es decir, ya para principios del año 2003 era claro que este caso no podía tratarse como un hermafroditismo verdadero pues el bebé solo tenía tejido gonádico masculino, pero tampoco podía tratarse como un pseudohermafroditismo mascu-

lino —suponiendo que el médico tratante se equivocó y utilizó la expresión “hermafroditismo masculino” para referirse a esto— pues el cariotipo había mostrado que los cromosomas eran 46XX y, por tanto, genéticamente se trataba de una mujer. De manera que se realiza un tratamiento quirúrgico al bebé sin tener claridad sobre el diagnóstico y, peor aún, bajo una categoría diagnóstica no reconocida médicamente.

Si bien es común que se presenten diferencias diagnósticas en casos tan complejos, ¿por qué los médicos tratantes no las señalan en sus informes? ¿Acaso cada diagnóstico no implica caminos terapéuticos distintos? ¿No hace parte de un consentimiento informado cualificado y persistente la detallada y clara exposición de hipótesis o diferencias diagnósticas? Si no se tenía toda la información necesaria para definir el diagnóstico, ¿por qué se procedió a realizar una cirugía irreversible? ¿Por qué se expresa reiteradamente que al bebé se le realiza una simple cirugía de hipospadias y no un remodelamiento de genitales? ¿Por qué se busca realizar con celeridad la cirugía de readecuación genital si la muestra patológica señala que no hay malignidad y, por tanto, no se trata propiamente de una urgencia médica?

Estos interrogantes, si bien son del resorte de la práctica médica, abren a una pregunta jurídica fundamental: ¿tiene validez un consentimiento realizado sobre un diagnóstico equívoco?

Desde luego, no es asunto de la Corte Constitucional revisar los criterios diagnósticos, pero desde los fundamentos jurídicos desarrollados en SU-337/99 quedaba claro que el campo científico de los estados intersexuales se encontraba en etapa seminal y no estaba exento de polémica, por lo que el límite constitucional a la realización de cirugías de readecuación genital implicaba en la práctica —a través de mecanismos como la moratoria para el consentimiento del niño y la persistencia— generar un aplazamiento de los procedimientos más invasivos de las terapias a fin de que se realizaran con la menor afectación a la autonomía del niño y con mayor claridad respecto a su trayectoria identitaria.

Sin embargo, a esta temporalidad relativamente abierta de la moratoria para reforzar la autonomía del niño que desarrolla la Corte, se opone la temporalidad fija del protocolo de Money con su hipótesis del *imprinting* de la identidad de género según la cual entre los 18 y los 24 meses de edad se fijaría de por vida la identidad sexual. A esta tensión entre temporalidades se le suma el hecho de que la jurisprudencia de unificación estableció como parte de las reglas de ponderación de validación del consentimiento sustituto que no se tratara de una urgencia médica.

En T-1021/03 es claro que la consideración de urgencia médica marca la distinción en el abordaje constitucional de los estados intersexuales:

[...] las intervenciones médicas de corrección de estados intersexuales parten de dos supuestos fácticos. El primero, en el que la dolencia pone en grave riesgo la vida, la salud y la integridad física del menor, caso en el cual no existe reparo jurídico alguno en que los padres autoricen los procedimientos necesarios para enfrentar exclusivamente esta dolencia, amén que se está ante la inminencia de un perjuicio irremediable al interés superior del niño, representado en la conservación de su propia existencia.

La controversia constitucional se origina cuando el procedimiento médico parte de un supuesto fáctico distinto, esto es, en aquellos eventos en que la intervención sanitaria no constituye una urgencia vital, pero el personal médico y los mismos padres del menor estiman conveniente realizar las correcciones quirúrgicas y los tratamientos hormonales necesarios para asignar, de forma permanente e irreversible, un sexo definido al menor que presenta el estado intersexual (*Ibíd.*).

Pese a que ya desde SU-337/99 se había señalado que la urgencia se entendía como un asunto relativo al “grave riesgo” para la salud y la vida de los niños, rápidamente la urgencia se recodifica en los términos del paradigma médico-moral y la readequación genital antes de cumplir dos años se convierte en un imperativo a ejecutar bajo el argumento de evitar la catástrofe psicosocial del paciente pues atravesar la etapa de *imprinting* con sus genitales ambiguos supuestamente sería incompatible con el bienestar del niño por el peligro que conlleva la “indeterminación sexual”. Es por esto que en todos los casos desde 1999 que hemos revisado hay una evidente batalla contra el tiempo a fin de evitar hipotéticos perjuicios a la salud del niño aunque, paradójicamente, en ningún caso se justifica la urgencia con argu-

mentos distintos a la creencia de que “diferir el tratamiento médico con posterioridad a ese periodo de la vida del menor generaría consecuencias catastróficas para su salud psicológica” (*Ibíd.*). La urgencia no se basa en evidencia.

Tenemos entonces que, pese a las críticas dentro de la comunidad médica que despertaron las sentencias T-477/95 y SU-337/99, hay una rápida reacomodación de las relaciones entre los dispositivos médico y jurídico, de manera que la urgencia definida según el Protocolo de Money se armoniza con el tiempo fijo de la validez del consentimiento sustituto paterno hasta los 5 años de edad del niño que estableció la Corte Constitucional, lo que relativizará el efecto de reforzamiento de la autonomía del niño que pretendía la sentencia de unificación. Así, el aspecto que más se celebra internacionalmente de la jurisprudencia desarrollada por Martínez Caballero, esto es, el límite constitucional a las cirugías de readecuación genital en casos de intersexualidad, en realidad solo tiene efectos para el número de casos más restringido que es el de aquellos niños que llegan hasta los 5 años sin que el sistema médico haya normalizado su cuerpo.

De hecho, el magistrado Córdoba Triviño, expresa en una nota al pie la sentencia T-1021/03 que la jurisprudencia de unificación de la Corte Constitucional, si bien critica el paradigma dominante que aquí hemos llamado médico-moral y basado en el Protocolo de Money, termina por validarlo y darle preeminencia hermenéutica:

La defensa del principio autonomista y el de beneficencia, a su vez, refleja los fundamentos de dos protocolos médicos opuestos: **El que defiende la necesidad de efectuar la asignación de sexo o remodelación genital en los primeros años de vida, con el objeto de evitar graves inconvenientes psicosociales para el menor, derivados de la indeterminación sexual; y, en la otra orilla, quienes estiman que en algunas ocasiones estas intervenciones tempranas, que no consultan la opinión del menor son más lesivas que esperar hasta tanto éste tenga la capacidad de decisión suficiente.** En la Sentencia SU337/99 se demuestra cómo aunque los cuestionamiento de los detractores del primer protocolo tienen fuertes argumentos que permitirían deducir que los procedimientos médicos basados en el consentimiento sustituto de los padres, en últimas, terminarían afectando la integridad física y emocional del menor y, con ello, serían contrarios al principio de beneficencia. Sin embargo, las razones expuestas por los defensores del

protocolo imperante no permiten otorgar carácter concluyente a dichas críticas, pues (i) Los casos expuestos por los detractores del protocolo se basan exclusivamente en individuos a los cuales el procedimiento médico no les produjo mayores beneficios, lo que no obsta para que existan casos en que se hubieran obtenido mejores resultados. (ii) En la actualidad y gracias a la avance de las técnicas quirúrgicas, las cirugías son menos invasivas y preservan la funcionalidad y sensibilidad de los órganos sexuales. (iii) La práctica médica actual privilegia en mayor medida el consentimiento informado de los padres y los involucra mucho más en las distintas fases del tratamiento, y (iv) **El protocolo alternativo propuesto por los sectores opuestos al paradigma médico dominante se muestra impracticable, en la medida en que el modelo social imperante privilegia la división en dos géneros definidos, conceptos cuya construcción depende en gran medida de una adecuada identidad sexual, por lo que su indefinición en el tiempo constituiría un factor de marginación para el menor.**

Aunque la Sentencia en comento no pretendió dirimir una controversia que es eminentemente médico científica, por lo que su arbitrio judicial no sería de recibo, la Corte, después de analizar la afectación que de los derechos fundamentales del menor y su familia contraía la aplicación de las terapias alternativas de línea autonomista, optó por conceder prevalencia al protocolo médico dominante [...] (Ibíd.).⁶⁶

A ojos de la misma Corte, entonces, su jurisprudencia no se opone al paradigma médico dominante en el tratamiento de estados intersexuales, sino que más bien viene a imponerle unos límites temporales y formales a su práctica, lo que si bien generó las resistencias que ya hemos comentado, a fin de cuentas termina por establecer puntos de mutua afirmación y acople.⁶⁷ Es por esto que no resulta extra-

66. Las negrillas son mías.

67. Curiosamente, la recepción internacional de SU-337/99 y T-551/99 consideró esta jurisprudencia mucho más restrictiva de lo que efectivamente muestra el desarrollo jurisprudencial constitucional que aquí hemos analizado. Greenberg y Chase llegaron a afirmar en 1999:

The decision dramatically limits the ability of doctors in Colombia to perform early genital surgery on intersexed infants. The Court has established new rules restricting parents' authority to authorize genital surgery on their intersexed children, with the goal of forcing parents to put the child's best interest ahead of their own fears and concerns about sexual ambiguity.

En 2012, Greenberg todavía se sostiene en esta apreciación:

The Constitutional Court of Colombia, the only high court to address this issue, has placed severe restrictions on parents' ability to consent to cosmetic genital surgery because of concerns that parents may be discriminating against their own children.

Y Erin Thorn de la Escuela de Leyes de Hofstra University dice en un artículo : "As such, this

ño que, para el caso analizado en T-1021/03, la Corte haya encontrado completamente válido el consentimiento sustituto y no haya entrado a cuestionar aspectos profundos como el carácter de urgencia del procedimiento de readecuación genital aquí realizado ni los criterios bajo los cuales se hizo una asignación sexual masculina a un paciente genéticamente femenino, hecho este que al menos daría para suponer que se trataba de una re-asignación.

Esta sentencia es fundamentalmente de reiteración de la jurisprudencia de unificación. Sin embargo, hay un gesto conceptual que, si bien no tiene ningún efecto analítico ni jurídico en el caso bajo revisión, sí muestra unos nuevos referentes hermenéuticos en la Corte:

El entendimiento de la sexualidad humana es complejo en la medida en que no se reduce a un solo plano, sino que abarca varias dimensiones, cada una de ellas con implicaciones en los campos ético, moral, jurídico y biológico. De este modo, la sexualidad no se reduce a la asignación de la calidad de hombre o mujer, derivada de la evaluación de la apariencia física, sino que también incluye otras variables, tales como **el moldeamiento comportamental del género, la preferencia sexual, etc., que en el actual modelo constitucional adquieren reconocimiento y son protegidas al ser expresiones del ejercicio de los derechos fundamentales a la autonomía individual y al libre desarrollo de la personalidad.**

Aunque **existe una tendencia a considerar que los aspectos psicológicos y de comportamiento, que se acercan más a la idea de género y no de sexo, son más cambiantes y variados que los aspectos físicos, esta conclusión no resulta del todo acertada**, amén de la posibilidad de la presencia de estados intersexuales, en los que no existe armonía entre los distintos planos biológicos, debido a la presencia de trastornos físicos relacionados con la diferenciación sexual (Corte Constitucional, 2003).⁶⁸

La noción de género adquiere cada vez más relevancia, aunque solo sea de manera retórica. Pero, más significativo aún, las expresiones comportamentales de la sexualidad se aceptan como reconocidas y protegidas constitucionalmente, hecho que será cada vez más importante y permitirá complejizar y dotar de mayor alcance no

Note recommends that, as was done in Colombia, legislation be enacted that severely restricts parents' ability to consent to these cosmetic surgeries" ((Thorn, 2014)).

68. Las negrillas son mías.

solamente a la noción de sexo, sino a su expresión jurídica explícita en el Artículo 13 de la Constitución y en relación con los derechos a la autonomía y al libre desarrollo de la personalidad. Es en este marco en el que va tomando forma un nuevo derecho fundamental que aquí ya es explícito en las conclusiones de los fundamentos jurídicos de esta sentencia y en la parte resolutive de T-1025/02: el derecho a la identidad sexual.

Sentencia T-912 de 2008

Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño

Esta es la segunda sentencia sobre asuntos de asignación sexual cuyo magistrado ponente es Córdoba Triviño y, estructuralmente, es una sentencia de reiteración de la jurisprudencia del niño hermafrodita. En la Sala de Revisión también participan los magistrados Escobar Gil —esta es la tercera sentencia en la que interviene dentro de los asuntos que nos atañen— y Mauricio González Cuervo —quien participará en cuatro sentencias más—.

En T-912/08 nos encontramos con un caso de hermafroditismo verdadero en el que se presenta una contradicción entre el sexo de crianza asignado por los padres y el sexo diagnosticado por los médicos, pues el niño “Nicolás” ha sido criado durante cinco años como hombre pese a que el equipo médico considera que:

Al confrontar los valores de referencia y que señalan el rango mínimo y máximo para que se pueda considerar normal el resultado y en especial determinar que se trata de un paciente del SEXO MASCULINO, tenemos que los resultados en un todo, ESTÁN MUY, PERO MUY POR DEBAJO [sic] de los rangos mínimos que figuran en el resultado del examen aportado por el apoderado del padre del paciente y por lo tanto, tenemos que tal resultado **concuerta en un todo con el resultado de patología, con la ecografía, con el CARIOTIPO y con el resultado del examen denominado CISTOURETROGRAFÍA MICCIONAL y en especial en cuanto a que hay MARCADA PERSISTENCIA al sexo FEMENINO** (Corte Constitucional, 2008b).⁶⁹

El padre del niño solicitó la realización de una “cirugía correctiva”, pero una junta médica se negó a realizar el procedimiento con el argumento de que:

[...] de acuerdo a las leyes y la jurisprudencia constitucional colombiana, la decisión de realizar la intervención se deberá tomar con el consentimiento del paciente, **cuanto éste cumpla dieciocho (18) años de edad** (*Ibíd.*).⁷⁰

69. Las negrillas, el subrayado y las mayúsculas hacen parte del concepto médico citado en la sentencia.

70. Las negrillas son mías.

Teniendo en cuenta estos hechos y argumentando que el niño ha recibido una “orientación sexual masculina” desde su nacimiento, el padre decide presentar la acción de tutela que, en primera instancia, es negada por el juez por cuanto la jurisprudencia constitucional señala que se debe contar con el consentimiento del niño pues este ya tiene 5 años. En segunda instancia se confirmará esta decisión.

La Sala de Revisión de la Corte Constitucional, confirmará las decisiones tomadas en primera y segunda instancia pero añadirá una muy importante diferencia: la necesidad de establecer el acompañamiento de un equipo interdisciplinario que coadyuve al menor y a sus padres a tomar una decisión informada para que se lleve a cabo un procedimiento que se ajuste a la voluntad del niño, con lo que se reitera que la edad de consentimiento autónomo del niño no está determinada por el hecho de que alcance la mayoría de edad —como algunos equipos médicos y jueces lo sostenían en la práctica— sino por su grado de madurez particular.

6.5 La invención del género

Sentencia T-1025 de 2002

Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil

Con el magistrado Escobar Gil como ponente y los magistrados Montealegre Lynett y Monroy Cabra como parte de la Sala de Revisión, esta sentencia inaugura una nueva etapa en los análisis de la intersexualidad que hace la Corte Constitucional. El caso aquí analizado le permitirá a la Corte realizar un doble movimiento en el que, a la vez que se reafirma la línea jurisprudencial impulsada por Martínez Caballero, se produce un conjunto de innovaciones conceptuales y jurídicas clave para la historia jurídica del niño hermafrodita.

Estos nuevos desarrollos se realizan gracias a las particularidades del caso analizado y por la insistencia del magistrado ponente en que la jurisprudencia sobre cirugías de readecuación genital precisamente debe repensarse a la luz de la singularidad de las distintas contingencias de los sujetos hermafroditas. Y por estas razones, es importante describir en detalle el caso aquí estudiado.

En enero de 1994 nace un “menor N.N. en condiciones de aparente normalidad” (Corte Constitucional, 2002). Al momento de nacer se le asigna el sexo masculino por la presencia de falo, pese a que los padres esperaban una niña según las ecografías realizadas durante el embarazo. Pronto, el menor presentó anomalías en su desarrollo pero solo hasta octubre de 1996 se le diagnostica “pubertad precoz” y “ausencia de gónadas en el escroto” (*Ibíd.*).

Un año después, en noviembre de 1997, el cuerpo médico recomienda la remisión del menor a endocrinología pero esta valoración se lleva a cabo solo hasta marzo de 1998, allí se confirma la ausencia de testículos y se solicita

[...] la práctica de unos exámenes de laboratorio y una ecografía pélvica [...] para comprobar las sospechas sobre la posible presencia de una hiperplasia suprarrenal virilizante [...] [y] una prueba genética para determinar el cariotipo del infante (*Ibíd.*).

En julio de 1998, el menor tiene cuatro años y medio cuando la Unidad Médico-Genética de la Facultad de Medicina de la Universidad de Antioquia realiza la prueba genética para determinar su cariotipo por solicitud del Seguro Social. La prueba arroja como resultado “que el infante presenta una constitución genética 46XX (mujer)”. Se realiza entonces una junta de pediatría y cirugía infantil en la que se concluye lo siguiente:

[...] Se encontró un niño con crecimiento de pene y vello púbico progresivo con estirón en su talla, consulta a pediatra y lo reciben [sic] / Se evaluó encontrándose un niño con leve déficit en desarrollo sicomotor; con talla alta mayor del 97% y a nivel genital pene de 8 cms., y vello púbico con desarrollo Tanner III. NO SE ENCONTRARON GONADAS. / Se pidieron exámenes con la presunción diagnóstica de Speudopubertad [sic] precoz (por la no presencia de gónadas) que confirmaron un compromiso de la glándula suprarrenal produciéndose una situación de virilización por hiperplasia

suprarrenal congénita, forma clásica. / **Por la ausencia de testículos, se hacía imperioso descartar un fenómeno genético, por lo que desde el nacimiento se viera como hombre y que fenotípicamente se le asignara ese sexo, lo mismo que socialmente.** / Al entregar reporte de Cariotipo, se confirmó lo anotado: Genéticamente es una persona 46 XX, con virilización extrema y casi con seguridad habrá genitales internos femeninos. / Con lo anterior el Staff concluye:

Por la edad, los patrones fenotípicos y sociales NN debe seguir siendo tratado como hombre.

Se debe hacer laparoscopia y resección laparoscópica de genitales internos con moldeamiento de pene (de ser necesario) PRIORITARIO.

En un futuro se haría terapia con testosterona para hacer un desarrollo androgénico adecuado en la pubertad y colocar prótesis testiculares en escroto, como se hace en los niños con hipogonadismo primario agenesia gonadal.

Es imperioso hacer un buen manejo de la hiperplasia suprarrenal, lo que ya se instauró.

Se debe hacer apoyo psicológico a la familia [sic].

Pero a pesar de esto existe un impedimento legal de acuerdo con la Corte Constitucional que no permite cirugías para 'cambio de sexo' sin el consentimiento de la persona hasta que tenga uso de razón.

Se decide citar un nuevo Staff con el apoyo de la división jurídica, psicología y psiquiatría de la IPS y/o EPS [sic].

Los padres con conocedores de la situación y están de acuerdo con las decisiones presentes y futuras del Staff (*Ibíd.*).⁷¹

El jefe de cirugía infantil de la Clínica del Seguro Social sintetiza el “problema” del menor en los siguientes términos:

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

71. Las negrillas son mías y las mayúsculas del concepto citado en la sentencia..

ción de genes y órganos internos femeninos correspondientes a una mujer [...] (*Ibíd.*).

Para enero de 1999 aún no se habían realizado los exámenes complementarios solicitados por el *staff* médico “por ausencia de contratos en el Seguro Social”. Es por esta razón que, a finales de abril de este año, los padres del niño interponen una acción de tutela contra esta entidad. Los padres del menor NN justifican su solicitud de autorización de la cirugía de reasignación sexual y la inaplicación de la doctrina constitucional sobre el consentimiento del niño en estos casos, porque según ellos el niño “padece de retardo mental y sicomotriz en un 60% [sic]” (*Ibíd.*), lo que lo imposibilitaría para tomar una decisión sobre la cirugía incluso si fuese mayor de edad.

No obstante, el peritaje de Medicina Legal respecto a la posible incapacidad del niño señala que:

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

[...] en el análisis psicológico del Instituto de Medicina Legal se estima que el menor está en condiciones de dar su aquiescencia en la adopción de una determinada vocación sexual, y que concibe a la supuesta niña de su interior como un producto de su imaginación (*Ibíd.*).⁷²

En una declaración ante el juez de instancia el niño manifiesta:

Yo pienso que cuando sea grande me pienso casar y tener hijos porque me encantan los bebés [sic], yo quiero seguir siendo así como soy como un hombre [sic], si no pudiera tener hijos pensaría si ser hombre o mujer (*Ibíd.*).

72. Las negrillas son mías.

En el expediente se encuentran las siguientes declaraciones del médico jefe de cirugía infantil:

“¿Podría decirse que el menor tiene capacidad para escoger el sexo que quiere? Aun cuando él en la actualidad tiene claramente definida su identificación hacia el género masculino, se trata de un menor de edad; un grupo interdisciplinario que incluya sicólogos, siquiátras y las áreas de pediatría comprometida serían los de mayor capacidad para decidir en que momento y edad de su vida tenga la formación para definir el tratamiento quirúrgico que mas le convenga [sic].

[...] ¿Existiría algún peligro para N.N. si se espera hasta que tenga la mayoría de edad y decida por su mismo cual es el sexo que quiere tener? En general no habría peligro sin embargo es [en] este paciente ya hay actividad del eje hipotálamo, hipófisis gónada demostrado por los niveles de estradiol indicando actividad púberal por lo tanto se requiere mantener inhi-bida con medicamentos hasta que se llegue el momento de definir [sic].

¿Quiere decir todo lo anterior que de no realizarse la cirugía a N.N. no pone en peligro su vida? Su vida como tal no, pero la salud mental social y familiar de su núcleo si se ve y se esta viendo afectada [sic] (*Ibíd.*).

Con base en las pruebas recopiladas y tomando por fundamento la jurisprudencia establecida en SU-337/99, el juez de instancia decide:

[...] 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 [sic] (*Ibíd.*).

La Corte Constitucional decide revisar este caso porque encuentra que no se trata de un simple problema de exigibilidad de prestaciones sociales, sino de ponderación y armonización de principios constitucionales. Además, hay una petición explícita en la tutela para que se inaplique una jurisprudencia sobre la que ya hay criterios de unificación.

En T-1025 de 2002 nos encontramos con el caso de un niño de 8 años que fenotípica y socialmente es varón y a quien se le ha diagnosticado una virilización extrema por cuenta de una hiperplasia suprarrenal. La dificultad del caso radica en que el niño ha sido criado como varón, pero los médicos encuentran que, cromosómicamente, es una mujer. El menor NN, sus padres y el equipo médico parecen coincidir en que la vocación identitaria del niño es masculina, pero por cuenta de los resultados genéticos, el *staff* considera que reafirmar quirúrgicamente el sexo masculino implica técnicamente un “cambio de sexo”, por lo que jurídicamente sería necesario el consentimiento informado del niño.

Ahora bien, si hay coincidencia de criterios y ya el niño ha atravesado aquello que desde SU-337/99 se denominaba el umbral de identificación de género, así como la edad requerida para que su consentimiento sea obligatorio, ¿por qué no se ha realizado el tratamiento quirúrgico? Hay dos elementos que permitirían explicar esto: por un lado, el cuestionamiento a la capacidad cognitiva y legal del niño por parte de sus padres; y por otro, una inseguridad médico-jurídica por parte del equipo interdisciplinario con relación al momento en que puede considerarse válido el criterio del niño.

El problema de la supuesta incapacidad del menor queda desvirtuado en razón del peritaje de Medicina Legal, de modo que la Corte no entrará a discutir este asunto, pero en cambio, la cuestión del límite en el que se invalida el consentimiento sustituto y adquiere eficacia jurídica el consentimiento del niño se convierte en el problema central de esta sentencia.

Antes de entrar a discutir este problema jurídico, el magistrado ponente hace una muy interesante síntesis de los precedentes en la jurisprudencia constitucional sobre este tema que anticipa la respuesta que dará a este interrogante. En T-477/95, SU-337/99, T-551/99, T-692/99 y T-1390/00 advierte que, pese a que los criterios de ponderación de los casos son los mismos, la Corte toma decisiones diferenciadas en cada uno. Hay una misma *ratio juris* que le permite tomar decisiones distintas en razón de una ponderación de los principios de beneficencia y autonomía que se adecúan a la singularidad de cada caso médico. De modo que Escobar Gil concluye que:

De conformidad con la citada jurisprudencia, la ponderación entre el consentimiento informado del paciente y el consentimiento sustituto de los padres **debe atender también a la naturaleza de la patología y, en todo caso, al grado de impacto del tratamiento requerido o recomendado**, es decir, al carácter más o menos invasivo de la intervención.

Por ello, ante la diversidad de variables y circunstancias que determinan cada caso, especialmente, en tratándose de estados intersexuales o hermafroditismos, **es deber de los jueces de tutela aplicar de manera singular los criterios de ponderación previamente identificados por esta Corporación, teniendo en cuenta que cada asunto médico constituye un único universo**. Esto, en razón a la multiplicidad de factores clínicos, psicológicos, sociales y culturales que requieren ser analizados y estudiados minuciosamente, en aras de reconocer el amplio margen de diversidad presente en el desarrollo de cada patología (*Ibíd.*).⁷³

Lo interesante es que esta conclusión contradice completamente la economía fenomenológica de Martínez Caballero, pues este magistrado optó por ignorar la naturaleza de cada patología y el grado de invasividad de las terapias prescritas a fin de hacer coincidir todos los casos en un mismo campo de experiencia: las cirugías de readecuación genital. No obstante, Escobar Gil reinterpreta esta trayectoria jurisprudencial previa para proponer un criterio hermenéutico de los hermafroditismos muy distinto: es menester atender a cada experiencia clínico-social en su singularidad y extraer de allí la consecuencia en términos de consentimiento que mejor se

73. Las negrillas son mía.

adecúe a cada caso. Ya desde aquí el magistrado Escobar Gil anticipa, entonces, que no aplicará el precedente sin más, sino que profundizará en la naturaleza del caso particular que se le presenta para determinar hasta qué punto los criterios de ponderación establecidos previamente por la Corte aquí funcionan.

En aras de establecer las condiciones de singularidad del caso abordado, el magistrado ponente erige unos elementos conceptuales que recoge de Martínez Caballero pero a los que ubicará en unas coordenadas muy distintas. Escobar Gil reafirma la distinción de SU-337/99 entre tipos de hermafroditismo —verdadero, pseudohermafroditismo masculino y pseudohermafroditismo femenino— y ambigüedad genital; así como una de las variantes del famoso Complejo-Sexo —cromosómico, fenotípico, gonadal, legal, crianza y psicológico—, pero le añade dos dimensiones conceptuales entrelazadas que le permitirán formular un criterio hermenéutico completamente nuevo:

Siguiendo esta diversidad terminológica, muchos autores estiman que **la identidad de sexo y la identidad de género son nociones disímiles pero complementarias**. De este modo, la identidad sexual hace referencia a "las características biológicas sexuales de una persona que incluyen cromosomas (XX mujer o XY hombre), genitales externos (pene o vagina), genitales internos (testículos u ovario)". En cambio, la identidad de género "tendría un componente más psicosocial, pues se relaciona con el sentido personal de la propia masculinidad o feminidad".

Es, entonces, preciso reconocer que la noción de sexo tiene dos vertientes: estática y dinámica. La primera, se predica de los caracteres anatómicos y fisiológicos de la persona, mientras que, la segunda, se refiere a la personalidad misma del ser, a su actitud psicosocial, a su modo de comportarse, a sus hábitos y modales, etc. Por lo cual, el sexo se predica de las connotaciones cromosómicas, fenotípicas y gonadales, y el género de: "todo aquello que de innato y de adquirido se encuentra en la sexualidad humana y, ante todo, al momento psicológico y cultural" (*Ibid.*).⁷⁴

Si bien en la jurisprudencia previa de la Corte Constitucional ya se hacía referencia a la distinción entre sexo y género, esta diferencia no tenía operatividad hermenéutica y jurídica. Es decir, realmente no existía pues carecía de eficacia

74. Las negrillas son mías.

performativa. De modo que si bien desde 1995 aparecía formulado de diversas formas algo denominado indistintamente como ‘género’, ‘identidad de género’, ‘identificación genérica’ o ‘roles de género’, esto no implicaba que tal noción permitiera organizar el campo de análisis jurídico de los casos de una manera particular. Estas nociones tenían cierto matiz médico y psicológico, pero no aportaban nada que implicase un diferencial en el criterio analítico de la Corte. Sexo y género, operativamente, eran tratados como semejantes e incluso como sinónimos, a pesar de que se formularan conceptualmente como diferenciados. Con Escobar Gil el género adviene como categoría analítica con eficacia simbólica y, por tanto, con performatividad jurídica.

Cabe advertir desde ya que este género tiene una naturaleza particular y una dinámica propias que lo hacen muy distinto a la noción que ganará preponderancia analítica en sentencias más recientes. El paradigma del género propuesto por el magistrado Escobar Gil es creado a partir de la lectura de un artículo del jurista italiano Pasquale Stanzone que hace parte del libro *Problemi giuridici del transessualismo* publicado en 1981; un artículo de Massimo Garutti y Francesco Macioce titulado *Il diritto all'identità sessuale* publicado también en 1981; así como de las interpretaciones que de estas fuentes hace Carlos Fernández Sessarego en su libro *Derecho a la identidad personal* de 1992. En estos estudios, los juristas desarrollan los problemas jurídicos de lo que para aquella época se denominaba ‘transexualismo’. En el fundamento jurídico 14 de esta sentencia, la Corte introducirá un marco analítico completamente nuevo para comprender el asunto de los estados intersexuales que toma por base este modelo psicosocial y jurídico de la transexualidad.

Para estos juristas, en la medida en que el sexo es uno de los componentes fundamentales de la identidad y esta se define por su libertad, existirían dos dimensiones de la identidad sexual: una estática y otra dinámica. El sexo estático haría referencia a los elementos somáticos determinados genéticamente —de ahí su carác-

ter ‘estático’— pues por ser determinados biológicamente serían inmodificables.⁷⁵ Y el sexo dinámico sería aquel que se construye psico-socialmente, esto es, gracias a las vivencias propias de cada individuo y en razón de su libertad, por lo que por su propia naturaleza estaría sujeto a contingencias y variabilidad. En casi todas las personas, estas dos dimensiones son coincidentes con el sexo biológico.

Sin embargo, existen excepciones como son los casos de intersexualidad (hermafroditismo o pseudohermafroditismo) y aquellos en los que se advierte una elocuente disociación entre las dos vertientes de la sexualidad, es decir, entre la cromosómica o biológica y la psicosocial. Esta última situación es aquella en la que se ubica el denominado «transexual» (Fernández Sessarego, *Ibíd.*: 54).⁷⁶

Dado que la identidad se constituye a partir de la complementariedad entre el sexo estático cromosómico-biológico y el sexo dinámico psico-social, estas dos dimensiones siempre deben ser tomadas en cuenta a la hora de analizar la identidad sexual. Mientras estas dimensiones son armónicas no se hace necesario diferenciarlas

75. Estos autores tienen una visión estatista de la biología en la que se supone que como el sexo cromosómico es uno solo y se mantiene inmutable a lo largo de todo el desarrollo ontogénico, así mismo se mantiene todo el sustrato biológico. Por tal criterio estatista, a Fernández Sessarego la expresión ‘cambio de sexo’ le resulta completamente equívoca, pues simplemente no es posible cambiar el sexo determinado genéticamente. Así que cuando se usa esta fórmula para hacer referencia a un remodelamiento quirúrgico o una (re)asignación sexual se trataría más bien, según sus palabras, de

una modificación de la morfología genital destinada a resolver el drama existencial de aquellos sujetos, tanto varones como mujeres, que desde sus primeros años de vida, sienten, viven y se comportan como si fueran del sexo opuesto al originario. A través de esta adecuación genital se trata de resolver o aliviar la terrible tensión en que viven los transexuales ((2006): 55).

76. Fernández Sessarego no encuentra ninguna contradicción entre su noción de sexo estático y la existencia de estados intersexuales. En su defensa, podría decirse que no habría contradicción porque el sexo cromosómico, incluso en los intersexuales, es uno solo –tesis que se refuta fácilmente por la existencia de mosaicos genéticos– y las ambigüedades genitales serían el producto de variaciones congénitas –lo que también es refutable dado que hay múltiples estados intersexuales de origen genético como el Síndrome de Insensibilidad a los Andrógenos–. El jurista y filósofo peruano supone que el modelo sexual estático/dinámico que le permite analizar con cierta eficacia la transexualidad es extensible a la comprensión de la intersexualidad y no repara en que, al contrario, los estados intersexuales evidencian las limitaciones del estatismo de su modelo.

en el análisis jurídico, pero este modelo analítico de Pasquale muestra su efectividad cuando se impone la necesidad de comprender los conflictos que pueden surgir entre ambas dimensiones, por ejemplo, cuando una persona se siente y vive como parte de un sexo que no se corresponde con el sexo que le ha sido determinado cromosómicamente, es decir, en los casos de transexualidad. En estas situaciones, es preciso entender que la identidad sexual dinámica se define por su libertad, por lo que en el ejercicio mismo de la libertad la identidad sexual puede desplegarse en una dirección distinta a la determinada por el sexo estático. De esta forma, para estos juristas la doctrina jurídica que hace de la libertad del individuo un valor fundamental del derecho, debería comprender que es lícito vivir en un sexo distinto al determinado biológicamente. Dice el magistrado Escobar Gil en referencia y posterior cita a Fernández Sessarego:

la doctrina jurídica considera que el perfil psicológico o genérico prevalece sobre el criterio estructural o biológico, ya que permite la expresión de la identidad personal y sexual de la persona como el ejercicio del derecho al libre desarrollo de su personalidad. Al respecto, se sostiene que:

“[...] el sexo no es un factor inmutable de la personalidad sino que, por el contrario, su característica es la de presentarse como un elemento dinámico. El sexo, para este sector de la doctrina, no es sólo una expresión física, una determinada configuración somática, sino que también, y fundamentalmente, consiste en una actitud psicológica, en un sentimiento, en una opción personal, en una constante vivencia. En base a este planteamiento, se reconoce la libertad del sujeto para vivir según el sexo que concilie con su decidida inclinación sicosomática, con aquel con el que se siente existencialmente identificado. En consecuencia, dentro de estos parámetros, la adecuación de los caracteres genitales al sexo 'sentido y vivido' es un hecho posible y deseable, por lo que debería ser considerado como lícito, en tanto se origina en un acto de libre decisión del sujeto, teniéndose siempre en cuenta el interés de los terceros...”

(Corte Constitucional, 2002).

Nótese que para el magistrado ponente el sexo estático de Fernández Sessarego es equivalente al género. Esta decisión conceptual induce a confusiones que son

señaladas por el mismo equipo que construye la sentencia,⁷⁷ por lo que en la nota al pie número 29 se aclara:

En este caso, la distinción entre sexo y género se encuentra en la consideración del sexo 'sentido y vivido' como producto de la actividad sicosocial y cultural de la persona, es decir, como el género propiamente dicho, mientras que el sexo corresponde al producto de la configuración somática de la persona, en otras palabras, a su naturaleza eminentemente corpórea (*Ibíd.*).

La confusión conceptual se ahonda cuando en la definición de género de Stanzone citada por Escobar Gil se incluye "todo aquello que de innato y de adquirido se encuentra en la sexualidad humana" pues, a primera vista, parecería que el género, por suponer aspectos innatos, incluiría un componente biológico —¿estático?— y, por tanto, abarcaría también el sexo. Sin embargo, en el paradigma de Stanzone el sexo se determina no estrictamente por lo biológico sino por lo somático, esto es, por lo relativo al sustrato corporal. En cambio, el género hace referencia a aspectos de carácter psico-social, por lo que definitivamente sí supone elementos innatos que dan forma al psiquismo. Es decir que, mientras para Fernández Sessarego el sexo estático es equivalente al sexo biológico, para Stanzone el género también tiene componentes biológicos que dan forma a la conducta sexual y la identidad psicológica.⁷⁸

77. La sentencia T-1025/02 fue publicada por la Relatoría de la Corte Constitucional con algunas notas de trabajo del equipo del magistrado ponente Escobar Gil, quizá por algún error de los archivos manejados. En la nota señalada como 'LGGP2' el equipo advierte sobre esta cita de Fernández Sessarego: "¿En este caso se manejan los conceptos de sexo y de género como equivalentes?".

78. En años recientes se ha popularizado la idea de que el género se corresponde con los constructos culturales, lingüísticos o simbólicos de la identidad sexual. Sin embargo, en su origen en la teoría de Money, el género se define por aspectos psico-sociales más cercanos a lo que se podría entender como un sexo psicológico. Money era psicólogo y gran parte de su teoría está influenciada por hallazgos de la etología y la endocrinología. Para él, entonces, la noción de género no se contradice ni se opone a la biología —como hoy muchos teóricos, activistas y juristas sostienen—, sino que tiene un componente biológico ligado al cerebro y el sistema endocrino. Jennifer Germon lo explica así:

On the basis of rodent and primate studies, Money proposed that hormone production from the fetal gonad primed a cognitive schema or neural template in utero that coded for masculinity, femininity, and

En resumen: Escobar Gil cita una triada de estudios de juristas que usan de manera confusa las nociones de género y sexo dinámico para aludir a un hecho que a todos ellos les interesa poner de relieve: la existencia de un sexo vivido y sentido construido en libertad por los individuos y al que la doctrina jurídica y la ciencia médica deberían dar preeminencia en el análisis de la transexualidad.

En este sentido, uno de los elementos estructurales de cualquier plan de vida y de la identificación de las personas en sociedad, es la identidad sexual. Ésta, al igual que el sexo tiene dos vertientes: estática y dinámica. Por lo cual, independientemente de los caracteres anatómicos y fisiológicos de la persona (visión estática), el género adoptado por ésta (visión dinámica), determina la formación de su personalidad a partir de su actitud sicosocial y cultural.

Sin embargo, como la formación sexual hace parte del crecimiento y proyección de la personalidad del individuo, es indispensable preservar en todo momento y lugar la autonomía y libertad del hombre para definir a partir de la interrelación de los factores sicosociales, culturales y sociales que le identifican su propia identidad sexual (visión dinámica). En efecto, la Corte ha afirmado que la específica orientación sexual de un individuo constituye un asunto que se inscribe dentro del ámbito de autonomía individual que le permite adoptar, sin coacciones ajenas, los proyectos de vida que considere pertinentes, siempre y cuando, con ellos, no vulnere el orden jurídico y los derechos de los demás (Corte Constitucional, 2002).

El género como una visión dinámica del sexo que expresa la libertad de los individuos para construir su identidad, es la categoría que le sirve a estos juristas para legitimar el reconocimiento del “drama existencial” de los transexuales como un conflicto que puede ser solucionado jurídicamente dándole preeminencia al sexo sentido y vivido sobre el sexo biológico. El género permite, al mismo tiempo,

andogyny and lay dormant until stimulated postnatally by "matching input stimulus [that] releases a highly specific output response". [...] Money's commitment to the idea that gender became hardwired into the brain provided the ultimate rationale for swift interventions on infants and newborns in order to assure a stable gendered identity. Articulating this idea in typically dramatic fashion, Money wrote: "when the gender identity gate closed behind you, it locked tight. You knew in the very core of your consciousness that you were male or female. Nothing short of disaster could ever again shake that conviction" (2009: 36-37).

El género aquí defendido por Stanzione tiene una obvia influencia de Money y bajo este paradigma lo comprenderá Escobar Gil.

psicologizar el sexo y añadirle una dimensión de autonomía, de modo que la identidad sexual gane un componente jurídico de libertad.

Pero, ¿por qué un modelo conceptual y jurídico construido para el campo de la transexualidad es utilizado aquí para codificar el campo de análisis de los estados intersexuales?

Por la trayectoria argumentativa de Stanzione, Garutti, Macioce y Fernández Sessarego, podría suponerse que el objetivo final de traerlos como soporte doctrinario a la discusión es extender al campo de la identidad sexual las cualidades de dignidad humana que se le predicán a la identidad en general, es decir, la libertad y la autonomía. Si la identidad sexual es por naturaleza libre y autónoma, entonces el Estado debería proteger su desarrollo y despliegue en consecuencia. Estos juristas buscan que el transexual sea reconocido como un sujeto que vive dramáticamente el hecho de no poder afirmar socialmente una elección autónoma que no niega la naturaleza sino, al contrario, es expresión de la dinámica inherente a la identidad.

Esta trayectoria haría pensar que Escobar Gil busca hacerse a un cuerpo doctrinario que le permita reforzar la autonomía del niño hermafrodita para decidir sobre su identidad sexual pero, sorprendentemente, la sentencia tomará una vía muy distinta. En lugar de reiterar la jurisprudencia constitucional de la obligatoriedad del consentimiento informado cualificado y persistente del menor después de los 5 años, el magistrado ponente introduce un nuevo mecanismo al que denomina consentimiento asistido, pues considera que el caso *sub examine* implica una excepción respecto a las reglas fijadas previamente. Esta excepcionalidad es, sin embargo, muy discutible, pues si ya se ha reconocido el peritazgo de Medicina Legal que indica que el niño NN no tiene ningún tipo de incapacidad cognitiva, el solo hecho de tener 8 años ya lo faculta para dar consentimiento en temas que atañan a su identidad sexual. Además, de acuerdo con todas las pruebas aportadas, parecería que el mismo niño entiende y desea reafirmarse como hombre. Entonces, ¿por qué no se ha realizado la cirugía de readecuación genital?

El trasfondo del asunto es la inseguridad jurídica que siente el equipo médico. De hecho, es el mismo *staff* el que sugiere a la madre del niño interponer una acción de tutela. La cuestión es que después de la creación en SU-337/99 de la regla de invalidación del consentimiento paterno sustituto una vez el niño cumple 5 años, la edad a partir de la cual adquiere validez jurídica el consentimiento autónomo del niño se tornó un problema práctico. Algunos médicos entendieron que la decisión autónoma implicaba esperar a que el paciente llegase a la pubertad —lo que también implica la aparición de los caracteres sexuales secundarios—, mientras otros lo entendieron como la obligación de esperar hasta que el paciente cumpliera la mayoría de edad y ejerciese su capacidad civil. La Corte Constitucional, a fin de no inmiscuirse en la autonomía médica, había dejado al criterio de los equipos interdisciplinarios la validación práctica de la autonomía del menor en razón del desarrollo psicosocial particular de cada niño. Sin embargo, algunos médicos prefirieron optar por no realizar ningún tipo de procedimiento hasta que el paciente llegase a la adolescencia e incluso cumpliera los 18 años, para blindarse de cualquier problema jurídico derivado del cuestionamiento de la autonomía del niño.

En T-1025 de 2002 hay una coincidencia de criterios entre el niño, sus padres y el equipo médico y, pese a ello, no se ha iniciado el tratamiento de readecuación genital porque el *staff* teme que la decisión tomada pueda ser cuestionada en el futuro, de modo que la acción de tutela sirve para darle seguridad jurídica a todos los implicados.

Con este trasfondo social, adquiere sentido la decisión propuesta por Escobar Gil. La decisión acerca de cuándo el criterio sexual del niño es autónomo, no puede tomarse de antemano y de manera general para todos los casos, pues el desarrollo particular de cada persona da forma a su autonomía de manera diferenciada, así que solo el estudio de las variables singulares de cada caso puede permitir determinar si el niño está listo para dar su consentimiento. Y este análisis solo podría llevarlo a cabo un equipo interdisciplinario que coadyuve al niño y a su

familia a tomar esta decisión. Nace de este modo la figura del consentimiento asistido.

Esta nueva forma del consentimiento viene a ocupar una posición peculiar a medio camino entre el consentimiento paterno sustituto y el consentimiento autónomo del niño. Es por esto que resulta tan extraño el giro que toma la sentencia después de construir argumentativamente la noción de género o de identidad sexual dinámica basada en la autonomía y libertad, pues en lugar de utilizarse este marco conceptual para reforzar la autonomía del niño hermafrodita, la sentencia crea una nueva forma del consentimiento que cataliza la autonomía del niño a través de la asistencia de un equipo interdisciplinario. El equilibrio de poder recae de nuevo en el equipo médico.

Y entonces, ¿qué utilidad tiene realmente el concepto de género en esta sentencia?

Desde T-477/95 hay un fantasma médico-legal que atraviesa la cuestión del niño hermafrodita: ¿cómo saber cuál es el sexo que mejor se adecúa a la naturaleza del sujeto? ¿Cómo asignar el sexo verdadero, el “sexo real”? El caso del niño NN mutilado puso en el escenario público unas prácticas médicas en las que quedaba en evidencia que la realidad del sexo resultaba menos clara de lo que jurídicamente se pensaba. Cuando los médicos aceptan que desde la década de los setenta se hacían reasignaciones sexuales y cirugías de readecuación genital según un criterio terapéutico basado en una teoría muy cuestionada científicamente que privilegiaba el sexo de crianza por encima del sexo biológico, el criterio sobre el cual se fundaba el sexo legal se enturbia y deviene sospechoso. La asignación sexual morfo centrada no solo se muestra insuficiente, sino incluso equívoca. Y las pruebas científicas y los exámenes médicos no siempre tienen el efecto de reafirmar una determinada asignación sexual y, al contrario, muchas veces la complican.

Una vez se instala este territorio de incertidumbre médico-jurídica con relación al sexo, las terapias de (re)asignación sexual y en particular las cirugías de reade-

cuación genital son reencuadradas en un horizonte del error probable, lugar en el que antes no se encontraban por el sencillo hecho de que no se cuestionaba la verdad médica sobre la asignación sexual. Esto significa que, a partir de este momento, las decisiones terapéuticas sobre el sexo a asignar médica y quirúrgicamente son susceptibles de impugnación y, desde luego, de trámite judicial, como lo revelan las tutelas, las demandas por responsabilidad civil y las posibles demandas por responsabilidad extra-contractual del Estado.⁷⁹

Es en este escenario en el que aparecen cuestionamientos a la Corte desde el cuerpo médico por la “inseguridad jurídica” que sienten los profesionales tal y como los que se expresan en T-551/99, de modo que recurrir a la tutela se convierte en un mecanismo para garantizar la legalidad del proceso terapéutico. Con el modelo del consentimiento asistido, Escobar Gil le devuelve a los equipos médicos parte de la seguridad que decían haber perdido, pues a partir de este momento decidirán como parte de los equipos interdisciplinarios en qué momento adquiere eficacia legal el consentimiento del niño.

Ahora bien, el fantasma del sexo verdadero se hace presente de manera más palpable y problemática en aquellos casos en los que se puede presumir que la intervención terapéutica busca realizar un “cambio de sexo”. De allí que los casos en los que se prescriben asignaciones sexuales que ‘contradicen’ el sexo cromosómico —como las que suscitan tutelas como SU-337/99, T-1390/00 y T-1025/02— resulten más difíciles de decidir para los equipos médicos, pues se corre el riesgo de incurrir en los problemas que se derivaron de la terapia de reasignación sexual realizada al niño NN mutilado de T-477/95. Y es justamente para hacerle frente a

79. Sobre la aplicación de la teoría del daño especial en casos de estados intersexuales en Colombia puede consultarse a (Cárdenas, & Velásquez, 2017):

[...] no se requiere una culpa médica para que, en virtud de principios de justicia restaurativa, de equidad, de solidaridad y acorde a normas convencionales y constitucionales, se indemnice a estas personas por el daño superlativo que debieron soportar al ver vulnerado algo tan íntimo como su autodeterminación sexual. Ello sin desconocer que bien puede aplicarse la teoría de la falla en el servicio médico en los casos que ha definido la jurisprudencia, como en un mal procedimiento o errores de diagnóstico o tratamiento, entre otros (2017).

este fantasma que Escobar Gil introduce la noción de género, pues esta permite justificar jurídicamente la posibilidad de realizar una reasignación sexual basándose en el género de una persona. De esta forma, la readecuación genital tendría la función de reafirmar el sexo psicológico de una persona —tal y como sucede en el caso de los transexuales— y de ninguna manera tendría por objetivo modificar un sexo biológico que, en razón de su mismo marco conceptual, resulta invariable. Otorgándole eficacia jurídica a la noción de género se justifica que, en ciertos casos de asignación sexual, no se le dé prioridad al sexo biológico sino al sexo sentido y vivido, de modo que la terapia reafirme la identidad psicosocial del individuo y su libertad.

Esta nueva elección de la Corte Constitucional de darle preminencia al género sobre el sexo biológico en ciertos casos de intersexualidad, tendrá consecuencias en una de las reglas fundamentales creadas en SU-337/99, pues a través del género Escobar Gil relativiza el grado de invasividad de las cirugías de remodelamiento genital. Mientras para la Sala Plena de 1999 que desarrolló la jurisprudencia de unificación las cirugías de readecuación genital son, por sí mismas, invasivas, para la Sala de Revisión de 2002 la invasividad dependerá de cada caso y, por tanto, el tipo de consentimiento que deba realizarse:

Con todo, como previamente se expuso, el umbral dispuesto por esta Corporación en las Sentencias SU337 de 1999 y subsiguientes, lejos de ser una doctrina absoluta, se encuentra condicionada por las particularidades de cada asunto. **Por eso, en ningún momento, la Corte ha afirmado categóricamente que en torno a los estados 'intersexuales' o 'hermafroditismos' después de los cinco años sólo sea admisible el consentimiento informado del menor ya que, en ciertos casos, el carácter menos invasivo de la práctica médica o la ausencia de afectación a la autonomía del infante, otorgan relevancia al consentimiento sustituto o a la modalidad asistida como proyección del consentimiento del infante orientado a futuro. Por ejemplo, hay ciertos eventos, en los que no son forzosas las remodelaciones de genitales externos, o, las cirugías resultan meramente cosméticas, verbi gracia, a través de la implantación de prótesis testiculares.**

En dichos casos, clara y objetivamente en su aspecto físico como psicológico, las intervenciones son menos invasivas y traumáticas que una remodelación de genitales externos. Además, la extirpación propuesta también es menos invasiva cuando aun a pesar de que los genitales

internos presentan cierta ambigüedad, sus componentes femeninos o masculinos están gradualmente atrofiados. De allí que, resulta recomendable que **entre los factores de ponderación que cabría considerar para anticipar el consentimiento se encuentre la evaluación que se haga desde todas las perspectivas posibles de la capacidad reproductiva del sujeto,** ya que obviamente no es lo mismo extirpar órganos plenamente funcionales que órganos atrofiados (Corte Constitucional, 2002).⁸⁰

Escobar Gil inaplica en este caso la regla creada en SU-337/99 según la cual las terapias de readecuación genital, por ser altamente invasivas y afectar la autonomía del sujeto, están obligadas al consentimiento informado cualificado por parte del paciente mayor de 5 años, con el argumento de que hay situaciones médicas en las que tales terapias resultan “menos invasivas y traumáticas”. Y como ejemplo de criterios de ponderación de la invasividad alude a si los órganos genitales externos necesitarían cambios “cosméticos” y si los órganos genitales internos a extirpar tienen características funcionales normales. Pero, ¿cómo se explica que el magistrado ponente no encuentre invasivo que se le modelen los genitales externos y se le extirpen órganos internos a un niño, en contraposición a lo definido en la jurisprudencia de unificación y reafirmado en tres sentencias posteriores?

80. Las negrillas son mías. En SU-337/99 se hacen múltiples referencias acerca de cómo bajo el argumento del carácter cosmético de las cirugías de readecuación genital en realidad se realizaban intervenciones que afectaban gravemente la autonomía del sujeto, por lo que hacían siempre obligatorio el consentimiento del niño:

En síntesis, según los opositores, los actuales tratamientos de la ambigüedad genital se encuentran todavía en un estado experimental ya que su necesidad no está probada, sus resultados benéficos no han sido realmente evaluados, y muchas de las decisiones se fundan en concepciones psicológicas discutibles. Además, esas cirugías, a pesar de que en el fondo tienen finalidades puramente cosméticas, ya que buscan básicamente modificar la apariencia de los genitales, producen, en muchos casos, daños físicos y psicológicos irreparables. Por tal razón, concluyen los críticos, es contrario a la ética médica y a los derechos humanos adelantar unas intervenciones médicas, puramente cosméticas y riesgosas, sin un consentimiento informado adecuado del propio afectado, sobre todo si se tiene en cuenta, que existen otras formas de manejo de la intersexualidad, que no producen esos daños, y en cambio respetan la autonomía del paciente (1999a).

La Corte Constitucional en pleno no apoyará la tesis de la prohibición total de estas cirugías como lo piden los críticos del paradigma de Money, pero sí aceptará que estas cirugías siempre tienen un carácter invasivo que afecta la autonomía del sujeto.

La explicación reside en la naturaleza de la noción de género que defiende Escobar Gil. El modelo de comprensión jurídico del ‘transexualismo’ que toma de los juristas italianos le permite suponer que hay casos en los que el sujeto desea tan intensamente la cirugía de remodelamiento genital que, desde luego, no encuentra invasivo el tratamiento sino, incluso, reconfortante. Un apartado de un artículo de Fernández Sessarego permite comprender lo que para estos juristas es el “drama existencial del transexual” y su devastador efecto en la salud de los sujetos:

El transcurrir vital del transexual constituye un drama existencial de enorme magnitud, que supone una frustración de su proyecto de vida sexual y que tiene hondas repercusiones en su estado psíquico, en su equilibrio emocional, en su salud, en su bienestar integral.

El transexual, aparte de su frustración personal, siente el rechazo de los demás, lo que lo conduce a la situación de constituirse en un marginado social. **Se trata de un drama que no puede pasar desapercibido para los juristas dotados de sensibilidad. Es un problema de la vida cotidiana que es necesario resolver, en términos jurídicos, en beneficio de la salud, la identidad y la libertad del transexual.**

El transexual es un incomprendido por la sociedad, en la que se le suele confundir con el homosexual o la lesbiana o con el escandaloso travestí. Se le tiene como un depravado, un enfermo, un vicioso. De ahí que se le arrincone y se le persiga. Por ello es un sujeto indeseable, un ejemplo peligroso, dañino, que debe ser excluido de hecho de la convivencia social. Esta equivocada percepción comunitaria se basa en la ignorancia sobre su genuino y dramático problema existencial, el que carece de las connotaciones negativas que, por lo general, se le atribuye. Es un caso humano digno de atención.

La fuerte tensión en la que vive el transexual, producto de la dramática disociación entre su sexo cromosómico y su sexo psicológico, lo angustia y desespera, le hace imposible el convivir normalmente en sociedad. Vive en un estado de ansiedad permanente, sin tregua ni reposo, que desconoce lo que es la tranquilidad, la serenidad. **Su estado psicológico se halla constantemente alterado, en mayor o menor medida, como inevitable consecuencia de su drama existencial. Ha perdido, en síntesis, su estado de bienestar integral, si es que alguna vez lo tuvo ((2006): 57).**⁸¹

81. Las negrillas son mías. La patologización del transexual –en la que tiene un papel esencial la noción de género– permite comprender su naturaleza como una cuestión mórbida padecida y no elegida que debe ser resuelta con las herramientas de la ciencia y el derecho. Esto le

Según este enfoque, una existencia de este tipo es el producto de la ambigüedad sexual que sufren estos sujetos, por lo que la resolución de tal estado mórbido pasa, obligadamente, por superar la indeterminación. Solo una asignación sexual oportuna puede ayudar a superar el conflicto existencial. Es así que transexualidad e intersexualidad se entrecruzan bajo el fantasma de la indeterminación sexual y que el marco jurídico del transexual recodifica al niño hermafrodita. Dice la sentencia T-1025/02:

La identidad de género del menor NN se encuentra intensamente orientado social, cultural y psicológicamente hacia el sexo masculino. De suerte que, el riesgo que este tipo de operaciones representan para su integridad y su personalidad se reduce ostensiblemente, hasta el punto de considerar que, no es constitucionalmente válido someterlo a los efectos psicológicos traumáticos que generan su estado de indeterminación sexual, desconociendo el alcance de los derechos fundamentales a la identidad, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud como bienestar integral (Corte Constitucional, 2002).

Escobar Gil reafirma las tesis de Money ampliamente criticadas en T-477/95 y SU-337/99 y coincide con él en que la patología más grave en este caso es el estado de “indeterminación o incertidumbre sexual” del menor, por lo que la urgencia del tratamiento a realizar está relacionada con la superación del estado de supuesta ambigüedad. La asignación sexual tiene un carácter terapéutico. Desde este punto de partida y dado que el niño hermafrodita tiene un género “intensamente orientado” a lo masculino, entonces la cirugía de asignación sexual resulta menos invasiva y, por tanto, puede realizarse a través de un consentimiento asistido. En su caso, la moratoria solo traería mayor angustia por cuanto lo que más afecta la salud del niño es el hecho de que viva en una hipotética incertidumbre sexual, de modo que el derecho tiene la función de coadyuvar en el proceso de superación de la ambivalencia brindándole una herramienta para catalizar su autonomía y permitirle la asignación de un sexo que desea y necesita.

permite al transexual ser sujeto de compasión, a diferencia del travesti que resulta “escandaloso”.

A lo largo de toda la sentencia se repite una y otra vez que el niño se identifica a sí mismo como varón, y sus padres y el equipo médico coinciden en esta afirmación identitaria. No obstante, tal identidad de género afirmada “intensamente” entra en contradicción con la hipótesis de la indeterminación sexual del niño. ¿Cómo podría desear tan intensamente ser un varón si supuestamente vive en un estado de indeterminación? ¿Cómo se mide tal intensidad? E incluso si el niño efectivamente habitase un estado de incertidumbre sexual, ¿por qué tanto temor a este estado?

Igualmente, un estado de incertidumbre sexual conduciría al desconocimiento de los atributos proyectivo, estimativo y temporal del menor NN, indispensables para asegurar el goce efectivo de sus derechos a la identidad personal y al libre desarrollo de la personalidad, ya que **sin ellos sería prácticamente imposible definir un proyecto o plan de vida alrededor de una precisa orientación sexual** (*Ibíd.*).⁸²

Para la Corte, el proyecto de vida del niño se vería truncado si no se resuelve su estado de indeterminación sexual, pero esta necesidad de certidumbre está relacionada con que en el futuro el niño tenga una “precisa orientación sexual”. Es decir, la urgencia de la asignación sexual está dirigida a evitar que el niño corra el riesgo de realizar una orientación sexual no normativa. La correcta asignación sexual es en realidad una medida preventiva de la homosexualidad, así que la urgencia manifiesta por realizar la cirugía de remodelamiento de genitales y de extirpación de gónadas para el niño NN busca superar su estado de incertidumbre para asegurarle un futuro heteronormativo.

Un fantasma homosexual está a la base de la patologización de la indeterminación sexual. Para los años 50, la criminalización y patologización de la conducta homosexual en Estados Unidos tenía un correlato terapéutico que hacía de la prevención de la homosexualidad un imperativo ético en la medicina y la psicología. Es en este contexto que Money desarrolla su teoría del género. Parte de la preocupación por normalizar los genitales de los niños radica en la creencia en que

82. Las negrillas son mías.

unos genitales ambiguos producen, a su vez, incertidumbres en la autoidentificación de género y, en consecuencia, fallos en la orientación sexual.

Corrective surgery was held up as a form of insurance against the development of a crossed or transposed gender manifesting as bisexuality, or as homosexuality.

The idea that “correct” genitalia would assure a proper gender is in keeping with the nineteenth-century principle that sex physiology determined the sex of one’s feelings (Germon, 2009: 139).

La preocupación por la orientación sexual futura del niño es también palpable en la madre del niño. Al ser interrogada sobre la conducta del menor, despliega todo un cuadro semiótico hipercodificado de masculinización del niño a fin de que no quede duda sobre su identificación que pasa, incluso, por aparentes muestras de deseo sexual por las mujeres.

¿Cómo ha enfrentado el menor su problema? El niño es consciente, a pesar que lo evade porque cuando está de animo uno se sienta con él y (...) le pregunta usted sabe su enfermedad y el contesta si, yo le pregunto que tienes y el contesta 'yo se ama que tengo unas cosas de mujer' yo le pregunto: ¿a voz que te gustaría ser hombre o mujer?, y el me contesta: 'hombre' con la voz gruesa que tiene, yo le dije: ¿Por qué hombre y no mujer?, el contesta: 'ama la mujer sufre mucho y yo no quiero sufrir como sufre usted' [sic]. Cuando vamos donde la abuela a pasear él se ensucia mucho, entonces mi suegra le busca una camisa de las hijas, y en cierta ocasión le puso una de color rosado y entonces le contesto 'oigan a mi mamita que cree que yo me voy a poner eso' la abuela sonriendo le pregunta por qué mijo, el contesta 'no ve mamita que eso es de mujer, yo no me pongo colores de mujer, yo soy un hombre' el parece al papá con la hermanita y no la deja jugar con carros ni con balones, le dice que eso son juegos de hombres que ella debe jugar con muñecas y juguetes de niña, él es mas dado a tener relaciones con personas adultas, le gusta hablar con los hombres mayores y le encantan las mujeres monas, recorta fotos de las modelos de las revistas, de las monas y las mete debajo de la almohada y se enamoró de la esposa de un tío de él" [sic] (Corte Constitucional, 2002).⁸³

El énfasis en la intensidad de la identificación masculina de NN cumple con la función retórica de calmar las ansiedades parentales respecto a las eventuales

83. La negrilla es del texto de la sentencia.

trayectorias sexuales del niño, así como la función terapéutica de reducir el estado de incertidumbre sexual. Pero esta intensidad en los terrenos familiar y médico se desplazará hacia el razonamiento jurídico y dará forma a un innovador y curioso artefacto jurisprudencial. El magistrado Escobar Gil propondrá una nueva regla de ponderación de la invasividad de las cirugías de asignación sexual basada en la intensidad de la identidad de género:

[...] a mayor identidad de género (visión dinámica del sexo) son menos riesgosas e invasivas las operaciones de asignación de sexo, toda vez que dicha asignación se identificaría con el componente psicosocial que marca el sentido personal de la propia masculinidad o feminidad (*Ibid.*).

Esta extraña fórmula en la que la identidad de género deviene cuantificable y en relación inversamente proporcional a la invasividad de las cirugías de asignación sexual, halla su racionalidad en el marco genérico del transexualismo con el que el magistrado ponente ha recodificado todo el problema de los estados intersexuales. Para el transexual de Fernández Sessarego la intensidad de su deseo por afirmar su identidad de género convierte a la cirugía de asignación en un evento no traumático sino, al contrario, lenitivo y sanador, pues el jurista ha definido la transexualidad misma como un deseo intenso de transformar anatómicamente los genitales.⁸⁴ Así que Escobar Gil considerará que, dado que los intersexuales también sufren de un estado de ambigüedad sexual, la invasividad de las cirugías dependerá de qué tanto se identifiquen genéricamente con el sexo a asignar.

Se entiende ahora por qué decíamos que aquí, por primera vez, el género tiene una función como performativo médico-jurídico, pues esta categoría no solamente permite recodificar la experiencia identitaria del niño NN sino que también

84. Cabe señalar aquí que no hay ninguna evidencia antropológica ni médica de que todos los transexuales desean o persiguen transformar quirúrgicamente su cuerpo a fin de hacerlo compatible con cierta norma sexual del "sexo opuesto". Pero mediante esta sinécdoque en la que el deseo de algunos transexuales se usa para definir la naturaleza misma de la transexualidad en realidad se busca legitimar la realización de cirugías de asignación sexual y la comprensión del transexual dentro de un modelo heteronormativo: el mejor –y verdadero– transexual es aquel que no confunde el orden binario de los sexos.

permitirá la producción de una nueva forma de racionalidad jurídica que se expresa en la regla de ponderación de la invasividad de Escobar Gil, así como su consecuente efecto en la relativización del consentimiento del niño y el reforzamiento del criterio médico.

Todo este asunto de la incertidumbre sexual tiene, sin embargo, un aspecto paradójico. La sentencia es insistente en lo que denomina la “real identidad sexual” del niño NN: “el bienestar sicofísico del individuo se vería turbado si se le privara del reconocimiento de su real identidad sexual o de género” (*Ibíd.*). Pero, ¿a qué realidad hace referencia la Corte? ¿A la realidad “genética y gonadal” o a la realidad psicosocial? Hay un momento en el que la definición del criterio de realidad a materializar médica y legalmente se torna crítico:

[...] "por la edad, los patrones fenotípicos y sociales NN debe seguir siendo tratado como hombre". Sin embargo, es preciso reconocer que valorando exclusivamente sus características cromosómicas y gonadales podría igualmente asignársele el sexo femenino (*Ibíd.*).

Si podría asignársele cualquier sexo, ¿por qué darle prioridad a uno sobre el otro? ¿Y cómo hacerlo? Aquí la noción de género funcionará como un operador ontológico que dotará de mayor realidad a una identidad sobre otra. Sin embargo, ello no está exento de inconsistencia, pues el mismo Escobar Gil recomendará que para elegir el género a asignar se evalúe “desde todas las perspectivas posibles [...] la capacidad reproductiva del sujeto” y, evidentemente, en este caso el niño NN carece de testículos funcionales y se le extirparán los órganos internos femeninos, por lo que definitivamente será estéril. Así que uno de los principales criterios de asignación sexual planteados por el magistrado ponente se volverá inútil por los efectos prácticos de su propia sentencia.

Y una paradoja más podría sumarse, pues tanto la regla de invasividad propuesta por Escobar Gil, como sus recomendaciones de tener en cuenta la capacidad reproductiva del sujeto en el futuro a fin de reafirmar su horizonte vital heteronormativo, son más del resorte médico que de tenor propiamente jurídico. Es decir, una sentencia que se plantea de entrada como reforzadora del criterio médico, termi-

na por socavarlo nuevamente. Esta contradicción es señalada por el mismo equipo que elabora la sentencia así:

Estos dos párrafos resultarían contrarios a la doctrina que intentamos construir. Esa doctrina consiste en que cada caso es único e irrepetible. Que en principio, y dados ciertos supuestos, a partir de los cinco años se protege la autonomía del menor y se requiere su consentimiento informado. Que sin embargo, a partir de la consideración de los elementos específicos, en cada caso concreto, es posible encontrar hipótesis de hecho en las que tal doctrina no resulte aplicable. En ese caso, a partir del señalamiento explícito y preciso de las razones que imponen una solución distinta, cabría apartarse del criterio general fijado por la jurisprudencia. **A tal conclusión solo corresponde llegar al equipo multidisciplinario tratante. Son ellos los que en cada caso concreto y de acuerdo con los protocolos médicos que consideren aplicables corresponderá decidir sobre la procedencia inmediata del tratamiento o la opción de esperar al consentimiento del menor. Pero PRECISAMENTE, lo que tratamos de evitar es la convicción médica de que la Corte ha resuelto de manera genérica los casos de estados intersexuales y que ello excluye el criterio del staff y la posibilidad del consentimiento sustituto de los padres.**

A lo anterior se agrega, que en este caso, por las condiciones de pubertad precoz, es posible anticipar un cierto consentimiento del menor, sin esperar a que este sea pleno, para lo cual, en condiciones compatibles con su nivel de comprensión debe ser enterado del tratamiento, de las alternativas y de la decisión que se tomaría por él, la cual no podría ejecutarse si el menor se opone (*Ibíd.*).⁸⁵

En síntesis, el problema de inseguridad jurídica que pretendía salvar esta sentencia, en realidad se ahonda pues, ¿cuál es el sujeto que validará qué consentimiento resulta válido para cada situación si, para este caso en particular, la Corte ya ha definido qué consentimiento debe ser aplicado a través de una regla general de la invasividad por intensidad?

Para finalizar, es muy importante señalar una particularidad discursiva de esta sentencia: siempre se refiere a cirugías de asignación sexual y no —como sucedía en toda la jurisprudencia previa— a cirugías de remodelamiento o readecuación genital. Y esto tiene un profundo sentido dentro del modelo sexo/género que desarrolla aquí el magistrado Escobar Gil pues, como era manifiesto desde el caso del

85. Las negrillas son mías y las mayúsculas del texto de la sentencia.

niño NN de T-477/95, las cirugías de readecuación tienen por fin asignar o reafirmar una asignación sexual previa, elemento de análisis que, como ya vimos, Martínez Caballero prefiere obliterar en razón de su economía fenomenológica. En cambio, aquí en T-1025/02 se reitera una y otra vez que el asunto de fondo es qué sexo o género asignar en cada caso y con qué criterios realizar esta asignación. Es más, la función de la noción de género es dirigir hacia la asignación sexual, darle consistencia fenomenológica. Y esta decisión conceptual no es una simple elección retórica, pues para este dispositivo jurisprudencial la función del derecho en casos de transexualismo e intersexualidad es ayudar a superar el drama de la incertidumbre sexual a través de una herramienta médico-jurídica que se denominará asignación sexual y cuya función principal será la de proveer estabilidad ontológica a un sujeto al que se considera en zozobra identitaria.

Pero en una dimensión social más amplia, cabe preguntarse por qué tal preocupación por la supuesta incertidumbre identitaria de una persona ¿Por qué es tan urgente asignar un sexo específico?, ¿por qué produce tanto miedo la posibilidad de que alguien viva transitoriamente sin un sexo o género en particular? Ciertamente, parecería existir un consenso entre los equipos médicos que gestionan los casos que llegan a la Corte sobre las terribles consecuencias psicosociales que sufrirían las personas que viven en incertidumbre sexual. Sin embargo, este consenso nunca se funda en estudios o investigaciones, sino en un imaginario derivado de la producción de una zona de abyección que le da consistencia y racionalidad a la propia práctica médica de asignar un sexo específico a cada cuerpo. Es decir, por medio de la producción performativa de un campo oscuro, patológico, perturbador e incluso “anti-social” al que son lanzados los sujetos sin sexo o sin un sexo legible, se legitima y da sentido a la obligatoriedad de asignar con urgencia un sexo. Aquí no se necesitan estudios que muestren que esta zona efectivamente existe y resulta inhabitable y funesta para los individuos, basta con producirla retóricamente para que se vuelva indeseable que cualquier sujeto pase por tal abyección. Ya en T-477/95 el equipo médico señalaba las aterradoras consecuencias de la “asexualidad” y, con

ellas, justificaba la reasignación sexual por la que pasó el niño NN mutilado; pero en SU-337/99, el magistrado Martínez Caballero es muy claro en que, pese al aparente consenso de los médicos que representan el modelo hegemónico de abordaje del hermafroditismo sobre los problemas que induciría la indeterminación sexual, nunca presentaron evidencia clínica que soportase tal creencia. No obstante, este fantasma de la incertidumbre sexual es lo suficientemente poderoso para que, aún sin tener fundamento científico, hable en nombre de la ciencia y vuelva inconcebible y hasta peligroso que un sujeto viva temporal o definitivamente sin un sexo asignado.

Ahora bien, la producción de una zona de abyección del hermafrodita vuelve, a un nivel táctico, necesario y obligatorio su tratamiento, a fin de que ingrese al campo social dentro de la norma binaria y monosexual. Pero en un nivel estratégico, expresa la imposibilidad para todos los sujetos de vivir médico-jurídicamente por fuera de la matriz heteronormativa. El hermafrodita es un vehículo para que la norma sexual que obliga a tener un solo sexo, legible y estable, se reafirme para todos. Esto es lo que explica la decisión de Martínez Caballero de validar, a fin de cuentas, el paradigma médico-moral de Money, pues más allá de las reiteradas, sustentadas y sistemáticas críticas que hace de este modelo, termina por aceptar que resuelve la incertidumbre sexual del sujeto, estado de indeterminación que el modelo médico-social alternativo, además, no puede demostrar que sea viable socialmente. Así, dice en SU-337/99:

Todo lo anterior muestra que la Corte, si prohíbe el tratamiento a esta menor hermafrodita, puede efectivamente evitar un posible perjuicio médico irreversible, pero su decisión obligaría a la niña y a su familia a liderar, en los próximos meses y años, una forma de experimento social, pues estas personas deberían intentar abrir espacios de tolerancia social a su diferencia física, sin que exista ninguna certeza sobre los resultados de ese proceso para el desarrollo personal de los infantes. En tales condiciones, la decisión de la Corte de declarar una moratoria de la cirugía de la menor hasta que la propia niña pueda consentir, corre el riesgo de intrumentalizarla, junto con su madre, pues se les impondría la carga de lograr difíciles transformaciones sociales para asegurar espacios de tolerancia frente a su condición. La prohibición de esta intervención médica se traduce entonces en la puesta en obra de una experimentación social, cuyas consecuencias para la menor, que es el

interés esencial que esta Corte debe proteger, son imprevisibles (Corte Constitucional, 1999a).

Convirtiendo la sola posibilidad de vivir sin un sexo específico en un “experimento social”, la Corte reafirma la urgencia y la necesidad de realizar asignaciones sexuales tempranas, de modo que ni el sujeto ni la sociedad deban pasar por el reto de vivirse, pensarse y producirse por fuera de la norma binaria hegemónica. Pero, en el campo puramente jurídico, la Corte vuelve inconsistente su propia regla de la moratoria del consentimiento, pues la sola moratoria supone ya la incertidumbre. De allí la insistencia de los médicos en que la moratoria solo ahonda los hipotéticos problemas psico-sociales y de salud del niño. Y si bien Martínez Caballero cree resolver esta contradicción diferenciando entre asignación sexual y readecuación genital, e indicando que a los niños se les debe siempre asignar un sexo médico-legal pero de ello no se sigue realizar cirugías de readecuación que violen las reglas jurisprudenciales creadas, con Escobar Gil este delicado argumento se quiebra, pues en T-1025/02 la adecuación genital se entiende como un paso fundamental para la asignación sexual y, por tanto, la cirugía deviene urgente, necesaria y obligatoria. En otras palabras, mientras asignación sexual y readecuación genital se consideran cuestiones completamente diferenciadas, es posible volver obligatoria la primera y sujeta a contingencias y regulación jurisprudencial la segunda; pero si la readecuación genital se piensa como condición de posibilidad de la asignación sexual, entonces, por transitividad, las cirugías de readecuación se vuelven obligatorias y la moratoria se vuelve indeseable para la salud del sujeto.

Con Escobar Gil se reorganiza el campo analítico de los hermafroditismos en la Corte Constitucional con todas las implicaciones conceptuales y jurídicas que hemos descrito. Este nuevo enfoque de la asignación sexual basado en una teoría médico-jurídica del género construida sobre una particular hermenéutica del transexual no será influyente por un largo periodo de tiempo. Solo hasta la sentencia T-450A de 2012, diez años después, este enfoque servirá de precedente para las decisiones que allí tomará la Sala de Revisión presidida por el magistrado Mauricio

González Cuervo. Incluso en posteriores revisiones de tutela sobre asuntos de intersexualidad en las que participará Escobar Gil —como en T-1021/03 y T-912/08— el enfoque comprensivo no será el del ‘transexualismo’ aquí desarrollado, sino la línea jurisprudencial del niño hermafrodita de Martínez Caballero.

Más allá de su alcance histórico, esta peculiar sentencia expresa problematizaciones, soluciones, concepciones y presunciones muy significativas para esta época y, sobre todo, evidencia la heterogeneidad hermenéutica con relación al sexo y la asignación sexual que tiene la Corte Constitucional. Así mismo, planteará por primera vez una articulación fenomenológica entre los campos de la intersexualidad y la transexualidad que, si bien ya había sido planteada de manera suplementaria por la Corte previamente —como lo veremos en la siguiente sección— aquí alcanza un punto de sutura que pone en el mismo horizonte de sentido a dos fenómenos que arrastran formas de constitución histórica muy distintas. Y es precisamente con relación ya no a la intersexualidad, sino a la transexualidad bajo la forma del transexualismo que elabora el magistrado Escobar Gil, que este fenómeno empieza a discutirse en la jurisprudencia constitucional de una manera realmente profunda y muy lejana de aquella que vimos en T-594/93 en donde ni siquiera aparece nombrada. Aquí en T-1025/02 no solo se inaugura el poder performativo del género en la jurisprudencia que nos atañe, sino que empieza a tomar forma jurídica el sujeto transexual.

6.6 El fantasma transexual

Así como el sujeto intersexual se irá constituyendo jurídicamente de la mano de la jurisprudencia del niño hermafrodita, el sujeto transexual también tiene una historia de construcción que, en el caso colombiano, está íntimamente ligada a la cuestión intersexual. Mucho antes de que el transexual emerja como un sujeto de especial protección constitucional en Colombia, la transexualidad aparecerá como un fantasma que sirve como uno de los centros de gravitación del campo hermenéutico del hermafroditismo y suscitará allí formas particulares de articulación de los problemas de la asignación sexual y la readecuación genital. Todo esto será posible gracias a dos operadores a través de los cuales se enmarcarán los dos bloques de realidad dentro de un mismo campo fenomenológico: el cambio de sexo y la naturaleza de la inter/transexualidad.

Desde SU-337/99 cuando Martínez Caballero lleva a cabo el gesto económico de ordenar el conjunto de los estados intersexuales, la ambigüedad genital y las hipospadias como elementos del mismo sustrato del readecuamiento o remodelamiento genital, se abría la posibilidad de ubicar allí mismo las cirugías de cambio o afirmación de sexo. A fin de cuentas, aquellas personas transexuales que deseaban pasar por un proceso de afirmación anatómica de su identidad sexual, estaban obligadas a realizarse un conjunto de procedimientos farmacológicos y quirúrgicos que tenían por principal objetivo el remodelamiento de sus genitales. De esta manera entonces, por economía fenomenológica, se hacía posible traslapar, transferir o articular, los problemas relativos a las cirugías de cambio de sexo de estos transexuales dentro del campo de las cirugías de readecuación genital de los hermafroditas. Adicionalmente, esta identidad en el campo quirúrgico se reforzaba mediante una sinécdoque que hacía pasar esta voluntad de transformación quirúrgica de un conjunto de transexuales como si se tratase de la esencia misma de toda la transexualidad.

Esta intersección fenomenológica de transexualidad e intersexualidad en el sustrato del remodelamiento genital tiene como hito fundacional la sentencia SU-337/99.

Recordemos que allí la Corte Constitucional tiene el problema de cómo definir el consentimiento informado cualificado sin penetrar en la esfera de la autonomía médica. En vista del carácter particularmente invasivo de los tratamientos hormonales y quirúrgicos realizados a niños hermafroditas, la Corte concluye que:

[...] el consentimiento informado de la persona debe ser cualificado, claro, explícito y fundado en el pleno conocimiento de los peligros de los tratamientos y de las posibilidades de terapias alternativas. Ahora bien, un consentimiento cualificado requiere a su vez de una madurez y autonomía especiales del paciente, quien debe ser no sólo perfectamente consciente de qué es lo que desea sino que además debe tener la capacidad de comprender cuáles son los riesgos de unas intervenciones que son invasivas, irreversibles y, en muchos casos, muy agobiantes. Por ello, en eventos como éstos, el equipo sanitario no sólo debe suministrar una información muy depurada al paciente sino que, además, debe establecer procedimientos que permitan constatar la autenticidad de su consentimiento (*Ibid.*).

¿Qué procedimientos podrían permitir constatar la autenticidad del consentimiento en medio de una situación cargada de ansiedades, miedos, inquietudes, prejuicios y agobios, como lo es el nacimiento de un niño hermafrodita? ¿Cómo saber que la familia y el niño efectivamente están tomando la mejor decisión? Evidentemente, esto no puede ser un asunto a decidir por magistrados sino por los equipos interdisciplinarios que atienden cada caso, pero su tarea debe realizarse sin violar principios de carácter constitucional. En su exhaustivo trabajo de análisis de las terapias de readecuación genital, la Corte Constitucional encuentra que hay un protocolo médico que brinda criterios para guiar la toma de decisiones por etapas en el evento de dar el consentimiento a terapias complejas, invasivas e irreversibles. Curiosamente, este ejemplo es detallado en una nota al pie vinculada al argumento que acabamos de citar. Esta nota es la número 98 de esta sentencia y tiene una importancia radical, al punto que será citada en T-551/99 y T-692/99 como recurso para cualificar desde el ámbito médico el consentimiento informado. Es una cita

larga y compleja que merece citarse *in extenso* y que está dividida en dos párrafos que podemos analizar separadamente.

En este aspecto, las exigentes pautas establecidas por distintas asociaciones médicas para la autorización de las intervenciones hormonales y quirúrgicas de "cambio de sexo" en los casos de "transexualidad" son ilustrativas. Es cierto que las situaciones son diferentes, puesto que el transexual no presenta, desde el punto de vista estrictamente biológico, ninguna ambigüedad sexual ni genital [sic]. Lo que sucede es que la persona se identifica con un género distinto a su sexo biológico, y considera entonces que es una mujer atrapada en un cuerpo de hombre, o viceversa, por lo cual solicita una intervención médica para adecuar su apariencia física y genital a su identidad de género, esto es, adaptar su cuerpo a su psicología (Ver Zhou J.N, Hofman M.A, Gooren L.J, Swaab D.F (1997) "A sex difference in the human brain and its relation to transsexuality" en The International Journal of Transgenderism. Vol 1, No 1, en Internet en: <http://www.symposion.com/ijt/ijtc0106.htm>).

La intersexualidad y la transexualidad no son entonces fenómenos idénticos; sin embargo, los tratamientos médicos tienen elementos comunes, pues ambos tocan con la identidad de género y son irreversibles y agobiantes. En efecto, los profesionales de la salud han diseñado distintos protocolos para regular la intervención en los casos de transexualismo, que si bien tienen diferencias entre ellos, establecen reglas médicas que coinciden en exigir no sólo que al paciente se le debe suministrar, de manera muy detallada, toda la información sobre los posibles efectos de los tratamientos sino que, además, las intervenciones invasivas e irreversibles, como las cirugías y ciertas terapias hormonales, sólo pueden ser adelantadas con personas adultas, que muestren ser autónomas, y después de que el paciente ha pasado, satisfactoriamente y durante cierto tiempo, por las terapias reversibles y luego de los correspondientes diagnósticos. (Todos estos documentos se pueden consultar en distintos números de la revista The international journal of transgenderism, cuya dirección en Internet es: <http://www.symposion.com>) (*Ibíd.*).⁸⁶

Este protocolo de intervención terapéutica de la transexualidad resulta pertinente para la Corte en su construcción del consentimiento informado cualificado porque establece un tipo de consentimiento informado progresivo, por etapas, en el que los componentes más invasivos de la terapia —como la cirugía de remodelamiento genital— solo tienen lugar después de pasar por componentes reversibles pero significativos. Se trata de que el paciente vaya comprendiendo, paso a paso, las implicaciones de habitar el sexo que desea, por lo que el tránsito se debe realizar progre-

86. Las negrillas son mías.

sivamente y atendiendo a una continua reflexión sobre cada etapa. De esta manera, un protocolo para el cambio de sexo en pacientes transexuales se convierte en un referente para cualificar el consentimiento informado en casos de niños intersexuales, bajo el supuesto de que en ambos campos fenomenológicos se realizan terapias altamente invasivas que atañen a la identidad sexual de los sujetos.

Ahora bien, además del carácter informado, cualificado y persistente de este consentimiento basado en el tratamiento de la transexualidad, la Corte encuentra aquí una característica esencial para su argumentación sobre el niño hermafrodita: este protocolo siempre cuenta con la autonomía del paciente. En el segundo párrafo de la nota al pie 98 se describe así:

Un ejemplo clásico de lo anterior es el protocolo adoptado por la mencionada “Asociación Internacional Harry Benjamin sobre Desórdenes en la Identidad de Género”, que es considerado un documento de referencia ineludible en todas las discusiones sobre tratamientos médicos de la transexualidad, que incluye algunas etapas, entre otras: 1. evaluación psicológica, con el fin de determinar si efectivamente tiene problemas de identidad de género. 2. En caso de que el paciente insista en el cambio de sexo, entonces debe vivir durante un determinado tiempo en el género al cual quiere acceder. 3. Sólo después de haber experimentado satisfactoriamente esa “experiencia de vida” en el nuevo género, el equipo médico considera pasar a la fase de administración de hormonas, para lo cual se prefiere comenzar por aquellas que tienen efectos más reversibles, para luego suministrar aquellas hormonas. 4. la intervención quirúrgica, la cual sólo se adelanta si el paciente ha tenido al menos 12 meses de tratamiento hormonal y de vida real gratificante en el nuevo género. Además, para que pueda empezarse el tratamiento hormonal, es requisito ineludible que exista una recomendación escrita en tal sentido de un profesional de la salud mental, mientras que las cirugías requieren dos de esas recomendaciones. **Por ello el protocolo especifica perentoriamente que no se deben adelantar las fases irreversibles en personas que no tengan la capacidad de prestar un consentimiento adecuado, por lo cual, por ejemplo, las cirugías a menores de 18 años están excluidas, y los tratamientos hormonales en estos casos son considerados excepcionales y están sometidos a controles suplementarios. Este esquema, y a pesar de las críticas que algunos le formulan por ser demasiado rígido y paternalista, es un ejemplo de Protocolo, que mediante fases, garantiza un mayor respeto de la autonomía puesto que cualifica el consentimiento prestado por el paciente.** En efecto, en cada fase, el individuo debe repensar si su

deseo es verdaderamente cambiar de género o no, antes de llegar al paso totalmente irreversible: la cirugía (*Ibid.*).⁸⁷

El protocolo avanza hasta donde lo desee el paciente. Sin embargo, es obvio que la autonomía descrita en estos casos de transexualidad exige explícitamente la adultez, la mayoría de edad, de modo que por ello no sería aplicable a los casos de niños hermafroditas estudiados por la Corte. Y es tal vez por esta exigencia que el protocolo de la Asociación Harry Benjamin es planteado aquí como puramente ilustrativo, pues el principio de la autonomía en desarrollo de los niños que ha sostenido la Corte implica la construcción de un protocolo *ad hoc* que deberá ser establecido por la institucionalidad médica.

No obstante, ya desde aquí se prefigura un problema de hondo calado cuyas consecuencias todavía resultan problemáticas jurídicamente en Colombia. En general, hay una tendencia a articular la experiencia transexual como una cuestión adulta, como si no existiese el niño transexual —y de manera más amplia, el niño trans— por lo que resulta legítimo formular un difícil cuestionamiento que la Corte no discutirá en el marco de estas sentencias de construcción del niño hermafrodita, pero que años más tarde le aparecerá bajo distintos rostros y experiencias: ¿por qué se le supone más capacidad y autonomía al niño hermafrodita que al niño transexual?, ¿por qué unos niños podrían tomar decisiones radicales e irreversibles sobre su propio sexo, mientras otros no? Desde luego, ello está relacionado con el modo en que los magistrados teorizan, comprenden o fantasean las experiencias intersexual y trans, pero es un hecho que el principio de la autonomía en desarrollo introduce nuevos efectos hermenéuticos cuando el sujeto de dicha autonomía no es un niño intersexual sino un niño travesti, transformista, transgénero o transexual.

De vuelta a la nota 98 hay una cuestión aún más compleja que muestra la profunda interrelación entre los dos operadores fenomenológicos que hemos señalado. El magistrado Martínez Caballero señala que hay unas pautas asociadas a las tera-

87. Las negrillas son mías.

pías de “cambio de sexo” en casos de transexualidad que permiten ilustrar cómo opera un consentimiento cualificado pero, al mismo tiempo que introduce este ejemplo, siente la necesidad de diferenciar el hermafroditismo de la transexualidad y lo hace recurriendo a una fórmula retórica muy común para definir esta última: “una mujer atrapada en un cuerpo de hombre, o viceversa”. Mientras el hermafrodita se definiría por tener una ambigüedad sexual o genital de carácter biológico, el transexual, en cambio, se caracterizaría por una identificación con el sexo opuesto de carácter psicológico, de manera que su deseo de cambiarse el sexo estaría relacionado con el objetivo de “adecuar su cuerpo a su sicología [sic]”. Esta matriz conceptual opone el hermafroditismo a la transexualidad a partir del tradicional par binario biología y cultura sobre el que, a su vez, se funda el concepto de identidad de género con el que suele relacionarse al transexual. Pero sorprendentemente, para justificar desde el discurso científico esta diferenciación, el magistrado ponente cita una investigación cuya tesis principal es completamente distinta y hasta opuesta:

Our study is the first to show a female brain structure in genetically male transsexuals and supports the hypothesis that gender identity develops as a result of an interaction between the developing brain and sex hormones (Zhou, Hofman, Gooren, & Swaab, 1995).

Es decir, una investigación que sugiere que la transexualidad tiene base biológica y, por tanto, idéntica a la intersexualidad, es citada para defender la tesis de la oposición de naturaleza entre ambas.

Martínez Caballero cae en un equívoco conceptual que para esta sentencia es quizá es irrelevante, pero cuya claridad es fundamental para comprender el caso de transexualidad que la Corte Constitucional estudiará en T-918 de 2012. Se trata de lo que podemos denominar la tesis Harry Benjamin que, básicamente, supone la existencia de un “sexo cerebral” que, en el caso de los transexuales, sería distinto al sexo anatómico. Este sexo neurológico se haría manifiesto, según los defensores de esta tesis, en el dimorfismo cerebral y en el hecho de que su desarrollo podría afectarse en razón de variables hormonales de carácter congénito, por lo que se darían casos en los que una persona con un sexo anatómico femenino pudiera tener

un cerebro masculino y viceversa. Hasta aquí, parecería que simplemente se trata de una hipótesis acerca del origen de la transexualidad, pero la tesis Harry Benjamin en realidad implica una redefinición total de esta y, en consecuencia, de su tratamiento y abordaje legal, pues para quienes aceptan esta hipótesis la transexualidad sería un tipo de intersexualidad: el Síndrome de Harry Benjamin.⁸⁸

El equívoco de Martínez Caballero es aún más notorio pues el artículo que cita de Zhou *et. al.* es un hito teórico para quienes defienden que la transexualidad es una forma de intersexualidad, por lo que sorprende que el magistrado ponente lo cite para afirmar todo lo contrario ¿Por qué se omite del análisis esta tesis que resulta explícita desde el título mismo del artículo citado: “*A sex difference in the human brain and its relation to transsexuality*”? De hecho, si se acepta que la transexualidad y la intersexualidad son idénticas, pues el protocolo que la Corte plantea como puramente ilustrativo del consentimiento informado cualificado podría asumirse como directamente homologable, sin necesidad de limitarlo a ser referente, puesto que ambos trastornos implican tratamientos médicos comunes que “tocan con la identidad de género y son irreversibles y agobiantes” (*Ibíd.*). Sin embargo, en contra de las fuentes científicas utilizadas para defender la pertinencia del protocolo de tratamiento, la Corte defenderá una distinción fundamental en la naturaleza de la intersexualidad y la transexualidad.⁸⁹

88. La existencia de este Síndrome y su reconocimiento como enfermedad han sido ampliamente cuestionados como veremos en el capítulo 6.8 a propósito de la sentencia T-918/12. Pero sin adentrarnos aún en estas polémicas y en el trasfondo de esta supuesta entidad patológica, es claro que si la transexualidad es solo un tipo de intersexualidad, entonces debería ser encuadrada jurídicamente igual que esta.

89. Esta insistencia en demarcar los campos de experiencia de la intersexualidad y la transexualidad puede tener un origen moral que es muy común en el análisis de estos fenómenos no solamente en el dominio jurídico, sino también en el médico y psicológico. El niño hermafrodita se concibe como un error de la naturaleza, mientras el adulto transexual se comprende como una voluntad contra la misma naturaleza, lo que hace imposible caracterizarlos como sujetos jurídicos idénticos, así como sentir la misma empatía hacia lo que viven: a los unos les tocó nacer así, mientras otros decidieron vivir así.

Esta insistencia en separar ontológicamente la intersexualidad y la transexualidad, aunque tácticamente se les organice dentro del mismo sustrato fenomenológico de la readecuación genital, tiene dos notables excepciones.

La primera, la hemos analizado en la sentencia T-1025/02 en la que Escobar Gil utiliza la noción de género para justificar por qué no todas las cirugías de readecuación genital tienen el mismo grado de invasividad, pues según su análisis en el caso de los transexuales las cirugías serían tan deseadas que no podría decirse que necesariamente socavan la autonomía del sujeto sino podrían llegar, incluso, a afirmarla. Allí, el género surge como una categoría táctica que permite darle una condición jurídica particular al sujeto transexual: la de una persona a la que se debería reconocer, en nombre de la libertad que define lo humano, la posibilidad de adecuar su sexo biológico al género que vive y siente en ejercicio de su libertad. Si bien en esta sentencia se mantiene la distinción entre transexual e intersexual, ambos sufrirían un mismo tipo de drama existencial fundado en su supuesta indeterminación sexual. De esta forma, aunque su naturaleza ontológica es distinta, fenomenológicamente se encontrarían en la necesidad de superar un estado de incertidumbre identitaria que les impediría vivir con bienestar.

Y la segunda excepción la analizaremos a fondo en la sentencia T-918/12, en la que bajo la tesis del Síndrome de Harry Benjamin se pone en un mismo plano ontológico la transexualidad y la intersexualidad, bajo el supuesto de que la primera es un tipo particular de la segunda.

Tenemos entonces a dos operadores fenomenológicos: el cambio de sexo como experiencia que permite crear un sustrato que comparten hermafroditas y transexuales y que arrastra todo el campo de problemas médico-jurídicos propio de las cirugías de readecuación genital; y la discusión, el debate o la simple toma de posición respecto a lo que sería la naturaleza de la intersexualidad y sus diferencias, similitudes e incluso identidad con la transexualidad, que permitirán establecer unas formas de objetivación y subjetivación de la experiencia del niño hermafrodita y, desde luego, marcarán unos puntos de fijación de lo que se entiende por el sujeto transe-

xual. Estos dos operadores se intersectan entre sí y hacen que el análisis jurídico que hace la Corte Constitucional de la intersexualidad esté afectado por la presencia más o menos subrepticia, pero performativamente eficaz, de la transexualidad, hecho que será determinante para el momento en el que esta corporación se preocupe por abordar la experiencia de la (re)asignación o afirmación sexual en ciudadanos transexuales.

6.7 Transiciones

En 1993 la Corte Constitucional aborda por primera vez un problema jurídico derivado de un campo fenomenológico transexual. En la sentencia T-594/93 el magistrado Naranjo Mesa desarrolló la ponencia sobre la solicitud de un cambio de nombre de una persona que, a su vez, atravesaba por un proceso de cambio de sexo. Sin embargo, en ningún momento el caso se analiza desde la perspectiva de la subjetividad o la identidad transexual, sino como una simple cuestión de expresión de la individualidad y libre desarrollo de la personalidad. Es decir, para la Corte de ese entonces no es necesario ahondar en las particularidades médicas, psicológicas, sociales o identitarias de alguien reconocible bajo la categoría de ‘transexual’, para reconocer que las personas tienen el derecho a cambiar su nombre por aquel que exprese de la mejor manera su identidad y, en este sentido, allí no existe propiamente un sujeto transexual, en la medida en que aquel a quien se imputan unas características que permitirán brindarle unas garantías en derecho no está cualificado sexualmente con nada distinto que el signo de varón.⁹⁰

90. Recordemos que en T-594/93 la accionante es tratada en todo momento por la Corte como el “señor Montaña” pese a que ella se identifica a sí misma como mujer y esta identificación está en el centro de su solicitud de amparo.

Tendrán que pasar 15 años para que la Corte vuelva a analizar un caso relacionado con una persona transexual y no será propiamente por un asunto de asignación sexual, sino por una solicitud de cambio de nombre por segunda vez. En T-1033 de 2008, con ponencia del magistrado Escobar Gil, el accionante relata que:

[...] al creer tener plenamente identificada su condición sexual, decidió cambiar su nombre original (*nombre masculino*) por uno nuevo (*nombre femenino*). Adicionalmente, realizó diferentes tratamientos a nivel hormonal para obtener una apariencia más femenina (Corte Constitucional, 2008a).⁹¹

Pero “con motivo de su reorientación sexual”, el accionante se vio obligado a ejercer la prostitución y a una situación de “degradación personal” que ahora busca superar volviendo a ser un hombre y formando una familia, para lo cual solicita a la Registraduría recuperar el nombre masculino con el que fue registrado al nacer.

La Corte realiza en este caso la reiteración de la jurisprudencia establecida en T-594/93, tomando en consideración la importancia del nombre como elemento que permite fijar la identidad y opera como distintivo de la personalidad y la singularidad de la persona, pero por la naturaleza del caso no necesita entrar a discutir sobre la experiencia de transición sexual o el cambio en la identidad sexual del sujeto. El problema jurídico aquí no es —como en la sentencia de 1993 que toma por precedente— si es posible cambiar el nombre de uno masculino a uno femenino o viceversa, pues ya es claro que la jurisprudencia establece que los nombres no están generizados, sino sencillamente si es posible cambiar el nombre por segunda vez, pues de acuerdo con la modificación al Decreto 1260 de 1970 que se hace en el Decreto 999 de 1988, en Colombia solo se puede cambiar el nombre por una sola vez. Se trata pues de una situación de excepcionalidad que busca que se inaplique la norma de modo que el ciudadano cambie su nombre de nuevo, pero no es propiamente un asunto de asignación o reasignación sexual.⁹²

91. Las cursivas hacen parte de la Sentencia.

92. La Corte analizará situaciones similares posteriormente. En T-977/12 (Corte Constitucional, 2012c) encontramos un caso de segundo cambio de nombre como parte de un proceso de

Solo hasta el año 2012 la Corte Constitucional revisará sentencias de tutela relativas a cuestiones de asignación sexual en personas transexuales: la T-876/12 con ponencia del magistrado Pinilla Pinilla y la T-918/12 con ponencia del magistrado Palacio Palacio, suscitadas por la solicitud de cirugías de “cambio de sexo” que, en su momento, serán negadas por las EPS a las que están vinculados los accionantes. Pese a que estas dos sentencias analizan los mismos problemas jurídicos, son emitidas con apenas una semana de diferencia —29 de octubre y 8 de noviembre— y comparten la presencia de dos magistrados en las respectivas Salas de Revisión — Pinilla Pinilla y Pretelt Chaljub—, cada una presenta un marco analítico muy distinto que deja en evidencia diferencias significativas con el modelo hermenéutico del niño hermafrodita que previamente ha desarrollado la Corte, así como concepciones diferenciadas de la transexualidad. La Corte entra a un campo de transiciones y tensiones hermenéuticas entre la intersexualidad y la transexualidad —y al interior de la misma transexualidad— que deja al descubierto nuevos problemas, paradojas y contradicciones que alcanzarán un hito importante en el salvamento de voto del magistrado Pretelt Chaljub en la sentencia T-918/12.

transición de sexo en el que la identidad sexual se concibe como derecho fundamental. Allí se afirma que el nombre debe ser adecuado al género deseado de modo que asegure la fijación de la identidad y la Corte decide inaplicar el Decreto 999 por las mismas razones que en T-1033/08. Así mismo, en la sentencia T-611/13 (Corte Constitucional, 2013g) se aborda el caso de una persona que, en medio de una crisis psicótica, decide cambiar su nombre por uno que considera tiene connotaciones femeninas pero, tras un proceso de terapia, el ciudadano decide volver a su nombre original y solicita el cambio de nombre por segunda vez. Y en T-086/14 (Corte Constitucional, 2014a) tenemos el caso de una persona que solicita el cambio de nombre por segunda vez puesto que en el pasado lo cambió para reafirmar una identidad femenina de la cual se ha “arrepentido”. La Corte establece una diferenciación conceptual entre identidad sexual y orientación sexual, sirviéndose de la Relatoría para los Derechos de la población LGBTI de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA y el derecho a la identidad sexual se le reconoce a esta persona en la parte resolutive, pero básicamente es una sentencia de reiteración de la jurisprudencia ya citada.

Este asunto del cambio de nombre por segunda vez será revisado por la Corte en pleno por última vez en 2017 por una demanda de constitucionalidad al Decreto 999 de 1988 que es analizada en C-114/17 (Corte Constitucional, 2017c) y que esta sentencia declaro exequible.

Sentencia T-876 de 2012

Magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla

Julián Sneider Clavijo Hernández nace en marzo de 1987 y al momento de nacer se le asigna el sexo femenino. Sin embargo,

[...] desde los primeros años de vida el joven presentó anomalías en su desarrollo por lo que siempre se identificó con el género masculino”. [Desde los 15 años] mantuvo relaciones afectivas con mujeres, pues en su entorno social y familiar siempre ha representado el género masculino según los parámetros culturales establecidos (Corte Constitucional, 2012a).

Para el momento de presentar la acción de tutela Julián lleva seis años viviendo con su novia. Completó su bachillerato, trabaja en celaduría y mensajería, y “la madre, la familia, los amigos y en los lugares de trabajo lo identifican como hombre” (*Ibíd.*). En 2008, él inicia un proceso de valoración médica en el que diagnostican “trastorno de identidad sexual o de género”. Basados en esta valoración médica, deciden remitirlo a una valoración psiquiátrica que concluye que sufre “transexualismo”⁹³ y se le inicia un tratamiento de terapia hormonal con testosterona

93. Transexualismo y transexualidad son términos utilizados de manera indistinta en esta sentencia, al igual que lo hacían médicos, psicólogos y psiquiatras desde los años 60. Sin embargo, el término transexualismo es, generalmente, invocado con un sentido más patologizante.

El diagnóstico de transexualismo como entidad independiente de la homosexualidad y el travestismo es muy reciente y ha variado significativamente. Aparece por primera vez en el CIE-9 –Clasificación Internacional de las Enfermedades y Problemas Sanitarios Relacionados de la OMS– en 1978 y en el DSM-III –Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales de la APA– en 1980 como parte de los Trastornos de Identidad Sexual. En 1987 el DSM-III-R lo incluirá en un nuevo capítulo como Trastorno de Identidad de Género y así mismo aparecerá en el CIE-9 en 1992. En 1994 el DSM-IV reemplazará definitivamente el término transexualismo por Trastorno de Identidad de Género y en la revisión del Manual realizada en el 2000 –el DSM-IV-TR– comenzará a utilizar activamente el concepto de Disforia de Género, vigente en la actualidad tras la publicación del DSM-5 en 2013 (Fernández Rodríguez, & García-Vega, 2012). Estas diferencias de nomenclatura son el producto de fuertes debates médicos, psiquiátricos, psicológicos y políticos que aún subsisten sobre lo que es la transexualidad. Para el año 2008 en el que es diagnosticado Julián, ya se había popularizado el uso médico y psiquiátrico del Trastorno de Identidad de Género, por lo que resulta un anacronismo que se le diagnostique “transexualismo”, lo que quizá se explica porque los médicos podrían estarse guiando por el CIE-10 publica-

“en virtud a que presenta fenotipo masculino y tejidos mamarios residuales grasos”.

El dictamen del estado clínico de Julián afirma que:

[...] es un paciente con trastorno de identidad de género genotípicamente femenino, donde de su examen físico se encuentran mamas hipotrofias de componente graso, cicatrices por quemaduras en el tórax sobre mamas, genitales femeninos: clítoris hipertrófico (Corte Constitucional, 2012a).⁹⁴

do en 1992.

La clasificación de la transexualidad como enfermedad fue, en gran medida, aupada por la Asociación Internacional de la Disforia de Género Harry Benjamin –HBIGDA–, hoy denominada Asociación Profesional Mundial para la Salud Transgénero –en inglés, World Professional Association for Transgender Health, Inc. –WPATH– (Mas Grau, 2017) cuyo protocolo de manejo médico de la transexualidad influyó en la propuesta de consentimiento informado cualificado del magistrado Martínez Caballero en SU-337/99. Podría parecer extraño que una asociación de este tipo trabajase activamente por la patologización de la transexualidad, pero esto se explica porque tenía básicamente un objetivo legal y de medicina social, en la medida en que le permitiría a muchos ciudadanos transexuales hacer exigible a los sistemas de salud pública y las aseguradoras la cobertura del tratamiento asociado y, particularmente, a las costosas cirugías de cambio de sexo, lo que efectivamente ha sucedido en muchos países. Es en razón de esta patologización de la transexualidad que a través de sentencias como la T-876/12 se hace posible exigir la cobertura de la terapia de cambio de sexo o reafirmación de sexo a las EPS sin que se confunda el objetivo terapéutico con uno cosmético o electivo.

Pese a esta utilidad del diagnóstico, desde los años 80 colectivos trans y queer han luchado por la despatologización de la transexualidad pues consideran que tal clasificación resulta humillante al producir performativamente una identidad sexual legítima como anormal y contribuir a la reproducción de estructuras socioculturales transfóbicas. Pero otros colectivos consideran estratégicamente fundamental su patologización a fin de garantizar el derecho a la reasignación sexual. Tras ambos casos hay concepciones muy disímiles sobre lo que se considera la autonomía del sujeto transexual (Butler, 2006). La tensión entre patologización/despatologización supone abordajes y consecuencias jurídicas muy variadas, como lo veremos aquí y en las sentencias que analizaremos más adelante.

94. Nótese que hasta el momento se ha utilizado respecto a Julián tres categorías diagnósticas distintas: transexualismo, trastorno de identidad sexual y trastorno de identidad de género que, si bien podría pensarse que funcionan como formas de referirse alternativamente a la transexualidad, en realidad delatan la coexistencia de distintos paradigmas teórico-clínicos para comprenderla y abordarla.

Adicionalmente, es preciso señalar que la descripción del cuerpo de Julián recuerda elementos que encontrábamos en la descripción del hermafrodita, en particular, la hipotrofia mamaria y la clitoromegalia. Sobre esto podría especularse que hay de por medio algún tipo de condición endocrina que no se especifica en el diagnóstico que aporta la sentencia. Pero, ¿por

En 2009 Julián es remitido a endocrinología para hacer una valoración de cirugía de cambio de sexo. A partir de ese momento, entra en un proceso de seguimiento y valoraciones a fin de determinar si es apto para esta terapia. En enero de 2012 la EPS Comparta le comunica que no puede realizarle el procedimiento prescrito por los médicos que le atienden, pues el cambio de sexo no está incluido en el Plan Obligatorio de Salud –POS–.

En vista de estos hechos, en marzo de 2012, “el Defensor Regional del Pueblo de Cundinamarca solicitó que se ampararan los derechos a la identidad, a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud de Julián” (*Ibíd.*), quien para entonces tenía 25 años de edad.

El juzgado 32 del Circuito de Bogotá admitió la demanda. En respuesta al juzgado, la directora de la Secretaría de Salud de Cundinamarca solicitó que se le desvinculara de la acción

[...] por no haber vulnerado los derechos fundamentales del paciente al no garantizar **un procedimiento que está catalogado como estético y no mejoraría su condición de salud**, por el contrario, se vería sometido a los riesgos implícitos de toda cirugía (*Ibíd.*).⁹⁵

qué tiene quemaduras sobre los senos? ¿Se ha realizado autolesiones? El diagnóstico médico es quizá menos profundo que el diagnóstico psicosocial que tiene más relevancia en la hermenéutica del caso: Julián se siente hombre y es reconocido por su entorno como tal.

95. El argumento con el cual se presenta la cirugía de cambio de sexo como un procedimiento estético o cosmético es de uso frecuente en el debate médico-social de la transexualidad, sobre todo en aquellos países donde la atención en salud se basa en el modelo de aseguramiento. Por regla general, se considera que los procedimientos que tienen un carácter electivo como las cirugías estéticas, no hacen parte de las coberturas de seguros públicos ni privados, por lo que apelar a categorizar las cirugías de cambio de sexo como electivas apunta a excluirlas de la cobertura.

La estetización de este procedimiento quirúrgico es también un recurso común dentro de cierto pensamiento jurídico que se opone a la realización de las cirugías de cambio de sexo por considerar que lesionan cuerpos sanos y, por tanto, se deberían comprender como mutiladoras y contrarias al principio médico de no maleficencia. Dentro de este paradigma jurídico-moral, el cambio de sexo contradice la teleología funcional que sería natural a los órganos, por lo que trucar un órgano en otro solo tendría un perverso sentido cosmético de hacer aparecer como genital un órgano artificial incapaz de funcionar como aquel que pretende emular, con el agra-

Por su parte, la EPS Comparta consideró improcedente la tutela argumentando nuevamente que el tipo de procedimiento requerido por Julián no hacía parte del POS y su caso debía ser asumido por la entidad territorial correspondiente. En abril de 2012, en decisión de primera instancia, el juez concedió la tutela bajo las siguientes consideraciones:

[...] el cambio de sexo de Julián Sneider no está necesitando por vanidad ni por belleza, solamente porque tiene derecho a tener una identidad definida ante la sociedad, y no como lo indican las accionadas en su respuestas [...] pese a existir una orden médica impartida por un profesional del Hospital Universitario la Samaritana [sic]. [...] **La doctrina jurídica considera que el perfil psicológico o genético prevalece sobre el criterio estructural o biológico,** ya que permite la expresión de la identidad personal y sexual de la persona como el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

[...] en el presente caso la afectación de la salud del joven Julián Sneider guarda una especial relación con el derecho a la vida en condiciones dignas, pues **la cirugía de cambio de sexo, indiscutiblemente le permite llevar su vida en condiciones esperadas de normalidad.** Así mismo, al momento de realizar el procedimiento quirúrgico se requiere continuar con los controles médicos necesarios. En este orden de ideas, es claro que en este caso se encuentran vulnerados sus derechos a la salud, la vida, la identidad y la dignidad humana, además su derecho a vivir en condiciones dignas toda vez que la cirugía de cambio de sexo le permite al joven disfrutar de una mejor

vante de ignorar el *primum non nocere*. El jurista argentino Mauricio Luis Mizrahi es un claro defensor de este modelo jurídico. En su libro *Homosexualidad y transexualismo* afirma:

[...] el transexual sometido a la intervención, no logra pertenecer al sexo opuesto sino que, antes bien, quedaría como un sujeto “fuera del sexo”, pues no sería ni hombre ni mujer; en todo caso un ser diferente. Con acierto se precisó, que si antes de la operación el contraste se limitaba a una disociación entre el factor psicológico y los factores biológicos, luego de la intervención la situación se agudiza, pues la persona tendrá los factores cromosómico y hormonal de un sexo, el factor psicológico de otro y, lo que es peor, no ha de poseer los factores genitales de ninguno de los dos sexos, pues tengamos presente que el sujeto ha sido objeto de una mutilación y, en cuanto a los supuestos “nuevos genitales” contruidos, en verdad, no revisten la calidad de tales, pues representan sólo un símil de los atributos del otro sexo (Mizrahi, 2016: 74).

Para este pensamiento jurídico las cirugías de cambio de sexo carecerían entonces de cualquier beneficio terapéutico, pues tratarían al nivel físico un trastorno de carácter puramente psicológico, de modo que tampoco podría invocarse su necesidad con miras a aliviar o sanar al paciente. Si lo psicológico solo puede abordarse psicológicamente, estas cirugías carecerían de sentido terapéutico. En la sentencia de segunda instancia del caso de Julián, la Sala Laboral del Tribunal de Bogotá usará un argumento de este tipo.

calidad de vida, lo que constituye un mejoramiento en su desarrollo sexual y el mejoramiento del goce de su existencia (Corte Constitucional, 2012a).⁹⁶

El juez de primera instancia desestima el argumento esteticista que defiende la directora de la Secretaría de Salud de Cundinamarca y pone el caso de Julián en coordenadas identitarias y del derecho a la vida digna. Pero precisamente la directora impugnó esta decisión con argumentos similares a los que esgrimió previamente, esto es, asegurando que el procedimiento de cambio de sexo tenía una naturaleza cosmética. En mayo de 2012, la Sala Laboral del Tribunal de Bogotá revocó la decisión del juzgado de Circuito argumentando que:

[...] las entidades prestadores de salud tienen la obligación de acceder a lo pedido, así no se halle cobijado por el POS, sin embargo al analizar el caso que nos ocupa, esta corporación debe señalar que no observa vulneración contundente de derecho alguno, pues **si bien es cierto el accionante presenta un trastorno de identidad de género, este es eminentemente psicológico por disconformidad, mas no físicas o psicológicas transcendentales, que ponga efectivamente en riesgo la salud o la vida de quien la padece**, es decir que en el tema de estudio nos encontramos es frente a un transexualismo entendido como ‘el conflicto entre el sexo físico normal y la tendencia psicológica que se experimenta en sentido opuesto’ [sic] (f. 7 cd. 2) (*Ibid.*).⁹⁷

Para la Sala Laboral, en la medida en que entiende el Trastorno de Identidad de Género como un asunto puramente psicológico, su tratamiento ha de ser también en el orden de lo psicológico, por lo que perdería sentido la solicitud de una ciru-

96. Las negrillas son mías. Es curioso que el juez invoque una supuesta doctrina jurídica que considera que con relación al sexo “el perfil psicológico o genético prevalece sobre el criterio estructural o biológico [sic]” ¿Qué doctrina es esta? ¿Se refiere al género? Y si se trata de una supuesta preponderancia jurídica del género, ¿porque hace equivalentes lo psicológico y lo genético? ¿Se refiere a cierta lectura en clave jurídica del género tal y como lo formuló Money, esto es, como una forma de *imprinting* cerebral producido en interacción con el ambiente?

97. Las negrillas son mías. ¿Por qué la disconformidad entre el sexo deseado por Julián y aquel que le fue asignado al nacer no implica una cuestión psicológica “trascendental”? ¿Qué trastornos psicológicos sí implicarían esta cualidad? Hay aquí una doble banalización de la transexualidad, tanto en su dimensión existencial como en su dimensión clínica: no se considera una cuestión mayor para el sujeto ni decisiva sobre su salud. Esta tendencia a comprender la transexualidad como una cuestión caprichosa, veleidosa y hasta lúdica, es frecuente en cierto tipo de análisis socio-jurídico.

gía de cambio de sexo. Y, dado que la naturaleza mental del trastorno no implica que la vida del sujeto esté en riesgo, no habría tampoco un elemento de urgencia o necesidad médica que obligue al tratamiento quirúrgico. Hay un sutil pero eficiente argumento con el que la Sala Laboral establecerá una marcada diferenciación entre este caso y aquellos en los que la Corte analizó el hermafroditismo:

Señaló además que esta Corte en varios pronunciamientos **“ha indicado el derecho al que gozan los individuos, para que le sea definido su sexo, hasta el momento no ha hecho para que se efectúe el cambio del mismo, toda vez que en el primer caso sí se estaría frente a la necesidad de definir la identidad sexual, al no saber la persona con certeza si es hombre o mujer, en razón a sus órganos genitales, como sucede en el caso de hermafroditismo o de ambigüedad genital, mas no por una inconformidad entre el sexo psicológico y el físico o biológico, como sucede en este caso”** (*Ibíd.*).⁹⁸

Es decir, para la Sala Laboral no podría equipararse la solicitud de una cirugía para definir un estado de incertidumbre sexual basado en una causa biológica con una solicitud que nace a partir de una inconformidad psicológica. En el primer caso, la cirugía tendría por objeto definir la identidad sexual, mientras en el segundo buscaría cambiarla. En este sentido, el objetivo y la legitimidad de las cirugías de readecuación sexual en casos de estados intersexuales, no es aplicable a los casos de transexualidad, en razón de una diferencia de naturaleza entre ambas realidades.

Pero como observará la Corte, lo que está en juego es una concepción acerca de la salud. Mientras para la Sala Laboral no hay en el caso de Julián una afectación de su derecho a la salud pues su solicitud tiene un carácter estético y, por tanto, electivo; para la Corte Constitucional la prescripción médica de la cirugía de cambio de sexo apunta a garantizar la salud entendida como bienestar integral del sujeto. Así, el magistrado ponente Pinilla Pinilla no necesitará siquiera profundizar en la naturaleza o los laberintos de la subjetividad transexual para entender que, si se trata de una prescripción realizada por profesionales médicos con un sentido tera-

98. Las negrillas son mías.

péutico, mal se haría en oponerle a ella unas limitantes de carácter administrativo como las que pretenden darle la EPS y la Secretaría de Salud. De este manera, la Sentencia protegerá el derecho a la salud y a la vida digna de Julián sin que ello suponga entrar en detalles sobre su diagnóstico, ni sus vivencias ni su lugar social como transexual.

Esta sentencia, económica y sencilla en sus recursos argumentativos, es fundante de la línea jurisprudencial sobre cirugías de cambio de sexo o reafirmación sexual en personas transexuales. Y ello lo hará sin recurrir a las sentencias previas que ha analizado la Corte sobre asignación sexual y cirugías de readecuación genital. Todos los precedentes en los que se basa T-876/12 están dentro del campo del derecho a la salud y esta simplificación jurídica es, precisamente, la que garantiza la eficacia argumentativa. El derecho a la salud integral servirá de sombrilla para darle legitimidad a la solicitud del sujeto transexual en la medida en que se reconoce la transexualidad como una patología que impide el bienestar psicosocial del individuo. Y así, evitando entrar a discutir aspectos profundos de la transexualidad y patologizándola, esta sentencia ampara los derechos de Julián sin que ello implique entrar en polémicas sobre el sexo y su naturaleza.

Esta economía argumentativa del magistrado Pinilla Pinilla se intersecta con una economía terapéutica que será definitiva para la eficacia de esta sentencia. A lo largo de toda la discusión médico-jurídica se hace referencia a la “cirugía de cambio de sexo”. Este es el tratamiento solicitado por Julián, prescrito por los médicos, negado administrativamente por la EPS y la Secretaría de Salud y, finalmente, ordenado por la Corte en la parte resolutoria de la Sentencia. Pero la cirugía de cambio de sexo no existe y no hace parte de ninguna clasificación de procedimientos quirúrgicos. De hecho, los entes administrativos que se niegan a la solicitud de Julián se amparan en esta inexistencia. El “cambio de sexo” es el nombre que se le da un conjunto de procedimientos diversos que varía dependiendo de si se realiza a partir de un cuerpo anatómica y funcionalmente masculino o femenino, así como en razón de las expectativas de generización que tiene el paciente, esto es,

según cómo desea expresar los caracteres sexuales del sexo al que transita. Así, el cambio de sexo supone, principalmente, cirugías como la faloplastia, vaginoplastia, mamoplastia, mastectomía, histeroectomía, ooferoectomía y orquiectomía; pero también puede implicar cirugía de feminización facial, liposucción y depilación láser. Generalmente, esto implica más de una cirugía, así como un conjunto de procedimientos hormonales y farmacológicos para asegurar el resultado buscado terapéuticamente. En el caso de Julián, la cirugía de cambio de sexo implica la “reconstrucción micro quirúrgica, con colgado antebraquial radial, más injerto de costilla... y manejo mamario con liposucción” (*Ibid.*), entre otros procedimientos que no se detallan, pero el solo hecho de que todo el conjunto de procedimientos a realizar se sintetice bajo la categoría de “cambio de sexo” permite un tratamiento jurídico particular, pues induce a una simplificación del proceso terapéutico, su sentido y sus costos.

La eficacia de estas dos economías queda aún más en evidencia cuando se ubican en contraposición al abordaje médico-jurídico que se realiza en el caso analizado en la sentencia T-918/12. Allí, el magistrado ponente Palacio Palacio pondrá el caso del ciudadano transexual que hace la solicitud en una perspectiva identitaria, poblacional y de naturaleza de la transexualidad más compleja que contrasta con la simplificación que hace Pinilla Pinilla. Pero también pondrá en discusión, de manera detallada, el paquete de procedimientos quirúrgicos que supone el cambio de sexo, lo que implicará una dura polémica con relación a su pertinencia y sentido. Estas dos significativas variaciones en el encuadre del caso explican el salvamento de voto que realizará el magistrado Pretelt Chaljub en T-918/12 a diferencia del voto unánime al que él se une en T-876/12, pese a que ambas sentencias parten de una misma situación fáctica.

6.8 La población transexual

En el año 2011, con ponencia del magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, se emite la sentencia T-314/11 que puede considerarse un hito en relación con la protección de los derechos de la población trans en Colombia. A partir de un caso aparentemente nimio, el ponente somete la situación a una revisión muy profunda de la que se extraerán consecuencias jurídicas muy importantes en términos de discriminación por identidad de género, inversión de la carga de la prueba en casos de discriminación y reconocimiento jurídico de la población trans. Una ciudadana interpone una tutela pues en dos ocasiones distintas y con diferentes argumentos no se le permite el ingreso a fiestas privadas realizadas en un hotel, por lo que ella presume que se le ha discriminado en razón de su “orientación” o “tendencia sexual”. El caso es muy importante porque la Corte debe establecer si efectivamente se dio una situación de discriminación y, más importante aún, si la orientación sexual y la identidad de género son criterios sospechosos de discriminación.

Es un caso curioso porque es patente el esfuerzo por desarrollar conceptualmente la cuestión de la identidad sexual, pero paradójicamente la sentencia nunca se refiere de manera homogénea a la ciudadana aparentemente discriminada. Unas veces ella es descrita como transgenerista, otras como travesti, otras como transexual, otras simplemente trans e, incluso, como homosexual. Múltiples y diversas instituciones y organizaciones serán llamadas a participar y a dar su concepto sobre este caso: la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, la Personería de Bogotá, la Defensoría del Pueblo; los ministerios de Defensa, Interior y de Justicia, Protección Social y Educación; la Policía Nacional, Colombia Diversa, DeJusticia, Women’s Link Woldwide, el Instituto de Investigación del Comportamiento Humano, el Departamento de DD.HH. y DIH de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, e incluso ciudadanos entre los que se destaca el político conservador José Galat Noumer, la académica trans Brigitte Baptiste y el líder de derechos humanos para la población LGBT Daniel Sastoque Coronado. Los

conceptos son muy heterogéneos entre sí y nunca es claro cuál es el marco de comprensión de la sexualidad por el que se decanta el magistrado Palacio Palacio, pero la mayor parte de los precedentes jurisprudenciales que utiliza se enmarcan en el campo de los derechos de los homosexuales, lo que explica las continuas derivas entre cuestiones propias de la orientación sexual y las relativas a la identidad sexual.⁹⁹

99. De manera general, podríamos distinguir entre identidades sexuales y de género, relativas a cómo se experimenta o vive en una cultura la sexualidad como parte de la subjetividad – masculina, femenina, trans, queer, *muxe*, *kathoey*, etc.–; orientaciones sexuales, que hacen referencia a las diversas formas que toma el deseo sexual –heterosexualidad, homosexualidad, bisexualidad, asexualidad, etc.–; prácticas sexuales, como las formas que toma el placer –BDSM, anal, masturbación, etc.–; y expresiones sexuales o de género, relativas a las distintas formas semióticas en las que se codifica la sexualidad –cortes de cabello, maquillaje, vestuario, etc.–.

No hay ninguna razón biológica ni antropológica ni sociológica, para suponer que deba existir un lazo natural o causal entre ciertas identidades, orientaciones y prácticas, pero lo que precisamente induce performativamente la matriz heteronormativa es la naturalización del marco binario monosexual heterosexual como marco normativo obligatorio de la subjetividad, de modo que se considere hegemónicamente que las personas que se asumen como mujeres, por ejemplo, están obligadas a vivirse y sentirse como tales todo el tiempo y de manera constante a lo largo de su ciclo vital y, en razón de dicha identificación, deben comportarse y exhibir unos signos ‘propios de la mujer’ que permitan reconocerla como tal y, desde luego, desear exclusivamente a los hombres y convertirse en objeto del deseo de estos, así como establecer con ellos prácticas sexuales vaginales placenteras.

En la jurisprudencia analizada en esta investigación es común encontrar, por ejemplo, que la identidad sexual o de género se considere causa de una determinada orientación sexual, como si de ser hombre se siguiese causalmente que se desearan mujeres o como si ser trans produjese homosexualidad. Estas confusiones son propias de criterios heteronormativos que muchas veces comparten jueces de instancia, magistrados de la Corte, *amicus*, médicos, accionantes y distintos actores institucionales que confluyen en los casos examinados. Las confusiones toman muchas formas retóricas, ya sea porque se igualan los términos, se reducen los unos a los otros o se diferencian categorialmente sin que ello implique efectos en su poder performativo. Así, en sentencias como la T-314/11, la ciudadana que interpone la tutela parecería ser travesti, pero esto no se asume de manera homogénea por los distintos actores del caso como una cuestión identitaria y, en ocasiones, se infiere por ello que es homosexual y, por tanto, su identidad es comprendida como una mera orientación e, incluso, como una simple expresión sexual.

Evidentemente, en términos jurídicos cada encuadre fenomenológico de la sexualidad tiene efectos muy distintos, pues no es lo mismo proteger en derecho una forma identitaria que proteger un deseo o un rol. En la discusión final de este trabajo retomaremos este problema discursivo para ahondar en sus consecuencias jurídicas.

Esta sentencia es fundamental para la historia jurídica de la población transgenerista en Colombia pues, por primera vez, se le reconoce que:

[...] es atacada, discriminada y excluida por motivo de su orientación sexual y/o su identidad de género, lo que inexorablemente anula el goce efectivo de los derechos a la igualdad y a la libertad de expresión entre otros, en un grado que no experimentan otros sectores de la sociedad (Corte Constitucional, 2011b).

Este reconocimiento como un segmento específico de la población LGBT — nombrada en otras ocasiones como LGBTI: lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersexuales— que, de acuerdo con la misma Corte, ha sido históricamente excluido y discriminado incluso al interior de la misma comunidad, lo cualificará como un sujeto colectivo que merece especial protección constitucional. De ahí que, pese a que la Corte no le da la razón a la transgenerista que interpone la tutela, sí exhorta a distintas instituciones para que desarrollen una política pública integral para la protección del sector LGBTI.

En este sentido, a diferencia de la jurisprudencia del niño hermafrodita que apela a la excepcionalidad de ciertos especímenes, el individuo transexual irá tomando forma como parte de un sujeto que se enuncia colectivamente a manera de comunidad o población y que, en esta medida, está en capacidad de generar reclamos identitarios en derecho. Gran parte del trayecto de constitución de este sujeto colectivo estará modelado por el problema de la discriminación y el campo de derechos fundamentales a ella asociados, en particular el derecho al libre desarrollo de la personalidad.¹⁰⁰

100. Así, en T-562 de 2013 con ponencia del magistrado González Cuervo, la Corte estudia el caso de una estudiante trans a la que no se le permite portar el uniforme femenino bajo el argumento de que se matriculó en la institución educativa como hombre. La Corte asume en este caso que allí cuando la Constitución hace referencia a la prohibición de discriminación por razones de sexo, este sexo abarca la opción sexual, la orientación sexual y la identidad sexual.

La Corte insiste en que la definición acerca de dicha opción es una decisión libre, autónoma e incuestionable de la persona, por lo que todo comportamiento, de los particulares o del Estado, que (i) censure o restrinja una opción sexual, generalmente en aras de privilegiar la tendencia mayoritaria heterosexual; o (ii) imponga sanciones o, de manera

En la sentencia T-918/12, el mismo magistrado Palacio Palacio analizará por primera vez un caso de solicitud de cirugía de cambio de sexo y reasignación sexual legal desde esta perspectiva poblacional. El caso analizado es particularmente complejo pues dejará en evidencia las profundas diferencias, contradicciones y paradojas que se producen al abordar la transexualidad, al mismo tiempo, como un asunto identitario y patológico, pues la categoría patologizante bajo la cual se busca amparar el derecho a la cirugías de cambio de sexo o afirmación sexual quirúrgica de la accionante servirá también para comprenderle como un individuo cuya decisión autónoma identitaria no debería entenderse como una enfermedad.

amplia, consecuencias fácticas o jurídicas negativas para el individuo, fundadas exclusivamente en su opción sexual, es una acción contraria a los postulados constitucionales. [...] la identidad sexual es una clara manifestación y materialización del ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad (Corte Constitucional, 2013a).

En T-562/13 hay un salvamento de voto muy interesante por parte del magistrado Mendoza Martelo quien parte de la tesis de que la identidad sexual o de género es dinámica y variable y, por tanto, se debe presumir que la estudiante no está aún en capacidad de saber si realmente es trans u homosexual. El magistrado asume que portar un uniforme femenino no implica una conducta de género, como si la estudiante pudiese seguir identificándose a sí misma como hombre aunque estuviese obligada a vestir como mujer. Es decir, el magistrado supone que es posible determinar normativamente qué conductas pueden considerarse de género y cuáles no. Además, Mendoza Martelo cuestiona que esta conducta de portar un uniforme femenino sea la más idónea para que la estudiante reafirme su identidad y supone que solo un especialista podría dar elementos para valorar la legitimidad de su proceso de transición. Los miedos a los que induce el fantasma del niño trans claramente están a la base de este criterio.

Asimismo, en la sentencia T-565 de 2013 con ponencia del magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, se aborda el caso de un estudiante sancionado en su colegio por llevar un corte de pelo "femenino". La madre del estudiante presenta tutela por considerar que se viola su derecho a la educación por reconocerse en una "identidad sexual diversa" (Corte Constitucional, 2013b). Aquí la Sala desarrolla conceptualmente el derecho a la identidad y la orientación sexual diversa como componentes de la opción sexual protegida como derecho fundamental. En esta sentencia se entiende que la identidad sexual supone el derecho a su manifestación y, por tanto, queda protegida dentro del libre desarrollo de la personalidad.

Sentencia T-918 de 2012

Magistrado ponente: Jorge Iván Palacio Palacio

“Loreta” nace en diciembre de 1968 “con asignación de sexo masculino”.¹⁰¹ A partir del año 2010 inicia tratamiento médico con hormonas para “resaltar caracteres femeninos”. Sin embargo, en septiembre del 2010 la EPS Aliansalud rechaza el suministro del medicamento leuprolida acetato que ella necesita como parte de su terapia hormonal argumentando que fue negado por el Comité Técnico Científico de la entidad. En marzo de 2011, Loreta presenta solicitud para la realización de una “vaginoplastia con intestino y genitoplastia feminizante” prescrita por su especialista, a la que la EPS responde negativamente pues a su juicio:

[...] no existía un riesgo inminente para la vida y la salud del paciente. [...] [Y] “la prescripción de medicamentos y/o servicios médicos y prestaciones de salud se realizó sin haber agotado las posibilidades técnicas, tecnológicas y científicas contenidas en los diferentes manuales guías adoptados en el SGSSS (Corte Constitucional, 2012b).

En enero de 2012, Loreta presenta una nueva solicitud ante Aliansalud a fin de reclamar el tratamiento completo:

[...] de “**disforia de género y cirugía de reasignación de sexo**”. En ella explicó que necesitaba el apoyo médico por parte de la E.P.S., debido a que su “vida en relación se está viendo afectada por las vulneraciones emocionales que [padece], ya que [su] personalidad no da cuenta con [su] realidad externa” (*Ibíd.*).¹⁰²

Esta solicitud también es rechazada por la EPS. En los meses siguientes, “Loreta” recibe distintas valoraciones psicológicas y psiquiátricas. En marzo de

101. En este caso la misma accionante pide que se proteja su identidad, amparo que se le permite a la luz del precedente fijado en SU-337/99. Ella tiene 42 años cuando inicia el tratamiento hormonal. El sobrenombre Loreta siempre aparece entrecomillado en la sentencia.

102. Las negrillas son mías. A lo largo de este caso veremos que ‘Loreta’ se presenta a sí misma bajo categorías diagnósticas distintas tales como Disforia de Género, Trastorno de Identidad de Género y/o Síndrome de Harry Benjamin. En ningún momento se describe como transexual.

2012, el Comité de Ética Clínica del Hospital San José le diagnostica “trastorno de identidad de género Síndrome de Harry Benjamín”.¹⁰³ Y, con base en este diagnóstico, el especialista de urología ordena la realización de los procedimientos de “vaginoplastia, orquiectomía simple y penectomía total” (*Ibid.*), orden con la cual “Lore-

103. Aquí el diagnóstico médico presenta el Síndrome de Harry Benjamin como un tipo de Trastorno de Identidad de Género.

Harry Benjamin fue un endocrinólogo alemán famoso por sus estudios pioneros con transexuales realizados desde finales de la década de los 40 en Estados Unidos. Fue el primero en considerar la transexualidad como un fenómeno con sus propias particularidades, en una época en la que se le ponía del lado de la homosexualidad, el fetichismo, el travestismo y la psicosis. Contrario a todas las teorías psiquiátricas y psicoanalíticas, Benjamin tenía una concepción biologicista de la transexualidad. Para él, esta era el producto de cierto tipo de feminización/masculinización cerebral ocurrida *in utero* por efecto de las hormonas sexuales. Por esta razón, no creía en el tratamiento psicoterapéutico de este trastorno y fue el primero en tratarlo directamente con hormonas (Drescher, 2010).

Benjamin es considerado un icono en la comunidad transexual y, por ello, la Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association –HBI-GDA–, fue bautizada en su honor. Esta Asociación –que luego cambió su nombre a World Professional Association for Transgender Health, WPATH– se encargó de formular los estándares de cuidado –SOC– para el tratamiento de personas transgénero mundialmente reconocido desde los años 80 y cuyo protocolo de atención fue tomado como referente por la Corte Constitucional en SU-337/99 para caracterizar el consentimiento cualificado.

El Síndrome de Harry Benjamin no es una categoría diagnóstica reconocida científicamente, sino una teoría que, siguiendo las hipótesis del médico alemán, sugiere que la transexualidad es un tipo de intersexualidad producida por un desarrollo cerebral atípico del embrión. Los seguidores de esta teoría creen que el dimorfismo cerebral implica también un sexo neurológico que, en razón de un trastorno endocrino congénito, puede producir individuos en los que el sexo cerebral es distinto al sexo cromosómico y anatómico. Esto explicaría que quienes sufren este síndrome, desde niños, tengan la experiencia de sentir que su cuerpo no se corresponde con la imagen mental que tienen de sí.

La existencia de este Síndrome es defendida por algunos activistas trans y *bloggers*, pero no hay artículos científicos ni académicos que lo describan. No hay ninguna referencia a este trastorno en el DSM de la APA ni en el CIE de la OMS. Entonces, ¿por qué los médicos que tratan a ‘Loreta’ la diagnostican con una categoría no reconocida por el estándar mundial de enfermedades y trastornos? Es precisamente por esto que la EPS y la Secretaría de Salud argumentarán que el Síndrome Harry Benjamin no es una enfermedad, sino una “condición sexual” y, por tanto, en su criterio no se justifica realizar el tratamiento solicitado.

ta” solicita por segunda vez los procedimientos ante su EPS y que nuevamente es rechazada.

La ciudadana decide entonces interponer una acción de tutela para solicitar que se le autoricen los procedimientos quirúrgicos que necesita. Para ella:

[...] más que una cirugía de reasignación de sexo [...] es una reconstrucción de órgano sexual biológico por órgano sexual neurológico en razón de la patología de trastorno de identidad de género que [la] aqueja.

[Dicho trastorno no fue] el fruto de un deseo, sino una condición neurológica que podía ser tratada por los avances de la ciencia médica, siendo la bioética la mejor coadyuvante del precepto autonomía en la incoación del derecho a autodeterminarse bajo el amparo constitucional del libre desarrollo de la personalidad [sic].

[Ella considera que la Carta Política obliga al Estado] a reconocer que coincida el sexo físico con el sexo neurológico y, con ello, superar un cuerpo que [le] resulta ajeno. Es de esta forma, que [puede] gozar del precepto de dignidad humana en el sentido más amplio y subjetivo posible, que, guardadas proporciones individuales, [le] acarrear en la dimensión espiritual, la dimensión psicológica, la dimensión intelectual y la dimensión biológica; una armonía interna de [su] existencia y con ello, una calidad de vida digna.

[Destaca que] la demora en la autorización de la cirugía por parte de la E.P.S. demandada implica que deba continuar consumiendo alta [sic] dosis de hormonas para contrarrestar la producción de testosterona y que tenga que rasurarse su rostro diariamente, situaciones que le producen ‘dolor íntimo’ al ver frustrado su proyecto de vida en condiciones de dignidad”.

[Dice que] el ‘hecho de transitar’ conlleva la realización de diversas intervenciones médicas que no puede ser consideradas como estéticas, debido a que en su caso resultan funcionales o anatómicas [sic].

[Así mismo requiere] **todo lo que implique la normalización de [su] proceso de feminización, valga decir las cirugías de feminización de la voz, feminización facial, depilación láser, liposucción y todas aquellas que el médico tratante y otros, llegaren a considerar como necesarias para una óptima transición** y vivir una vida digna libre de discriminaciones por el aspecto físico de [su] apariencia” (Corte Constitucional, 2012b).¹⁰⁴

104. Las negrillas son mías. Todo el relato de ‘Loreta’ está modelado bajo la hipótesis Harry Benjamin. Ella se comprende a sí misma desde esta estructura retórica-diagnóstica que funciona como su campo de subjetivación. El Síndrome también le permite materializar un argu-

Adicionalmente, Loreta reclama que:

[una vez realizado el procedimiento quirúrgico] se modifique la inscripción original de sexo biológico MASCULINO en el registro civil de nacimiento, por el sexo asignado mediante cirugía de reasignación FEMENINO sin quedar antecedente alguno de la condición biológica. [Con el fin de] garantizar que dicho registro no constituya una vergüenza al tener anotaciones que dejen en evidencia que nació con un sexo físico incongruente con su sexo neurológico (*Ibíd.*).¹⁰⁵

En abril de 2012 Aliansalud responde la tutela argumentando que, pese a que Loreta sí está afiliada al POS, los servicios solicitados no están cubiertos pues “el Síndrome de Harry Benjamin no se cataloga como una enfermedad sino como una condición de sexo” (*Ibíd.*).

Por su parte, el Ministerio de Salud y Protección Social, aclara que en el sistema de salud no se presentan preexistencias o enfermedades excluidas de manera expresa tales como el Trastorno de Identidad de Género, ni se “incluye o excluye explícitamente la cirugía de reasignación de sexo, aunque algunas de las actividades y procedimientos que lo componen están presentes en el POS” (*Ibíd.*), por lo que las EPS están en la obligación de cubrir estos procedimientos siempre y cuando tengan un objetivo terapéutico. Pero para el caso de Loreta en particular, el Ministerio considera que Aliansalud “solo está obligada a garantizar la atención psicológica o psiquiátrica que el paciente pueda requerir para los trastornos emocionales o mentales que presenta” (*Ibíd.*), es decir, considera que el tratamiento idóneo es de carácter psicológico.

mento jurídico contra la tesis estetizante que esgrimen para negarle el tratamiento, pues el objetivo terapéutico de la reasignación sexual sería el de ajustar el cuerpo al sexo cerebral de modo que cese el sufrimiento de la paciente. Así, las cirugías adquieren un sentido funcional y no cosmético. Sin embargo, dentro del conjunto de intervenciones que implica la “normalización de su proceso de feminización”, hay un grupo de procedimientos que generalmente es percibido como de objetivo puramente estético, como la depilación láser y la liposucción. El carácter terapéutico de este grupo será polémico y generará diferencias entre los magistrados de la Sala de Revisión.

105. En mayúsculas sostenidas en la sentencia.

A partir de la información allegada, el Juzgado 27 Civil Municipal de Bogotá negó la tutela de Loreta al considerar que ella no acreditó su falta de capacidad económica para cubrir el costo del procedimiento solicitado ni demostró el riesgo para su vida e integridad que tendría sin dichas cirugías.

Loreta impugna esta decisión en mayo de 2012 y reitera que si bien es tecnóloga en administración agropecuaria, no puede ejercer su profesión en razón a su disforia de género y al rechazo social que sufre porque su cuerpo y sus documentos de identidad no se corresponden con el sexo que le ha sido asignado al nacer. Asimismo, expresa que sufre mucho y que:

[...] los doctores no solicitaron la cirugía para que pueda ser una mujer o tener el rol social de una mujer, ya lo soy, la solicitaron porque una persona de mis condiciones [...] no puede tener calidad de vida ni bienestar físico y emocional con unos genitales del sexo opuesto (*Ibíd.*).

Con respecto a la razón de ser de las cirugías que pretende realizarse, explica que si bien no es por un peligro inminente para su vida tampoco es una intervención estética:

[...] las cirugías, dentro de un proceso de reasignación sexual, no tienen el fin de hacer bonita a una mujer o apuesto a un hombre, sino que permiten que una mujer pueda vivir como cualquier mujer y tener los mismos derechos de otras mujeres o que un hombre pueda vivir como cualquier hombre y tener los mismos derechos de otros hombres, para que el individuo tenga bienestar y calidad de vida (*Ibíd.*).

Y finalmente, pide que se cambien sus documentos de identidad pues, una vez operada, su cédula resultaría “contraria a su realidad” y sería “un motivo de vergüenza y discriminación”.

En segunda instancia, el Juzgado 20 Civil del Circuito de Bogotá confirmó la sentencia previa:

[...] toda vez que no se logró demostrar que los procedimientos solicitados “constituyen un supuesto para la preservación de la vida, la salud y la integridad personal de Loreta”. Consideró que **la condición de la peticionaria no obedece a quebrantos de salud que amenacen sus derechos fundamentales a la vida o la integridad personal, ya que el objetivo de la**

demanda de amparo es hacer efectiva su garantía al libre desarrollo de la personalidad mediante la reasignación de sexo (*Ibíd.*).¹⁰⁶

La Corte Constitucional decide revisar el caso en octubre de 2012 y el magistrado sustanciador ordena una valoración por parte de los médicos que atienden a Loreta a quienes les pide que expliquen detalles del caso y solicita a la Registraduría que se pronuncie sobre la solicitud de cambio del Registro Civil. Esta institución respondió confirmando que el registro se encontraba “en estado válido y fue modificado por cambio de nombre realizado a través de escritura pública”.

En lo que se refiere a la corrección del sexo en el registro, manifestó que se debe entender que lo pedido es la alteración de su estado civil, ya que el registro civil contiene el dato del sexo diferente al que se le reasignará a la accionante, trámite que procede una vez se ordene la corrección del sexo mediante sentencia judicial [...] (*Ibíd.*).

Por su parte, el especialista en ginecología y obstetricia que atiende a Loreta señala en un concepto técnico que ella

[...] es una paciente con Síndrome de Harry Benjamin o trastorno de la identidad de género, cerebro femenino y cuerpo masculino, por lo que se le han realizado una serie de procedimientos con el fin de ajustar el cuerpo al cerebro, entre ellos, la terapia hormonal cruzada que yo le administro, con el fin de resaltar los caracteres sexuales secundarios del sexo femenino. El Síndrome de Harry Benjamin en esta paciente no tiene otro tratamiento diferente al de realizar tratamiento hormonal con el fin de inducir y mantener los caracteres sexuales femeninos y los procedimientos quirúrgicos necesarios para producir una apariencia femenina real, que incluyen la depilación laser [sic] cuando el manejo hormonal no es suficiente para eliminar el vello, como en este caso; la cirugía de feminización facial y la feminización de la voz son procedimientos que se realizan cuando el proceso de la paciente inicia después de la pubertad, porque el esqueleto se masculiniza y adquiere rasgos característicos del sexo masculino, que no cambian con la terapia hormonal; igualmente, los depósitos grasos femeninos que son diferentes a los masculinos, no tienen gran cambio con la terapia hormonal por lo que la liposucción y la lipoescultura son procedimientos utilizados en

106. Las negrillas son mías. Nótese que el argumento de fondo para rechazar el amparo es que no se trataría del derecho a la salud sino de una cuestión de libre desarrollo de la personalidad. La psicologización de su petición implica, a su vez, una despatologización médica de Loreta, a fin de que no le sea exigible la reasignación sexual quirúrgica.

estos pacientes con el fin de completar la apariencia femenina y que el paciente se integre sin dificultades en la sociedad.

Los pacientes con trastorno de identidad de género requieren una aproximación al sexo deseado, en este caso, el femenino, por lo que los procedimientos efectuados entre ellos la terapia hormonal, van en el sentido de propender por una vida digna de la paciente, que se logra, cuando hay consonancia entre el cerebro y el cuerpo (*Ibid.*).¹⁰⁷

En la sentencia T-918 de 2012 vamos a encontrar planteado por primera vez en nuestro *corpus* el derecho a la identidad sexual como parte del problema jurídico analizado por la Corte Constitucional. Este derecho, además, será relacionado explícitamente con el derecho a la salud de las personas trans. De esta manera, el magistrado ponente Palacio Palacio enmarcará este caso dentro del paradigma poblacional que ha desarrollado previamente en la icónica sentencia T-314/11, a la vez que le dará un estatuto jurídico propio a la identidad sexual que le proporcionará un territorio propio en tanto derecho y no solamente como subsidiario de los derechos a la identidad, la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad.

El derecho a la identidad sexual es desarrollado aquí a partir de dos precedentes. Por un lado, hay un relectura en clave de género del caso del niño mutilado de T-477/95 como un asunto del derecho a la dignidad y cómo esta supone la autodeterminación del individuo para decidir aspectos fundamentales de su plan de vida como la identidad de género que, en este caso, se define como “el sentimiento de pertenecer a un determinado sexo”. Esta reinterpretación del caso de N.N. es muy curiosa pues, recordemos, el niño buscaba recuperar el sexo masculino del cual había sido despojado por cuenta de una reasignación sexual prescrita médicamente. Es decir, N.N. no estaba demandando el reconocimiento de su “identidad de género” entendida como un sexo psicológico o un “sentimiento de pertenecer al sexo masculino”, sino al contrario, quería que no se le siguiera imponiendo una identidad de género que iba en contravía de su sexo de nacimiento. Sin embargo, Palacio Palacio verá planteada aquí una situación en la que un sujeto hace una exigencia

107. Las negrillas son mías.

identitaria basada en la dignidad y la autonomía, lo que bastará para recodificar el caso como un asunto relativo a la identidad sexual o de género, aunque el género no tenga un estatuto diferencial en la sentencia del magistrado Martínez Caballero. El género se introduce metalépticamente para interpretar el pasado.

El segundo precedente que toma Palacio Palacio es la sentencia C-577/11 en cuya Sala Plena participó el mismo magistrado y que toma dentro de sus precedentes a T-314/11. De esta sentencia de constitucionalidad, el magistrado ponente tomará un elemento que será fundamental para su argumentación: la autodeterminación sexual. En C-577/11, esta se entiende como:

[...] “el proceso de autónoma asunción y decisión sobre la propia sexualidad, como opción no sometida a la interferencia o a la dirección del Estado, por tratarse de un campo que no le incumbe, ‘que no causa daño a terceros’” y que está amparado por el respeto y la protección que, de conformidad con el artículo 2o superior, deben asegurar las autoridades a todas las personas residentes en Colombia (Corte Constitucional, 2011a).

Si bien aquí el concepto de autodeterminación se construye dentro del territorio de la orientación sexual y la opción sexual, a través de una sinécdoque táctica estas componentes del sexo servirán para aludir de manera más amplia a la identidad sexual. Es decir, la identidad sexual será el producto de una reflexión específica sobre la orientación sexual bajo el supuesto de que la orientación de un sujeto hace parte esencial e indisoluble de su identidad, de modo que cualquier forma de discriminación en razón de la orientación sexual termina por socavar el derecho mismo a la identidad. En el momento en el que la autodeterminación sexual pasa a convertirse en condición de posibilidad de la orientación sexual y la opción sexual, la identidad sexual toma forma como la fuente de la que emana toda cualidad sexual y, por tanto, puede predicarse jurídicamente de ella lo mismo que se predica de sus componentes como, por ejemplo, el amparo contra la discriminación. Si el sexo y la orientación sexual son criterios sospechosos de discriminación, entonces la identidad sexual también lo será.

Una vez la autodeterminación sexual se vuelve condición de emergencia y despliegue de la identidad sexual, queda despejado el camino para que se entienda que “el Estado no puede interponer barrera alguna para que el individuo decida su desarrollo vital, su modo de ser y su condición sexual”, pues cualquier barrera estatal socavaría *a fortiori* la autonomía y la dignidad del individuo.¹⁰⁸

El derecho a la salud de la población trans es construido a partir del marco argumentativo sobre discriminación que Palacio Palacio ha definido previamente en T-314/11. Así, se entiende que en los sistemas de salud también opera la discriminación de esta población, hecho que pone en un particular grado de vulneración a unas personas que, adicionalmente, deben lidiar con las dificultades de salud propias de su tránsito.

[...] es preciso reconocer que dicha comunidad debe atravesar por transiciones de índole emocional, mental y física al momento de autoidentificarse, lo cual exige un cuidado en salud apropiado y oportuno. Sin embargo, no es inusual que las autoridades de salud limiten el acceso al servicio a las personas trans con base en su apariencia diversa, su identidad legal o el conocimiento de que hacen parte de dicha minoría (Corte Constitucional, 2012b).

De esta manera quedan atadas identidad sexual y salud como experiencias de doble vulneración para la población trans, pues en razón de su identidad sufren unos problemas de salud específicos que los ponen en riesgo de discriminación por parte del mismo sistema que debería garantizar su bienestar físico y mental.

Una vez realizada esta operación de sutura jurídica de los derechos a la identidad sexual y la salud para la población trans, Palacio Palacio pasa a determinar si Aliansalud está negando procedimientos quirúrgicos legítimos a Loreta. El magistrado observa que procedimientos como la penectomía y la vaginoplastia efectivamente están cubiertos por el POS “sin que se restrinja su práctica al tratamiento de alguna

108. El argumento de la autodeterminación sexual así desarrollado será fundamental en la sentencia T-771 de 2013 con ponencia de la magistrada Calle que analizaremos más adelante.

enfermedad específica”, de modo que basta con que sean prescritos por el médico tratante para ser legítimos:

Ante la prescripción de la intervención quirúrgica de reasignación de sexo, es deber de la E.P.S. autorizar su prestación o controvertir su fundamento de forma científica y técnica (*Ibíd.*).

Y para reafirmar que las cirugías de reasignación de sexo tienen por objetivo que “las personas vivan en condiciones de dignidad”, Palacio Palacio toma dos precedentes completamente distintos entre sí: la niña hermafrodita NN de SU-337/99 y Julián Sneider el joven transexual de T-876/12. Del primer caso, el magistrado tomará un solo elemento, a saber, que las cirugías de reasignación sexual no tienen un carácter cosmético sino relativo a la identidad sexual de la persona. Y del segundo, tomará el argumento de que las cirugías de este tipo permiten que las personas transexuales alcancen el bienestar psíquico y social por el que propende la Constitución. De estos dos casos tan disímiles, el magistrado ponente concluye que no es necesario que la vida de la persona esté en riesgo para que sea legítimo y necesario realizar procedimientos quirúrgicos como la reasignación sexual, en la medida en que así se garantiza la dignidad del sujeto.

Este marco jurisprudencial y conceptual es sintetizado y aplicado al caso de Loreta así:

[...] resulta contrario a tales garantías constitucionales mantener a una persona en un sexo que no siente como propio, lo que la ha llevado a adecuar su realidad externa a su identidad, ya sea en sus hábitos, vestimenta e, incluso, recurriendo a tratamientos hormonales que le permiten aproximarse a los caracteres morfológicos típicos del sexo con el que psicológica y emocionalmente se identifica y que sí vive como propio, en los distintos ámbitos de su vida social y privada. Lo anterior, debido a que, sólo a partir del respeto a su identidad sexual es que podrá realizar su propio proyecto vital que, en forma autónoma, tiene derecho de decidir (*Ibíd.*).

La cirugía de reasignación sexual es, entonces, un instrumento a través del cual puede reafirmarse la autodeterminación sexual del sujeto y se garantiza su salud integral. Es aquí donde termina de anudarse la profunda novedad que introduce Palacio Palacio al romper el vínculo entre enfermedad y terapia que suele articu-

lar la argumentación del derecho a la salud. Más aún, con esta argumentación el magistrado ponente deshace la aparente necesidad de patologización de las personas trans a fin de que puedan acceder a los tratamientos que necesitan para garantizar su bienestar integral:

[...] de ninguna manera la Corte considera que el transgenerismo constituye una enfermedad o una categoría psiquiátrica, o que se requiera el diagnóstico de disforia de género para acceder a los servicios de salud relacionados con su identidad. Por el contrario, se reitera que el tránsito del género asignado socialmente a otro género puede impedirle vivir en un estado de bienestar general. Adicionalmente, el impacto social que le puede generar la no realización de la reasignación de sexo podría acarrear consecuencias de índole mental, física y emocional (*Ibíd.*).

En este sentido, para Palacio Palacio no importa si Loreta sufre una disforia de género, un Trastorno de Identidad Sexual, un Trastorno de Identidad de Género o el Síndrome de Harry Benjamin, sino solo el hecho de que hay un conjunto de tratamientos que cubre el POS que están disponibles para ella como beneficiaria del sistema y hay un criterio médico que los considera necesarios para su bienestar integral.

Articulada la argumentación de esta forma, poco importa si el Síndrome de Harry Benjamin existe o no como categoría diagnóstica, pues en el catálogo de procedimientos quirúrgicos cubiertos por el POS estos no están relacionados con enfermedades específicas. Sin embargo, ello no obsta para señalar que el uso diagnóstico de esta figura sí entraña un problema administrativo y jurídico a lo largo de los distintos momentos procesales del caso de Loreta, pues esto genera distintos efectos según se entienda como enfermedad o como “condición sexual”. De cualquier manera, queda la pregunta sobre la legitimidad de un proceso terapéutico y un consentimiento informado que se fundan en un diagnóstico cuya existencia objetiva es, al menos, polémica.

Los tratamientos y solicitudes quirúrgicas de Loreta, si bien se presentan en distintas ocasiones bajo el rótulo de cirugía de reasignación de sexo, se organizan analíticamente dentro de la argumentación de la Corte en dos grupos diferenciados.

Por un lado, las cirugías de “reasignación sexual” y, por otro, las de “normalización del proceso de feminización”. El primer grupo incluye la penectomía, la orquiectomía y la vaginoplastia; mientras el segundo incluye la liposucción, la depilación láser, la feminización facial y la feminización de la voz. Para Palacio Palacio las cirugías de reasignación de sexo deben realizarse pues están incluidas en el listado de beneficios a los que tiene derecho la paciente; y sobre las cirugías de normalización, deja abierta la posibilidad de que se realicen puesto que aún no han sido solicitadas de manera formal por la accionante. Pero esta posibilidad será duramente criticada por el magistrado Pretelt Chaljub en su salvamento de voto, pues considera que implican un abuso del sistema. Más adelante revisaremos este salvamento, pero desde aquí ya queda claro que es muy distinto realizar una solicitud englobada bajo la noción de “cirugía de cambio de sexo” como se realiza en T-876/12, a realizar una solicitud desglosada de acuerdo con la clasificación de procedimientos como ocurre en T-918/12. Evidentemente, no son las mismas cirugías las que se realizan para un cambio de hombre a mujer que para uno de mujer a hombre y tampoco a todos los pacientes se les realiza el mismo número de cirugías pues no hay algo así como un estándar de objetivos de normalización, pero de manera estructural el cambio de sexo siempre implica un conjunto diverso de procedimientos y no uno solo. Esta cualidad propia de la complejidad terapéutica del cambio de sexo será aprehendida como un problema jurídico, administrativo y fiscal, pues por definición se trata de pacientes de alto costo.

Palacio Palacio también proyectará una decisión novedosa con relación a la solicitud de Loreta de cambio del sexo consignado en su Registro Civil. Para el análisis de este problema, en primer lugar, el magistrado ponente realiza una revisión en derecho comparado de un profuso conjunto de abordajes legislativos y jurisprudenciales de la modificación del sexo legal en los documentos de identidad, de la cual concluye que:

[...] muchos países han optado por proteger de manera especial a las personas trans y su derecho a la identidad sexual, dándole prevalencia al género con el que interactúan socialmente. En algunos casos, la modificación de los

registros se ha dado sin que la persona se haya sometido a una cirugía de reasignación de sexo (*Ibíd.*).

Esta prevalencia legal del género social en experiencias internacionales servirá como un referente que, al mismo tiempo, muestra el poder jurídico que ha adquirido la distinción entre género y sexo, mientras señala un derrotero en protección de derechos como “deber ser” de las decisiones de la Corte Constitucional.

En segundo lugar, Palacio Palacio acude a la propia jurisprudencia de la Corte y, en particular, realiza un detallado análisis de T-504/94 que, recordemos, aborda el caso de intersexualidad de una paciente que, tras nacer con genitales ambiguos y ser registrada con sexo masculino, solicita el cambio a sexo femenino después de que un examen de cariotipo ha demostrado que es genéticamente una mujer y se le ha realizado una cirugía de readecuación genital. Sin embargo, el magistrado ponente omite estos detalles y trae a presente este caso como el “de una persona cuyo registro inicial era de sexo masculino y, posteriormente, se sometió a una cirugía de reasignación de sexo”. Así, la mujer NN de 1994 que pedía una corrección del sexo asignado legalmente al nacer, por el sexo objetivado genéticamente y quirúrgicamente y cuyo amparo, a fin de cuentas, fue rechazado por la Corte de ese momento, con Palacio Palacio pasa a convertirse retóricamente en 2012 en una persona que se ha hecho una cirugía de reasignación sexual para luego cambiar su sexo legal. De esta forma, el precedente así construido parecería hacer referencia al caso de un hombre transexual aunque en realidad se trataba de una mujer intersexual.

Recordemos que en T-504/94 con ponencia de Martínez Caballero, la Corte Constitucional rechaza la posibilidad de cambiar el sexo en los documentos de identidad a través de la acción de tutela y afirma que toda alteración del estado civil debe ser valorada por un juez a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria. De allí que, pese a que la accionante contaba con los exámenes médicos que probaban que era una mujer y argumentaba que el procedimiento judicial resultaba lesivo para su dignidad en tanto suponía un curso procesal en el que ella debía

pasar por valoraciones que le causaban sufrimiento —al punto que prefería vivir con el sexo erróneo consignado en su cédula a atravesar un “proceso en el cual yo sufriría más que si decido continuar con este cruel error”— su caso es desestimado simplemente por una cuestión de subsidiariedad pues el procedimiento idóneo para la Corte de esa época era la jurisdicción voluntaria.

Pero 18 años más tarde, el magistrado Palacio Palacio realizará un giro jurisprudencial radical con relación a la obligación de pasar por el procedimiento de jurisdicción voluntaria para el cambio de sexo:

[...] esta Corporación, en tanto que garante de los derechos fundamentales, considera que este tipo de mecanismos judiciales pueden constituir barreras en el goce efectivo de los derechos de las personas, puesto que si la identidad sexual es inherente a la autodeterminación y al libre desarrollo de la persona, en ejercicio de esos mismos preceptos el individuo puede solicitar al juez de tutela que realice el cambio de este atributo de su estado civil, siempre que cuente con las pruebas médicas o psicológicas que sustenten su petición (*Ibíd.*).

El magistrado busca proteger a Loreta de ser víctima de probables actos de discriminación en la medida en que sus documentos de identidad no se correspondan ni con su nombre ni con su cuerpo, por lo que ordena a la Registraduría a que emita un nuevo registro civil para Loreta en el que esté consignado su sexo femenino con la advertencia de que dicho cambio “no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieren corresponder a la actora con anterioridad a la expedición del nuevo registro” (*Ibíd.*).

Estos dos novedades históricas introducidas por el magistrado Palacio Palacio: la autorización para el cambio de sexo sin la patologización del paciente y la posibilidad de cambiar el sexo registral vía acción de tutela, abrirán campo al primer salvamento de voto que encontramos en las sentencias analizadas. Este salvamento es realizado por el magistrado Pretelt Chaljub quien no está de acuerdo ni con la autorización de las cirugías solicitadas por Loreta, ni con el hecho de que se ordene cambiar su sexo legal gracias a la tutela.

Veamos primero la cuestión del cambio de sexo registral. De acuerdo con Pretelt Chaljub:

El registro civil contiene información de carácter público en la cual no solamente tiene interés la persona, sino toda la comunidad, por lo cual no puede un juez de tutela modificarla en un caso particular, sino que esta facultad es de competencia exclusiva de los jueces ordinarios, razón por la cual tampoco estoy de acuerdo con la orden de cambiar el sexo de Loreta en el Registro Civil (*Ibíd.*).

Para el magistrado la ponencia presentada por Palacio Palacio no argumenta por qué es necesario realizar un viraje jurisprudencial respecto a T-504/94 y hacer una excepción de lo que indica el Decreto 1260 de 1970.

Según Pretelt Chaljub la solicitud de Loreta entraña, además, un abuso del sistema de salud, pues para él ella no demuestra que su vida ni su salud estén en riesgo. Y lo más curioso es que el magistrado acude a un argumento de despatologización del transgenerismo para negar que exista tal riesgo:

Tal y como señala la propia sentencia, la condición de transgenerista es un desarrollo de la identidad sexual y se deriva del libre desarrollo de la personalidad, la cual respeto, por lo cual de ninguna manera puede considerarse como una enfermedad o como una discapacidad. Por lo anterior, es claro que la identidad sexual del actor no es una patología, a lo cual cabe agregar que recientemente la “American Psychiatric Association” excluyó del “Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders DSM”, el transgenerismo como un trastorno mental (*Ibíd.*).

Si el transgenerismo no es una enfermedad, para Pretelt Chaljub no se entiende cómo sería justificable que se autorizara la realización de una cirugía para superarla. Es decir, no habría un vínculo entre identidad y salud en este caso, por lo que una elección identitaria no podría hacer exigibles unas demandas específicas en salud. Sin enfermedad, no hay derecho a hacer exigible un conjunto de cirugías que, adicionalmente, representan un alto costo en un país en el que el sistema de seguridad social en salud está afectado por problemas estructurales de acceso a oferta de servicios y calidad.

Pero la despatologización de la identidad trans de Loreta que hace Pretelt Chaljub viene acompañada de una psicologización de su situación a la que, además, se le sumará la suposición de que ella pide unos procedimientos cosméticos para intentar solucionar un conflicto interno:

El Estado no puede autorizar en cualquier caso la realización de intervenciones que no estén fundadas en una enfermedad, sino en la afectación de la autoestima del paciente. En este sentido, existen eventos en los cuales determinadas condiciones físicas pueden afectar la autoestima o el bienestar social de las personas, las cuales no necesariamente deben conducir a la práctica de cirugías para solucionarlas, pues es necesario analizar el grado de afectación psicológica del paciente y si éste tiene recursos para pagarlas (*Ibíd.*).

El transgenerismo es evaluado en este caso como si se tratase de un problema psicológico que, si bien afecta el bienestar del paciente, no pone en riesgo gravemente su salud física como ocurriría con la obesidad o la miopía. Y el hecho de que Loreta pida tratamientos como la depilación láser y la liposucción reafirman para el magistrado que hay un sentido estético en su solicitud.

Pero, ¿por qué en la sentencia T-876/12 en la que Julián Sneider solicitaba la autorización para la cirugía de cambio de sexo basándose en un argumento de salud y emitida apenas una semana antes que la sentencia de Loreta, el magistrado Pretelt Chaljub no realizó ningún tipo de salvamento ni aclaración? En esta sentencia, adicionalmente, el “transexualismo” es reconocido como una enfermedad de manera explícita y a través de las categorías de Trastorno de Identidad Sexual y Trastorno de Identidad de Género que también son utilizadas en esta sentencia. ¿Cómo es que en apenas 10 días el argumento de la patologización de la transexualidad pasa de ser legítimo a considerarse erróneo? No es posible dar respuesta a estos interrogantes en el marco de esta investigación, pero estas incongruencias tan notorias exponen bien las dificultades y paradojas del abordaje médico-jurídico de la transexualidad en la medida en que de la patologización a la despatologización se juegan efectos performativos que no siempre resultan deseables incluso para el mismo sujeto transexual.

6.9 Materialidades del sexo

Sentencia T-231 de 2013

Magistrado ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez

Esta sentencia acumula por unidad de materia dos casos en los que por causa de un error en el sexo registral consignado en los correspondientes registros civiles de nacimiento de dos ciudadanos: Fabriany Castaño Mazo y Janet Cruz Pastuso, estos no pueden realizar el trámite de su cédula de ciudadanía pues los notarios consideran que no pueden realizar la corrección del registro a través de escritura pública, sino solo por orden de un juez tras surtirse un proceso de jurisdicción voluntaria.

Fabriany nace en enero de 1989 y es registrado en la Notaría Doce de Medellín en junio de 1992, registro en el que su sexo aparece como “Femenino” pese a que nació con características masculinas inequívocas. El error en el registro civil permanece a lo largo de su vida hasta el momento en que llega a la mayoría de edad y solicita la expedición de su cédula de ciudadanía a la Registraduría Civil, institución que le comunica que debe existir “concordancia entre el registro civil y los datos aportados para la expedición de dicho documento”. Al dirigirse a la Notaría correspondiente para hacer la corrección del sexo en su registro civil, le informan que ese trámite debe hacerse mediante un proceso de jurisdicción voluntaria. Sin embargo, sin la cédula le es imposible a Fabriany iniciar un proceso judicial de este tipo, por lo que interpone una acción de tutela para pedir el amparo de su derecho a la personalidad jurídica. En respuesta a esta tutela, la Notaría explica que la corrección del sexo registrado:

[...] no es posible por medio de una escritura pública, por cuanto el notario presta el servicio público de dar fe, no está investido de autoridad, ni ejerce jurisdicción, por lo que no puede ordenar la práctica de un dictamen médico, tampoco lo podría concluir por una apreciación directa de la persona, ni deducirlo del nombre, por cuanto éstos no tienen sexo. [Y concluye que] al no existir en la notaría algún documento que permita evidenciar el error al momento del registro, no es viable realizar la corrección ni mediante solici-

tud, ni mediante escritura y que será un juez, quien practicadas las pruebas pertinentes, lo ordene (Corte Constitucional, 2013a).

En octubre de 2012, el Juzgado Primero Civil Municipal de Medellín resuelve negar la acción de tutela interpuesta por Fabriany argumentando que “el accionante cuenta con otro medio judicial para dirimir la controversia, y no está haciendo uso de la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable” (*Ibíd.*), y agrega que la competencia en estos casos es de un juez de familia.

El segundo caso revisado es el de Janet quien nace en diciembre de 1989 en Algeciras, Huila, y es registrado 3 años después. En su registro civil se describe su sexo como “Femenino” a pesar de haber nacido con características masculinas. Por cuenta de este error, al solicitar la expedición de su cédula de ciudadanía, se le informa que no hay concordancia con la información del registro civil y que debe resolver el problema a través de un proceso judicial. Sin embargo, cuando Janet quiso otorgar un poder personal a su abogado para iniciar el proceso de jurisdicción voluntaria, no le es posible pues es indispensable presentar la cédula de ciudadanía, razón por la cual el ciudadano interpone una acción de tutela. En octubre de 2012 el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Algeciras resuelve declarar improcedente la tutela de Janet por cuanto el caso “debe ser resuelto por la justicia ordinaria a través del juez de familia”. Sin embargo, el juzgado tuteló el derecho a la dignidad humana de Janet,

[...] bajo la consideración de que como el accionante no tiene documento de identificación distinto al registro civil de nacimiento, se inste a las autoridades judiciales y notariales para que le permitan identificarse con dicho documento y pueda promover el proceso de jurisdicción voluntaria (*Ibíd.*).

Mediante auto de diciembre de 2012, la Sala de Selección Número Doce la Corte Constitucional dispuso la revisión de ambos casos y solicitó a las dependencias de Medicina Legal en Medellín y Huila la notificación y realización de exámenes médicos a Fabriany y a Janet “a fin de corroborar su sexo y precisar si el mismo no ha sufrido cambios desde su nacimiento” (*Ibíd.*).

En el caso de los exámenes practicados a Fabriany, Medicina Legal determinó que él es “fenotípicamente masculino” y “no existen elementos objetivos que permitan considerar [...] que ha presentado cambios desde su nacimiento en relación con el sexo” (*Ibíd.*). Y en el caso de Janet, no hubo exámenes por parte de Medicina Legal, pero la Corte acepta como prueba la certificación emitida por un médico en la que deja constancia de que él es un “paciente de 22 años de edad con genitales externos masculinos y caracteres sexuales secundarios propios del sexo” (*Ibíd.*).

La Corte busca aclarar a través de la revisión de estas dos tutelas la “textura abierta” del Decreto 1260 de 1970 que plantea dos mecanismos distintos para la corrección del registro civil: la escritura pública a cargo de los notarios y la orden judicial a cargo de un juez. En distintas ocasiones —como las revisadas por la misma Corte en T-594/93, T-504/94 y el salvamento de voto de Pretelt Chaljub en T-918/12— se daba por hecho que la regla principal para definir qué procedimiento debía seguirse era si la corrección del registro implicaba o no una alteración del estado civil. De manera que si este no se alteraba, la corrección podía realizarla un notario, pero si efectivamente había una alteración, debía realizarla un juez tras la revisión de pruebas dentro de un proceso judicial. Sin embargo, los distintos componentes del estado civil —nombre, lugar de nacimiento, fecha de nacimiento, sexo, etc.— no tienen el mismo carácter con relación a este, de modo que una variación en cada uno de ellos tiene efectos jurídicos diferenciales. Así, por ejemplo, un cambio en el lugar de nacimiento puede tener un efecto en términos de la nacionalidad, por lo que en un caso de este tipo debe ser un juez quien valore la situación específica; pero en el caso de un cambio de nombre basta con que el interesado sea mayor de edad y demuestre su identidad para que un notario pueda proceder a realizar el cambio por vía administrativa. En el caso de la corrección del sexo, no obstante, parecía darse por entendido que siempre implicaba una alteración del estado civil, por lo que su cambio en el registro civil debía realizarse obligatoriamente por vía judicial, tal y como la misma Corte lo había establecido en la jurisprudencia citada y con la excepción notoria de la decisión proyectada por el

magistrado Palacio Palacio en T-918/12 en la que se permitió la corrección del sexo de una paciente transexual vía tutela.

Por medio de esta sentencia T-231/13, la Corte busca definir una regla para determinar en qué casos efectivamente la corrección y cambio de sexo en el registro civil implica una alteración o no del estado civil. En los casos de Fabriany y Janet, la Corte encuentra que dado que se ha demostrado médicamente que el sexo de los accionantes no ha presentado una variación en sus condiciones materiales a lo largo de la vida y no hay ningún tipo de controversia con relación a su sexo verdadero, es viable realizar la corrección del sexo registral a través del mecanismo administrativo de escritura pública, pues simplemente el notario debe contrastar el registro con la realidad. En cambio, si se tratase de un cambio de sexo producido en razón de una variación material realizada a lo largo de la vida —por ejemplo, una cirugía de cambio de sexo—, se hace necesario que sea un juez quien valore una situación que, inicialmente, aparece como indeterminada. Una nueva regla jurisprudencial queda así definida: siempre que se trate de una variación material del sexo, la corrección del sexo registral ha de realizarse a través de una orden judicial.

Hasta aquí, parecería que esta regla es completamente clara, pero a la luz de la misma jurisprudencia de la Corte, este argumento muestra su opacidad. El problema de fondo es cómo se determina el sexo de una persona y esto, según hemos visto a lo largo de esta investigación, dista de ser un hecho evidente.

Incluso dentro de la misma sentencia queda claro que el ejercicio de confrontar el sexo registrado “con la realidad” no es tan sencillo pues, ¿cuál es la realidad? ¿A partir de qué base se infiere el sexo de una persona? En el caso de Fabriany, el notario es explícito en que carece de elementos materiales y objetivos para hacerlo pues no “lo podría concluir por una apreciación directa de la persona, ni deducirlo del nombre, por cuanto éstos no tienen sexo” (*Ibid.*), argumento que concuerda con lo establecido en T-594/93. Y en el caso de Janet, el accionante tiene un nombre de uso regularmente femenino y un sexo registral también femenino, por lo que el notario considera que no tiene elementos que le permitan cons-

tatar que se trata de un hombre. Paradójicamente, en ambos casos, el sexo registral actúa como referente material que performa el sexo. Es decir, el sexo registrado erróneamente actúa como forma de verdad, al punto que se presume que los accionantes son de sexo femenino y deben demostrar que son de sexo masculino. Y para tal demostración no basta ni con su testimonio ni con su historia ni con su conducta. Solo la constatación médica podrá tener un carácter probatorio, pese a que esta se reduce a una revisión anatómica de los dos accionantes. Un criterio morfofocentrado en los genitales será prevalente para establecer el sexo verdadero de Fabriany y Janet, pese a todos los casos en los que ha quedado en evidencia en el pasado que este criterio resulta muy frágil.

¿Cuál es, entonces, la materialidad del sexo a la que hace referencia la Corte Constitucional? Un particular precedente que toma el magistrado Guerrero Pérez en esta sentencia muestra todos los problemas que tiene esta noción:

Quando se pretende la modificación del sexo en el registro civil, por alteración del mismo con ocasión de una intervención médica, dicha modificación sólo es procedente previa orden judicial.

Esta Corporación, en sentencia de tutela T504 de 1994, consideró que este cambio sólo se puede efectuar previo proceso judicial. **En el caso analizado, el accionante era una persona hermafrodita, y luego de una operación en la que se definió un sexo, fue registrada con este. Empero, posteriormente se efectuaron diversas intervenciones quirúrgicas y se definió el otro sexo, de allí la necesidad de un cambio en el registro civil. De este modo, la remisión a un proceso judicial obedeció precisamente al cambio de lo que se consideraba como una realidad.**

En esta sentencia, la Corte concluyó que “el trámite de corrección notarial sólo debe corresponder a la confrontación de lo empírico con la inscripción para de este modo lograr que la situación jurídica del solicitante responda a la realidad (...) la competencia de corregir o modificar el estado civil de las personas que requiera una valoración de la situación planteada dada su indeterminación le corresponde al juez”. Así, “el cambio de sexo implica una alteración en el estado civil que sólo está en capacidad de realizar el juez, ya que se trata de una variación del registro del accionante, capaz de alterar la naturaleza del estado civil” (Ibíd.).¹⁰⁹

109. Las cursivas son del texto de la sentencia original y las negrillas son mías.

Nuevamente el caso de T-504/94 es reconstruido en una versión completamente distinta. Ahora tenemos una paciente hermafrodita a la que se le hizo una cirugía de readecuación genital y fue registrada con sexo masculino. Pero tras pruebas de cariotipo en las que se confirma que su sexo cromosómico es femenino, se realiza unas nuevas cirugías para reafirmar su sexo femenino y exige, por tanto, el cambio de su sexo registral ¿Cuál es entonces aquí la materialidad sexual? ¿La materialidad del sexo asignado por los médicos porque ella tenía un órgano “peneano”? ¿La materialidad del sexo masculino registral? ¿La materialidad del sexo masculino tras las primeras cirugías? ¿La materialidad genética que señala que es una mujer? ¿La materialidad femenina que resulta tras la amputación del “órgano peneano”? ¿En cuál de todas las materialidades ha de basarse un juez para tomar una decisión? Si el criterio morfocentrado es el prevalente para Guerrero Pérez entonces la persona NN de T-504/94 debería ser registrada con masculino y femenino pues nació “aparentemente [con] dos sexos”. Pero si en cambio ha de tenerse en cuenta la materialidad registral y la primera cirugía, entonces es de sexo masculino. Y si la materialidad primordial es la genética y aquella con la que la misma mujer se identifica, entonces debía ser registrada con sexo femenino. Y, sin embargo, el magistrado ponente de aquella sentencia, Martínez Caballero, asume que debe ser un juez el que valore la situación pues la “confrontación de lo empírico con la inscripción” solo le corresponde al notario. Pero acaso, ¿aquí no opera precisamente como “lo empírico” el sexo femenino cromosómico y testimonial de NN, mientras el “error” es propiamente el del sexo registral masculino? Bajo el mismo argumento otrora defendido por Martínez Caballero a la mujer de T-504/94 se le debió conceder la tutela pues lo que estaba errado era el registro civil y, no obstante, el amparo de su derecho a la personalidad jurídica le fue negado. El precedente que toma el magistrado Guerrero Pérez deja en suspenso cualquier noción de materialidad estable, por lo que el criterio del cual depende la nueva regla de ponderación creada, esto es, la “variación de las condiciones de existencia” del sexo, colapsa por completo precisamente en razón de su variabilidad.

Y basta con remitirse al caso analizado en T-918/12 para constatar que tal materialidad, lejos de irse estabilizando con el pasar del tiempo en la Corte Constitucional, se vuelve cada vez más problemática. Con Loreta se impone la materialidad diagnóstica y testimonial de un “sexo cerebral” a partir del cual se ordena la corrección del registro vía tutela. E incluso dentro de la misma sentencia T-231/13 hay un conflicto de materialidades, pues la materialidad discursiva del registro civil que se impone inicialmente a Fabriany y Janet induce unos efectos materiales y formales muy precisos tales como la negación de la expedición de la cédula con sexo masculino. Aquí el sexo registral actúa materialmente, al punto que exigirá una prueba, que se juzga a su vez material, para ser desplazado en su lugar de verdad.

No obstante, estas variaciones en la base material del sexo no son un capricho de los magistrados ni el resultado de una falta de consenso jurídico, médico o científico; sino la muestra de que el sexo es precisamente este campo de tensiones entre formas de materialización y objetivación. Y estos conflictos, lejos de resolverse en un campo de racionalidad e inteligibilidad estable de la sexualidad, se profundizarán cada vez más en la Corte Constitucional, como lo veremos en las sentencias siguientes.

6.10 La indeterminación sexual

Sentencia T-450A de 2013

Magistrado ponente: Mauricio González Cuervo

En junio de 2011 nace un bebé y la médica rural que atiende el parto le informa a la madre que ha dado a luz una niña. No obstante,

En el folio 11 de la Historia Clínica del Hospital FF donde se atendió el parto, se advierte que en el ítem “Datos del recién nacido” el género se denominó “masculino”; sin embargo, más adelante, en una anotación se refiere que el parto obtiene “producto de sexo FEMENINO con adaptación espontánea... GENITALES FEMENINOS NORMO-CONFIGURADOS” (Corte Constitucional, 2013b).¹¹⁰

La madre advierte que su bebé tiene los genitales ambiguos. En el certificado de nacimiento del bebé aparece sin diligenciar la casilla que indica el “sexo del nacido vivo” y no hay ninguna nota médica que permita explicar tal falencia. Cuando los padres van a realizar el registro, el funcionario que les atiende dice que no puede emitirse el registro civil pues falta la información del sexo en el certificado de nacimiento y los padres no pueden realizar la asignación por expresa prohibición de la Corte Constitucional en SU-337/99.

Por condiciones al parecer relacionados con su intersexualidad, el bebé tuvo problemas de salud en las semanas siguientes y fue llevado por sus padres a Cafesalud EPSS para inscribirlo en el Sistema de Seguridad Social Subsidiada pero, al no tener registro civil, les niegan la afiliación. Así que los padres acuden ante un comisario de familia quien ordena de manera inmediata el restablecimiento de los derechos del bebé y ordena al Hospital del municipio que le atienda. Debido a la

110. Las mayúsculas sostenidas son de la sentencia original. Es evidente que la anotación realizada por la médica rural es completamente contradictoria, pues si los genitales del bebé eran ambiguos no había ninguna razón para registrar que su forma se adecuaba a la norma anatómica femenina.

gravedad del estado del bebé, los padres temen que si este muere el DANE no les expida un certificado de defunción porque no ha sido posible registrarlo.

Ante esta situación crítica, los padres deciden interponer una acción de tutela a través de la Personería pues consideran que a su bebé se le han vulnerado los derechos a la vida, la salud y la personalidad jurídica y exponen un conjunto de pretensiones que son sintetizadas así por la Corte:

(i) Ordenar a la Dirección Nacional del Registro Civil, que en el término perentorio de 24 horas proceda a autorizar el registro del bebe NN hijo de XX ante diagnóstico presunto de hermafroditismo o intersexualidad a determinar, haciendo los ajustes que sean necesarios al formato de Registro Civil de Nacimiento; (ii) Ordenar a la Dirección Nacional del Registro Civil, que en el término perentorio fijado por el juez, se proceda a reglamentar la inscripción de un bebe hermafrodita o en condición de intersexualidad para garantizar su derecho de personalidad jurídica y a acceder a los otros beneficios que le otorga ser reconocido como ciudadano colombiano; (iii) Ordenar a la Dirección Nacional del Registro Civil, que dentro del término antes mencionado para la reglamentación que debe asumir, tenga en cuenta la modificación que debe hacer del actual formato de Registro Civil, cuya incidencia se extiende al Registro Civil de Defunción con base en el certificado de defunción, por el caso eventual de muerte de éste bebe intersexual, su estado de salud y cuyo sexo no puede ser elegido por sus progenitores por expresa prohibición de la Corte Constitucional (sentencia SU337 de 1999); (iv) Ordenar al DANE proceda en término perentorio fijado por el juez, a reglamentar la inscripción en el “Certificado de nacido vivo” del nacimiento de un bebé hermafrodita o condición de intersexualidad, para garantizar su derecho de personalidad jurídica y acceder a los otros beneficios al ser reconocido como ciudadano colombiano; (v) Ordenar al DANE que dentro de la reglamentación que debe asumir, tenga en cuenta la modificación del actual formato de “nacido vivo”, cuya incidencia se extiende al “certificado de defunción” en razón a la condición en que nació este bebe y cuyo sexo no puede ser elegido por sus progenitores por expresa prohibición de la Corte Constitucional (sentencia SU337 de 1999); (vi) Ordenar al Instituto Nacional de Medicina Legal, proceda a practicar, a todo costo, las pruebas indispensables y necesarias para determinar la condición de intersexualidad del bebé NN hijo de la madre XX [...] (*Ibíd.*).

En agosto de 2011, la Sala Civil de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial del municipio se pronunció en primera instancia y a partir de un análisis detallado de SU-337/99 concluye que la prohibición a la que hace referencia la Corte Constitucional está relacionada con las cirugías de readecuación genital y

[...] las pretensiones del accionante no son las alternativas que mejor se ajustan a los postulados constitucionales. En efecto, se ha considerado que lo mejor para el menor es asignarle un sexo lo más pronto posible, razón por la cual, sería innecesario adicionar una casilla para la intersexualidad o hacer una anotación en el registro civil, documento que al ser exhibido en todo momento, provocaría exponer a la familia y al niño generando discriminación y rechazo social. Sin embargo, se admite la ausencia de un protocolo que regule cómo proceder en casos de ambigüedad sexual (*Ibíd.*).

Por esto, consideró que debía convocarse un equipo médico interdisciplinario que asignase un sexo al menor para así proceder a su registro civil. Ante la impugnación del fallo por parte de los accionantes, un mes después la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia confirmó el fallo de primera instancia.

En febrero de 2012, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional decide suspender los términos del proceso y solicita pruebas a las entidades involucradas en el caso. Para esta fecha, aún no había sido posible registrar a la bebé pues Cafesalud no contaba con servicio de genetistas. En julio, el padre del bebé remite a la Corte el resultado del cariotipo en el que se determina genéticamente su sexo como femenino. Y en septiembre, se remite la copia del Registro Civil que ya identifica a la bebé con el sexo femenino. Pero dado que para la fecha aún Cafesalud no había constituido el equipo interdisciplinario para determinar “el estudio, manejo y tratamiento del trastorno de diferenciación sexual” de la bebé y persistían los problemas de atención en salud, la Corte consideró que debía revisarse la tutela.

Para el magistrado González Cuervo este caso implica tres problemas jurídicos relativos a los efectos del nacimiento de una persona con indeterminación sexual:

- 2.1. Si desconoce el derecho al registro y a la personalidad jurídica, la no inscripción de un niño cuyo certificado de nacido vivo no precisa el sexo.
- 2.2. Si se vulnera el derecho a la personalidad jurídica del menor que nace sin sexo determinado, por la inexistencia de una opción de registro diferente del sexo femenino y masculino.
- 2.3. Si viola el derecho a la salud y a la vida del menor que nace sin sexo determinado, la omisión de las autoridades de salud de brindarle especial atención por el hecho de que éste no se encuentre registrado (*Ibíd.*).

Abordar estas problemas obliga a González Cuervo a profundizar en la naturaleza misma de la indeterminación sexual y su estatuto jurídico y, para avanzar en ello, plantea cinco preguntas que muestran una innovadora forma de problematización jurídica de la intersexualidad en el marco de la Corte Constitucional, para lo que solicita el criterio especializado de un conjunto de instituciones académicas, asociaciones médicas y organizaciones internacionales como la Advocates for Informed Choice —AIC—,¹¹¹ The Lawson Wilkins Pediatric Endocrine Society —LWPES—, The European Society for Pediatric Endocrinology —ESPE— y el Pacific Center for Sex and Society —PCSS—.¹¹² Estas preguntas son:

- 1) ¿Desde su disciplina se reconoce o acepta la existencia de personas que no puedan clasificarse en las categorías de femenino o masculino?
- 2) En caso afirmativo, ¿cuáles son los criterios que definen a la persona que no se clasifica de acuerdo con estas categorías y cuál es o debe ser su denominación?
- 3) El reconocimiento de dicha categoría ¿qué efectos produce desde el punto de vista médico, psicológico, familiar y social?
- 4) ¿Quién está en mejor posición de decidir la categoría en la cual se clasifica una persona (el mismo individuo, la familia, la comunidad médica, el Estado)?

111. En la sentencia se señala erróneamente que la AIC es el nuevo nombre de la desaparecida Intersex Society of North America —ISNA—, organización que sirvió como *amicus curiae* en SU-337/99, pero en realidad la AIC, actualmente conocida como InterACT, es una organización estadounidense fundada por Anne Tamar-Mattis para la innovación legal y la defensa de los derechos de los niños y jóvenes intersexuales.

112. El PCSS de la Universidad de Hawaii es dirigido por el famoso doctor Milton Diamond quien realizó la primera investigación que demostró los problemas éticos y científicos del Protocolo de Money y dio su concepto como especialista en trastornos del desarrollo sexual en SU-337/99.

Y 17 años después de la sentencia T-477/95, González Cuervo también solicita concepto sobre la intersexualidad y la indeterminación sexual al doctor Bernardo Ochoa aunque no se hace referencia detallada de la respuesta que este envió.

5) ¿El Estado debería reconocer la existencia de una categoría diferente a femenino y masculino para efectos de identificar a un individuo en la sociedad? (*Ibíd.*)

Las respuestas a estos interrogantes son bastante heterogéneas y González Cuervo las sintetiza de forma tal que enfatiza en cuatro aspectos.

Primero, desde el punto de vista médico se reconocería la existencia de Trastornos del Desarrollo Sexual, también denominados desde otras perspectivas como Trastornos de la Diferenciación Sexual. Aquí se reafirma la existencia de lo que hemos llamado Complejo-Sexo —sexo cromosómico, sexo gonadal, sexo fenotípico, sexo hormonal, sexo legal y sexo psicológico— y se define la intersexualidad como una cuestión de incongruencia entre estos sus componentes y “el hermafroditismo en particular, es definido como una forma de ambigüedad entre los factores descritos, y específicamente como una anomalía de los órganos externos” (*Ibíd.*).¹¹³ En referencia a la teoría de Milton Diamond, la sentencia señala que los intersexuales no sufren de ningún desorden sexual sino de variaciones en su desarrollo sexual, lo que sumado al hecho de que habría un sexo cerebral que no se expresa del todo en la infancia, pondría al intersexual en el riesgo de vivir con una asignación sexual realizada en la niñez que no se corresponda con su cerebro, por lo que debería permitírsele elegir posteriormente el género con el que desee registrarse.

En segundo lugar, se hace referencia a modelos construccionistas de las ciencias sociales que entenderían la sexualidad desde una doble dimensión de subjetividad y relaciones de poder y, desde las cuales, el binomio masculino-femenino no

113. Esta definición del hermafroditismo no es precisa, pues sus cuerpos no siempre suponen la ambigüedad genital. El error quizá no es de González Cuervo pues el magistrado trabaja sobre definiciones que muestran un encabalgamiento entre paradigmas médicos: por un lado, el modelo médico-moral de los hermafroditismos de Money y, por otro, el modelo médico-social de la intersexualidad representado aquí por Diamond. A diferencia de sus predecesores, el magistrado González Cuervo se irá decantando un poco más hacia el modelo social y, prueba de ello, son los cinco interrogantes que plantea y la preeminencia conceptual que da a la categoría de intersexualidad.

expresaría adecuadamente la profusa variedad corporal de la que los intersexuales son ejemplo.

Tercero, en razón de esta conjunción de modelos médico-sociales, la posibilidad de que el Estado reconozca la existencia de estos cuerpos variados bajo una categoría distinta a la de masculino o femenino, rendiría beneficios en términos de autonomía, valoración de la diferencia y respeto por la diversidad.

Desde el punto de vista psicológico, se aprecia que el reconocimiento de una nueva categoría puede producir efectos negativos si la diversidad sexual no se acepta en espacios públicos, académicos y sociales que propicien prácticas de inclusión, para evitar la estigmatización basada en una lógica binaria y en el “fundamentalismo identitario”. Aun así, otras intervenciones indican que el reconocimiento de dicha categoría sería positivo ya que la aceptación de diferentes categorías de identidad sexual y de género haría más fuerte, abierta y equitativa a la sociedad en tanto que facilita la integración y respeta la diferenciación producida por los procesos de cambio social, lo cual se traduce en ampliación de la democracia y profundización de los derechos fundamentales (*Ibíd.*).

En cuarto lugar, el magistrado ponente señala que hay opiniones “ligeramente divergentes” en cuanto a quién está en mejor posición para realizar la asignación sexual, pues mientras algunos piensan que es una decisión en la que debería converger el equipo interdisciplinario, la familia y el sujeto, otros consideran que “si el Estado pretende clasificar a sus ciudadanos en categorías sexuales debería permitir al menos que los sujetos decidan la categoría en la que prefieren estar” (*Ibíd.*).

Pero, ¿por qué González Cuervo decide organizar el campo de análisis jurídico sobre la cuestión de la indeterminación sexual, lejos de las problematizaciones que veíamos en la línea jurisprudencial del niño hermafrodita? Tras esta decisión hay motivos fácticos, jurisprudenciales, de derecho comparado y de doctrina.

A diferencia de los casos que se analizaron en T-477/95, SU-337/99, T-551/99, T-692/99, T-1390/00, T-1021/03, T-912/08 e incluso T-1025/02, aquí no se trata el asunto de la legitimidad de las cirugías de readecuación genital. Como hemos señalado anteriormente, la separación analítica entre el problema de asignación sexual y las cirugías de readecuación servía para garantizar, precisamente, que el binarismo

sexual nunca se cuestionase realmente. En el momento en que el problema central es el estatuto jurídico de las cirugías, la discusión puede centrarse en procesos relativos al ejercicio médico y la autonomía del paciente, sin que se haga necesario revisar la naturaleza misma de la asignación sexual pese a que, como ya hemos dejado en evidencia, las cirugías se realizan siempre con el objetivo de asignar, reasignar o confirmar anatómicamente un sexo postulado o deseado. Pero González Cuervo advierte que aquí en T-450A/13 no se ha llegado siquiera a la etapa de formularse problemas con relación a las eventuales cirugías de readecuación genital puesto que el bebé, al menos inicialmente, no había sido registrado en razón de su ambigüedad genital y, médicamente, permanecía en un estado de indefinición sexual pues aún no había un criterio unificado por parte de un equipo interdisciplinario sobre qué sexo asignarle. Es por esto que el caso particular obliga a preguntarse sobre la gestión jurídica, registral y médica de estos casos, pues no existía claridad acerca de cómo debía atenderse el advenimiento de un cuerpo con indeterminación sexual.

El magistrado ponente, además, encuentra a través del análisis de la jurisprudencia constitucional ya citada que esta, en la medida en que atendía a cuestiones relativas a las cirugías, oscilaba siempre entre hacer prevalecer el principio de autonomía o el de beneficencia según fuese el caso. Pero también advierte que ya desde SU-337/99 quedaba abierta la posibilidad de hacer nuevos desarrollos jurisprudenciales en la medida en que la Corte Constitucional reconocía que se movía en un territorio variable y nuevos desarrollos médicos, científicos y sociales traerían a su vez nuevas formas de problematización y abordaje jurídico. Y, de hecho, la relectura del precedente que hace González Cuervo ya es una muestra de un cambio de paradigma, pues observa que

De acuerdo con el citado precedente, se desprende que la posición de la Corte a partir de la sentencia SU337 de 1999, consiste en considerar que al menor hay que asignarle un sexo lo más tempranamente posible, y posteriormente realizar una cirugía. En este orden de ideas, la Corte ha suscrito la posición de que dichas condiciones deben ser corregidas y deben adecuarse al sistema binario reconocido (*Ibíd.*).

Para el magistrado ponente, las decisiones previas de la Corte Constitucional han privilegiado el binarismo sexual pues han partido de cómo garantizar la adecuación o readecuación del cuerpo hermafrodita a las dos categorías sexuales reconocidas legalmente en Colombia, pero nunca han cuestionado por qué un cuerpo con indeterminación sexual debe adecuarse obligatoriamente a este sistema binario. De modo que el análisis del precedente muestra tanto la posibilidad de plantear nuevas aproximaciones a la cuestión de la intersexualidad y los hermafroditismos, como el sesgo binarista del análisis, por lo que las cinco preguntas de González Cuervo sobre la indeterminación sexual adquieren legitimidad.

Asimismo, hay un análisis sucinto en derecho comparado con relación al problema de la definición del sexo legal en casos de inter y transexualidad que le sirve al magistrado González Cuervo para demostrar que hay desarrollos legislativos y jurisprudenciales internacionales frente a cuestiones relativas a la inclusión de personas que no se clasifican como hombres o mujeres y, por tanto, ya se cuenta con referentes de inclusión de personas con indeterminación sexual. Es la primera vez que la Corte realizará un análisis de este tipo, pues a fin de cuentas lo que entra en cuestionamiento es el criterio normativo genito-centrado de asignación sexual en el que se funda el sexo legal. Si este criterio morfológico se privilegia en los ordenamientos jurídicos, evidentemente las personas que nacen con genitales que no entran bajo el estándar normativo de la mirada médica o cuyos genitales son considerados incongruentes con su identidad sexual, necesariamente tendrán problemas para la definición de su sexo legal y, dado que este es un componente estructural del estado civil y la personalidad jurídica, pues ello supondrá dificultades para el ejercicio de sus derechos y de su ciudadanía. Los ejemplos que trae a presente el magistrado muestran mecanismos jurídicos para tramitar el cambio de sexo en los documentos de identificación y, aún más importante, opciones de reconocimiento legal a identidades transgénero, identidades sexuales específicas de la cultura —como los *hijras* de India— e incluso la no identificación con algún sexo o género. Con González Cuervo se inicia la discusión constitucional sobre lo que

algunos llaman el ‘tercer sexo’, aunque de manera más precisa podríamos decir que surge la primera problematización jurídica de la indeterminación sexual.

El elemento fundamental que lleva al magistrado a plantear este cambio de paradigma es de carácter doctrinario y de “evolución jurisprudencial”. Para González Cuervo, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado el pluralismo como un principio que enmarca el análisis y la materialización de los derechos a la dignidad, la identidad y la igualdad. Y, por tanto, la Corte Constitucional de 2013 debe analizar la cuestión de la intersexualidad desde una perspectiva pluralista que no se había construido en el precedente fijado 17 años antes. La inspiración de este análisis en perspectiva pluralista surge a partir del estudio de (Velásquez Acevedo et al., 2007) que revisa gran parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre hermafroditismo. La tesis principal de este estudio realizado en la Universidad de Antioquia es que:

En la jurisprudencia constitucional consultada sobre los casos de estados intersexuales en menores de edad, la interpretación sobre el principio de dignidad prevalece para la toma de decisiones, y se propone analizarlo desde la posición del menor en el contexto cultural colombiano, debido a que las condiciones sociales no son propicias para reconocer que pueden existir diferentes opciones para el menor intersexual; por tanto, la tendencia es tratar de identificar al menor en uno de los dos sexos, masculino o femenino, los cuales son excluyentes entre sí. En otras palabras, la Corte considera que la cultura no reconoce los individuos que no cumplen con los estándares creados para la diferenciación y rol sexual en caso de indefinición. En esta medida, la decisión adoptada por la Corte favorece una dignidad que se expresa en la posibilidad de que dicho individuo se ubique en uno de los dos géneros.

Desconoce la Corte que la Carta Política de 1991, reconoce como fundamento y principio de la sociedad colombiana la categoría jurídica de pluralismo en conexión directa con el principio y derecho de igualdad, postulado en el artículo 13 de esta norma fundamental.

[...] Lo anterior implica la aceptación de diferentes tipos de población sin discriminación alguna, por tanto, es función del Estado reconocer que existen diferencias sexuales en los casos en los que se presenta un estado intersexual, como es el caso del menor hermafrodita. Esta situación obliga al Estado a crear herramientas y posibilidades jurídicas para la protección de los derechos que se ven amenazados o violentados por la necesidad jurídica de concretar al menor en uno de los dos sexos. De esta forma, se piensa que

se reducen los problemas jurídicos, médicos y psicológicos para ese menor, desconociendo finalmente, los derechos a la pluralidad y a la igualdad.

Si el Estado colombiano se define como pluralista, y se defiende el argumento anterior de que no todos los individuos deben ser iguales en términos de sexo masculino o femenino con base en la dignidad humana, entonces se debería llegar a admitir la posibilidad de que el sujeto no se incluya en uno de esos dos sexos, lo que implica que previamente se disponga de los medios sociales y jurídicos adecuados a ese tipo de problemáticas, que permita que sea el paciente quien tome las decisiones respectivas a su estado intersexual (2005: 228-229).¹¹⁴

Uno de los referentes legales centrales en la discusión sobre el derecho a la personalidad jurídica es el Decreto 1260 de 1970 que regula el registro del estado civil de las personas en Colombia. En su artículo 52, este Decreto señala el contenido del Registro Civil de Nacimiento y distingue entre dos secciones: una genérica de la cual hacen parte el nombre, el sexo, el municipio de nacimiento, la fecha de nacimiento y la oficina de inscripción; y una específica, en la que se detalla la hora y el lugar del nacimiento, los nombres de la madre y el padre, su documento de identidad, su profesión u oficio, su nacionalidad, su estado civil, el código de sus registros de nacimiento y matrimonio, el nombre de quien certificó el nacimiento y su número de licencia. El mismo artículo determina que los datos de la sección genérica son requisitos esenciales para la inscripción, por lo que el dato del sexo deviene esencial para el registro civil de las personas. Sin sexo no hay registro ni personalidad jurídica. Este requisito de inscripción es el que advierten en la oficina de registro a los padres del bebé con ambigüedad genital del que trata este caso. En razón misma de la ley no es posible registrarlo, puesto que hay un requisito esencial que no se cumple y cuya falta no puede ser subsanada por los padres. Ahora bien, ¿por qué el sexo hace parte de la sección genérica del registro de manera que resulta esencial para la inscripción? Esta exigencia no se interroga en

114. Los dos últimos párrafos aquí citados son, a su vez, citados en las notas al pie de esta Sentencia. Es la primera vez que encontramos este tipo de hermenéutica producto de la metarreflexión crítica de la Corte Constitucional sobre su propia jurisprudencia sobre asignación sexual. Es importante señalar que el estudio de Velásquez Acevedo *et al.* se restringe a seis sentencias: T-477/95, SU-337/99, T-551/99, T-692/99, T-1390/00 y T-1025/02.

ningún momento en la sentencia *sub examine*, pese a que es determinante para el caso analizado. Sin embargo, de manera somera y a la vez significativa, la Corte afirma que:

La exigencia de señalar el sexo masculino o femenino del recién nacido en la parte genérica del certificado de nacimiento, es legítima y necesaria para realizar los fines dispuestos en la Constitución, en otras palabras, el sexo es un criterio de identificación válido que sirve para definir el matrimonio y fomentar la inclusión y protección especial de la mujer y la madre (Corte Constitucional, 2013b).

La expresión “los fines dispuestos en la Constitución” resulta particularmente interesante, pues en realidad en ninguna parte de la Constitución Política de Colombia se hace referencia ni a qué es el sexo ni a cuáles son sus fines, pero el magistrado González Cuervo supone que la referencia a “un hombre y una mujer” en el Artículo 42 le da sentido jurídico al sexo porque allí la diferencia sexual opera como forma de configuración de la institución matrimonial. Mediante una sinécdoque táctica la referencia particular al binario sexual que da forma a la familia y el matrimonio en este artículo de la Constitución, pasa a convertirse en el fin constitucional del sexo en general. La forma del vínculo matrimonial se convierte en el objetivo jurídico del sexo. Y lo que aviva este desplazamiento retórico, es una matriz heteronormativa que produce el sexo como una obligación jurídica para advenir a la personalidad jurídica y que, otorgándole al sujeto una única posición en el binario sexual, sirve para garantizar la reproducción de la estructura heterosexual del parentesco. El fantasma homosexual reafirma su insistente presencia. A fin de cuentas, la Corte teme que la no juridización del binarismo socave la institución del matrimonio heterosexual, de manera que las cinco preguntas con las que González Cuervo inauguraba un análisis que interrogaba la heteronormatividad quedan anuladas: solo hay dos categorías para identificar sexualmente a las personas, estas categorías son complementarias y todos los sujetos han de ubicarse en una de ellas a fin de ser reconocidos como personas jurídicas.

El segundo fin jurídico del sexo al que hace referencia González Cuervo, esto es, “fomentar la inclusión y protección especial de la mujer y la madre” ha sido

ampliamente desarrollado a través de la jurisprudencia de la misma Corte Constitucional. Sin embargo, aquí el criterio de discriminación positiva juega un rol más bien suplementario con relación al fin de la definición del matrimonio pues, desde una perspectiva pluralista, no tendría por qué limitar la existencia de otras categorías sexuales que, a su vez, permitiesen la protección especial de otras poblaciones discriminadas en razón de su sexo o su identidad sexual, de modo que si se plantea a la mujer como legitimadora de la existencia del binarismo es porque se subsume su valor al marco heteronormativo, hecho que se hace aún más patente en su referencia explícita a la función materna.

Una vez se arriba a este punto cabe preguntar: ¿entonces para qué González Cuervo formula unos cuestionamientos jurídicos sobre la posibilidad de otras categorías de identificación sexual, realiza una revisión en derecho comparado sobre el “tercer sexo” y propone la revisión del problema de la intersexualidad en perspectiva pluralista si, apenas unos párrafos más adelante, clausura el territorio y el fin de la sexualidad en el binarismo sexual? Quizá lo único que le dé sentido a esta trayectoria argumentativa es la justificación de la creación de un espacio de moratoria para el registro del sexo de las personas intersexuales y la exhortación al Legislador para que proteja de manera especial al sujeto intersexual. Así, al mismo tiempo que reafirma los fines constitucionales heteronormativos del sexo, el magistrado ponente hace una salvedad:

Sin embargo, a partir de las pruebas recabadas y de los estudios analizados en la presente sentencia, se desprende que existen personas intersexuales que no pueden clasificarse como hombres o mujeres desde su nacimiento debido a razones médicas y biológicas, lo cual no equivale a la negación de sus derechos fundamentales. El sexo de un individuo no determina su condición de ciudadano ni su calidad de ser humano, y no puede de ninguna manera convertirse en un criterio excluyente o negatorio de los derechos de toda persona y de todo ciudadano, como lo es el derecho a la personalidad jurídica. En otras palabras, desconocer a un intersexual sus derechos por esta razón significaría degradarlo y negar su calidad de ser humano (*Ibíd.*).

El magistrado González Cuervo introduce así la posibilidad de generar una moratoria en la determinación del sexo legal hasta tanto no se realice la asignación

sexual pues la “indeterminación del sexo no puede ser obstáculo para el ejercicio del derecho a la personalidad jurídica” (*Ibíd.*). De esta forma, resuelve la tensión entre la obligatoriedad del registro del sexo establecida en el Decreto 1260 de 1970 con la indeterminación sexual del niño intersexual. Con esta fórmula queda intacta la estructura heteronormativa que se materializa en el registro civil y da un espacio para que el cuerpo médico realice la asignación sexual que será validada por el Estado. Así, la Corte ordena a la Dirección Nacional de Registro Civil que implemente un procedimiento *ad hoc* para la inscripción de niños intersexuales o con genitales ambiguos en el que se consigne en un folio temporal el diagnóstico del menor, de manera que cuando el equipo interdisciplinario realice la asignación sexual del niño se diligencie la casilla correspondiente y se elimine la anotación realizada en el folio anterior. Esta orden se materializará con la publicación de la Circular No. 033 del 24 de febrero de 2015 de la Registraduría Nacional del Estado Civil en la que se dan directrices para la anotación del sexo en el Registro Civil de Nacimiento de niños intersexuales.

En la parte resolutive de la sentencia, la Corte Constitucional exhortará al Congreso de la República para que “regule de manera urgente y prioritaria” el registro e identificación de personas intersexuales o con genitales ambiguos, tarea que, al menos hasta el año 2020, sigue pendiente.

Pese a la clausura del tema de la obligatoriedad jurídica del binarismo sexual, hay una línea de despliegue de la cuestión sexual completamente inédita que se abre gracias a esta sentencia. González Cuervo afirma en los fundamentos de la decisión que “el sexo de un individuo no determina su condición de ciudadano ni su calidad de ser humano” (*Ibíd.*) en clara alusión a que la indeterminación sexual no puede convertirse en un escollo para gozar de la personalidad jurídica y la consecuente protección del Estado. Esta tesis, sin embargo, cumple un papel paradójico, pues al mismo tiempo que abre al espacio de la moratoria del registro de personas intersexuales, esto solo implica un aplazamiento con efecto temporal, pues a fin de cuentas el mismo protocolo prevé que se elimine la anotación diagnóstica

y se proceda a otorgarle al sujeto una posición en el binario sexual. Entonces, incluso con el Protocolo Especial establecido en esta sentencia, el sexo del individuo sí determina la condición de ciudadano. Pero el solo hecho de suspender, al menos de manera provisional, la determinación del sexo para el registro, González Cuervo abre una puerta para cualificar jurídicamente el sexo de otras formas y relacionarlo de otro modo con el estado civil.

Quizá el elemento formal que mejor señala esta nueva línea de despliegue es la formulación del sexo como dato sensible, cualidad que se predicará del sexo incluso en la parte resolutive de la sentencia. De acuerdo con el artículo 5 de la Ley 581 de 2012, los datos sensibles son:

[...] aquellos que afectan la intimidad del Titular o cuyo uso indebido puede generar su discriminación, tales como aquellos que revelen el origen racial o étnico, la orientación política, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, organizaciones sociales, de derechos humanos o que promueva intereses de cualquier partido político o que garanticen los derechos y garantías de partidos políticos de oposición así como los datos relativos a la salud, a la vida sexual y los datos biométricos.

En el caso de la anotación del diagnóstico de intersexualidad o de ambigüedad genital en el folio provisional del registro civil dentro del Protocolo Especial aquí propuesto el sexo se entiende como un dato sensible. Pero, ¿qué impide generalizar esta cualificación? O dicho de otro modo, si “el sexo de un individuo no determina su condición de ciudadano ni su calidad de ser humano” y hace parte del “núcleo esencial del derecho a la intimidad” (*Ibid.*), ¿por qué ha de seguir considerándose el sexo como un dato público obligatorio para el estado civil y el registro?

Para finalizar, es importante señalar que en esta sentencia T-450A/13 encontramos el segundo salvamento de voto dentro del *corpus* jurisprudencial aquí analizado. Este salvamento lo realiza el magistrado Mendoza Martelo, quien considera que en el caso revisado hay un hecho superado pues, durante el proceso de revisión del caso, efectivamente el bebé fue registrado con el sexo femenino, prueba que fue allegada a la Corte en su momento por los padres. Pero más allá de esto, el magistrado cree que, al introducir mecanismos como el Protocolo Especial para el

registro de intersexuales, la Corte ha realizado una tarea que le corresponde al Legislador en el sentido en que cualquier protocolo supone la homogenización de distintas situaciones que exceden la competencia particular que, para este caso, tiene la Corte Constitucional. Las objeciones de Mendoza Martelo no apuntan a la materia de la indeterminación sexual sino a la pertinencia y alcance de la ponencia presentada por González Cuervo, por lo que no es necesario profundizar aquí sobre el sentido de este salvamento.

6.11 Las identidades transgénero

Sentencias T-552 y T-771 de 2013

Magistrada ponente: María Victoria Calle Correa

Con estas sentencias se inaugura un nuevo modo de abordaje de la cuestión de la asignación sexual en la Corte Constitucional, en el que la mirada médica es relativizada y un enfoque de política identitaria toma el relevo como punto de anclaje de la problematización jurídica. Estas sentencias son definidas por la Sala de Revisión compuesta por los magistrados María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, y fueron emitidas con una diferencia de menos de tres meses entre sí. Ambas tienen ponencia de la magistrada Calle Correa y aclaraciones de voto del magistrado Guerrero Pérez que no son publicadas por la Relatoría de la Corte. El análisis realizado por la magistrada tiene unidad temática y conceptual, por lo que podemos abordar los tres casos revisados de manera conjunta.

La sentencia T-552/13 recoge los expedientes de Yesica Paola Serna Gómez y Charlie Santiago Noriega Peña; y la sentencia T-771/13 analiza el caso de Ana

Sofía Arango Berrío. Todas son personas transgénero a las que se hace referencia por su sexo de identificación y tienen diferentes edades. Recurren a la tutela porque sus correspondientes EPS, en distintos lugares del país, se niegan a autorizarles la realización de cirugías de reafirmación sexual a través de las cuales buscan reafirmar su identidad de género. A continuación, sintetizamos los aspectos más relevantes de cada caso antes de proceder a su análisis.

Yesica Paola es una mujer de 45 años que en agosto de 2012 solicita a la EPS Comfama la autorización para realizarse una cirugía de reasignación de sexo. Ella fue asignada con el sexo masculino al nacer y, según dice, “me siento mal ya que nací en un cuerpo que no me corresponde” (Corte Constitucional, 2013b). En respuesta a su derecho de petición, Comfama le indica que el régimen subsidiado de salud al cual ella está afiliada no cuenta dentro de su plan de beneficios con el procedimiento de “cambio de sexo”, como según la entidad sí sucede con el plan contributivo, por lo que deciden negar la solicitud. Ante esta situación, ella interpone una acción de tutela. El juzgado de su municipio de domicilio decide tomarle declaración y le pregunta si ella se ha realizado exámenes médicos que sustenten la necesidad del tratamiento solicitado, a lo que ella responde: *“para nada, porque yo no estoy enferma, sólo puse la tutela para que me manden a los cirujanos porque yo sé quien soy [sic]”* (Ibíd.).¹¹⁵ De modo que no hay orden médica que prescriba las intervenciones quirúrgicas solicitadas. En noviembre de 2012 le toman una nueva declaración a Yesica Paola. Allí, ella indica las razones por las que hace su petición:

[...] mi sexo continúa siendo masculino, queriendo desde pequeña tener sexo femenino, ya que esta [es] mi identidad de género y de ellos puede dar fe toda la comunidad del municipio de Donmatías [sic]. Mi anhelo ha sido cambiarme de sexo físicamente ya que en el registro civil lo hice, por eso estoy dispuesta a someterme a una intervención quirúrgica de adecuación de

115. En cursiva en la sentencia.

mis genitales, toda vez que me siento en un cuerpo extraño o que no me corresponde (Corte Constitucional, 2013b).¹¹⁶

El Juzgado Promiscuo Municipal de Donmatías, en sentencia de única instancia, decidió no amparar los derechos de Yesica Paola, con el argumento de que ella tenía “un alto grado de desconocimiento” del procedimiento solicitado:

[...] si bien pregona la petente conocerse perfectamente tanto física como psicológicamente, no es menos cierto que el procedimiento es de tal envergadura, que ellos no es suficiente, toda vez que lo que se necesita es un estudio interdisciplinario de profesionales que brinden la capacitación e información que se requiere a la misma para la realización del procedimiento solicitado [sic] (*Ibíd.*).

La Corte decide revisar el caso de Yesica Paola reencuadrándolo dentro del derecho a la información, pues considera que en razón de su misionalidad, la EPS tiene una carga mayor en el deber de informar claramente en qué consiste un proceso de reafirmación sexual y proveerle al paciente las condiciones para tomar una decisión.

El segundo caso analizado aquí es el de Charlie Santiago de 17 años de edad, joven que al nacer fue asignado con sexo femenino. Según el relato de su madre:

Desde muy pequeña mi hija se caracterizó por ser una personita aislada, especialmente en sus primeros años escolares en donde se mantenía indiferente a los juegos femeninos y el contacto con las niñas de su mismo sexo, más por el contrario siempre demostró preferencia por las actividades masculinas, razón por la cual fue sometida a valoraciones psicológicas dentro de la institución educativa en donde comenzó a estudiar [sic]. Es de tenerse en cuenta que, a medida que fue creciendo, su carácter y comportamiento se fueron tornando más rebeldes al verse sometida a las burlas de sus compañeros de clase y amigos de la comunidad al no adoptar un comportamiento acorde a su aparente sexo. Todo esto permitió que mi hijo se convirtiera en una persona aislada y retraída, lo que me llevó a la tarea de solidarizarme con su causa y apoyarlo en la toma de su decisión de someterse a un procedimiento médico que le permitiera realizarse como hombre (*Ibíd.*).¹¹⁷

116. Nótese que Yesica Paola habla de sí misma en términos de identidad de género.

117. En su mismo relato la mamá de Charlie Santiago transita de la asignación femenina a la masculina de su hijo.

A través de su mamá, Charlie solicitó a Asmet Salud la autorización para realizarse las cirugías necesarias para completar su “readecuación de sexo”, pues ya había recibido la valoración médica correspondiente que recomendaba “suplemento hormonal masculino y reconstrucción de pene, uretra y escroto”. Sin embargo, la EPS rechazó la solicitud aduciendo que

[...] la cirugía no es viable por cuanto mi hija es menor de 18 años y no se puede mutilar y por ende se me informa que quien es realmente competente para autorizar el proceso es el Bienestar Familiar de esta ciudad [...] (*Ibíd.*).¹¹⁸

Por su parte, el ICBF señala que Charlie no está a cargo de la institución sino de su familia y, por tanto, es su madre quien debe autorizar un tratamiento con el que claramente está de acuerdo. Así, en diciembre de 2012 la señora interpone una tutela en representación de su hijo. El Juzgado toma una declaración juramentada de Charlie Santiago para conocer su opinión respecto a la solicitud de “cambio de sexo”, a la que el muchacho responde:

[...] yo estoy de acuerdo con lo que dice mi mamá en la acción de tutela, soy consciente de los procedimientos médicos a los cuales tengo que ser sometido, yo quiero que se me haga extirpación de las glándulas mamarias, la histerectomía ósea, la extirpación del útero y de los ovarios, esto es, el retiro de todo el aparato reproductor femenino [...] y reconstrucción de pene y uretra y escroto, y también el inicio del tratamiento hormonal masculino por parte del endocrinólogo. Este procedimiento no me ha sido ordenado por

118. La EPS interpreta la solicitud de readecuación sexual como una mutilación y deniega la potestad de la madre. Esta hermenéutica médico-moral es relativamente frecuente en la valoración jurídica de las cirugías de reafirmación sexual de las personas transgénero como lo señalamos previamente en la nota 96.

Ahora bien, llegados a este punto queda en evidencia que esta mirada mutiladora nunca se aplica a la readecuación de genitales en casos de intersexualidad, en los que también se eliminan órganos y tejidos con miras a un fin de normalización funcional. La decisión libre y autónoma de eliminar partes sanas del cuerpo para reafirmar ciertas formas identitarias tiende a ser patologizada y vista con sospecha, pero no sucede lo mismo cuando la decisión tiene un carácter heterónimo como el de la prescripción médica. Es decir, la mutilación por prescripción invisibiliza su propio estatuto. Sobre los problemas jurídicos de la mutilación genital de niños intersexuales puede consultarse (DeLaet, 2012; (Attorneys for the Rights of the Child Newsletter, 2013 y Fraser, 2016).

EPS ASMET SALUD. [...] Los médicos que me han tratado me han explicado los procedimientos a que tengo que ser sometido y, como vuelvo y repito, deseo que en mi cuerpo se realice la readecuación de sexo. [...] tengo 17 años de edad, falta un año para ser mayor de edad y considero que mi pensamiento [...] va a ser el mismo, llevo diecisiete años con la misma idea y nada me va a cambiar (Corte Constitucional, 2013b).¹¹⁹

En fallo de primera instancia, el Juzgado Primero Penal Municipal de Popayán amparó los derechos fundamentales de Charlie Santiago y ordenó a Asmet Salud que autorizara los procedimientos ordenados, decisión que fue impugnada por la EPS con el argumento de que no todos los procedimientos ordenados hacían parte del POS. En febrero de 2013, en fallo de segunda instancia se confirmó el fallo anterior y se añadió el derecho de Asmet Salud a hacer el recobro al Fosyga por los gastos que no estaba obligada a asumir. La Corte Constitucional, por su parte, revisará si la EPS vulneró los derechos a la salud, identidad sexual y de género, y libre desarrollo de la personalidad de Charlie Santiago por no ofrecerle un acompañamiento apropiado al consentimiento informado que supone el procedimiento de reasignación de sexo y negarse a autorizarle este tratamiento.

El tercer caso analizado es el de Ana Sofía Arango Berrío, mujer de 23 años residente Armenia y quien desde los 16 años “ha expresado y vivido su identidad de género como mujer” e inició desde 2011 un proceso de “reafirmación sexual” pues al nacer se le asignó el sexo masculino. En valoración psiquiátrica se le diagnosticó “*que no se evidencia psicopatología alguna*” y fue remitida a endocrinología para iniciar tratamiento hormonal de “feminización”. Ana Sofía manifiesta que

[...] que inició el proceso de afirmación sexual porque de acuerdo con las ciencias médicas, y en particular la psiquiatría, las personas que no están conformes con el sexo biológico con el que nacieron pueden padecer de disforia de género. Al respecto, menciona los manuales de psiquiatría DMS4 y DMS5 de la Asociación de Psiquiatría de Estados Unidos (APA, *American Psychiatric Association*), y explica que las personas con disforia de género no están satisfechas con el sexo biológico con el que nacieron, razón por la que hacen “*todo lo necesario y posible para hacer parte del género o sexo*

119. Charlie Santiago se refiere en términos técnicos a las cirugías que implican su tratamiento de “readecuación de sexo”.

en que desean construir su identidad de género y su identidad sexual” (Corte Constitucional, 2013c).¹²⁰

De acuerdo con su historia clínica, Ana Sofía es una

[...] paciente con disforia sexual desde infancia, quien desde la adolescencia está en búsqueda de su identidad de género y desde entonces se viste como mujer. En la actualidad tiene actitudes y actúa como mujer en 90% y solo 10% de su tiempo se viste como hombre, para ciertas actividades de carácter legal. Desde oct de 2011 está en reemplazo hormonal con ACO de baja dosis (Diane 35) para manejo de pilosidad facial y corporal.

Paciente remitido para evaluación e iniciar proceso integral de reasignación de sexo a TRAVES DE TTOS (sic) MÉDICOS, QUIRÚRGICOS Y EN CONTROL PSICOLÓGICO (*Ibid.*).¹²¹

120. En cursivas en la sentencia. Entre el DSM-IV y el DSM-5 ocurre una transformación conceptual, categorial y diagnóstica muy significativa con relación a los Trastornos de Identidad de Género que, en la última edición del manual diagnóstico de la APA, desaparecen para dar paso a una nueva clase diagnóstica denominada “Disforia de Género”, introducida aquí con el ánimo de reducir el estigma y la patologización asociados con las identidades transgénero, este último, concepto que también será utilizado por primera vez en el Manual. De acuerdo con el doctor en Antropología Social Jordi Mas Grau:

Con el cambio de denominación, la esencia del diagnóstico ya no es la identificación de género cruzada (la APA admite que la no conformidad de género no es *per se* un trastorno mental), sino “el malestar que puede acompañar a la incongruencia entre el género experimentado o expresado y el género que se asigna” (Asociación Psiquiátrica Norteamericana 2014: 451). No obstante, convertir el malestar (o su versión técnica “disforia”) en sinécdoque de la categoría diagnóstica supone otra forma más de homogeneizar la pluralidad que caracteriza al mundo “trans”. Existen personas que no sienten angustia alguna por su condición. Y si en realidad experimentan algún malestar, éste es generado por una sociedad transfoba que las estigmatiza (Mas Grau, 2017).

Ahora bien, resulta interesante que Ana Sofía recurra a dos ediciones del Manual completamente distintas para legitimar científicamente su identidad y su decisión, más aún, cuando precisamente la edición número 5 del DSM busca corregir y superar prejuicios médicos y psiquiátricos de la edición IV que, por ello, debe considerarse obsoleta. Al afirmar el contenido de las dos ediciones, así como el diagnóstico de su psiquiatra que indica que “no se evidencia psicopatología alguna”, Ana Sofía queda al mismo tiempo patologizada y despatologizada. En este sentido, ella hace un uso táctico y no técnico del diagnóstico.

121. Las mayúsculas son del texto original de la sentencia. Las actitudes masculinas de Ana Sofía están relacionadas con “actividades de carácter legal” que implican un 10% de su tiempo. Es decir, para ejercer como sujeto de derechos y obligaciones jurídicas, Ana Sofía se siente obligada a travestirse.

En junio de 2012, atendiendo la recomendación de su EPS Comfenalco que le indica que es mejor realizar su tratamiento en Bogotá pues allí hay mejores especialistas para su caso, Ana Sofía decide mudarse y la EPS Compensar asume su atención en virtud de un convenio con la EPS de Armenia. Ella solicita a Compensar la realización de una mamoplastia de aumento prescrita por su médico tratante del Hospital San Ignacio, pero el Comité Técnico Científico de Servicios Médicos y Prestaciones de Salud NO POS de la EPS niega la solicitud argumentando que

[...] no fue verificada la existencia de un riesgo inminente para la vida o la salud de la paciente, así como la prueba y constancia del mismo en la historia clínica respectiva. [Y agrega que] el procedimiento solicitado tiene fines estéticos (Corte Constitucional, 2013c).

Ante tres solicitudes rechazadas, Ana Sofía interpone tutela pues considera que las EPS “no tienen una voluntad real para tratar la disforia de género” y

Resalta en este sentido que las EPS demandadas no cuentan con el personal idóneo que le brinde “*al menos el procedimiento inicial de reemplazo hormonal requerido en estos casos antes de una orquidectomía*”. Agrega, que el sistema de salud en Colombia se equivoca al considerar que procedimientos como las mamoplastias de aumento, constituyen tratamientos cosméticos. Asegura que estos procedimientos no son en algunos casos cosméticos “*para Nosotras las mujeres Transgeneristas [...] ya que hacen parte de un cúmulo de proceder necesarios para lograr un cuerpo femenino*” (Ibíd.).¹²²

En enero de 2013, el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá decidió conceder el amparo a Ana Sofía, pues consideró que la EPS Compensar vulneró sus derechos fundamentales a la salud y al libre desarrollo de la personalidad. Pero la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá revocó la decisión de primera instancia y declaró improcedente la tutela pues en su criterio

[...] no aparece acreditado que la no práctica de la mamoplastia de aumento implique un riesgo inminente para la vida o la salud de la accionante o “*que afecte sus condiciones de vida digna*”. En este sentido, adujo que **no puede confundirse la reasignación de sexo con el procedimiento de mamoplastia por cuanto este último tiene un carácter “meramente estético**

122. En cursivas en la sentencia. Nótese que Ana Sofía se define como una persona perteneciente a un colectivo social.

co”. Agregó al respecto que la mamoplastia de aumento que solicita la peticionaria no evidencia “*un fin funcional*”; en otras palabras, con dicho procedimiento no se busca “*la reconstrucción de alguna parte de su cuerpo que haya sido afectada por un trauma o un accidente*”. Concluye entonces que, “[e]s claro que la ausencia de la cirugía de mamoplastia de aumento requerida por la accionante, así sea parte del cambio de género derivado de su trastorno, no pone en peligro la función de un órgano o de un sistema, que pueda ser subsanado con dichas prótesis, y en tal sentido, en el sub lite, no se encuentra comprometida la salud física de la accionante, pues la historia clínica no lo refiere así”.

Así mismo, argumentó que otros tratamientos, como los hormonales, “*pueden lograr el objetivo de aumentar el volumen de las mamas*”, además de que el aumento solicitado “*de manera alguna determina el género*” (*Ibid.*).¹²³

Para la Corte Constitucional, el problema jurídico a tratar en este caso es si la EPS vulnera los derechos de una paciente transgénero “al negarle la prestación integral de los procedimientos necesarios para reafirmar su género”.

En los tres casos descritos —Yesica Paola, Charlie Santiago y Ana Sofía— la magistrada ponente analiza los derechos a la salud, a la identidad sexual y de géne-

123. Las negrillas son mías. El problema médico-administrativo aquí tratado es si la mamoplastia de aumento puede considerarse o no como parte del tratamiento de reasignación de sexo y, por tanto, estaría cubierto o no por el plan de beneficios de la usuaria. El Tribunal que revoca el amparo a Ana Sofía tiene una curiosa tesis al respecto, pues da por hecho que la mamoplastia de aumento sí hace parte del proceso de reasignación sexual pero no puede confundirse con él, lo que le permite negar la autorización específica de la mamoplastia sin rechazar la posibilidad de que se cubra el tratamiento de cambio de género. Resulta pintoresco, además, el argumento según el cual Ana Sofía podría lograr un aumento de las mamas a través de terapia hormonal ¿A partir de qué elementos el juez se da esta singular licencia prescriptiva y toma un papel de médico? Y, para terminar de confundir la argumentación, el Tribunal sostiene que el aumento de mamas no determina el género, pese a que antes había afirmado que este sí hacía parte del tratamiento.

De acuerdo con el protocolo de atención a pacientes transgénero —al que ya se ha referido la Corte Constitucional en otros casos— la transición de género debe realizarse por etapas y de lo menos a lo más invasivo, a fin de que el paciente pueda comprender los efectos de su decisión y pueda dar su consentimiento informado cualificado en cada paso. Es por esta razón que la trayectoria fármaco-quirúrgica puede iniciar con terapias hormonales y mamoplastias, para luego pasar a cirugías más invasivas como la penectomía. Al rechazar que la mamoplastia haga parte efectiva y real del tratamiento, el Tribunal no solo supone que las mamas no son necesarias para que Ana Sofía se afirme como mujer, sino que desnaturaliza el tratamiento entero al obligarla a que se “salte” pasos. En resumen, el Tribunal dicta aquí qué debe entenderse por *ser mujer*.

ro, y al libre desarrollo de la personalidad de personas transgénero y, en particular, en situaciones en las que la afirmación de su identidad pasa necesariamente por la realización de intervenciones quirúrgicas y terapias hormonales. Y para este análisis, en un movimiento metaléptico, Calle Correa reinterpreta la jurisprudencia del niño hermafrodita —y, en particular, las sentencias T-477/95 y SU-337/99— en términos de derechos sexuales y de género, de manera que ya allí encuentra elementos bioéticos y jurídicos que se vuelven homologables para la revisión de los casos bajo examen.

Lo primero que resulta notorio del análisis de Calle Correa es que en ningún momento se refiere a estos tres ciudadanos como transexuales y en todo momento es consistente su reconocimiento a la identidad de género con la que cada uno de ellos se vive a sí mismo. Las pocas referencias a la transexualidad en estas sentencias son realizadas por los médicos de distintas especialidades que tratan a estas personas, pero de manera general, los ciudadanos que aquí reclaman la posibilidad de recibir un tratamiento completo de reafirmación sexual comprenden su identidad como mujer u hombre transgénero y, así mismo, los reconoce la magistrada ponente.

Para dotar de sentido jurídico a la categoría transgénero, Calle Correa recurre a referentes conceptuales organizativos y jurisprudenciales. Un primer referente organizativo y socio-político, es construido a partir del modelo analítico y operativo de la organización Colombia Diversa que trabaja por la defensa de los derechos humanos de las personas LGBT. Según su enfoque:

[...] el término *trans* o transgénero “*se ha difundido como un término sombrilla para todas aquellas identidades que implican experiencias de tránsito en el género*”. Teniendo en consideración esta precisión, define de manera genérica a las personas transgénero o trans como aquellas que “*viven un género diferente del asignado al nacer, habiendo o no recurrido a cirugías y/u hormonas*”. Asimismo indica que la mujer trans en particular es “*una persona que al nacer fue asignada al género masculino, y la cual se identifica en algún punto del espectro de la feminidad, cualquiera que sea su status transicional y legal, su expresión de género y su orientación sexual*”. Por su parte, los hombres trans son personas que al nacer fueron asignados al género femenino y se identifican “*en algún punto del espectro de la*

masculinidad, cualquiera que sea su status transicional y legal, su expresión de género y su orientación sexual” (Corte Constitucional, 2013b).¹²⁴

Pese a que esta definición pretende ser específica de las identidades que implican el “tránsito en el género” y, por tanto, a la posición T de la sigla LGBT, en T-552/13 la magistrada Calle Correa realiza una catacresis por medio de la cual extiende su significado a todo el espectro de identidades LGBT:

Se puede concluir entonces que los términos *trans* o transgénero **han sido empleados como conceptos con los cuales designar** la diversidad de los múltiples procesos de definición, experiencia y redefinición de las identidades de los miembros de la población LGBT. En consecuencia, el término *trans* o transgénero incorpora todas las formas de diversidad de género diferentes a la concepción normativa de la heterosexualidad y el género (*Ibíd.*).

Esta interpretación es luego corregida de una manera muy particular en T-771/13 pues esta vez, si bien se matiza explícitamente el alcance del concepto *trans*, se sigue empleando para referirse a toda la población LGBT, esto es, lesbianas, gays, bisexuales y *trans*:

[...] es claro entonces que los términos *trans* o transgénero **han sido empleados como genéricos que no buscan definir o designar de manera exhaustiva** la diversidad y dinámica de los múltiples procesos de definición, experiencia y redefinición de las identidades de los miembros de la población LGBT. En consecuencia, el término *trans*, o transgénero incorpora todas las formas de diversidad de género diferentes a la concepción normativa de la heterosexualidad y el género (Corte Constitucional, 2013c).

Otro ajuste conceptual es evidente en la primera definición que en los fundamentos de ambas sentencias hace Calle Correa. En T-552/13 se afirma que:

El término *transgénero* constituye una denominación genérica con el cual se ha designado a aquellas personas cuya **identidad sexual y de género no coincide con la que le fue asignada al nacer con base en las características físicas (sexo biológico)**. El término es genérico porque es empleado para

124. Las cursivas son de la sentencia original. En razón del uso táctico que tiene esta definición para la misión de Colombia Diversa, hay una clara distinción entre el estatus transicional y la identidad legal de la persona *trans*, así como de los modos en que esta expresa su género y determina su orientación sexual. La separación analítica les permite organizar estratégicamente el trabajo de defensa de derechos humanos.

describir pluralidad de manifestaciones, experiencias e identidades, e incluye, entre muchas otras, a personas transexuales, transgénero, intergénero, **intersexuales**, transformistas, drag queens, y drag kings (Corte Constitucional, 2013b).¹²⁵

En T-771/13, esta definición tiene cambios muy significativos, pues se elimina de la ‘sombrija’ trans al conjunto de los sujetos intersexuales y se añade a los “travestidos” pero, sobre todo, se enmarca el transgénero en el contexto más amplio de las expectativas sociales sobre el sexo y el género y no solo respecto a la morfología del sexo biológico.

El término *transgénero* constituye una denominación genérica con el que se ha designado a aquellas personas cuya **identidad de género y/o sexual es diferente a las expectativas convencionales basadas en las características físicas sexuales o el sexo que les fue asignado al nacer**. El término es genérico toda vez que es empleado para describir una pluralidad de expresiones, experiencias e identidades, e incluye, entre muchas otras, a personas transexuales, transgénero, **travestidos**, intergénero, transformistas, drag queens y drag kings (Corte Constitucional, 2013c).¹²⁶

Estos ajustes conceptuales, más que errores o confusiones, revelan el interés de la magistrada Calle Correa en refinar y precisar la comprensión del fenómeno transgénero. La magistrada busca desplazar el centro de gravitación hermenéutica de la experiencia de transición de la identidad sexual o de género desde la medicalización de la conducta transexual que era hegemónica hasta este momento en la Corte Constitucional, hacia una comprensión identitaria transgénero fundada en la autonomía del sujeto. Y si bien hay claras tensiones con el paradigma patologizador aún imperante en la cultura colombiana, es explícita la intención de avanzar hacia la desmedicalización de las identidades trans, al punto que incluso el término transexual resulta proscrito del análisis.

Este desplazamiento conceptual tiene profundas implicaciones en la problematización jurídica constitucional que hemos analizado hasta este momento, pues con

125. Las cursivas son del texto original y las negrillas son mías.

126. Las cursivas son del texto original y las negrillas son mías.

relación a la intersexualidad y la transexualidad de alguna manera predominaba en la Corte Constitucional una mirada compasiva que, a través del derecho, buscaba superar una situación concreta de sufrimiento personal y familiar que trascendía y se hacía extensible a otras personas en el campo social. Pero con Calle Correa, se inaugura en este contexto un uso del derecho que busca reivindicar una población marginada no solo socialmente, sino también hermenéutica y jurídicamente. Así, de la sentencia T-314/11, la magistrada tomará como referente conceptual y precedente la definición de las identidades agrupadas en la categoría “transgeneristas” y, en general, una visión socio-política de los y las “trans” como colectivo, comunidad y población, con lo que apunta a superar una visión de las personas inter y transexuales como una simple desviación individual de la norma sexual o un suplemento anormal al que podía reconocérsele su legitimidad y el derecho a la salud integral, para reconocerles como sujetos autónomos que de manera libre y voluntaria construyen unas identidades sexuales individuales y colectivas cuya legitimidad debería ser reconocida socialmente. Una nota al pie de la sentencia T-552/13 sintetiza este radical desplazamiento en la hermenéutica jurídica de la Corte:

La inclusión de este contenido dentro del ámbito protegido por la esfera de autonomía que ampara el derecho al libre desarrollo de la personalidad no implica que la Corte fije con autoridad una posición en un asunto que es objeto de controversia en el ámbito filosófico y científico, que no le corresponde zanjar a este Tribunal, como es la cuestión acerca de si las definiciones identitarias, en particular las relativas a la identidad sexual y de género, constituyen una manifestación del libre albedrío o si, por el contrario, responde a una determinación genética o de otro orden, que escapa al control del individuo. Reconocer y amparar ésta y otras manifestaciones de la autonomía individual como ámbitos protegidos por el libre desarrollo de la personalidad no compromete a la Corte con una tesis filosófica sobre la existencia del libre albedrío, sino tan sólo con una tesis normativa mucho más modesta y es que, más allá de si las decisiones vitales de una persona resultan de su libre albedrío o, en alguna medida, están determinadas por factores que escapan a su control, tales decisiones deben ser respetadas por los demás, en tanto no interfieran con los derechos de los demás u otros bienes jurídicos merecedores de protección constitucional (Corte Constitucional, 2013b).

Para Calle Correa, las hipótesis sobre la naturaleza de la identidad sexual no tienen por qué ser validadas jurídicamente ni, mucho menos, determinar su amparo.

Es decir, no es necesario introducirse a las profundidades del cómo se constituyen las identidades sexuales ni elevarse a la búsqueda de su sentido para que su existencia sea protegida por el Estado de Derecho. De esta forma, la discusión sobre la normalidad de la conducta sexual y, sobre todo, los criterios médicos de objetivación del sexo, se dejan por fuera del juicio de amparo de la identidad sexual. Para la protección constitucional no importa si el origen de las identidades transgénero es patológico, genético o de cualquier otro tipo, basta con el hecho de que sean formas de despliegue de un proyecto de vida que no afecte los derechos de los demás. La tesis normativa de la magistrada es, más que despatologizadora, desmedicalizadora, pues protege la decisión autónoma del sujeto trans sin que su legitimidad dependa del criterio médico. La medicina será una herramienta para la afirmación de la autonomía, pero no su condición de ejercicio.

Esta transformación del papel de la medicina en la autonomía deja rendimientos incluso al nivel conceptual. En T-552/13 las cirugías que en las dos décadas anteriores se llamaban de “readecuación genital”, algunos denominaban de “reasignación sexual” y otros simplemente como “cambio de sexo”, serán definidas dentro del nuevo paradigma como procedimientos de “reafirmación sexual quirúrgica”. En el marco de los derechos transgénero tal y como los desarrolla Calle Correa, las cirugías no tienen por objetivo adecuar los genitales a cierta mirada normalizadora ni heteroasignarle un sexo a alguien, sino reafirmar la autonomía del sujeto sobre su sexo y sobre sí mismo.

En este contexto, en lugar de emplear la expresión coloquial de “cambio de sexo”, es más acertado referirse a la reafirmación sexual quirúrgica como el procedimiento integral orientado a obtener una correspondencia entre el género o sexo en el cual las personas trans viven y construyen su identidad de género y sexual, de un lado, y su cuerpo, del otro. Dicho proceso podrá variar e incluir diferentes tipos de procedimientos quirúrgicos y hormonales, así como atención médica especializada, dependiendo de la prescripción médica en el caso concreto (*Ibid.*).

Esta definición tendrá amplios rendimientos médicos-jurídicos, pues uno de los problemas que advertíamos desde T-876/12 era precisamente el de las enormes dife-

rencias entre los criterios de los magistrados y jueces, los médicos, las administradoras de salud y las personas trans respecto a qué debía entenderse por “cambio de sexo”. En el aspecto procesual e integral que destaca Calle Correa, la reafirmación sexual quirúrgica incluye por su propia naturaleza tratamientos diversos y en distintas etapas que coinciden en un objetivo común: obtener la correspondencia entre la identidad sexual construida y el cuerpo, con lo que se esperaría superar las críticas esteticistas a estos tratamientos. Así, en T-771/13, con respecto al supuesto carácter estético de la mamoplastia solicitada por Ana Sofía que ha señalado el Comité Técnico Científico de la EPS y el Tribunal de segunda instancia, la magistrada ponente señala:

En el caso de algunas mujeres trans, como la accionante, la construcción identitaria respecto del género incluye transformaciones corporales que buscan expresar el sentir personal del sujeto respecto a su propio ser. En estos casos, las modificaciones físicas no tienen un significado netamente estético, pues hacen parte esencial de una identidad de género, que recibe protección constitucional bajo los derechos fundamentales a la salud, la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y a la sexualidad (Corte Constitucional, 2013c).

De acuerdo con este paradigma, procedimientos quirúrgicos como la mamoplastia permiten construir y afianzar la identidad sexual y de género de las personas trans, esto es, se les reconoce a estos tratamientos un papel performativo, productor del sexo y el género, en contravía del criterio del Tribunal que, para el caso de Ana Sofía, aseguraba explícitamente que el volumen de los senos no determinaba el género. La reafirmación sexual quirúrgica permite englobar procedimientos que, de otra forma, resultarían muy disímiles entre sí, pero que en conjunto catalizan la materialización performativa del sexo vivido por las personas trans, por lo que los distintos componentes del tratamiento ganan un sentido funcional y terapéutico que coincide con la definición de salud como bienestar integral para la población trans que la Corte ha establecido como precedente para estos casos desde T-918/12.

No obstante su cualidad englobante, esta categoría introducida por Calle Correa es también singularizante, en la medida en que se ajusta a las distintas

experiencias de las personas trans y a las prescripciones particulares que consideren necesarias los médicos. De allí que, en los tres casos analizados por la magistrada en estas sentencias, se ordene la creación de equipos médicos con profesionales de distintas especialidades que determinen cuál será el conjunto de procedimientos concreto que, para cada caso, constituirá el proceso de reafirmación sexual quirúrgica.

Sin embargo, estas mismas ordenes delatan la compleja malla de poder en la que se encuentra inserto el sujeto trans pues es, al mismo tiempo, despatologizado y patologizado, validado en su autonomía y despojado de ella, emancipado y sometido. Y ello ocurre en la medida en que la transexualidad está patologizada en su origen pues es una categoría diagnóstica y, si bien se puede reconocer el valor de emancipación y reafirmación de la autonomía que proporciona la reafirmación sexual quirúrgica, el camino para acceder a esta terapia pasa necesariamente por la patologización. El caso de Yesica Paola es el más diciente de esta paradoja, pues ella rechaza de manera vehemente comprenderse a sí misma como enferma y, por esto, solicita directamente las cirugías sin pasar por ningún tipo de consulta o prescripción, pero el amparo otorgado por la Corte Constitucional a fin de reafirmar y materializar su autonomía la obliga a pasar por la revisión de un equipo médico. Para producirse como sujeto autónomo y normal, ella debe someterse al criterio patológico, hecho que si bien puede ser asumido como un mecanismo puramente estratégico para algunas personas trans, no deja de suponer también un tratamiento humillante para esta población.¹²⁷

127. Yesica Paola tiene 45 años cuando interpone la acción de tutela y quizá ello le permite tener una relación más reflexiva con el diagnóstico médico. Ahora bien,

[...] cuando preguntamos quién sería capaz de sostener una relación meramente instrumental con la diagnosis, suelen ser adultos astutos y experimentados los que disponen de otros discursos para comprender quiénes son y qué quieren ser. Pero, ¿los niños y los adolescentes son siempre capaces de tomar la distancia necesaria para mantener una aproximación meramente instrumental a la sujeción a un diagnóstico? (Butler, 2006: 123).

Ejemplo de esto es el lenguaje de Charlie que, en cambio, tiende a ser más medicalizado.

Sobre los límites de los usos estratégicos, satíricos o instrumentales del diagnóstico por

Pero el aporte más revolucionario de este paradigma socio-identitario introducido por Calle Correa toma forma en la sentencia T-771/13. Una vez el sexo deja de orbitar alrededor de criterios biológicos, se produce necesariamente una impugnación del naturalismo que estaba a la base de las concepciones de la sexualidad en las dos décadas anteriores en la Corte Constitucional. Y este gesto des-esencializante, traerá como consecuencia un cuestionamiento radical del sexo —a través de la noción de género— cuyas consecuencias todavía ofrecen rendimientos en la jurisprudencia constitucional.

Adicionalmente, debe reflexionarse sobre los retos particulares que las mujeres trans afrontan por cuenta de prejuicios sociales que se rehúsan a reconocer en ellas su calidad de seres humanos o de mujeres. Su feminidad es contestada de forma reiterada por múltiples actores sociales que, a partir de ideas esencialistas sobre lo que significa ser mujer, vulneran el derecho de este grupo a tener una vida digna, basándose solo en su anatomía o el sexo asignado al nacer.

La feminidad de las mujeres trans es retada por formas estructurales e institucionalizadas de discriminación, que van desde limitaciones para acceder a instalaciones sanitarias “para mujeres”, o la dificultad de cambiar el sexo en sus documentos de identidad, hasta la desprotección en el acceso al trabajo debido a que se les exige presentación de libreta militar para emplearse, entre otras. La constante lucha de las mujeres trans por defender su identidad frente a ideas naturalistas del género, particulariza su construcción identitaria en relación con las mujeres que presentan correspondencia entre el sexo asignado al nacer y su identidad de género (mujeres cisgénero). En consecuencia, en casos como este, procedimientos de reafirmación sexual como el implante de mamas no pueda ser considerado como un tratamiento cosmético. Los procedimientos médicos asociados con la transición son un elemento integrante del derecho a la salud de las mujeres trans que, si bien no buscan curar una determinada enfermedad, se erigen como medio indispensables para que pueda garantizarse a este grupo de mujeres bienestar emocional, físico, y sexual.

Conviene traer a colación que la jurisprudencia constitucional, como fue objeto de explicación, ha sido reiterativa en afirmar la necesidad de salvaguardar los derechos a la salud y sexuales y reproductivos de las mujeres. Pues bien, esta aplicación de los postulados constitucionales no puede dejarse de lado en la decisión sobre cómo han de garantizarse los derechos de la accionante en el caso concreto. Su pretensión de acceder a procedimientos

parte de las personas transgénero, puede consultarse el ensayo “Desdiagnosticar el género” de Judith Butler (*Ibidem*).

médicos encaminados a lograr transformaciones corporales que se corresponden con su idea de feminidad ha de contar con el respeto y la protección estatal, so pena de vulnerar las garantías constitucionales que le asisten en su condición de mujer.

Por lo tanto, el aumento mamario en este caso no solo tiene un carácter funcional, sino que es la forma de llevar a la práctica el derecho que asiste a la accionarse de construir su propio concepto de feminidad, uno que sea incluyente de su propia experiencia vital (Corte Constitucional, 2013c).

Si el sexo no está dotado de una esencia propia, sino está sujeto a construcción socioidentitaria, no habría motivo para otorgarle un estatuto jurídico diferencial a unos sexos y géneros por encima de otros en razón de criterios de origen. Es decir, para el caso de las mujeres, por ejemplo, no habría razón jurídica para que aquellas que fueron asignadas como mujeres al nacer tengan derechos distintos a las que se asignaron a sí mismas este sexo o transitaron hacia el género femenino en algún momento de su ciclo vital. Calle Correa busca suturar jurídicamente una brecha social y política que permanece abierta y genera múltiples conflictos cotidianos para la mujeres trans y fuertes pugnas al interior de las luchas feministas. En el mismo momento en el que la Corte da a Ana Sofía el pleno reconocimiento como sujeto de derechos sexuales y reproductivos en tanto mujer, la cualificación ‘trans’ se torna en un elemento interno que contradice el despliegue performativo por el que ella se ha hecho mujer, en un oxímoron. Ahora Ana Sofía es simplemente *una* mujer, pero también un tipo particular de mujer, una cuya vida cotidiana consiste en gran medida en demostrar que *es* mujer y no una metáfora, suplemento o parodia de *la* mujer. En este movimiento que va del derecho a la salud de la población trans a los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, se consolida la materialización de un sistema sexo-género en el que la asignación sexual resulta de una experiencia testimonial de afirmación de la autonomía que en algún momento obliga a preguntarse: ¿qué es, entonces, el sexo? Y en este nuevo contexto, ¿para qué el sexo?, ¿qué función podría tener si, despojado de su esencia, no podría seguir soportando la estructura heteronormativa de la institución matrimonial?

6.12 ¿Hacia el sujeto intersex?

Sentencia T-622 de 2014

Magistrado ponente: Ignacio Pretelt Chaljub

Una Sala de Revisión compuesta por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Luis Ernesto Vargas Silva y Martha Victoria Sáchica de Moncaleano, profiere esta sentencia en agosto de 2014. La ponencia es del magistrado Pretelt Chaljub y, si bien esta sentencia es la última del periodo aquí analizado que aborda un caso de intersexualidad, más que novedades conceptuales o jurídicas con relación a la jurisprudencia previa del niño hermafrodita, esboza la aparición de un nuevo conjunto de desarrollos jurídicos en el entorno internacional que pese a ser descritos en los fundamentos de la sentencia, no influyen significativamente en el análisis del caso revisado, aunque sí señalan nuevas líneas de valoración del problema de la asignación sexual para las personas intersexuales.

Aquí se revisa el caso de “Pablo”, un niño que nace en marzo de 2002 en Carmen de Viboral, Antioquia, al que se le asigna al momento de nacer el sexo femenino y es registrado con el nombre Valentina. El niño presenta genitales ambiguos y, según relata la madre, un médico le diagnostica una hiperplasia suprarrenal congénita. No obstante este diagnóstico, los padres deciden no iniciar ningún tipo de tratamiento y cuando la niña cumple cinco años, deciden cambiarle el nombre en su registro civil a “Pablo” y educarlo como hombre. Si bien queda registrado con un nombre masculino en su tarjeta de identidad, su sexo seguía apareciendo como femenino. En septiembre de 2013 el niño, por entonces con 11 años, es llevado a consulta con médico general de la EPS. La madre manifiesta allí que su hijo sufre de “hermafroditismo” y de acuerdo con la historia clínica de la EPS tendría un “hermafroditismo masculino”. El médico tratante ordena la realización de un carioti-

po que señala que genéticamente se trata de un varón 46XY.¹²⁸ En noviembre de 2013, ante la Comisaría de Familia del municipio, “Pablo” hace la siguiente declaración:

[...] yo he asistido a la EPS Sura porque estamos tramitando una operación porque tengo órganos sexuales femeninos y masculinos, pero yo quiero quedar con órganos masculinos porque yo me siento hombre y me siento atraído por las mujeres (Corte Constitucional, 2014b).¹²⁹

La Comisaría de Familia inicia un proceso de restablecimiento de derechos a favor del niño y emite un auto en noviembre en el que ordena como medida de urgencia que la EPS realice “las intervenciones y tratamiento respectivos para restablecer la identidad al menor”. En enero de 2014, “Pablo” es valorado por un médico pediatra que evidencia una “mala definición de los genitales” y lo remite a un endocrinólogo, quien a su vez, ordena un estudio hormonal y le remite a genética. Para marzo de 2014 el diagnóstico del niño señala:

[...] historia de criptorquidia y mal definición sexual [sic]. Cariotipo 46XY masculino, ecografía abdominal normal que no identifica útero pero si identifica próstata [sic]. Pruebas hormonales normales y ecografía con órganos genitales internos masculinos. Falo 3 cm, sinus urogenital, criptorquidia, fusión labioescrotal. Ordena evaluación por cirugía pediátrica (*Ibíd.*).

En enero de 2014, la madre de “Pablo” interpone acción de tutela contra la EPS Sura pues considera que “ha sido negligente para autorizar la realización de los diferentes tratamientos y la cirugía de reasignación de sexo” por lo que considera que han sido vulnerados los derechos fundamentales “a la dignidad humana, a la identidad sexual y a la salud” de su hijo. En respuesta, la EPS hace un recuento de la atención que ha recibido “Pablo” y afirma que “se están realizando los estu-

128. “Pablo” tiene tres diagnósticos distintos que, además, resultan contradictorios entre sí. La hiperplasia suprarrenal no es compatible con el pseudohermafroditismo masculino y, como ya hemos señalado antes en T-1021/03, el “hermafroditismo masculino” no existe como categoría diagnóstica.

129. Esta frase se cita en tres ocasiones en la sentencia a fin de resaltar que el niño se ve a sí mismo como hombre. Es curioso que un niño de once años sienta que debe aclarar su orientación heterosexual.

dios necesarios para determinar las cualidades congénitas del niño y la pertinencia o no de un procedimiento quirúrgico de reasignación de sexo” (*Ibid.*). En decisión de única instancia, el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Carmen de Viboral denegó la tutela pero “requirió a la EPS Sura para que brindara y prestara al menor Pablo todo el tratamiento integral”. Para el juzgado la EPS no negó servicios al menor pues no existía ninguna orden médica que prescribiese la cirugía de reasignación sexual.

En julio de 2014 la Corte Constitucional selecciona el expediente para revisión a fin de determinar si la EPS vulneró los derechos de “Pablo”. Y solicita la práctica de varias pruebas, entre ellas, un interrogatorio a la madre de “Pablo” para conocer en detalle la vida del niño y las razones para solicitar la cirugía de reasignación de sexo, la historia clínica completa del menor en la EPS Sura y, por último, el concepto de distintas instituciones académicas. También se pone en conocimiento del caso a la Defensoría del Pueblo, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar —ICBF— y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, para que hagan parte del proceso. A diferencia de otras sentencias en las que se publican como parte de la sentencia los principales argumentos de las entidades a las que se solicita concepto, aquí solo se resaltan algunas tesis y valoraciones de manera aislada.

En términos generales, esta es una sentencia de reiteración de jurisprudencia que hace un análisis detallado de la línea jurisprudencial del niño hermafrodita que comienza con SU-337/99 y sigue con T-551/99, T-692/99, T-1390/00, T-1025/02, T-1021/03 para terminar con T-912/08. Hay solo una omisión en esta línea que, por la misma rigurosidad con la que se revisa el precedente jurisprudencial, resulta más notoria: la sentencia T-450A/13 con ponencia del magistrado Mauricio González Cuervo proferida un año antes. Conceptualmente, el magistrado Pretelt Chaljub privilegia aquí el precedente definido en SU-337/99 y T-1025/02, dos sentencias que, según hemos visto, son muy disímiles entre sí pero de las cuales el magistrado ponente extraerá un equilibrio entre dos valores que le resultan primordiales para resolver el caso *sub examine*: por un lado, el consentimiento informado, persistente

y cualificado del niño; y por otro, el criterio del equipo interdisciplinario. De esta forma, no encuentra una contradicción entre la afirmación de la autonomía del niño para decidir sobre el sexo en el que quiere vivir y sobre si desea o no realizarse cirugías de readecuación genital con la guía especializada de un equipo compuesto por profesionales que lo apoyen en la toma de una decisión informada.

La principal característica de esta sentencia son los referentes que invoca en derecho internacional y *soft law* con los que, en palabras del mismo magistrado Pretelt Chaljub, se busca dar cuenta de los “debates actuales sobre el reconocimiento de los estados intersexuales” (*Ibid.*). Por las fuentes internacionales consultadas, se prefigura un desplazamiento hacia la noción de sujeto intersex que actualmente es una de las columnas de soporte del enfoque de derechos sobre la intersexualidad, pero ello no tiene efectos en el encuadre analítico de esta sentencia, por lo que no podría afirmarse que este sea un punto de eclosión de tal forma de subjetivación jurídica.

6.13 El sexo como declaración

Sentencia T-063 de 2015

Magistrada ponente: María Victoria Calle Correa

Aquí la Sala aborda el caso de una mujer transgénero llamada Sara Valentina López Jiménez quien solicita ante notaría el cambio de nombre y de sexo en su registro de nacimiento y demás documentos de identidad tras haber pasado por un proceso de reafirmación sexual quirúrgica. La notaría admite la posibilidad de cambiar el nombre, pero rechaza la solicitud del cambio de sexo con el argumento de que por tratarse de una alteración en el estado civil, el procedimiento idóneo es

un proceso de jurisdicción voluntaria y no la escritura pública. Para justificar esta posición, la notaría cita las sentencias T-504/94 y T-231/13 de la Corte Constitucional. Sara Valentina interpone una acción de tutela pues asegura que la falta de correspondencia entre su fisionomía y sus documentos de identidad es fuente de tratos discriminatorios en su trabajo y en situaciones como ejercer su derecho al voto, pues al puesto de votación que le ha sido asignado acuden únicamente hombres por el código numérico de la cédula.

Para la Registraduría Nacional del Estado Civil, la peticionaria debía acudir

[...] a un proceso ante la jurisdicción de familia, en el que el juez, de conformidad con las pruebas aportadas, en este caso, la cirugía de reafirmación de sexo, determinará cuál era el “verdadero sexo del inscrito” y dispusiera la corrección y/o cancelación del registro civil con el objeto de ajustarlo a la realidad (Corte Constitucional, 2015a).

Esta posición es sustentada en el Decreto 1260 de 1970 y la sentencia T-918/12 de la Corte Constitucional.

En primera instancia, le es negado el amparo a Sara Valentina. En criterio del juez:

[...] existe un procedimiento adecuado e idóneo ante el juez de familia, instituido para lograr la alteración en el estado civil de las personas por cambio de sexo, a través del conocimiento empírico del funcionario y la comprobación científica que sobre tal aspecto realice. Por ello, no puede el juez constitucional invadir la órbita del funcionario ordinario emitiendo órdenes que son de su resorte exclusivo.

Agregó que no existen circunstancias especiales y excepcionales que permitan conceder el amparo, pues ni siquiera se aportó al trámite una prueba científica que acredite la condición psicológica y psiquiátrica de la accionante, alguna constancia del tratamiento hormonal al que eventualmente fue sometido, ni elementos de juicio que den cuenta del procedimiento quirúrgico adelantado para la reafirmación de su sexo (*Ibíd.*).

La cuestión de fondo en este caso, además del conflicto de competencias, es por qué y cómo debe probarse qué sexo tiene una persona.

La Sala de Revisión que analiza este caso es la misma que ha emitido las sentencias T-552 y T-771 de 2013 previamente analizadas y, en todos los casos, se

trata de asuntos transgénero cuyo análisis es realizado por la magistrada Calle Correa. Para la Sala hay un vacío jurídico con relación al procedimiento de corrección de sexo en los documentos de identidad que, en la medida en que no ha sido resuelto por el Legislador, ha estado sujeto al libre criterio de jueces y notarios que, frecuentemente, han tomado decisiones lesivas para los derechos de la población trans. Por tal motivo, la pregunta central será cuál es el procedimiento más adecuado para que se reconozca jurídicamente que el sexo de una persona trans ha variado objetivamente, sin que se vulneren los derechos fundamentales de una población ya reconocida como sujeto de especial protección constitucional.

La magistrada Calle Correa solicita a distintas instituciones y organizaciones su criterio sobre el problema jurídico aquí tratado, lo que tiene por resultado un conjunto muy rico de perspectivas sobre el valor jurídico del sexo para el Estado y la sociedad.

En este contexto, para la Registraduría Nacional,

[...] consignar el sexo de las personas en el registro civil de nacimiento busca distinguir el género del inscrito e individualizarlo, razón por la cual hace parte del registro, que es por excelencia la principal prueba del estado civil. Agregó que el Decreto 1260 de 1970 prevé en su artículo 52 que dentro de los requisitos esenciales de la inscripción se encuentra el sexo, el cual es un hecho objetivo de la naturaleza que no depende de la apreciación subjetiva de quien lo detenta (ejemplo: el derecho al voto, el servicio militar obligatorio para los hombres, la diferencia en edad de jubilación). Señaló que la definición de sexo no tiene sustento jurídico sino natural y científico. No obstante, el artículo 33 del Código Civil se refiere a la existencia de dos sexos, hecho que demuestra su limitación frente a los cambios sociales [...] (*Ibíd.*).

La función de distinción e individualización del sexo es aquí determinante, como lo será también para el magistrado Guerrero Pérez quien basa su salvamento de voto en esta sentencia justamente en este argumento. Desde esta perspectiva, el sexo tiene una función pública estatal de identificación, lo que justifica que no deba depender de un juicio subjetivo y que la publicidad haga parte de su naturaleza y

funcionamiento.¹³⁰ Pero curiosamente esta cualidad de individualización no se sustenta en su evidente función política, sino por el supuesto de que el sexo es un hecho de carácter “natural y científico” que la Ley simplemente reflejaría y reconocería en la existencia legal de dos sexos. Es decir, la naturaleza misma tendría prevista la distinción entre las personas y el Estado utilizaría tal cualidad natural como fundamento de su forma de organización y distribución social. Bajo este argumento, se desjuridiza la definición del sexo precisamente con el objetivo de hacer incuestionable la distinción entre dos sexos que prevé el Código Civil. En otras palabras, se invoca una naturaleza sexual no construida para reforzar la imposibilidad de cuestionar una distinción jurídica construida, lo que convierte a la Ley en un objeto no deconstruible y, por lo tanto, natural.

Este proceso de naturalización de la Ley es rápidamente objetado en la misma sentencia: “No obstante, el artículo 33 del Código Civil se refiere a la existencia de dos sexos, hecho que demuestra su limitación frente a los cambios sociales [...]”. Sin embargo, por la ambigua redacción del texto, no es claro si esta objeción es presentada por la misma oficina jurídica de la Registraduría o por la magistrada Calle Correa, aunque por el contexto de la argumentación parecería ser un comentario crítico de la ponente. Si el sexo es solo un hecho científico con un suplemento legal, los mismos avances de la ciencia deberían transformar su estatuto jurídico, de modo que las ciencias que estudian la naturaleza y la sociedad en el siglo XXI

130. A la base de esta perspectiva hay un temor por la incapacidad del Estado para identificar claramente a los individuos. Ahora bien, este argumento no necesariamente contradice la posibilidad de cambiar de sexo en los documentos pues siempre existe la posibilidad de que se registren legalmente todos los cambios. En la misma sentencia, por ejemplo, la decana de Facultad de Derecho de la Universidad Gran Colombia asegura que en el registro civil debería consignarse

[...] la condición sexual real de las personas, incluso de aquellas que se han sometido a cambios en sus condiciones físicas y orgánicas. Lo anterior, como parte de la individualidad y como derecho fundamental de los demás a conocer la realidad en torno a la condición sexual del otro (*Ibid.*).

Toda esta vigilancia estatal sobre la sexualidad es justificable para la decana en razón de la “transparencia registral”. De manera sorprendente, ella construye esta argumentación a partir de su lectura de Foucault.

pueden aportar elementos de juicio diferenciales respecto a los que aportaba en el periodo decimonónico y hacer que la ley devenga obsoleta.

Para la Registraduría, el transgenerismo es un asunto de orientación sexual y, en este sentido, considera que el trámite de rectificación del sexo en la cédula aplica para cualquier persona independientemente de su “orientación”.¹³¹ Finalmente, con relación al problema de la generización del número de la cédula que Sara Valentina señala como argumento para solicitar también el cambio de número de identificación, la institución advierte que:

[...] con la creación del número único de identificación personal (NUIP) vigente desde el mes de marzo del año dos mil (2000), la asignación de cupo numérico en la cédula de ciudadanía es indistinta del sexo. Por lo tanto, en las cédulas de ciudadanía anteriores a dicha anualidad, con los soportes necesarios, debe solicitarse la cancelación del cupo numérico a fin de que sea asignado un NUIP de diez (10) dígitos (*Ibíd.*).

Por su parte, la Procuraduría General de la Nación emite un concepto muy singular en el que advierte de los problemas que podría implicar la existencia de un “tercer sexo” para la identificación de las personas trans, pero acepta que debería facilitárseles el cambio de sexo en los documentos de identidad según los dos sexos jurídicamente vigentes. Sin embargo, a su juicio este cambio debería continuar realizándose a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria

[...] con la condición de que únicamente sea procedente la corrección con base en elementos objetivos, con el fin de solucionar la ambigüedad procedente de patologías físicas y no simplemente como consecuencia de determinados estados psicológicos de las personas (*Ibíd.*).

Con esta restricción, la Procuraduría recodifica la cuestión transgénero en clave intersexual y paradójicamente termina por obliterar cualquier posibilidad de corrección del sexo registral para la población transgénero, pues en la práctica ninguna

131. Esta confusión entre orientación sexual e identidad sexual a propósito de las personas transgénero es muy frecuente y se basa en el paradigma de la inversión sexual. Según esta creencia, las personas trans serían simplemente homosexuales o invertidos que se identifican profundamente con el sexo opuesto.

persona trans podría solicitar la corrección del registro pues no tendría cómo demostrar que sufre una “patología física”.

Pero sobre todo, se expresa aquí un profundo temor que atraviesa este caso y que, en su momento, fue expresado por distintos actores sociales cuando la sentencia se comunicó a la opinión pública: que se abriese la puerta a la posibilidad de cambiar de sexo por libre elección y voluntad. Por lo que la defensa del mecanismo de jurisdicción voluntaria actúa no como un simple formalismo legal, sino como un regulador procesal de la libertad y como garante institucional del interés estatal en la preservación de un orden sexual específico. La reacción de algunos notarios y de la Superintendencia de Notariado y Registro de la época es particularmente elocuente de este temor.¹³²

132. En una entrevista al diario El Tiempo, Álvaro Rojas, por entonces presidente de la Unión Colegiada del Notariado Colombiano explicaba sus ‘preocupaciones’ por los efectos de esta sentencia y el Decreto 1227 de 2015 así :

¿Cuáles serán los efectos del decreto sobre corrección del registro de sexo en los documentos?

Tenemos preocupación sobre el abuso de la norma. Una persona alegre e irresponsablemente podría abusar del derecho y cambiarse el sexo como parte de un chiste, una apuesta. Miembros de los colegios de abogados, constitucionalistas, penalistas, civilistas, expertos en derecho de familia, procuradores, defensores de familia, han planteado ejemplos de otros casos que, aunque parezcan extremos, son posibles.

¿Como cuáles?

La posibilidad del matrimonio civil en parejas del mismo sexo, por ejemplo. Al notario la ley le dice: usted tiene que aceptar un matrimonio entre un hombre y una mujer. A mí me llevan dos registros: hombre y mujer; a pesar de que se trate de dos hombres o dos mujeres, el documento probatorio que da fe dice que su estado civil es ese. Yo, como notario, no tengo por qué meterme en la intimidad y preguntarles. Si a mí me llega un registro a nombre de un hombre y otro a nombre de una mujer, aunque los dos sean del mismo sexo, tengo que acogerlo. Eso va a ocurrir, y creo que será muy pronto.

¿Ya han llegado solicitudes de este tipo?

En mi notaría, la 37 de Bogotá, se hizo una solicitud de matrimonio de una pareja de hombres, pero fue retirada ese mismo día.

¿Y usted estaba dispuesto a unirlos en matrimonio civil?

Sí, claro que sí, porque yo estaría casando a un hombre y a una mujer legalmente, según los documentos. Tendría que cumplir con el decreto del Gobierno y con la sentencia de la Corte Constitucional.

La Defensoría del Pueblo, por su parte, emitió un concepto basado en la distinción entre sexo y género a partir del modelo biología/cultura, pero al que añade la noción de performativo a fin de superar el problema de la distinción de naturaleza entre los elementos de esta estructura binaria y evidenciar que la misma biología está ya codificada culturalmente. Desde esta perspectiva, es preciso que la norma vaya más allá del binarismo sexual impuesto por la cultura y se permita que el sexo pueda “ser objeto de correcciones y modificaciones de conformidad a la voluntad de los titulares”, en la medida en que las personas construyen de diversas formas su identidad de género.

La Corte Constitucional acepta revisar la tutela de Sara Valentina pues considera que se trata de un sujeto de especial protección constitucional y porque su caso pone de manifiesto un problema general de la comunidad trans. Además, los

¿Podría el decreto dar pie para una adopción legal de hijos no biológicos entre parejas del mismo sexo?

Consideramos que se abre ese escenario legal. Puede ocurrir que una pareja homosexual que quiera adoptar y que encuentre que ese proceso es más fácil para una pareja conformada por hombre y mujer y decide que uno de ellos puede cambiar el registro de sexo. Lo que preocupa, no al presidente del Notariado sino a la sociedad, es que se haga un uso indebido de este derecho para que las personas que quieran burlar la norma lo hagan. Sé que las personas que han acudido a estos derechos son serias y no desconozco sus razones, pero de fondo existe el riesgo de la seguridad jurídica del documento con el cual se prueba el Estado Civil, que son el registro civil y la cédula.

Todas las “preocupaciones” del notario surgen porque para él el sexo legal que adviene tras el acto administrativo de cualquier forma no anularía el que sería el ‘verdadero sexo’ de la persona, de manera que entiende la corrección no como una forma de enmendar un error sino como la posibilidad de mentir sobre el sexo. Es decir, Rojas no encuentra que la corrección del sexo jurídico tenga realmente una base material, aunque paradójicamente acepta que lo único válido en el campo normativo es la materialidad del registro civil.

A criterio de Rojas, lo realmente problemático de que alguien decida modificar jurídicamente su sexo en libertad es que tal transformación en el estado civil trastornaría la adecuación que se presume debe existir entre el sexo y el género en asuntos como el matrimonio y la adopción. El notario fantasea incluso con que alguien decida cambiar un rasgo identitario tan esencial como el sexo en un arrebato lúdico, argumento muy común en el discurso transfóbico. Rojas oblitera el hecho de que transgredir el orden de los códigos de género es una conducta duramente castigada socialmente y que las apropiaciones semióticas de las expresiones de género que hacen las personas trans suelen ser motivo de burla y agresión en el espacio público.

precedentes jurisprudenciales planteados en T-918/12 y T-231/13 dejaban en evidencia que, para entonces, no resultaba del todo claro cuál era el procedimiento idóneo para corregir el sexo en los documentos de identidad de las personas transgénero.

En su análisis, la magistrada Calle Correa encuadra el artículo 14 de la Constitución Política en el que se consagra el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica dentro de coordenadas identitarias. Para ello, hace uso de instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como la jurisprudencia constitucional definida en T-090/95 y C-109/95. El argumento central para realizar este encuadre identitario es que la personalidad jurídica supone el reconocimiento de aquellos “atributos jurídicos inherentes a la persona humana que la distinguen, identifican y singularizan”, esto es, su identidad particular. A partir de este razonamiento, la ponente infiere que

[...] el artículo 14 constitucional protege el derecho de todo individuo a que los atributos de la personalidad jurídica plasmados en el registro civil y otros documentos de identificación efectivamente se correspondan con las definiciones identitarias de las personas y, en caso de que no exista tal correspondencia, debe existir la posibilidad de modificarlas, lo que resulta de particular relevancia para el caso de las identidades en tránsito (*Ibíd.*).

Dos de los atributos de la personalidad son el nombre y el estado civil y ambos son determinantes para las personas transgénero en la medida en que los nombres ayudan a fijar la identidad de género y el sexo es uno de los componentes del estado civil, de manera que la magistrada profundizará en el análisis de cada atributo.

El trayecto analítico del nombre es particularmente interesante. Calle Correa retoma el precedente establecido en T-594/93 sobre la función de distinción y no homologación del nombre. Este enfoque era ya novedoso en la ponencia del magistrado Naranjo Mesa, pues allí se le da preeminencia al factor subjetivo de la expresión de la individualidad y la singularidad que tiene el nombre sobre la necesidad de identificación de los sujetos por parte del Estado. Las personas pueden

fijar su identidad a través del nombre que les plazca sin que ello socave el interés público en identificarlas. El nombre es un signo que distingue en relación con el colectivo y para el colectivo, por lo que su singularidad no riñe con su carácter social.

Ahora bien, si el nombre es un factor de singularización de la identidad y, por ello mismo, puede ser modificado por escritura pública, ¿por qué el sexo no? Si el sexo es tratado de una manera distinta cabría pensar que se trata de un criterio sospechoso de discriminación, por lo que habría que demostrar que el tratamiento diferencial es legítimo. Este nominalismo de la singularidad sirve como modelo comprensivo y precedente jurisprudencial del sexo declarado que nace con esta sentencia, de allí su importancia para el análisis.

(i) El cambio de nombre al igual que el cambio de sexo, implican la alteración del estado civil, en tanto ambos generan la modificación de ciertas calidades que identifican e individualizan a las personas en su entorno social y familiar; (ii) tanto el cambio de nombre como el cambio de sexo son una manifestación expresa de la identidad de género asumida y desarrollada por una persona. Por ende, si la modificación en el registro civil de nacimiento por cambio de nombre puede y debe realizarse a través de escritura pública y este escenario comparte similitudes con el cambio de sexo, entonces resulta evidente la existencia de otro medio para alcanzar este último fin: la escritura pública. En palabras sencillas, no existe razón alguna para que la información relativa al sexo del o de la otorgante no pueda incluirse en una escritura pública, ya que el nombre de una persona, tiene como función principal permitir la individualidad identitaria que la vincula con el sexo de nacimiento o el sexo reasignado. (iii) En la inscripción del nacimiento se debe estipular el sexo del nacido tal como lo establece el artículo 52 del Decreto 1260 de 1970 (*Ibid.*).

Con la magistrada Calle Correa el sexo deviene un factor primario de distinción y, suplementariamente, de homologación de los sujetos, por lo menos al nivel en el que la identificación con alguno de los sexos disponibles en el binario masculino-femenino se ofrece para la elección en libertad. Es decir, el sexo opera como el nombre en el sentido en que distingue a los sujetos dentro del colectivo, pero también homologa dentro del conjunto de alguna de las dos categorías jurídicamente válidas. De esta forma, permitir su modificación por vía administrativa a fin de

cuentas no pone en riesgo la estructura heteronormativa ni el esquema jurídico que la sostiene. El sujeto transgénero puede elegir ser hombre o mujer, de modo que el modelo monosexual se sigue adecuando al binario y continua operando al mismo tiempo como singularizador y homologador.

Para realizar este desplazamiento conceptual que permite la emergencia del sexo como declaración autónoma del sujeto, Calle Correa debe reformular la cuestión de la asignación sexual y su papel en la producción performativa del sexo.

Hasta hace aproximadamente dos décadas, el sexo era comprendido como un atributo vinculado exclusivamente a las características biológicas de una persona al momento de su nacimiento y, por lo tanto, un dato inmodificable. En otras palabras, el sexo de una persona como femenino o masculino, estaba determinado por los órganos genitales con los que se nacía. Esto es, la asignación por la naturaleza o denominada también asignación por nacimiento. Sin embargo, la visibilización de las personas intersexuales y las personas transgénero, así como una mayor definición de los derechos a la libre orientación sexual y la libre identidad de género, han transformado esta concepción. Con estos nuevos elementos, en la actualidad, diversos actores e instrumentos dentro del derecho internacional de los derechos humanos y las legislaciones de otros países han avanzado hacia una comprensión nueva sobre la identidad de género como un derecho fundamental. Muchos de ellos, han admitido la importancia de reconocer el sexo como parte de una construcción identitaria que surge como consecuencia de una decisión libre y autónoma del individuo no sujeta entonces a la genitalidad. Así, una persona con genitales masculinos válidamente puede construir su identidad dentro del género femenino (*Ibíd.*).

La preeminencia de la asignación sexual basada en los genitales y realizada por terceros avalados por el aparato de Estado es apenas una contingencia histórica, así como su correlato jurídico. La misma sentencia T-063/15 arroja una mirada reflexiva que historiza el pasado de la Corte y establece una revisión crítica de su jurisprudencia, a fin de replantear la naturaleza del sexo y desplazar uno de sus estratos jurídicos fundamentales: la heteroasignación sexual morfo centrada.

En un primer momento se consideró que el sexo de una persona obedecía a *“un componente objetivo del estado civil que individualiza a la persona, pues como hecho jurídico no depende de la apreciación subjetiva de quien lo detenta, sino del carácter objetivo que tiene por ser un hecho de la naturaleza física.”* Así lo reconoció esta Corporación en la sentencia T504 de 1994. No obstante la jurisprudencia constitucional evolucionó al punto de

problematizar la consideración del sexo como un atributo “objetivo”, para reconocer que esta forma parte de una definición identitaria en la que está implicado, en primer lugar, el sujeto que se define de una u otra forma, y sólo en segundo lugar, el reconocimiento que los demás hacen de esa definición. En la sentencia T918 de 2012, se realizó un viraje importante al dejar de considerar el sexo un dato objetivo e inmodificable y en su lugar reconocer la existencia de un sexo neurológico o de una definición sexual marcada por la identidad de género como exigencia de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad (*Ibíd.*).¹³³

¿Cuál es el sexo que debe darse por verdadero jurídicamente? Esta pregunta no se puede responder sin establecer previamente cuál es la realidad propia del sexo. La magistrada Calle Correa hace, por primera vez en la historia de la Corte, un cuestionamiento explícito sobre el estatuto ontológico del sexo y las consecuencias jurídicas de este. Y lo curioso de este desplazamiento jurídico-conceptual es que se comprende aquí en términos de evolución, por lo que el sexo como dato objetivo y los mecanismos jurídicos que lo materializan y sostienen devienen obsoletos.

Como quedó expuesto, no existen normas específicas que regulen la manera en que debe efectuarse dicha modificación, razón por la cual debe atenderse a las normas generales sobre correcciones y modificaciones del registro civil, las cuales, en su mayoría, fueron expedidas antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 y al reconocimiento de los avances científicos que hoy permiten entender la identidad sexual no como un atributo “objetivo” y dependiente de la genitalidad, sino como un definición autónoma del sujeto, que el Estado y la sociedad en su conjunto están en la obligación de reconocer y respetar.

[...] En conclusión, la jurisprudencia constitucional ha evolucionado desde sus pronunciamientos iniciales, donde concebía la identidad sexual como un atributo “objetivo” que requería de comprobación judicial (T504 de 1994), hasta la posición actual que la entiende como un proceso de adscripción que cada persona tiene derecho a realizar de manera autónoma, respecto de la cual el papel del Estado y de la sociedad consiste en reconocer y respetar dicha

133. Las cursivas hacen parte de la sentencia. Recordemos que a través de la noción de sexo neurológico se buscaba precisamente darle una base objetiva y biológica a la transexualidad, por lo que resulta contradictorio que se cite aquí como ejemplo de un viraje sobre el paradigma del sexo objetivo. Sobre los problemas de este constructo del sexo neurológico remito al capítulo 6.8 del presente estudio.

adscripción identitaria, **sin que la intervención de las autoridades estatales tenga carácter constitutiva de la misma** (*Ibíd.*).¹³⁴

Si la realidad del sexo es subjetiva, entonces su valor jurídico está relacionado, en primer lugar, con cómo lo vive, expresa y proyecta el sujeto y, solo de manera secundaria, del reconocimiento que de él hagan los demás. En este sentido, cabría esperar que cualquier sexo e incluso ninguno fuesen opciones jurídicamente válidas, siempre y cuando estas opciones no resultasen lesivas de los derechos de los demás. Sin embargo, al mismo tiempo que esta sentencia convierte al sexo en un atributo subjetivo producto de la autonomía del sujeto, reterritorializa sus posibilidades en únicamente dos opciones que, además, continúan siendo excluyentes entre sí. Dicho de otro modo, sí hay una intervención institucional constitutiva de cualquier adscripción identitaria: el binarismo monosexual obligatorio. Esta paradoja queda en evidencia en el texto mismo de la sentencia cuando se presenta el concepto del Aquelarre Trans:

Se destaca el testimonio del coordinador del Colectivo Entre Tránsitos, miembro del Aquelarre y activista por los derechos humanos de las personas LGBT, quien sostiene que *“el gobierno debe reconocer que el género y la identidad es una decisión, y el documento debe reconocer quién eres, cómo te sientes y cómo quieres ser ante la sociedad, para que tengas derechos y seas tratado como igual. La cédula es muy importante para los derechos, para ser sujeto de derechos. Simplemente no debería estar en la cédula esa categoría de género, pues las personas somos mucho más que los genitales”* (*Ibíd.*).

Si bien la magistrada Calle Correa destaca este comentario, en ningún momento discute la posibilidad de que el sexo o el género, como elección autónoma identitaria, ni siquiera haga parte de los documentos de identidad. El binarismo sexual es aquí una elección obligada, pues pese a reconocerse teóricamente como una cuestión cultural e histórica a lo largo de la sentencia, se resiste a dejar de ser obligatorio jurídicamente. De esta forma, la realidad subjetiva del sexo, a pesar de su aparente libertad, sigue estando supeditada a la estructura heteronormativa institucio-

134. Las negrillas son mías.

nal hegemónica: puedes imaginar, habitar y vivir muchos sexos o ninguno, pero estás en la obligación de elegir jurídicamente un sexo del binario.¹³⁵

Para dotar de materialidad y, desde luego, objetividad a este sexo subjetivo, la magistrada realiza una particular reinterpretación de T-231/13. Recordemos que en esta sentencia el magistrado ponente Guerrero Pérez propuso una regla según la cual siempre que se tratase de una variación material del sexo y, por tanto, de una transformación de las condiciones reales de existencia, la corrección del sexo en los documentos debía realizarse a través de orden judicial, mientras que todos los errores confrontables con la materialidad empírica podían resolverse por vía administrativa. Pues bien, Calle Correa desterritorializa estas “condiciones reales” pues la nueva realidad es el resultado de la autonomía del sujeto:

Aunque esta sentencia decide un supuesto fáctico distinto del que se plantea en esta oportunidad, y por ende la regla de decisión que allí se establece no controla el presente caso, en ella se reitera que la correspondencia entre los datos del registro civil y las “condiciones reales de existencia de una persona”, **esto es, las que dan cuenta de la identidad sexual y de género efectivamente asumida por ella**, son merecedoras de protección constitucional al amparo del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (*Ibíd.*).¹³⁶

En T-231/13 las condiciones reales hacían referencia a aspectos corporales evidenciables médicamente, pero ahora esta realidad es producto de la autodeterminación. Es decir, la Corte está dotando de objetividad a la valoración subjetiva de sí mismo. La construcción de este párrafo es, por demás, muy particular, pues en la primera parte la magistrada reitera y cita el precedente de Guerrero Pérez, para luego reformular por completo su regla. A partir de ahora, todos los casos en los que la persona autónomamente decida corregir el sexo legal asignado al nacer, deberán ser tratados como la corrección de un error y, por lo tanto, podrán trami-

135. Esta estructura normativa en la que el sexo se define por su binariedad pese a que se le libere al sujeto de las ataduras objetivas y biológicas, es sorprendentemente afín a la teoría lacaniana. Para Lacan la diferencia sexual es el fruto de una “elección obligada” por la castración y la Ley a través de la cual adviene el sujeto (Carbonell, & Segarra, 2002).

136. Las negrillas son mías.

tarse por escritura pública. Basta solo un cambio en el significado de las condiciones reales para que la regla de Guerrero Pérez quede reafirmada y desplazada enunciativamente al mismo tiempo.¹³⁷ Reafirmada, porque queda en pie que los errores registrales respecto al sexo siempre se tramitan por vía administrativa; pero también desplazada porque aquello que buscaba limitar, esto es, el cambio de sexo registral por cuenta de personas transgénero, queda incluido dentro del campo del error.

Así las cosas, aunque de manera coloquial suele afirmarse que las personas transgénero experimentan un “cambio de sexo”, lo que ocurre en estos casos es que existe una discrepancia entre la hetero asignación efectuada al momento del nacimiento y consignada en el registro, y la auto definición identitaria que lleva a cabo el sujeto. En ese orden de ideas, de la misma forma en que la intervención quirúrgica se realiza para ajustar las características corporales de una persona a la identidad sexual asumida por esta no es propiamente una operación de “cambio de sexo”, sino de “reafirmación sexual quirúrgica”, la modificación de los datos del registro civil de las personas transgénero no responde a un cambio respecto de una realidad precedente, sino a la corrección de un error derivado de la falta de correspondencia entre el sexo asignado por terceros al momento de nacer y la adscripción identitaria que lleva a cabo el propio individuo, siendo esta última la que resulta relevante para efectos de la determinación de este elemento del estado civil (Corte Constitucional, 2015a).

Una vez el sexo autodeterminado convierte en error al sexo hetero-asignado, no hay razón jurídica para darle un tratamiento distinto a los errores en el sexo legal causados por accidentes notariales respecto a los errores que advienen por causa de una asignación sexual al nacer que no se corresponde con la voluntad autónoma del sujeto. En ambos casos, se trata de errores cometidos por terceros que afectan el derecho a que la personalidad jurídica de las personas sea consistente con su adscripción identitaria. No importa si en un caso las personas se reconocen con el sexo asignado al nacer —cisgénero— y en el otro caso rechazan esta asignación —transgénero—, si por el precedente establecido en T-231/13 los errores

137. Esta malinterpretación de la sentencia T-231/13 es esencial para garantizar la coherencia de la argumentación de Calle Correa. Lo más interesante de este uso inapropiado del precedente es que la magistrada lo realiza justo con una sentencia que tiene ponencia del magistrado Guerrero Pérez, quien realizará un salvamento de voto en la sentencia que estamos analizando.

pueden tramitarse por escritura pública, entonces todos los ciudadanos tienen el derecho a que se les corrija el sexo registral erróneo:

A este respecto la Sala advierte que, una vez superada la concepción de la identidad sexual como un atributo “objetivo” que viene determinado por la genitalidad, y entendida aquella como una adscripción que cada persona efectúa de manera autónoma y que sólo corresponde a las autoridades estatales y al resto de la sociedad reconocer y respetar, prima facie no resulta razonable establecer un trato diferenciado entre personas cisgénero y transgénero que pretenden la corrección del sexo consignado en el registro civil. Bajo esta perspectiva, el dato que se inscribe en el registro civil de nacimiento corresponde a la asignación de sexo efectuada al nacer por otras personas (hetero asignación), generalmente los padres, y suele hacerse con base en la observación de los genitales; es así como, en el caso de niños que nacen con indefinición genital, ante la necesidad de consignar un sexo en el registro, este se lleva a cabo con fundamento en la expectativa de sexo que tienen los padres. No puede entenderse, por tanto, que tal asignación, y su respectivo registro, corresponda a algo así como el “verdadero” sexo de la persona, sino al que les fue asignado por otros para efectos civiles. En el caso de las personas cisgénero, el sexo asignado al nacer e inscrito en el registro, a la postre se corresponde con la identidad sexual que aquellas asumen de manera autónoma a lo largo de su vida. Frente a las personas transgénero, la asignación identitaria efectuada por terceros difiere de la que de manera autónoma aquellas desarrollan a lo largo de su proceso de formación, razón por la cual se ven sometidas a mayores obstáculos para lograr el reconocimiento y respeto de su identidad (*Ibíd.*).

El solo uso de las categorías cisgénero y transgénero en esta sentencia como posiciones subjetivas respecto al sexo asignado legalmente al nacer desnaturaliza el efecto performativo de la heteroasignación sexual. Del sexo legal no se sigue, entonces, una identificación del sujeto con este, por más que este sexo sea refrendado, promovido y exigido continuamente por el aparato de Estado. Una vez se rompe el vínculo entre el sexo registrado al nacer y el sexo asumido vitalmente por la persona, no hay ninguna razón para que el sexo legal inicial siga manteniendo su estatuto de verdad como fuente de evidencia de la identidad sexual de alguien y, por tanto, no se podría comprobar la identidad de una persona a través de él. En otras palabras, el sexo refrendado jurídicamente al nacer deviene contingente e impugnabile y no podría usarse como prueba del verdadero sexo de alguien.

Hay que reconocer que, en gran medida, los documentos públicos y oficiales de identidad son signos legitimados estatalmente para servir de soporte para la supuesta constatación “objetiva” e “inequívoca” del género y el sexo. Sin embargo, como bien lo expresa el caso de Sara Valentina, no siempre hay correspondencia entre las expectativas sociales del género y el documento de identidad y, no por ello, los sujetos con identidades de género en tránsito deben estar obligados a plegarse a las preconcepciones semióticas hegemónicas. A fin de cuentas, el acto jurídico-político de enunciación de la hetero-asignación del sexo al nacer termina convirtiéndose un argumento a favor de la reasignación sexual solicitada como parte de un ejercicio de autodeterminación, pues es un acto que necesariamente ignora la trayectoria vital que desplegará el sujeto. Si cuando alguien nace el Estado inviste a ciertos sujetos con la capacidad de asignarle públicamente un sexo al nacido, la misma performatividad de este acto público resulta contingente y susceptible de redefinición social. La heteroasignación no tiene por qué trascender a toda la vida del sujeto.

Al mismo tiempo que se rebate la verdad, objetividad y materialidad del sexo morfo centrado, en el momento en que el precedente aquí definido admite que el sexo legal puede adecuarse a la identidad sentida de la persona, el nuevo sexo registral de la persona puede actuar a su vez como performativo de materialización de su verdadero sexo. El ‘nuevo’ sexo legal reafirma un sexo sentido que siempre estuvo allí en el interior del sujeto. Así, en un mismo movimiento jurídico, se impugna la veracidad de un sexo asignado por terceros para reafirmar la verdad del sexo autodeterminado. Nace jurídicamente el sexo declarado como expresión discursiva del núcleo de identidad con el que se identifica el sujeto.

Ahora bien, si el sexo registrado al inicio de la trayectoria vital de una persona es susceptible de impugnación en razón de la vida misma del sujeto, entonces la Corte Constitucional admite que el Estado tiene una función formativa y productiva en las identidades sexuales y de género de los individuos. De manera que a través de los actos públicos regulados por el marco normativo estatal y la fuerza perfor-

mativa propia de las instituciones se afirma y materializa el binario sexual, pero también podrían materializarse otras formas más plurales y menos lesivas de vivir la identidad sexual.

Es por esta consciencia de la violencia institucional que puede ejercer el Estado a través del derecho que esta sentencia tiene un enorme valor como reflexión crítica y movilización del aparato público. Uno de los principales argumentos a favor de permitir la corrección del sexo por vía administrativa radica en el hecho de que “el proceso jurisdiccional se convierte en un espacio de escrutinio y validación externa de la identificación sexual y de género” a través de prácticas humillantes como la solicitud de peritajes psiquiátricos, la aplicación del ‘test de la vida real’¹³⁸ y la inspección corporal.

Tales exigencias probatorias, además de tener un carácter invasivo y poner en tela de juicio la adscripción identitaria llevada a cabo por la persona, descansan en el supuesto según el cual tener una identidad contraria al sexo que fue asignado al nacer constituye una patología –la hoy llamada “disforia de género”– que ha de someterse a tratamiento médico y siquiátrico (Corte Constitucional, 2015a).

Por este interés en superar las violencias que descansan y se reproducen gracias a estructuras institucionales, resulta importante señalar que esta sentencia se construye en un interjuego institucional muy peculiar. Hay una gestión social de articulación con los ministerios del Interior y de Justicia y Derecho que, por aquella época, estaban en cabeza de Juan Fernando Cristo Bustos y Yesid Reyes Alvarado, respectivamente. Este acople entre los poderes Ejecutivo y Judicial ofrece unos

138. En algunos países este test o *prueba de la vida real* es exigido como condición del diagnóstico de Trastorno de Identidad de Género o de Disforia de Género y, por tanto, como requisito para la corrección del sexo legal y el acceso a terapias de reafirmación sexual. De acuerdo con Pons Rasaba:

La *experiencia de la vida real* es el proceso de evaluación previo o paralelo al diagnóstico, realizado mediante seguimiento terapéutico que verifica si se cumplen o no los criterios necesarios para desarrollar la cotidianidad en el género en el que se anhela vivir.

[...] La *experiencia de la vida real* para la o el paciente deviene una puesta en escena de una presentación social (Goffman, 2003 [1963], 1993 [1959]) que todavía no es coherente, por eso es vivido con tanta angustia y malestar (Pons Rasaba, 2013: 5-6).

rendimientos jurídico-políticos históricamente inusuales. Entre los conceptos que aquí solicita la Corte Constitucional, está precisamente uno al Ministerio de Justicia que, en su momento, informó que venía trabajando en una política pública con el Ministerio del Interior para superar los inconvenientes que la población trans denunciaba desde tiempo atrás con relación al trámite de corrección del sexo en el Registro Civil. En este concepto, el Ministerio solicita a la Corte revisar su postura jurisprudencial con relación a la obligación de utilizar el procedimiento de jurisdicción voluntaria para la corrección del sexo y hacer extensiva la posición expresada en T-918/12 sobre el cambio de nombre por segunda vez por escritura pública pues, por estricto test de igualdad, tal excepción procesal sobre el componente sexo “podría comportar una diferenciación por un criterio sospechoso como lo sería la identidad de género”. Este argumento del Ministerio es reafirmado aquí por la Corte y será utilizado como parte de los fundamentos para la decisión tomada. Y al mismo tiempo, los Ministerios emiten pocos meses después el Decreto 1227 del 4 de junio de 2015 que, en su considerando, cita *in extenso* esta sentencia T-063/15 y por medio del cual se reglamentó el trámite previsto en el Decreto 1260 de 1970 para la corrección del componente sexo en el registro civil. Este decreto, entonces, vendrá a reglamentar el proceso establecido por esta sentencia de la Corte. Es decir, hay una doble determinación jurídica entre estas instituciones por la que se transforman mutuamente sus decisiones.

Esta coincidencia no es espontánea, sino construida a través de un trabajo político y de litigio estratégico del colectivo Aquelarre Trans, una coalición de organizaciones sociales conformada por Colombia Diversa, el Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social —PAIIS—, el Grupo de Derecho de Interés Público —GDIP—, DeJusticia, el Colectivo Entre Tránsitos, el Grupo de Acción y Apoyo a Personas Transgénero (GAAT), la Fundación Procrear, Santamaría Fundación y Parces ONG, que presentaron un concepto unificado a la Corte y propusieron y acompañaron el trabajo de construcción del Decreto con los ministerios.

De acuerdo con el concepto presentado a la Corte y recogido en esta sentencia, para el Aquelarre Trans:

[...] la identidad de género debe entenderse como *“la vivencia interna e individual del género, tal como cada persona la siente profundamente. Esta vivencia puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento (pene, vagina, masculino, femenino), incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de procedimientos médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida. Estas modificaciones son conocidas como “tránsitos”) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y, en general, diversas formas de externalizar la identidad.”* Agregaron que contrario a esto, *“el registro civil que tiene una persona transgénero es en sí mismo una coacción ajena, pues las personas transgénero entienden que la asignación de sexo legal ha sido una imposición que responde a paradigmas tradicionales de qué es la persona. En particular, esta asignación está asociada a la genitalidad como único elemento que define a la persona en términos de género y subsecuentemente su rol en la sociedad, y sin reconocer que el género también tiene relación con cierta tradición de los oficios, y consulta elementos culturales relacionados con la educación, entre otros”*.

[...] A manera de síntesis, adujeron que *“el cambio legal de sexo en los documentos de identidad para las personas con identidad de género no normativa es un procedimiento que judicializa y psiquiatriza la decisión autónoma, digna y válida de una persona sobre su proyecto de vida. Vulnera varios de sus derechos y libertades básicas, y le impide acceder a derechos como el trabajo y la salud. Además, es una forma de reproducción de los estereotipos sobre el género y sobre las personas transgénero en particular. Por eso, autores como Dean Spade identifican en las normas y sistemas administrativos relativos al cambio de sexo en los documentos de identificación, un lugar privilegiado para transformar las lógicas actuales del Estado y disminuir la discriminación contra las personas transgénero, porque es a través de sus categorizaciones, prácticas y procedimientos como se ejerce la violencia institucional contra esta población”* (Ibíd.).¹³⁹

Tres de los elementos centrales en la argumentación de la Corte Constitucional y los Ministerios de Justicia e Interior ya están presentes en el texto del Aquelarre Trans: la despatologización de las identidades transgénero, la preeminencia de la autoidentificación de género sobre la heteroasignación sexual y la necesidad de

139. Las cursivas hacen parte del texto original.

eliminar la violencia institucional que se ejerce sobre la población trans a través de ciertas normas y procedimientos jurídicos.

Esta confluencia de distintos actores sociales en la producción discursiva del derecho y de la sexualidad merece ser analizada en profundidad en otras investigaciones, no obstante, dentro de los objetivos del presente trabajo, basta con señalar que aquí se hace patente cómo el sexo es un objeto heterogéneo, variable y multi-forme producido permanentemente a partir de un complejo proceso en el que diversos sujetos colectivos de enunciación coinciden, conspiran y se apoyan mutuamente, pero también pugnan, se malinterpretan, se dividen y luchan por dirigir las variaciones de la producción discursiva.

Desde el año 2012, hay una creciente relevancia del derecho y la jurisprudencia comparados, así como la referencia a instrumentos internacionales y herramientas de *soft law* en la construcción del sexo y la sexualidad en la Corte Constitucional. En el marco de esta sentencia T-063/15, el análisis de experiencias normativas internacionales permite fortalecer la argumentación en tres frentes: la protección constitucional a la autodeterminación de la identidad sexual y de género, la despatologización de las identidades transgénero y la necesidad de remover barreras institucionales para el reconocimiento jurídico de estas identidades.

Para finalizar nuestro análisis de esta sentencia, es muy importante identificar los principales argumentos en los que basa su salvamento de voto el magistrado Guerrero Pérez.

En primer lugar, el magistrado señala que la naturaleza y función del registro civil es la de identificar al individuo frente a la sociedad, para lo que son necesarias características particulares como el sexo, de modo que el registro no tiene por objetivo expresar la voluntad y la identidad singular del sujeto sino particularizar al individuo con miras a su identificación pública. Guerrero Pérez teme la desnaturalización de la función registral, aunque este temor parecería quedar conjurado en la misma sentencia por el sencillo hecho de que no cualquier sexo o género declarado

resulta válido para el registro, sino solamente uno de los ya previstos en la ley, de manera que los dos únicos modos de particularizar sexualmente a los individuos en el campo social colombiano permanecen incólumes.

En segundo lugar, al magistrado le preocupa que la reserva del cambio de nombre y el sexo implique una ruptura en la continuidad de las relaciones jurídicas establecidas por el sujeto, pese a que en la parte resolutive de la sentencia se aclara explícitamente que:

El cambio de sexo en el registro civil no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieren corresponder a la actora con anterioridad a la expedición del nuevo registro, por lo que la Registraduría Nacional del Estado Civil deberá adoptar las medidas a que hubiere lugar (*Ibíd.*).

Guerrero Pérez tiene una diferencia de fondo con la tesis principal que defiende Correa Calle con relación a la naturaleza de la diferencia sexual. Aunque no desarrolla a profundidad su propio punto de vista sobre qué se habría de entender por sexo, él utiliza un argumento de uso frecuente entre los juristas que defienden que el género es un constructo puramente ideológico y político pues carecería de consenso científico:

Las tesis sobre la irrelevancia de las diferencias biológicas entre hombres y mujeres, y sobre el origen exclusivamente cultural de tales diferenciaciones, hacen parte de teorías sobre las cuales no existe un consenso en la comunidad científica, y que se encuentran vinculadas más al activismo que a la ciencia. A mi juicio, la Corte debería recoger con cautela, precaución y rigor la riqueza y la complejidad del debate científico y social, dando cuenta de todas las incertidumbres que de hecho existen actualmente en este frente, más que acoger acríticamente una de las teorías a modo de verdad única o de hecho científico, para luego construir toda la dogmática de los derechos fundamentales sobre una base que hoy en día es aún objeto de controversia (*Ibíd.*).

En la medida en que la magistrada Calle Correa precisamente justifica el cambio de paradigma aquí propuesto en una evolución del pensamiento científico, nos encontramos entonces con dos formas contradictorias de hacer una hermenéutica de la ciencia y derivar, a partir del discurso científico, consecuencias para el campo

jurídico. Pero a fin de cuentas, ambas posturas coinciden en otorgarle a la ciencia una función de determinación de la materialidad del sexo y su verdad, por lo que cabría preguntarle a Guerrero Pérez: ¿por qué sería menos ideológica la tesis del binarismo sexual obligatorio? ¿No hay activismo político cuando se promueve desde el aparato de Estado un marco heteronormativo de la diferencia sexual cuya base “hoy en día es aún objeto de controversia”?

6.14 El niño transgénero

En el capítulo 6.6 de este estudio planteamos brevemente un problema que empezaba a configurarse con relación a la autonomía del niño hermafrodita y las teorizaciones y abordajes jurisprudenciales del sujeto transexual que, a manera de presencia oculta e insidiosa, daban forma a una comprensión casi compasiva del fenómeno de la intersexualidad por parte de la Corte Constitucional. Los casos de ambigüedad genital e intersexualidad que han sido revisados por esta corporación siempre han estado protagonizados por niños menores de 12 años cuyas variaciones corporales han sido comprendidas esencialmente como cuestiones de salud que ponen en riesgo sus vidas y problematizan su agencia como sujetos de derecho. En contraste, los casos de personas *trans* —transexuales, transgénero, travestis, entre otros—, han estado ligados a asuntos más heterogéneos como la discriminación en distintos entornos —escolares, académicos, laborales, carcelarios—, el acceso a cirugías de reafirmación sexual, el cambio de nombre y la corrección del componente sexo en los documentos de identidad y, generalmente, son protagonizados por adultos o jóvenes próximos a cumplir la mayoría de edad.

Esta marcada diferencia en el encuadre comprensivo y, por ello mismo, jurídico de los casos, así como la edad de los sujetos, arrastra tras de sí una tendencia a

considerar los problemas de asignación sexual de los niños intersexuales como un difícil asunto biológico que, sin embargo, puede resolverse gracias a la oportuna acción médico-jurídica; en cambio, la asignación sexual en las experiencias trans — incluso a pesar de intentos de biologización como el Síndrome Harry Benjamin— tiende a ser interpretada como una forma de contestación o impugnación de la realidad natural frente a la cual el derecho tiene un papel de regulador procesual y legitimador de la voluntad que se afirma en el sujeto trans. Bajo este esquema general, el niño intersexual, en cierta forma, sufre la ambigüedad sexual y padece los problemas jurídicos de ella; mientras el adulto trans produce más o menos voluntariamente la ambivalencia y, por tanto, debe asumir las consecuencias de su decisión.

A los sujetos intersex y trans se les supone, entonces, unas formas de agencia muy distintas. Precisamente el problema de fondo con el niño hermafrodita es cómo asignarle un sexo que se adecúe a su naturaleza y a su autonomía en desarrollo; entretanto, el problema con las personas trans es si el sexo sentido subjetivamente merece el reconocimiento jurídico y la consecuente materialización social. Al niño intersexual se le asigna su ‘verdadero sexo’ como efecto de un dispositivo parental, médico y jurídico que, en el mejor de los casos, toma en cuenta su deseo y le ayuda a descubrirlo colectivamente. Al transexual y al transgénero, en cambio, se le facilita o dificulta médico-jurídicamente la posibilidad de materializar su sexo deseado, con todas las dudas y suspicacias que despierta su voluntad personal.

Este paradigma diferencial del papel de la agencia individual en la determinación de la identidad sexual se había mantenido más o menos estable en la historia de la Corte desde 1993. Pero la aparente consistencia de este modelo comenzaría a agrietarse en el año 2017 con la revisión de dos tutelas que protagonizan niños transgénero: la T-498/17 con ponencia de la magistrada Cristina Pardo Schlesinger y la T-675/17 con ponencia del magistrado Alejandro Linares Cantillo. Estas sentencias son emitidas con cuatro meses de diferencia y analizan casos similares entre sí.

Al menos tres factores anticipaban los problemas jurídicos que van a revelarse con estos casos.

El primero es de carácter fenomenológico y hermenéutico. La naturaleza misma de la infancia y los modos en que esta se produce y cualifica jurídicamente terminan por englobar y servir de sustrato unificador a los fenómenos intersex y transgénero. Antes de cualquier tipo de asignación o determinación sexual, los niños son, al menos jurídicamente, unos sujetos que se definen en razón de su capacidad limitada o restringida y su autonomía en desarrollo. De allí que, independientemente de su identidad sexual, los límites a su capacidad y autonomía definen y dan forma a la niñez y a sus experiencias, de manera que cualquier asunto jurídico relativo a los niños necesariamente activa estas cualidades a través de las cuales se les define y pone en tensión los discursos jurídicos sobre la infancia con los cuerpos de los infantes y sus contingencias en el campo social. Bastaba, entonces, con que los niños transgénero comenzasen a realizar reclamos en derecho a través de sus padres para que los presupuestos, prejuicios y valoraciones sobre los límites a su autonomía y capacidad que están a la base de la autodeterminación sexual entraran en conflicto con la hetero-asignación sexual realizada al nacer y validada jurídicamente por el Estado.

La propia jurisprudencia constitucional es un segundo factor de prefiguración de los problemas del niño transgénero. Si al niño mutilado de T-477/95 ya se le reconocía que era una autonomía en desarrollo y, por ello, no solo era agente de su identidad sexual sino que su misma dignidad se definía por esta libertad de decidir sobre lo que quería ser; y a partir de SU-337/99 se volvería reiterativo el asunto del umbral de identificación sexual como artefacto conceptual para marcar el límite a partir del cual debía tenerse en cuenta el criterio del niño en las cirugías de readecuación genital y, en últimas, sobre su asignación sexual; entonces era simplemente una cuestión de tiempo antes que estas mismas cualidades tuviesen que predicarse con relación a los niños transgénero ¿Por qué un niño intersexual de 5 años puede participar de las decisiones sobre su identidad sexual y, eventualmente, sobre

cuestiones irreversibles como los tratamientos de readecuación o reasignación sexual, mientras un niño transgénero de 17 años no puede hacerlo? Evidentemente, aquí ya no solo hay en juego una cuestión de capacidad jurídica, sino del modo en el que se comprende de manera diferencial la naturaleza del sexo y la asignación sexual en la intersexualidad y el transgenerismo, diferencias que entrarán en colisión e incluso acople tal y como veremos en la sentencia T-447/19.

Y por último, hay un factor jurisprudencial y administrativo que sobreviene gracias a una nueva línea hermenéutica de la Corte y el decreto reglamentario 1227 de 2015 del Ministerio de Justicia y del Derecho. El vacío jurídico que ya hemos analizado con relación al procedimiento idóneo para la corrección del componente sexo en el registro civil y sobre el cual la Corte Constitucional mantenía diferencias según si se trataba de un error notarial, una persona intersexual o una trans, fue analizado a profundidad en la sentencia T-063/15 y subsanado con el Decreto 1227 por medio del cual se reglamentó el trámite de corrección a través de escritura pública. En su artículo 2.2.6.12.4.4, este decreto establece explícitamente como requisito de la solicitud de corrección la presentación de la cédula de ciudadanía del solicitante. Consecuentemente, en la Circular 139 de 2015 de la Registraduría Nacional del Estado Civil que impartía instrucciones a los encargados de las funciones registrales sobre la corrección del sexo, se detallaba el trámite bajo el supuesto de que el solicitante buscaba rectificar su cédula. Por esto, los notarios daban por entendido que este trámite solo podía ser realizado por ciudadanos transgénero mayores de edad y, por lo tanto, el derecho a solicitar la corrección del registro civil no aplicaba para menores.

Y es precisamente por cuenta de esta interpretación restrictiva de los notarios que se constituye el punto de partida fáctico de dos acciones de tutela distintas interpuestas en 2017 por padres de niños transgénero que, al solicitar la corrección del sexo y el cambio de nombre para sus hijos en el registro civil por vía administrativa, se encuentran con que su solicitud es rechazada por no presentar la cédula de ciudadanía y, dado que se trata de menores de edad, se les advierte que la

corrección del sexo registral debe realizarse a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria. Veamos a fondo cada caso.

Sentencia T-498 de 2017

Magistrada ponente: Cristina Pardo Schlesinger

Manuel es un joven colombiano que reside en Estados Unidos y desea adquirir la ciudadanía estadounidense pero, para poder hacerlo, debe presentar su postulación antes de cumplir los 18 años. Para ello, debe cambiar su nombre y corregir el sexo que aparece en su registro civil, a fin de que los documentos para la nueva ciudadanía concuerden con su verdadera identidad. Manuel relata su situación de esta forma:

Tengo 17 años, muy pronto estaré terminando mi bachillerato, necesito graduarme como la persona que soy, con el nombre y género correcto, con el cual me identifico. Necesito aplicar a la Universidad con el nombre y género con el que me identifico y no con el que me identifican. No puedo ir a la universidad como “mujer” siendo hombre. Allí se me forzaría a usar los baños asignados para mujeres y vivir en dormitorio de mujeres, además de todos los problemas que se derivan de tener una identidad masculina, pero apareciendo oficialmente en todo documento con nombre femenino y sexo femenino. Es importante como físicamente aparezco para otros, pero es aún más importante que yo pueda saber y sentir que tengo el derecho a ser quien soy y que mis papeles legales como el registro civil de nacimiento, mi tarjeta de identidad, mi pasaporte, mis registros escolares y en fin todos los documentos que tienen mi nombre y mi género (sexo) no están diciendo lo contrario, ya que esto hace que mi diario vivir y mis experiencias de vida sean peor para mí y confusas para aquellos con los que me relaciono en el día a día (Corte Constitucional, 2017a).

Clara y Jorge, padres de Manuel, presentan ante el consulado en Florida un derecho de petición para que se les informe qué procedimiento deben seguir para realizar la corrección del registro. La Registraduría Nacional del Estado Civil les responde que si bien el cambio de nombre puede realizarse a través de escritura pública, la corrección del sexo no puede hacerse en este caso en particular pues el

Decreto 1227 de 2015 exige la presentación de la cédula de ciudadanía, por lo que se entiende que solo aplica para mayores de edad. Por esta razón, y ante la inminencia de perder la oportunidad de naturalizarse en el país de residencia por no tener su documentación corregida, los padres de Manuel interponen una tutela contra la Registraduría y la Notaría Octava de Bogotá. En primera instancia, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá niega el amparo con el argumento de que el Decreto que regula el trámite de corrección del sexo exige la cédula y:

[...] esto indica “el querer del legislador que tal modificación fuera realizada por un mayor de edad”. Además, afirmó que no obstante las certificaciones del médico y de la terapeuta mencionadas anteriormente,

“de ellas no se logra desprender que realmente esa sea la identidad vivida, pues recuérdese que en casos como el de la sentencia T477 de 1995, el menor presentó dificultades para adaptarse a su nueva faceta femenina, por lo que solicitó la protección de sus derechos fundamentales a la identidad personal, invocando la suspensión del tratamiento médico y el completo acoplamiento de su definición psicológica y física masculina con la que se sentía plenamente identificado”.

Consideró, por lo tanto, que debía acudirse a la jurisdicción voluntaria “por ser tal mecanismo judicial el idóneo para salvaguardar sus derechos al no contarse con las pruebas médicas y psicológicas para tomar una decisión a través de tutela” (*Ibíd.*).¹⁴⁰

Tras la impugnación de esta decisión, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en segunda instancia, confirmó los argumentos del Tribunal.

La Corte Constitucional selecciona este caso para revisión y, de entrada, señala que tanto el Tribunal Superior como la Sala de la Corte Suprema cometen un error

140. El Tribunal cita el caso del niño N.N. que la Corte Constitucional analizó en T-477/95 y que, obviamente, parte de una situación fáctica no homologable. Recordemos que este niño nació varón y sufrió la mutilación de sus genitales, situación que el equipo médico de la época decidió tratar a través de la reasignación al sexo femenino, para lo cual inició un tratamiento quirúrgico y farmacológico. El niño N.N. de 1995 buscaba recuperar el sexo del que fue privado violentamente y sin su consentimiento por la institución médica, en contraposición, Manuel busca reafirmar voluntariamente el sexo que siempre ha vivido y se apoya para ello en un tratamiento médico y un reclamo legal.

al tratar un decreto reglamentario emitido por un ministerio del Ejecutivo como si se tratase de una Ley del Congreso de la República.

No existe ninguna voluntad legislativa en estos casos, pues ninguna ley ha definido los límites del derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la identidad de género de los menores de edad en relación con la corrección del registro civil en lo relativo al sexo. Dichos límites debe entonces establecerlos la Corte Constitucional para el caso concreto, teniendo en cuenta los factores jurisprudenciales antes reseñados (*Ibid.*).

Ahora bien, en la medida en que un decreto reglamentario no puede limitar un derecho fundamental como el de la personalidad jurídica, el juez de tutela no puede apelar a un argumento formal como el que se expuso en primera y segunda instancia y está obligado a realizar un análisis de fondo para establecer si efectivamente hay una vulneración de derechos. Por este motivo, la Corte entiende que el caso merece revisión.

En el inicio de su análisis, hay una particular aclaración de Pardo Schlesinger:

La Corte Constitucional no se ha pronunciado sobre eventos en que una persona menor de edad transgénero solicita un procedimiento médico o un cambio en el registro civil. La Sala considera que el procedimiento médico y la modificación del registro civil plantean problemas jurídicos y éticos distintos, por lo cual esta decisión se circunscribe a los aspectos relacionados con el cambio del registro civil (*Ibid.*).

Sin embargo, es preciso señalar que en T-552/13 uno de los casos analizados por la magistrada Calle Correa es el de Charlie Santiago que, al igual que Manuel, es un niño transgénero de 17 años que hacía su tránsito al sexo masculino. En el caso de 2013, el niño solicitaba la realización de un tratamiento quirúrgico de reafirmación sexual a través de su mamá, procedimientos médicos que, en principio, le fueron negados con el argumento de que el ICBF debía autorizarlos por tratarse de un menor de edad. Pese a que la sentencia T-552/13 amparó los derechos del niño basada en el precedente establecido en SU-337/99 y ordenó la realización del tratamiento, la sentencia T-498/17 no toma este precedente, aunque el concepto solicitado por la magistrada Pardo Schlesinger a Colombia Diversa señala explícitamente que en la sentencia de 2013:

[...] la Corte avaló la existencia del consentimiento, en tanto confirmó la existencia de capacidades evolutivas del accionante de 17 años para tomar una decisión respecto a una cirugía de reafirmación sexual dentro de los criterios del consentimiento informado (*Ibíd.*).

Si bien es claro que los problemas jurídicos relativos a la realización de cirugías invasivas como las de reafirmación sexual son distintos a los que supone el cambio de sexo registral, son fenómenos que, para los casos analizados, no solo resultan íntimamente ligados sino que confluyen en un problema común: la autonomía del niño para decidir sobre el sexo que le es asignado.

La omisión del precedente establecido en T-552/13 es aún más notoria por la evidente similitud entre los criterios utilizados por la magistrada Calle Correa para validar el consentimiento de Charlie Santiago pese a su minoría de edad y los destacados por Pardo Schlesinger para inaplicar el requisito de la cédula para la corrección del sexo registral de Manuel. En la primera sentencia se expresa:

[...] el hecho de que, al momento de interponer esta acción de tutela Charlie Santiago aún no alcanzara su mayoría de edad no debe ser considerado, en este caso concreto, como una circunstancia que invalide su consentimiento respecto de las intervenciones quirúrgicas que solicita. Ello por cuanto: (i) ha manifestado de manera seria y reiterada su voluntad de someterse al procedimiento de reafirmación sexual quirúrgica; (ii) tal decisión ha sido el resultado de un proceso de afirmación de identidad masculina que viene de larga data; (iii) su madre ha acompañado y apoyado a Charlie Santiago en este proceso, como muestra de respeto por su decisión y por entender que de esta manera contribuye a proteger el interés superior de su hijo menor; (iv) además, este joven ha contado con acompañamiento de un equipo, lo que le ha permitido adoptar una decisión informada sobre las consecuencias del tratamiento que se dispone a afrontar y que además garantiza la existencia de conceptos profesionales sobre las condiciones bajo las cuales dichas intervenciones deben ser practicadas para efectos de no poner en riesgo la salud física y síquica del menor (Corte Constitucional, 2013b).

Y en T-498/17, tras señalar que no es posible establecer una regla general para resolver casos como los de Manuel, pero sí unos parámetros para relativizar el requisito exigido por el Decreto 1227 del 2015 para la corrección del sexo en el Registro Civil, la magistrada ponente afirma:

5.5.1. Un primer criterio es la voluntad de los padres y el hijo/a. Cuando los padres se encuentren en desacuerdo con el consentimiento expresado por la persona menor de edad, será más difícil para el juez constitucional dar cumplimiento a la voluntad de este último. En cambio, cuando los padres y los hijos coinciden en una sola manifestación de voluntad, la minoría de edad de la persona que desea realizar el cambio en el registro civil no es determinante, pues la decisión se encuentra acompañada por el criterio de las personas a quienes la Constitución y la ley confían la protección de su interés superior.

5.5.2. Un segundo criterio importante es el criterio profesional de terceros. Cuando en el expediente existen certificaciones de médicos, terapeutas, trabajadores sociales u otros profesionales en áreas relevantes, que dan cuenta de que la transición de género ha sido medicamente implementada y se ha observado la madurez con que efectivamente se asume y se vive la nueva identidad de género o de sexo, el juez constitucional puede dar credibilidad a la manifestación de voluntad del menor.

5.5.3. Un tercer criterio importante es la cercanía a la mayoría de edad. La manifestación de voluntad de una persona cercana a cumplir los dieciocho años es más importante y debe ser atendida con mayor cuidado, que aquella de un pre púber o un infante. En efecto, según la jurisprudencia constitucional hay “una relación de proporcionalidad inversa entre la capacidad de autodeterminación del menor y la legitimidad de las medidas de intervención sobre las decisiones que éste adopte. Así, a mayores capacidades intelecto-volitivas, menor será la legitimidad de las medidas de intervención sobre las decisiones adoptadas con base en aquéllas”.

5.5.4. En cuarto lugar, el juez constitucional debe ponderar la trascendencia de la decisión a tomar, sus efectos secundarios y las posibilidades de revertirla. La decisión de modificar el componente sexo en el registro civil no es una decisión sin consecuencias que se pueda tomar a la ligera, pero no reviste la misma trascendencia que aquella de someterse a un procedimiento quirúrgico de reafirmación de sexo o de recibir tratamientos con hormonas. La corrección en el registro civil produce efectos ante todo jurídicos y simbólicos, y en todo caso, puede ser revertida pasados diez años (Corte Constitucional, 2017a).

La coincidencia de criterios entre las sentencias resulta aún más significativa en razón del parámetro que las distingue: la reversibilidad de la modificación del componente sexo en el registro pasados diez años de la solicitud y la irreversibilidad del tratamiento quirúrgico de reafirmación sexual solicitado por Charlie y que incluía la amputación de útero, senos y ovarios. Es decir, la Corte ya había establecido criterios homologables cuatro años antes respecto a una reafirmación sexual

quirúrgica irreversible que, sin embargo, no son tenidos en cuenta en el análisis de una reafirmación sexual legal reversible.

Independientemente de las razones de esta significativa omisión, resulta esencial destacar los elementos en común entre los parámetros que guían el sentido de ambas decisiones.

En primer lugar, las dos sentencias parten de un mismo supuesto: el criterio del niño es insuficiente. De allí que deba garantizar la suficiencia a través de su coincidencia con el criterio de los padres y del equipo interdisciplinario de especialistas. En este sentido —y paradójicamente— el niño solo puede ser autónomo cuando se valida su heteronomía.

Esta paradoja podría disolverse si se sustentara en un modelo de apoyos, pero un segundo elemento reafirma que el niño en realidad se encuentra en una situación análoga a la descrita por Bateson como *double bind* o de doble vínculo existencial: la credibilidad de su criterio depende de un principio que lo socava. A diferencia del adulto, el niño sí tiene que observar el requisito de diagnóstico médico para autenticar su proceso de reafirmación sexual, de manera que solo por medio de la enfermedad se valida su opción identitaria.¹⁴¹ Y lo curioso es que ello no resulte particularmente contradictorio para Calle Correa quien desarrolló la jurisprudencia constitucional de despatologización de las identidades transgénero.

El tercer elemento en común —también paradójico— es relativo al umbral de la mayoría de edad. La cercanía de Charlie Santiago y Manuel a los dieciocho años sirve como elemento formal de conjura de su propia infancia. Así, en la medida en que están dejando de ser niños, las sospechas sobre su autonomía pueden disiparse. De aquí que el verdadero problema sobre el niño transgénero tenga que plantearse cuando este lugar liminal entre la mayoría y la minoría de edad no pueda servir como campo de resolución del conflicto con la infancia por medio de su anulación.

141. Sobre las dificultades de los niños transgénero para asumir los diagnósticos patologizadores ver la nota 135 de este estudio *supra*.

En T-447/19 esta será precisamente una de las variables fundamentales para relocalizar la cuestión de la infancia trans, pues el niño en el que allí se centra el caso tiene 12 años.

El campo de la infancia transgénero está, pues, minado de contradicciones, todas ellas derivadas del estatuto paradójico mismo de la autonomía del menor, en la medida en que se le supone no formada por completo pero sí en proceso de desarrollo. Tal procesualidad de la autonomía es, al mismo tiempo, lugar de habilitación del criterio del niño y fuente de sospecha sobre él, por lo que queda en la obligación de demostrar que su voluntad de cambiar de sexo es verdadera, persistente y propia.

Curiosamente, una de las cualidades del proceso de Manuel que la magistrada Pardo Schelesinger considerará demostrativa de su autonomía surge del hecho de que él ya ha iniciado una transición médica y social:

Manuel ya recibió tratamiento médico y continúa desarrollándose social y psicológicamente como hombre. En ese sentido, la corrección del componente sexo en el registro civil constituye la refrendación de un hecho cumplido. Si bien esta corrección es importante para la consolidación completa de la identidad de género que ahora se asume, la trascendencia de esta decisión no es la misma que aquella que se presentaría si una persona menor de edad solicitara un tratamiento médico (*Ibid.*).

La táctica argumentativa de establecer un contraste entre la decisión de cambiar de sexo legal y la de realizarse un tratamiento médico resulta curiosa precisamente en la medida en que la sentencia T-552/13 tiene por eje la solicitud de una reafirmación sexual quirúrgica por parte de Charlie Santiago por lo que, de acuerdo con la escala de valoración de la magistrada ponente, esta decisión sería más trascendental que la asumida por Manuel. Razón de más para preguntarse por qué se omite este precedente en análisis.

Pero hay que reconocer que más allá de esta omisión hay una significativa innovación conceptual cuando se concibe la corrección del sexo en el Registro Civil como la refrendación de un hecho cumplido, pues muestra el poder performativo de

un sexo registral que cita, reitera y ratifica las acciones previas de Manuel a lo largo de su vida. De este modo, el sexo legal deviene materializador de la identidad sexual, fuerza objetiva de su reconocimiento social y prueba de la verdad sexual del niño.

Sentencia T-675 de 2017

Magistrado ponente: Alejandro Linares Cantillo

María Alejandra tiene 17 años y fue registrada al nacer como un varón de nombre Andrés Felipe de acuerdo con el “sexo que correspondía a la anatomía”. Ella “se comporta, actúa, piensa, se identifica y se siente como una niña (...) y así quiere ser determinada en todos los ámbitos de su vida, sin discriminación alguna” (Corte Constitucional, 2017b), por lo cual adoptó en su entorno social y familiar el nombre de María Alejandra. En razón de su adscripción identitaria decidió junto con su madre Claudia Soraya registrar su nuevo nombre y corregir el sexo en su Registro Civil.

Frente a la decisión de modificar su género en el registro civil de nacimiento sostuvo que “(...) solo busca rectificar legalmente lo que siempre he sido y seré que es una mujer, aclarando completamente que es una decisión libre y consciente que solo tiene como fin realizarme y hacerme sentir bien (...)”, agregando que no se trataría de un cambio sino de “una rectificación de quien siempre ha sido”.

[...] a manera de ejemplo explica que cuando debe acudir a citas médicas o cuando tiene que registrarse en alguna caja “(...) los empleados que atienden me tratan como un hombre (puesto que por el componente de mi sexo en la EPS aún no he podido cambiar mi nombre) y por ende siempre debo aguantar la sensación de estas personas determinándome y haciéndome sentir juzgada (...) de tanto mirarme y hablar entre ellos, supongo preguntan por qué soy una niña pero en los registros aparezco como niño”. Sostiene que lo anterior ha tenido que padecerlo en “muchos contextos que requieren mi identidad”, donde resulta “(...) molesto que por el error que hay en mis documentos se dude socialmente de quien soy que por supuesto es una mujer”.

[...] Expone que como proyecto de vida busca ser “[...] lograr mi meta principal que es sentirme feliz y realizada como mujer”, e igualmente desea “(...) demostrar que ser mujer transgénero no significa ser vulgar y promiscua que lastimosamente es el concepto que se tiene”.

[...] ser mujer representa mostrar que son “(...) valientes, líderes, inteligentes y sobretodo seguras de nosotras mismas, pues eso nos permite demostrarle al mundo que unos senos o un gran trasero no son los que radican en si somos más o menos mujeres, la realidad es que lo somos porque desde nuestro interior irradiamos un ser elegante lleno de feminidad que no se puede ocultar”.

[...] de no modificarse el género en su Registro Civil de Nacimiento y demás documentos de identidad se estaría actuando en contra de su “(...) libre personalidad”, al hacerla “vivir bajo una identidad de género falsa, que por supuesto jamás me ha correspondido y por eso deseo con todo mi corazón me permitan ser escuchada, entendida, pero sobretodo que se me deje presentarme legalmente ante mi campo estudiantil, y en pocos años laboral como la mujer que soy, que siempre he sido y siempre seré” (Corte Constitucional, 2017b).

Para Claudia Soraya, el cambio en los documentos de identidad:

[...] realizará como persona a su hija, por varias razones, entre ellas: i) “le dará más confianza pues al ser reconocida como mujer legalmente nadie podrá refutar o atacar contra ella diciendo que no lo es, pues sus documentos contradicen sus palabras”, ii) “debido a su terapia de reemplazo hormonal (que se está llevando a cabo por medio de la EPS con una endocrinóloga profesional y totalmente cuidadosa que supervisa su proceso, además de una psicóloga que le brinda acompañamiento) su cuerpo se empezará a amoldar cada vez más a la mujer que es y por ende necesita que sus papeles también le correspondan”, iii) “no será rechazada a la hora de ingresar a alguna academia, universidad o en el futuro un trabajo, por no corresponder su nombre y su físico con su género en el Registro Civil”, iv) “le evitará malos momentos y frustraciones que afectan su integridad como ser humano” (*Ibíd.*).

Como representante legal de su hija, Claudia Soraya presentó una solicitud a la Notaría Cuarenta y Uno de Bogotá solicitando la modificación del registro. Sin embargo, el notario rechazó su solicitud argumentando que según el concepto vinculante de la Superintendencia de Notariado y Registro el trámite de corrección de sexo solo era para mayores de edad y “el menor de edad es una persona que [se] considera legalmente incapaz”. Asimismo, indicó que según el ICBF, la madre debía

acudir a la acción judicial para obtener la autorización para solicitar la corrección del registro de su hija.

Claudia Soraya, en vista del rechazo a su solicitud y en representación de su hija, interpuso una acción de tutela ante el Juzgado de Familia de Bogotá que concedió parcialmente el amparo. De acuerdo con el juez, podía realizarse el cambio de nombre, pero para la corrección del sexo debía agotarse el procedimiento de jurisdicción voluntaria y él no podía obviar este proceso pues la solicitud no había presentado “las respectivas pruebas médicas o psicológicas que sustentaran dicha petición”. Una vez realizada la impugnación a este fallo, el Tribunal Superior de Bogotá confirmó íntegramente la decisión de primera instancia.

Esta es una sentencia de reiteración de jurisprudencia que encuentra en T-498/17 un precedente homologable tanto por los hechos que motivan la acción de tutela, como por darse una coincidencia prácticamente plena con los criterios de decisión establecidos allí por Pardo Schlesinger. Al igual que el joven Manuel, María Alejandra tiene 17 años, la madre apoya completamente su cambio de nombre y corrección de sexo, ya ha iniciado desde tiempo atrás su transición social en los ámbitos escolar y familiar, y ha emprendido un tratamiento médico con especialistas. Tal coincidencia entre los casos, permite al magistrado Linares Cantillo reafirmar en su totalidad un precedente que, tal y como se había planteado en su parte resolutive, solo tenía efecto *inter partes*, de manera que ahora no solo sea aplicable a María Alejandra sino también a todos aquellos niños cuyos casos tengan características que se encuadren dentro de los criterios jurisprudenciales desarrollados en T-498/17. En síntesis, esta sentencia amplía el alcance del precedente y complementa el análisis de la autonomía relativa del niño dentro del mismo enfoque analítico y hermenéutico.

El aporte diferencial de esta sentencia radica en el énfasis en la necesidad de garantizar un consentimiento libre e informado de los niños, para lo cual se apoya en la jurisprudencia de los ahora denominados niños intersex y, particularmente, de SU-337/99. Y justamente por hacer referencia a una conceptualización del consenti-

miento desarrollada en el campo de las cirugías de readecuación genital, citará — aunque de manera periférica y en una nota al pie— la reafirmación sexual quirúrgica de Charlie Santiago analizada en T-552/13. Para Linares Cantillo, a los criterios de proximidad a los dieciocho años; voluntad concurrente con los representantes legales; conceptos médicos sobre el caso; y reversibilidad de la corrección legal del sexo; habría que añadir la constatación de un consentimiento libre, informado y cualificado, según los criterios que la Corte misma ha definido en su jurisprudencia.

6.15 La catacresis transgénero

Sentencia T-447 de 2019

Magistrada ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado

En el año 2019 se presenta un caso de particular interés dentro de esta investigación que involucra a un niño intersexual y expresa claramente las tensiones, contradicciones y encabalgamientos dentro del esquema diferencial de comprensión del sexo y la asignación sexual para sujetos intersex y trans que hemos descrito, así como las concepciones heterogéneas y variables sobre la naturaleza de la sexualidad que atraviesan la historia jurisprudencial de la Corte Constitucional.

En la sentencia T-447/19, la magistrada ponente Gloria Stella Ortiz decide enmarcar el análisis de un caso de intersexualidad dentro de la línea jurisprudencial y el marco conceptual transgénero, hecho que tendrá como respuesta inmediata el salvamento de voto de la magistrada Pardo Schlesinger y que volverá a poner en escena problemas que parecían superados. En el encuadre fenomenológico de Ortiz, el niño intersexual que aquí solicita la corrección legal del sexo que le fue asignado erróneamente al nacer es enunciado, articulado y comprendido como un niño

transgénero, con lo que de nuevo se entrecruzan marcos comprensivos que hemos visto intersectarse de muy diversas maneras a lo largo de esta investigación. Sin embargo, es importante advertir que el enfoque hermenéutico de Ortiz dista mucho de ser el fruto de un error y, en cambio, expresa una apuesta conceptual que traerá nuevos rendimientos al problema de la asignación sexual y, por supuesto, inducirá otras formulaciones sobre la naturaleza del sexo.

“Paloma” es madre de un niño que para el momento de la revisión del caso cuenta con 10 años edad. Mientras estaba en embarazo, los médicos no pudieron determinar el sexo de su hijo y, cuando este nació, advirtieron que tenía una malformación de los genitales pero consideraron que morfológicamente eran femeninos y, por ello, recomendaron a Paloma que lo registrara y criara como mujer. El bebé fue bautizado como “Lucrecia”.

Cuando el bebé tenía un año, los médicos registraron “genitales ambiguos, labios menores no se observan, clítoris prominente [sic]” y, por consiguiente, diagnosticaron “ambigüedad sexual” y le prescribieron los exámenes pertinentes a fin de determinar su sexo. A los pocos meses se le realizó un examen genético que arrojó como resultado un cariotipo XY46, esto es, masculino y, a través de una ecografía, se confirmó que el bebé no poseía ni útero ni ovarios.

Para cuando el niño estaba cerca de los 5 años, en la consulta médica se le diagnosticó como:

“[...] paciente con hipospadia penoescrotal, con escroto no fusionado que forma 2 labios mayores, no palpo gónadas en labios mayores o en canal inguinal, se evidencia un orificio uretral único peno-escrotal, con un pene pequeño o un clítoris hipertrófico”. En consecuencia, se refirió como diagnóstico de ingreso “malformación congénita de los genitales femeninos, no especificada” (Corte Constitucional, 2019).¹⁴²

142. Para esta fecha, ya se contaba con el examen de cariotipo y las ecografías que confirmaban que el bebé era genéticamente un varón y, morfológicamente, se hace referencia a la hipospadia como una irregularidad de su pene, por lo que resulta extraño que no haya claridad sobre si tiene “un pene pequeño o un clítoris hipertrófico” y se le ingrese como un malformación

Paloma no estuvo de acuerdo con el diagnóstico, pero siguió criando a su hijo como una mujer.

La peticionaria narró que su hijo desarrolló genitales masculinos, los cuales presentan una malformación física. En efecto, para la actora, contrario a lo señalado por los médicos tratantes, no se trata de una situación de ambigüedad genital, pues su hijo tiene genitales masculinos.

Adicionalmente, explicó que el niño, que actualmente tiene 10 años, expresó de forma constante y enfática su inconformidad con su crianza como mujer, indicó que no usaría más ropa femenina y precisó que se identifica con el género masculino y siente atracción sexual hacia las niñas. En consecuencia, el menor de edad rechazó el trato que se le había brindado como mujer, escogió el nombre “Joaquín” y le exigió a su familia, amigos y a la institución educativa que lo traten de acuerdo con su identidad de género masculina (*Ibíd.*).

Paloma, en representación de Joaquín y por exigencia de su hijo, solicitó a la Notaría de su municipio el cambio de nombre y la corrección del sexo en el registro civil del niño. Sin embargo, la Notaría rechazó esta solicitud pues el niño no cumplía con “los requisitos previstos en los Decretos 1227 de 2015 y 1069 de 2015, la Sentencia T-675 de 2017 y la Instrucción Administrativa 12 de 2018 emitida por la Superintendencia de Notariado y Registro” (*Ibíd.*). Para la Notaría, dado que Joaquín contaba con 10 años, no cumplía con el requisito de proximidad a la mayoría de edad establecido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Por esta razón, Paloma decidió interponer en noviembre de 2018 una acción de tutela para solicitar el amparo de los derechos de Joaquín. En primera instancia, el Juzgado declaró improcedente la tutela por no cumplir el requisito de subsidiariedad pues a criterio del juez existía un mecanismo ordinario para realizar la correc-

“de los genitales femeninos” y no de genitales masculinos.

Pero lo más llamativo de este caso es que la patología señalada es “no especificada” y, de hecho, en todos los exámenes descritos en la sentencia en ningún momento se da un diagnóstico preciso del tipo de trastorno del desarrollo sexual que tiene el niño, por lo que realmente es imposible determinar si se trata de un niño intersexual o con una morfología genital inusual.

Para efectos del análisis de discurso, el niño es tratado médicamente como intersexual; jurídicamente, como transgénero; y familiar y socialmente, como varón.

ción: el proceso de jurisdicción voluntaria. Paloma impugnó este fallo y solicitó al juez de tutela tener en cuenta:

[...] (i) el menor de edad puede ser citado para rendir su versión sobre las circunstancias que atraviesa y la vulneración de sus derechos fundamentales; (ii) los resultados genéticos coinciden con la condición fisiológica, física, mental, sexual y la forma en la que se identifica el menor de edad en la sociedad; (iii) el niño desarrolló genitales masculinos; (iv) el menor de edad siente atracción hacia las mujeres, y (v) puede decretarse prueba pericial para establecer las circunstancias referidas en la acción de tutela (*Ibíd.*).¹⁴³

En segunda instancia, el juez confirmó el sentido de la decisión tomada previamente y afirmó:

[...] nos encontramos en presencia de una menor de edad (11 años) que debe ser evaluada por psicólogos, psiquiatras y demás expertos que den fe, que la decisión tomada por la menor ha sido de manera libre y voluntaria; cuyas pruebas deben ser introducidas al proceso correspondiente y sea el juez competente quien dirima la controversia y mediante decisión judicial en firme, decida acerca de las pretensiones abordadas en la presente acción constitucional (*Ibíd.*).¹⁴⁴

143. Nótese cómo el Complejo-Sexo pasa de ser un artefacto médico-científico utilizado por especialistas para comprender la naturaleza heterogénea del sexo a un argumento legal susceptible de ser apropiado por los ciudadanos. La división analítica de este Complejo permite producir argumentos tales como: si el sexo genético, morfogenital e identitario es masculino, no se entiende por qué el sexo legal es femenino. Y, por tratarse de un asunto relativo a la verdad sexual del sujeto en el ámbito jurídico, puede incluso solicitarse prueba pericial.

Por otra parte, es importante señalar el uso de la orientación sexual como factor de refuerzo de la identidad sexual del niño –tanto por padres como por médicos– que hemos encontrado en varias de las sentencias aquí analizadas: si el sexo legal de Joaquín permanece femenino, entonces podría ser valorado en su entorno como lesbiana, de modo que la corrección del sexo registral busca prevenir que se ‘malinterprete’ el deseo de un niño de 10 años. Este criterio heteronormativo de uso tan frecuente delata cómo el temor al fantasma homosexual sirve para asegurar la coherencia identitaria y reforzar el binarismo sexual,

144. Para el juez de segunda instancia, dado que el procedimiento de jurisdicción voluntaria sirve para dirimir controversias, resulta el mecanismo idóneo para determinar probatoriamente cuál es el sexo de Joaquín. Sin embargo, lo controversial es inducido performativamente por la misma decisión judicial, pues médica, social e identitariamente, él es un niño y la asignación realizada al nacer devino errónea en razón de pruebas médicas. La controversia surge solo cuando el juez da preeminencia al sexo legal sobre el sexo genético, social e identitario de Joaquín, acto que se refuerza al dirigirse a él en la sentencia como si se tratase de una niña.

La Corte Constitucional decide revisar el caso en junio de 2019 y solicita un amplio conjunto de pruebas y conceptos a distintas instituciones y organizaciones.

Antes de profundizar en el análisis que realiza la magistrada Ortiz Delgado, es muy importante señalar tres características que hacen de este caso singular respecto a la jurisprudencia previa que hemos analizado y, en particular, la del niño hermafrodita.

Primero, en casi todos los casos relativos a niños intersex o con ambigüedad genital estudiados previamente por la Corte —SU-337/99, T-551/99, T-692/99, T-1390/00, T-1025/02, T-1021/03 y T-912/08— las cirugías de readecuación genital eran el objeto sobre el que se realizaba el reclamo de amparo de derechos, pero también el acontecimiento a través del cual se fijaba la asignación sexual o se materializaba la reasignación sexual del sujeto. Es decir, las cirugías hacían parte del modo en que se determinaba el sexo legal de los niños y, por ello, los problemas jurídicos orbitaban alrededor de las cuestiones propias del consentimiento. En esta línea casuística encontrábamos una notable excepción, la sentencia T-450A/13 en la que la Corte analiza el caso de un bebé intersex que no puede ser registrado porque en su certificado de nacimiento no fue marcado el campo de ‘sexo del nacido vivo’ y cuyo problema jurídico será precisamente el estatuto jurídico de la indeterminación sexual: cómo garantizar el registro de los niños nacidos con características intersexuales y ambigüedad genital. La solución allí planteada para resolver los problemas del registro es establecer un protocolo especial de inscripción para niños intersexuales que, con alguna variaciones respecto a las indicaciones dadas por la Corte, se definirá en la Circular No. 033 del 24 de febrero de 2015 emitida por la Dirección Nacional del Registro Civil.

Sin embargo, en T-447/19 ni Joaquín ni su madre solicitan la realización de algún tipo de cirugía y el niño ya ha sido registrado, de modo que la solicitud de amparo se organiza estrictamente alrededor del problema del cambio de nombre y de la corrección del sexo en el registro civil. En este sentido, este caso es similar al presentado en T-504/94 en el que, recordemos, la Corte no especifica que se

trata de un asunto de lo que por entonces se llamaba hermafroditismo y en el que ya se había efectuado la cirugía de “corrección” de los genitales de la accionante y cuyo amparo es negado con el argumento de que la corrección de sus documentos de identidad debía realizarse por la jurisdicción voluntaria. De modo que, a primera vista, los precedentes para la revisión del caso de Joaquín deberían ser las sentencias T-504/94 y T-450A/13. Si bien la sentencia de 1994 será analizada como parte de un criterio de la Corte ya superado, la sentencia de 2013 no hará parte del análisis central de la magistrada Ortiz Delgado y, su omisión, dará pie al salvamento de voto de la magistrada Pardo Schlesinger.

El hecho de que Joaquín no haya sufrido cirugías de normalización y asignación sexual forzadas o voluntarias, supone un segundo factor diferencial que, en gran medida, es producto de la misma moratoria sobre la asignación sexual quirúrgica que la Corte estableció en su jurisprudencia constitucional del niño hermafrodita. Aquí la Corte corrobora que, en respeto de la autonomía de Joaquín, no se le realizó ningún tipo de “corrección genital”:

Ahora bien, de los elementos de prueba recaudados en esta sede relacionados con la actuación médica, la Sala advierte que los expertos señalaron de manera uniforme que **el manejo médico de casos de “ambigüedad genital” debe sustentarse, principalmente, en el respeto por la identidad y autonomía del paciente** salvo que esté en peligro su vida e integridad, y para su protección resulte imperativa la intervención correspondiente.

A partir de la premisa descrita, la historia clínica da cuenta de acompañamiento psicológico y atención por parte de diversos médicos con propósitos diagnósticos y no de asignación o corrección genital. Además, las declaraciones rendidas por la madre del accionante indican que las intervenciones médicas se aplazaron para respetar los derechos a la autonomía e identidad de Joaquín (*Ibíd.*).¹⁴⁵

En todos los casos de niños intersexuales y con ambigüedad genital revisados previamente era evidente que, tanto los padres como los médicos, forzaban a la realización de cirugías de normalización bajo la creencia de que mantener la ambi-

145. Las negrillas hacen parte del texto de la sentencia.

güedad anatómica produciría efectos negativos en la identidad y el desarrollo psicosocial del niño. Así que por más de que en términos formales se estipulara que el menor cumplidos los 5 años decidiría autónomamente sobre las intervenciones quirúrgicas dirigidas a normalizar su cuerpo, las cirugías siempre aparecían como momento obligado en el horizonte de definición sexual del niño. No obstante, el caso de Joaquín muestra una línea de desarrollo implícita en el respeto de la decisión autónoma del niño sobre estos procedimientos quirúrgicos que nunca se declaraba explícitamente porque, en cierta forma, no se veía como posible: que alguien decidiese vivir con su “ambigüedad genital” o “malformación” y no buscase “corregirla”. Es decir, se daba por hecho que niños y padres deseaban la normalización genital tanto como los médicos. Pero según el relato de Joaquín:

[...] Yo me identifico hombre por una razón: porque yo tengo una deformidad testicular, entonces tuve que los doctores dijeron muchas cosas, muchos cirujanos me vieron [sic]. Yo me veo como hombre porque yo siento algo que no, yo no me siento mujer, [...] yo no me sentía bien, a gusto, me hicieron mucho bulling [sic], fue una tortura muy grande; nunca me gusta el nombre que tengo registrado legalmente Lucrecia, ese nombre como que no daba conmigo, me sentía raro, como decía mi madre que ella primeriza me veía y me veo más hombre que femenino, no es que yo crea, yo soy un hombre.

[...] Desde el año pasado que mi madre me contó yo estuve feliz porque yo me sentía raro entre tanto que ser hombre, que mujer, me sentía insatisfecho. El año pasado en mitad de año cuando mi madre me dijo, al otro mes empecé a vestirme como hombre no me sentía cómodo con la ropa de mujer. Cuando empecé a usar esta ropa fue cuando el ex de mi mamá me compró unas camisas y ya mi mamá me compra ropa de hombre y me siento más satisfecho de lo que siente una persona normal (*Ibíd.*).¹⁴⁶

Aquí tenemos a un niño que sabe que tiene unos genitales inusuales y ello no le impide reconocerse claramente como varón. Y, contrario a lo que parecía un

146. En distintos momentos de la sentencia se hace énfasis en el carácter revelador que tuvo para Joaquín el momento de verdad en el que la madre le explica la malformación de sus genitales. Esto es muy importante de cara al problema del secreto y a la ocultación de la historia clínica a los niños que hemos discutido previamente en el análisis de T-551/99, pues esta revelación da pie al proceso de afirmación de la autonomía del niño y a una satisfacción consigo mismo mayor a la “que siente una persona normal”.

consenso médico-jurídico sobre la supuesta indeterminación sexual de los niños intersex o con ambigüedad genital, lo que pone en peligro la coherencia de la definición sexual de Joaquín no es su anatomía sino su sexo legal. El niño considera que su vida cotidiana se ve afectada por no ser llamado por el nombre que desea y por tener en su tarjeta de identidad un sexo distinto al que “siente” en su fuero interno. En este caso, la falta de reconocimiento jurídico produce los problemas psicosociales que otrora las tesis de Money le imputaban a la falta de normalización anatómica. De modo que por estas razones por primera vez el problema jurídico se organizará alrededor de la cuestión de la autonomía del niño para decidir sobre su sexo legal.

El tercer factor que marca la singularidad de este caso es que la Notaría que recibe la solicitud de cambio de nombre y corrección de sexo de Paloma, rechaza la petición porque la enmarca dentro del ámbito del Decreto 1227 de 2015 y la Instrucción Administrativa 12 de 2018 de la Superintendencia de Notariado y Registro¹⁴⁷ en la que se definen los requisitos para la modificación del componente sexo en el Registro Civil de los menores de edad transgénero, hecho administrativo con el que Joaquín queda circunscrito dentro de la categoría transgénero y que se convertirá en el argumento normativo de base para que los jueces de primera y segunda instancia rechacen el amparo solicitado. En otras palabras, a través de un proceso administrativo y judicial Joaquín será construido como un niño transgénero, pese a que médicamente había sido materializado como intersexual. En este caso, un equívoco administrativo dará inicio a una cadena de sobredeterminaciones en la que las referencias a la identidad transgénero del niño serán utilizadas, primero, para negarle la posibilidad de corregir su registro por vía administrativa por no estar cerca de cumplir los 18 años, y luego, para que su caso abra la posibilidad de que cualquier niño trans pueda solicitar la corrección del registro. Una fructífera catacre-

147. Esta Instrucción fue derogada por la Instrucción Administrativa 1 de 2020 que contiene los cambios a los que obligará esta sentencia T-447/19.

sis recorre toda esta sentencia y producirá unos efectos performativos que es preciso analizar cuidadosamente.

¿Por qué se produce una catacrisis? Porque hay un uso inapropiado de la categoría transgénero que introducirá una serie de equívocos que ofrecerán rendimientos inéditos en la comprensión de esta misma categoría y, de paso, afectará las nociones de intersexualidad, asignación sexual y el modelo sexo/género. El desplazamiento catacrésico por el que Joaquín pasa de ser intersexual a transgénero dentro de un dispositivo jurídico-administrativo marca no tanto un error conceptual, como el inicio de un proceso performativo que arrastrará a nuevos desarrollos jurisprudenciales y regulativos.

Al parecer,¹⁴⁸ la catacrisis inicia con el rechazo por parte de la Notaría a la solicitud de Paloma de realizar el cambio de nombre y la corrección del componente sexo en el Registro Civil de su hijo. Los argumentos que esgrime la Notaría para sustentar tal rechazo son de orden reglamentario y jurisprudencial. Según su criterio, el trámite de corrección del sexo registral de Joaquín se rige por el Decreto 1227 de 2015 cuyo sustento jurisprudencial ha quedado definido en la sentencia T-063/15 y, dado que posteriormente la Corte Constitucional definió reglas particulares para este trámite cuando involucra a niños transgénero en T-498/17 y T-675/17, esas reglas han de ser tenidas en cuenta para realizar la corrección. A fin de dar claridad a todos los notarios del país sobre el ajuste del trámite de corrección a estos desarrollos jurisprudenciales, la Superintendencia de Notariado y Registro emitió la Instrucción Administrativa 12 de 2018 en la que se exige a los notarios verificar que:

148. En la sentencia se afirma que “en la petición elevada ante la Notaría en mención, el actor solicitó que se aplicara el procedimiento establecido en el Decreto 1227 de 2015 para la modificación del componente sexo en el registro del estado civil” (*Ibid.*), pero en ninguno de los testimonios de Paloma y Joaquín aparece formulada su solicitud de esta manera. La primera referencia concreta a este Decreto la encontramos en la argumentación de la Notaría, por lo que suponemos que el encuadre transgénero es iniciativa de esta entidad.

Se acredite que el menor se encuentre próximo a cumplir la mayoría de edad; esto es, que se encuentre en el rango de los 17 años como límite mínimo, toda vez que se enmarca en la edad más próxima a la establecida en el ordenamiento jurídico colombiano para adquirir la mayoría de edad, y conforme a la parte motiva de la providencia de la Corte Constitucional dicho rango resulta proporcional con el desarrollo y madurez cognitiva necesaria para adoptar con juicio y discernimiento este tipo de decisiones (2018).

En este sentido, dado que Joaquín contaba para el momento de su solicitud con 10 años de edad, no cumplía con el requisito de la mayoría de edad establecido por el Decreto 1227 de 2015 ni con las reglas de excepción a este requisito establecidas por la jurisprudencia constitucional.

Esta argumentación, a su vez, fue reiterada por la Superintendencia de Notariado y Registro en la solicitud de pruebas recaudadas por la Corte. Y añadió que:

[...] con el propósito de orientar al sector notarial en relación con el trámite denominado cambio de componente sexo y unificar criterios en esta materia emitió la Circular 2957 del 18 de junio de 2019 que reitera los requisitos y procedimientos establecidos en el Decreto 1227 de 2015 y precisa los costos que se derivan del mismo para evitar que se generen mayores barreras u obstáculos a la **población transexual** (Corte Constitucional, 2019).¹⁴⁹

De manera que dos entidades distintas convergen en abordar el caso de Joaquín como si se tratase de un niño transgénero e, incluso, transexual.

Luego, cuando la Corte da inicio al análisis de subsidiariedad de la tutela a fin de determinar si es procedente, verifica si el accionante cuenta con un mecanismo ordinario para lograr la corrección del registro civil y, en particular, estudia si el procedimiento de jurisdicción voluntaria efectivamente es el más idóneo en este caso. Para ello, vuelve la mirada sobre la jurisprudencia constitucional y señala, en primer lugar, dos sentencias: la T-504/94 que analiza el caso de una ciudadana intersexual que buscaba la corrección del sexo en sus documentos de identidad y la T-231/13 que revisa dos solicitudes de distintos ciudadanos de corrección de sexo en sus registros por cuenta de errores notariales. Ambas sentencias formularon en su

149. Las negrillas son mías.

momento que el trámite idóneo para la corrección del componente sexo en el registro civil cuando no se tratase de errores verificables por el notario era la jurisdicción voluntaria. Pero luego, la magistrada Ortiz Delgado señala que la Corte desarrolló una nueva línea jurisprudencial al advertir que este mecanismo imponía una carga desproporcionada “para la protección de los derechos de las personas cuya identidad de género no corresponde con la información de sus documentos de identidad” y procede a reafirmar el precedente establecido en T-063/15, T-498/17 y T-675/17 en el que se define que el trámite más idóneo para la protección de los derechos de la población transgénero para la corrección del componente sexo en sus documentos de identidad es la escritura pública. Una vez acogido el precedente, la magistrada ponente subraya que para el caso de Joaquín no resultaría idóneo acudir a la jurisdicción voluntaria como lo afirmaron los jueces de tutela de primera y segunda instancia pues:

En primer lugar, la pretensión de corrección del registro civil de nacimiento se elevó por la madre de un niño de 10 años que alega que su vivencia de género no corresponde con el sexo asignado al nacer. Por ende, en el peticionario concurren dos circunstancias que lo hacen sujeto de especial protección constitucional, de un lado, su edad y, de otro, **que hace parte de la población transgénero**, que enfrenta múltiples obstáculos para la manifestación de su identidad y el ejercicio de sus derechos (*Ibíd.*).¹⁵⁰

Con este movimiento argumentativo, Joaquín ingresa al análisis constitucional como un niño transgénero.

Para ser más precisos, la codificación transgénero se da en el momento mismo en el que la magistrada usa como criterio de revisión de precedentes aquellos casos relativos a personas “cuya identidad de género no corresponde con la información de sus documentos de identidad”, pues tal universo le permite incluir casos de personas intersexuales, personas cisgénero que se han visto afectadas por errores notariales y personas transgénero. Es decir, el criterio mismo a través del cual se definen los hechos a analizar supone distribuir en un mismo campo de realidad

150. Las negrillas son mías.

todas las experiencias que implican una discordancia entre el género vivido y el sexo legal, independientemente de las causas de tal inadecuación. Una vez se define este nuevo territorio fenomenológico, se distingue allí entre las discordancias que son producto de accidentes notariales y aquellas que advienen en razón de la autonomía del sujeto. Y sobre este segundo segmento, Ortiz Delgado desarrolla una nueva economía fenomenológica en la que la falta de correspondencia entre el sexo asignado al nacer y el sexo vivido por el individuo se arroja enteramente bajo la categoría transgénero. Demarcado este campo fenomenológico, entonces, cualquier niño intersexual o con ambigüedad genital podrá ser homologado con un niño transgénero.

Para definir el sentido jurídico de esta homologación, la magistrada ponente realiza dos “precisiones conceptuales”. La primera precisión es sobre el uso que en el marco de esta sentencia tiene la noción de “ambigüedad genital”:

En consecuencia, se reitera que bajo la comprensión de la identidad de género como un asunto que únicamente depende de la autodeterminación de los individuos, **la referencia a la “ambigüedad genital” en el presente caso no implica la adscripción de la Sala al paradigma de construcción binaria hombre y mujer, en la medida en que este concepto niega la existencia de otras identidades y, en consecuencia, afecta el reconocimiento de sus derechos.** Por el contrario, la dignidad humana y el respeto que merecen todas las personas por el hecho de serlo, el respeto a la libertad y a la autodeterminación de los individuos, y el carácter pluralista del Estado Social de Derecho, imponen el reconocimiento y la protección de todas las decisiones del sujeto sobre la construcción de su identidad, sin que sean viables ni legítimas distinciones o imposiciones fundadas en conceptos de normalidad y homogeneidad.

Finalmente, en concordancia con lo expuesto, es necesario precisar que **la referencia a la “ambigüedad genital” tampoco demarca un enfoque para el examen de la afectación de los derechos del actor** en el marco de la actuación notarial (*Ibíd.*).¹⁵¹

Eliminar del análisis jurídico la noción de ambigüedad genital es muy importante pues supone un paso en la despatologización de las identidades de género que

151. Las negrillas son mías.

se basan precisamente en la ambivalencia y el tránsito entre los polos del binario y, de manera más amplia, implica que la ambigüedad no es *un problema* que el derecho deba solucionar.¹⁵² No obstante, esta forma de despatologización de la ambigüedad resulta paradójica pues si bien se afirma que la Sala no se adscribe “al paradigma de construcción binaria hombre y mujer”, las únicas opciones legales que se le presentan al sujeto con “ambigüedad genital” para afirmar su identidad de género son solamente estas dos. De modo que la desjuridización de la ambigüedad genital que propone Ortiz Delgado colapsa por la obligatoriedad de registrar a los niños dentro de alguna de las dos categorías sexuales válidas legamente.

La segunda precisión que hace la magistrada ponente es sobre el uso de la categoría “transgénero”:

Adicionalmente, es necesario señalar que en el presente caso se acude a la categoría transgénero, pues de acuerdo con las definiciones desarrolladas con base en los Principios de Yogyakarta, los conceptos de expertos en la materia y la jurisprudencia constitucional el concepto en mención **hace referencia a la divergencia ente la identidad de género y el sexo asignado en el nacimiento. Por lo tanto, es una categoría relevante en el presente asunto, pues con independencia de la razón por la que se le asignó el sexo femenino a Joaquín, lo cierto es que hoy se identifica con un género diferente -masculino- al que se le asignó en el momento de su nacimiento (Ibíd.).**¹⁵³

Basta con confrontar esta cita con los *Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género* (Panel de Yogyakarta, 2007) para advertir que allí no hay ninguna definición de la categoría transgénero. Y de hecho,

152. Recordemos que en T-1025/02 el magistrado Escobar Gil basaba su análisis de la intersexualidad en un modelo normalizador del ‘transexualismo’ que buscaba que el derecho sirviese como mecanismo de superación de la incertidumbre sexual al que estarían arrojadas las personas inter y transexuales. Asimismo, en T-450A/13 el magistrado González Cuervo planteaba que la indeterminación sexual no podía constituirse en un escollo para el registro de los niños intersexuales y, consecuentemente, en un modo de impedir el goce de su personalidad jurídica. En ambos casos, el derecho deviene un mecanismo social para conjurar los efectos hipotéticos de una también hipotética indefinición sexual.

153. Las negrillas son mías.

tampoco se define la categoría “intersex”. Diez años después de la publicación de estos principios se realizó una actualización y adición del documento denominada *The Yogyakarta Principles plus 10* (Panel de Yogyakarta, 2017) en la que tampoco se definen estas categorías. El panel de expertos que elaboró los *Principios* evita las definiciones relativas a las identidades pues es consciente de que cualquier categorización es contingente, polémica y no abarca la multiplicidad de identidades y expresiones de género de posibles. En cambio, optan por una definición amplia de qué se entiende por identidad de género:

Se entiende por identidad de género la profundamente sentida experiencia interna e individual del género de cada persona, que podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo el sentido personal del cuerpo (que, de tener la libertad para escogerlo, podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole) y otras expresiones de género, incluyendo el vestido, el modo de hablar y los amaneramientos (Panel de Yogyakarta, 2007).

Esta definición de la identidad de género basada en la experiencia sentida es fundamental para el análisis y el sentido de la decisión que aquí tomará la Corte Constitucional, pero la correspondencia o no con el sexo asignado al nacer no es articulada en el marco de los *Principios* bajo nociones como transgénero o cisgénero. El Panel de Yogyakarta solo hace referencia a la categoría “transgénero” en una ocasión que vale la pena señalar a fin de evidenciar el complejo juego en el que se usa esta categoría dentro de esta sentencia. En el Preámbulo de los *Principios* se indica que el Panel de expertos es consciente de que:

[...] históricamente las personas han sufrido estas violaciones a sus derechos humanos porque son lesbianas, homosexuales o bisexuales o se les percibe como tales, debido a su conducta sexual de mutuo acuerdo con personas de su mismo sexo o **porque son transexuales, transgénero o intersex o se les percibe como tales**, o pertenecen a grupos sociales que en algunas sociedades se definen por su orientación sexual o identidad de género (*Ibíd.*).¹⁵⁴

154. Las negrillas son mías.

Para el Panel, las identidades de género “transexuales, transgénero o intersex” hacen referencia a tres categorías diferenciadas. Sin embargo, desde la sentencia T-331/11 del magistrado Palacio Palacio, la Corte Constitucional reiteradamente ha utilizado las categorías “transgénero” y “trans” de manera indistinta para hacer referencia a identidades travestis, transexuales, transgénero, transformistas y *drag*. Desde las sentencias de T-552/13 y T-771/13 de la magistrada Calle Correa, la Corte ha evitado utilizar la categoría “transexual” y, en su lugar, ha utilizado la de “transgénero”, aunque el Panel de Yogyakarta no tiene ningún problema en utilizar la expresión “transexual”.

Por otra parte, las tres categorías señaladas por el Panel claramente se enuncian en términos de *ser* y *ser percibidos*, es decir, son tanto categorías de auto-adscripción como de hetero-adscripción. Basta con que una persona sea categorizada como transexual, transgénero o intersex, para que se prediquen de ella todos los derechos señalados en los *Principios*. Este matiz que va de la adscripción propia a la realizada por otros es fundamental en el marco de las discusiones sobre el género, pues no todas las personas categorizadas médicamente como transexuales o intersexuales desprecian o se sienten humilladas por tales categorías pues suponen que pueden tener una función táctica, pero también enfatiza en el poder performativo de rotulado existencial que pueden tener las instituciones y organizaciones médicas, jurídicas y políticas. En este sentido, para el Panel de Yogyakarta estas categorías tienen un sentido puramente operativo.

Ahora bien, ¿de dónde surge entonces la categoría “transgénero” tal y como la define Ortiz Delgado? Es una construcción que viene de la sentencia T-099/15 de la cual también fue ponente la magistrada y en la que se analizaba la exigibilidad del servicio militar obligatorio a las mujeres transexuales. Allí, a través de la intersección entre los Principios de Yogyakarta y la conceptualización propuesta por el Colectivo Entre Tránsitos, Colombia Diversa y PAIS, se señala que:

Las personas transgénero tienen una vivencia que no corresponde con el sexo asignado al momento de nacer. Cuando el sexo asignado al nacer es masculino y la vivencia de la persona, en los términos descritos es feme-

nino, dicha persona generalmente se autorreconoce como una mujer trans. Cuando el sexo asignado al nacer es femenino y la vivencia de la persona es masculina, dicha persona generalmente se autorreconoce (sic) como un hombre trans (Corte Constitucional, 2015b).

Por supuesto, tanto por las características de la accionante de T-099/15 quien es categorizada como transexual, como por el abordaje que hacen las organizaciones de derechos humanos a quienes la Sala pide concepto sobre el caso, la categoría transgénero hace aquí referencia a personas que fueron asignadas con un determinado sexo al nacer no en razón de la ambigüedad de sus genitales sino, al contrario, por su literalidad. Es decir, la heteroasignación sexual estuvo determinada por un criterio morfo centrado y normalizador que encontró sus genitales como indicativos y probatorios de cierto sexo, pero luego dicha asignación por parte de terceros fue objetada por el individuo en razón de una trayectoria de autonomía.

Pero ciertamente el caso de Joaquín en T-447/19 es muy distinto, pues la asignación sexual que se le hizo al nacer era puramente hipotética incluso para los mismos médicos, pues según su criterio de normalización morfológica los genitales del niño no resultaban plenamente legibles como masculinos o femeninos. Y la decisión del niño de objetar el sexo legal que le fue asignado, si bien también es producto de un proceso de autonomía, surge de un conjunto causal diferente al de las personas transexuales. Sin embargo, lo que hace novedoso el análisis de Ortiz Delgado es que precisamente prescinde de las diferencias causales, es decir, asume que independientemente de las condiciones que llevan a un sujeto a objetar el sexo que le fue asignado al nacer, la objeción misma ya tiene sentido y amparo constitucional pues es consecuencia de la autonomía del sujeto. Y si aquello sobre lo cual se predica la objeción, esto es, el género, no es otra cosa que un producto de dicha autonomía, entonces lo que debe analizarse a profundidad es la capacidad y las condiciones de autonomía del sujeto y no si su sexo está refrendado médicamente.

La magistrada ponente emprende, entonces, un análisis de la capacidad legal y su relación con la autonomía en el caso particular de los niños, pues se entiende

que dada la evolución de sus capacidades a lo largo del ciclo vital el estatuto de su autonomía es relativo y problemático.

En efecto, la Corte, en atención al interés superior de los menores de edad y con el propósito de otorgarles una mayor protección que se ajuste a su reconocimiento como sujetos de derechos, se apartó del paradigma de incapacidad de naturaleza civil para, en su lugar, considerar las capacidades evolutivas de los niños, niñas y adolescentes y, en consecuencia, emitir medidas de protección de su autonomía. De este modo, uno de los principales escenarios en los que ha desligado la autonomía de los menores de edad de las reglas generales de capacidad negocial es en el ámbito médico.

En los primeros pronunciamientos de la jurisprudencia constitucional, se consideró que los menores de edad no podían emitir el consentimiento para la realización de procedimientos médicos y, por esta razón, se admitió que terceros tomaran las decisiones correspondientes a través del consentimiento sustituto. Sin embargo, este Tribunal se enfrentó a diversos casos, principalmente de intersexualidad, que cuestionaban la premisa de falta de capacidad de los menores de edad y evidenciaban los límites de la patria potestad de cara a la realización del interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

42.- Los casos de reasignación y definición de sexo motivaron un amplio desarrollo de la jurisprudencia constitucional en la que se escindió la noción de capacidad civil del concepto de capacidad evolutiva necesaria para tomar una decisión médica, y se desarrolló una regla de proporcionalidad inversa entre la capacidad de autodeterminación del menor de edad y la legitimidad de las medidas de intervención de terceros en las decisiones que lo afectan (Corte Constitucional, 2019).

Y una vez Ortiz Delgado identifica que en el territorio jurisprudencial de la intersexualidad se construyó, en gran medida, la cuestión de la autonomía del niño, detalla la evolución del precedente constitucional sobre este asunto desde T-477/95, SU-337/99 y T-1025/02 y le da continuidad en T-498/17 y T-675/17, pasando por otras sentencias que no son relativas a cuestiones de asignación sexual. Desde esta trayectoria analítica, la identidad sexual o la naturaleza del sexo que le ha sido asignado al niño no resulta relevante tanto como identificar si efectivamente el menor es capaz de tomar decisiones con relación a su sexo, por lo que visto de esta manera tan amplia, le es posible a la magistrada tomar precedentes tanto de casos de niños intersexuales como de niños transgénero. Este recorrido concluye con que si bien la edad es un referente de la capacidad evolutiva de los niños, no

permite determinar de manera objetiva y exclusiva la posibilidad de dar consentimiento en asuntos de alto impacto para la autonomía del niño y su proyecto de vida. Y, dado que evidentemente una decisión sobre el propio sexo/género tiene este cariz, ha de revisarse cómo opera la autonomía del niño en la construcción de la identidad sexual en concreto, sin guiarse exclusivamente por el criterio civil y negocial de la edad. Por esto, la magistrada toma los desarrollos expuestos en SU-337/99 sobre el umbral de identificación de género y el concepto del Grupo de Psiquiatría de la Universidad Pontificia Bolivariana que actúa aquí como interviniente y los sintetiza de esta manera:

[...] la identidad de género corresponde a una decisión de la persona que puede estar influenciada por diversos factores y no depende de un único aspecto (por ejemplo, la genitalidad). En este sentido, los expertos señalaron que la construcción de la identidad, que incluye el género, es un proceso que puede tener modificaciones durante toda la vida y, por ende, no puede identificarse un momento particular y preciso en el que un individuo define su identidad de género. Sin embargo, existen estudios sobre la identidad sexual y de género en los que se ha mostrado que **desde la primera infancia -cuatro a cinco años- pueden presentarse discordancias con el género impuesto.**

También se indicó que los menores de edad tienen consciencia de su género entre los dos o tres años de edad. No obstante, el desarrollo del concepto completo de género se produce gradualmente entre los dos y siete años. En efecto, los intervinientes también hicieron referencia a la regla jurisprudencial relacionada con la validez del consentimiento sustituto para intervenciones quirúrgicas en casos de personas intersexuales, en los que la Corte consideró, a partir de criterios médicos, que a los cinco años los seres humanos tienen consciencia sobre la identidad de género.

Por lo tanto, la Sala reitera que la comprensión de la identidad de género como una decisión del individuo impide considerarla como un asunto que se concreta o determina de manera definitiva, ya que puede ser modificada en cualquier momento de la vida. **Por ende, no es posible establecer un único hito de firmeza de la identidad de género.**

En contraste, sí existen consideraciones médicas, sociales y psicológicas que indican que, de acuerdo con el desarrollo de las capacidades del ser humano, **se pueden identificar hitos respecto del momento en el que se tiene consciencia de su identidad de género.** En general, se indicó que desde los dos años los seres humanos tienen consciencia sobre la identidad

de género y la comprensión total del concepto –no la decisión definitiva sobre el mismo– se consolida entre los cinco y siete años (*Ibíd.*).¹⁵⁵

El problema del umbral de identificación de género queda aquí recodificado por completo. Desde la tesis de SU-337/99 que hacía de los 5 años la edad límite a partir de la cual el criterio del niño debía ser tomado en cuenta en cualquier decisión relativa a cirugías de readecuación genital y la relativización de este límite que se produce en T-1025/02, la definición de un hito a partir del cual se facilitara la toma de decisiones alrededor de la gestión y tratamiento de casos de niños intersexuales y con ambigüedad genital parecía depender del criterio de los equipos interdisciplinarios que, en muchos casos, para evitarse problemas legales, daban por sentado que el niño debía alcanzar la mayoría de edad o estar próximo a ella para tomar decisiones quirúrgicas irreversibles. Pero con la magistrada Ortiz Delgado el afán de establecer un límite etéreo con fuerza normativa desaparece a través de una tesis paradójica: no hay un hito a partir del cual se determine la identidad de género pues esta se modifica a lo largo de todo el ciclo vital.

Y es paradójica porque si se admite tal variabilidad del género durante la vida del individuo, entonces pierde sentido la función de fijación legal del sexo ¿Por qué el aparato de Estado debería seguir obligando a la determinación jurídica del sexo si, a fin de cuentas, este puede variar en cualquier momento? Pero sin penetrar en las consecuencias de esta tesis, la magistrada desplaza entonces el problema de modo que ya no sea la determinación del género sino la consciencia de su existencia la que sirva de hito fenomenológico para guiar el criterio respecto a la decisión del niño. Es decir, dado que no se puede contar con un hito estable y objetivo del género, es necesario recurrir a un hito subjetivo: la consciencia de género.

En concordancia con el momento en el que las personas desarrollan el concepto de identidad de género y, de acuerdo con las capacidades evolutivas de los menores de edad, se advierte que, desde la primera infancia, existe consciencia sobre dicha identidad, y entre los cinco y siete años se

155. Las negrillas son del texto de la sentencia.

comprende el concepto. Por ende, este hito debe ser considerado en relación con las decisiones que la involucran (*Ibíd.*).

Se deshace la pretensión de un hito objetivo para fundar la existencia de un hito subjetivo. Y una vez el problema se instala en el campo subjetivo, se hace necesario entonces determinar qué signos darían cuenta de la identidad de género. Justo aquí, la argumentación toma la forma de una metalepsis: dado que Joaquín desea cambiar su nombre y corregir su sexo, entonces ello prueba que su verdadero género es el que él desea. Aquello que da origen a la objeción de su sexo legal, surge legalmente como efecto de tal objeción.

Desde luego, una argumentación de este tipo supone una base probatoria y, para esto, Ortiz Delgado solo debe reafirmar un precedente constitucional: la tesis del sexo como declaración que la magistrada Calle Correa desarrolló en T-063/15.

Ahora bien, la Sala aclara que para establecer el fundamento de las pretensiones tomó como fuente principal las declaraciones del accionante, y también consideró las manifestaciones de su madre, pues **la identidad de género es un asunto que responde únicamente a la vivencia y a la auto-determinación de las personas**. Por lo tanto, el respeto a esa identidad no puede estar supeditado a pruebas físicas, médicas o psicológicas que demuestren la identidad apropiada por los sujetos, ni a requisitos legales tales como la modificación de sus documentos de identidad.

En consecuencia, a pesar de que el actor, a través de su representante, aportó conceptos médicos dirigidos a demostrar el yerro en la asignación del sexo en el momento del nacimiento y el diagnóstico de “ambigüedad genital” estos elementos no son considerados en esta sede para establecer la identidad y, como se precisó inicialmente, únicamente fueron examinados para determinar si se presentó alguna afectación de los derechos del actor en el marco de la actuación médica, la cual se descartó. En consecuencia, la Sala resalta que las manifestaciones del accionante no sólo son suficientes sino que, además, son los únicos elementos relevantes con respecto a la identidad de género del accionante (*Ibíd.*).¹⁵⁶

De este modo, todos los elementos jurídicos están dados para que Joaquín pueda realizar la corrección de su sexo a través de la vía administrativa. Es sujeto de derechos; ha expresado de manera continua y a través de múltiples formas que

156. Las negrillas son del texto de la sentencia.

es un hombre y ha encontrado apoyo familiar y social a su deseo, por lo que puede inferirse que su consentimiento es libre, informado y cualificado; y además, cuenta con 10 años, así que ya tiene consciencia y comprensión del género.

[...] la Sala advierte que **el accionante cuenta con la capacidad para decidir el cambio de componente sexo en el registro civil de nacimiento**, en atención a: (i) el reconocimiento como sujeto titular de derechos; (ii) la consideración de sus capacidades evolutivas; y (iii) la superación del umbral sobre la comprensión del concepto de identidad de género (*Ibíd.*).¹⁵⁷

Finalmente, la sentencia proyectada por Ortiz Delgado tiene en su parte resolutive una orden y un exhorto que le dan un alcance muy particular a la tesis de los niños transgénero aquí desarrollada y se convertirán en elementos claves para explicar el salvamento de voto de la magistrada Pardo Schlesinger. A juicio de la ponente, el trasfondo estructural que explica que se produzcan casos como el de Joaquín es un vacío legal con relación a la modificación del sexo del estado civil que, dado que no ha sido llenado por el Legislativo, ha obligado a la Corte a resolver la protección de los derechos de las personas transgénero de manera transitoria a través de la jurisprudencia constitucional. Por esta razón, ordena a la Superintendencia de Notariado y Registro que modifique la Instrucción Administrativa 12 de 2018 para que los notarios del país tengan en cuenta los criterios orientadores de esta sentencia T-447/19 para las solicitudes de modificación del sexo en el Registro presentadas por menores de 17 años.¹⁵⁸ Y por último, la Corte exhorta al Congreso de la República para que en ejercicio de sus competencias “expida una ley en la que diseñe las herramientas de reconocimiento, desarrollo y protección efectiva de la identidad de género” (*Ibíd.*) que incluya un mecanismo expedito para la modificación del componente sexo en el Registro Civil.¹⁵⁹ Para la magistrada

157. Las negrillas son del texto de la sentencia.

158. Esta orden se hizo efectiva con la expedición de la Instrucción Administrativa 1 del 13 de enero de 2020 (Registro, 2020).

159. Actualmente no existe una ley de este tipo en Colombia ni proyectos en curso que permitan prefigurarla.

Pardo Schlesinger, un exhorto de este tipo es de competencia de la Sala Plena de la Corte Constitucional y esta será una de las razones por las que realizará un salvamento parcial de voto en esta sentencia. Si bien está de acuerdo con el amparo otorgado a Joaquín, para la magistrada hay un error de fondo en la argumentación al tratar un caso de “ambigüedad genital” como si se tratase de un problema relativo a una persona transgénero.

Considerar que *Joaquín* es una persona transgénero, a juicio de la suscrita, resulta problemático. En una sociedad pluralista, como la colombiana, muchas personas pueden aceptar que existen otras opciones de género además de masculino y femenino y que es una elección personal determinar con cuál de ellos se identifican aunque no coincida con el sexo con el cual se nació. Pero es una realidad social que otros colectivos grandes de personas no admiten la decisión de ser transgénero como una opción moralmente aceptable, y se limitan a identificar como únicos los géneros femenino y masculino, los cuales son determinados desde el mismo momento de la concepción.

En el caso que motivó esta tutela, no se conoce la posición del menor ni de su familia respecto de este tema. Por lo tanto, al enmarcar el caso como un asunto de transgenerismo cuando técnicamente no lo es, es posible herir susceptibilidades y trascender negativamente la órbita de otros derechos fundamentales, ofendiendo de alguna manera las creencias, convicciones o principios que pueda tener la parte accionante.

Y es que no es un problema menor si se tiene en cuenta que el accionante contará con lo dicho en este fallo para toda su vida, y quizá no sea de su aceptación que a través de una sentencia de la Corte Constitucional se le esté dando trato de transgénero cuando su caso no se enmarcó en una elección sino que, por el contrario, giraba en torno a la necesidad de ratificar el sexo masculino con el cual nació y que fue difícil de precisar inicialmente, por el problema de ambigüedad.

Así, estimé indispensable aclarar desde un principio que no se trataba de un niño transgénero sino de un menor que nació con una malformación genital que impidió prima facie identificar el sexo y que por sugerencia médica se registró con un nombre y sexo femenino pero que, poco tiempo después se pudo establecer con certeza y de manera científica que en realidad era hombre y que sus órganos correspondían en efecto, al sexo masculino.

(ii) Teniendo en cuenta lo anterior, considero que debieron ser retiradas del fallo todas las citas jurisprudenciales y científicas que hacen alusión a población trans pues, reitero, este no es un caso de esta índole. Por ejemplo, las citas que sugerí suprimir son las que se refieren a sentencias como la T-063

de 2015, T-099 de 2015, T-498 de 2017, T-675 de 2017 dado que son evidentemente sobre transexualidad (Corte Constitucional, 2019).

Para Pardo Schlesinger la decisión conceptual de convertir este caso en un asunto transgénero puede suponer problemas en el proceso de socialización de un niño del que no se sabe si se identifica a sí mismo como transgénero, pero del que sí hay declaraciones concretas en las que se identifica como hombre. Este argumento supone que el efecto performativo de la categoría transgénero en el entorno social del niño puede arrastrar a consecuencias discriminatorias obviamente indeseables para el menor y su familia. Y, en el numeral *ii* queda aún más claro en qué reside el temor a utilizar esta categoría, pues para la magistrada el precedente constitucional utilizado en esta sentencia es “evidentemente sobre transexualidad”. Esta reterritorialización de la categoría transgénero en la transexualidad es muy paradójica a la luz de los esfuerzos de las sentencias T-063/15, T-498/17 y T-675/17 por afirmar la identidad transgénero de los accionantes y evitar el uso de la categoría “transexual”. Esfuerzo del que participa la misma magistrada Pardo Schlesinger en la sentencia T-498/17 de la que es ponente. Si toda esta jurisprudencia es, “evidentemente”, sobre transexualidad, ¿por qué se proscribía el uso de esta categoría en la fundamentación y la parte resolutive de las sentencias? El miedo a que Joaquín sea tratado socialmente como transexual y esta recodificación de la categoría transgénero muestran que las “susceptibilidades” que la magistrada piensa que podrían llegar a herirse ya están en trámite de ser heridas. La cautela que se expresa con relación al uso de estas categorías da forma a la trayectoria performativa en la que deberán seguir operando como categorías hirientes. Y adicionalmente, ¿por qué debería herir la categoría transgénero si precisamente la Corte la usa para no patologizar a los individuos que se identifican como tales? ¿Por qué es más hiriente la categoría transexual que la de transgénero? ¿Por qué se supone que el transgénero es, “evidentemente”, un transexual, de manera que ambas categorías terminen resultando hirientes? Y finalmente, ¿por qué la magistrada realiza esta suposición de herida performativa si la publicidad del caso no implica la publicidad de la identi-

dad del niño y *Joaquín* es un seudónimo elegido por la Corte para proteger su identidad?

Pardo Schlesinger supone que no se puede tratar del mismo modo la afirmación de sexo/género de un niño transgénero que la de uno intersexual. Es decir, la inadecuación entre el sexo asignado al nacer y el sexo afirmado por el individuo no tendría el mismo sentido si lo que se afirma es un signo basado en los genitales — incluso si estos son “ambiguos”— o un sentimiento profundo de la persona. Para Ortiz Delgado, la causa que motiva a la afirmación del sexo/género no importa tanto como el hecho mismo de la declaración autónoma de esta afirmación pues, a fin de cuentas, la refrendación médica implica una patologización que la misma Corte ha considerado lesiva de los derechos. De modo que, en el fondo, de lo que aquí se trata es de cuál es la naturaleza misma del sexo y cómo dicha naturaleza es validada médicamente.

(iii) Específicamente, respecto de la sentencia T-063 de 2015 en lo que tiene que ver con la prohibición de exigir conceptos médicos que acrediten la identidad de género por ser una práctica discriminatoria, en este caso es completamente impertinente dado que al no tratarse de un sujeto transgénero sino de una ambigüedad sexual, por el contrario fueron esenciales los conceptos médicos que dieron cuenta de la realidad orgánica y genética del menor, esto es, que su sexo es masculino. De tal manera que, citar dicha jurisprudencia era innecesario, impertinente e inútil (*Ibíd.*).

Ahora bien, ¿por qué unos sexos/géneros deben refrendarse médicamente mientras otros no? Las cualidades jurídicas del sexo, ¿deben diferenciarse según si este es el objetivado médicamente a los intersexuales o el declarado por las personas transgénero? Y estos sexos ¿tienen una naturaleza jurídica distinta al sexo cisgénero morfo centrado? La misma fragmentación del Complejo Sexo en un sistema heterogéneo en el que se relevan e integran transitoriamente elementos de distinta naturaleza, así como el relativo valor de verdad de cada uno de estos elementos, induce a estos problemas y paradojas jurídicas.

Tras 26 años de discusiones aquí estudiadas, es claro que la multiplicidad de sexos y géneros recreados en la jurisprudencia constitucional solo muestran un factor —frágil, pero también poderoso— de estabilización: la declaración identitaria. Pero también habría que aceptar que nada resulta más volátil y desterritorializado que las formas que toma la identidad, capaces de hacer proliferar los sexos de formas insospechadas e incluso capaces de burlarlos y suprimirlos.

7. CONCLUSIONES

El problema de la asignación sexual es abordado por primera vez en la Corte Constitucional colombiana en el año de 1993. En la sentencia T-594/93 se analiza la solicitud de una mujer que hoy podríamos denominar *trans* de cambiar el nombre masculino que le fue asignado al nacer por uno femenino de su elección a través de escritura pública, solicitud que inicialmente es negada por un juez de tutela que considera este cambio como una alteración del estado civil. Esta tesis lleva a la Corte a analizar si una modificación del nombre supone o no una variación del sexo, es decir, si debe entenderse que los nombres son constituyentes de la identidad sexual al punto que una variación en el nombre suponga la variación del sexo. Para el tribunal constitucional, el nombre tiene una función de singularización e individualización que, si bien usualmente sirve para afirmar una determinada identidad sexual, no tiene un vínculo natural ni estructural con esta, de modo que nombre y sexo son dos unidades funcionales diferenciadas cuyo tratamiento jurídico debe ser a su vez diferenciado, así como sus mecanismos de modificación. Mediante la escisión analítica entre nombre y sexo, el nombre —generizado o no— podrá modificarse por vía administrativa, mientras el sexo queda resguardado como un componente autónomo del estado civil que solo podrá transformarse por orden judicial. Tal solución jurídica abrirá paso a nuevos problemas, pues quienes decidan autónomamente utilizar un nombre generizado opuesto al sexo asignado al nacer tendrán documentos de identidad 'contradictorios'. Esta división interna en la noción de personalidad jurídica en la que un componente puede entrar en una situación de inadecuación o no correspondencia con otro, seguirá siendo problemática hasta el 2015, año en el que la sentencia T-063/15 abordará a profundidad las implicaciones de esta diferenciación en el tratamiento de la variación de los componentes del estado civil.

En 1994 la Corte Constitucional estudia por primera vez un problema de asignación sexual por ambigüedad genital que, probablemente, era consecuencia de un

caso de intersexualidad. Una mujer registrada al nacer con sexo masculino pese a tener "aparentemente dos sexos" y cuyo cuerpo es "corregido" quirúrgicamente después de que una prueba genética determina que su sexo cromosómico es femenino, solicita la corrección administrativa del componente sexo en sus documentos de identidad a fin de que se correspondan con su sexo genético, sexo con el que además se identifica subjetivamente la peticionaria. Sin embargo, el análisis constitucional elude esta compleja realidad y hace una revisión puramente formal que se centra en la cuestión de la publicidad del proceso. Para la Corte, la accionante cuenta con un mecanismo idóneo para solicitar lo que el tribunal supone es un "cambio de sexo" pero que, a la luz de las variables del caso, es una corrección del sexo registral: la jurisdicción voluntaria, de manera que le niega el amparo. El argumento central de la Sala es que el sexo es un hecho físico cuya naturaleza no depende de la apreciación subjetiva y cualquier variación en la realidad física ha de ser analizada por un juez a partir de pruebas. Pero lo problemático de este caso es precisamente qué ha de entenderse por "hecho físico", pues la accionante es genéticamente una mujer y anatómicamente también lo es gracias a una cirugía de readecuación genital, y pese a ello la Corte le da mayor objetividad a un sexo registral que, en lugar de tratarse como un error o un sexo transitoriamente prescrito por los médicos, es asumido como base objetiva del sexo de la peticionaria. Este caso nos abre ya a todos los problemas de la objetivación del sexo en la historia de la Corte Constitucional, en la medida en que no hay criterios que permitan determinar qué debe entenderse por sexo objetivo.

En 1995 la Corte profiere la primera sentencia en la que analiza a profundidad el marco constitucional de las cirugías de readecuación genital realizadas a menores de edad: la T-477/95. Allí, a propósito del caso de un niño varón que sufrió la mutilación de sus genitales a los 6 meses de vida y fue sometido a una reasignación sexual por parte de un equipo médico que consideró que la mejor alternativa terapéutica era asignarle el sexo femenino, se analizan cuestiones relativas a la identidad sexual en su vínculo con el derecho a la dignidad. Este caso está

atravesado por los imaginarios médicos y las prácticas terapéuticas propias del campo histórico y fenomenológico del hermafroditismo. Para la época, las cirugías de readecuación genital hacían parte del tratamiento habitual de la intersexualidad y la ambigüedad genital, lo que en intersección con la racionalidad jurídica de la Corte que establecerá la obligatoriedad del consentimiento informado de los niños para estas cirugías, sienta las condiciones de emergencia jurídica del sujeto hermafrodita en Colombia, pues esta decisión sobre el consentimiento autónomo va a afectar la práctica terapéutica de reasignación sexual y readecuación genital de niños así diagnosticados. Para la Sala que analiza este caso, el sexo opera naturalmente como un núcleo íntimo de la persona, un centro inalterable e inalcanzable por fuerzas externas que pretendan transformar la voluntad del individuo. En este sentido, el sexo es constitutivo de la identidad sin que esto suponga que su formación dependa de criterios subjetivos. Es un enfoque naturalista y no construccionista de la identidad, lo que no obsta para que aquí emerja un concepto fundamental en la comprensión jurídica de la autonomía del menor de edad: el niño como libertad y autonomía en desarrollo, artefacto jurídico fundamental para comprender procesualmente la construcción de autonomía del niño.

En los años siguientes y hasta el 2008, siempre a propósito de casos que involucran niños con muy variados diagnósticos de hermafroditismo y diversos grados de ambigüedad genital, se consolidan las reglas jurisprudenciales sobre cirugías de readecuación genital y reasignación sexual en SU-337/99, T-551/99, T-1390/00, T-1025/02, T-1021/03 y T-912/08.

Desde la sentencia de unificación de 1999 un principio de economía fenomenológica y lingüística organiza sobre un mismo campo comprensivo realidades tan heterogéneas como la ambigüedad genital, la intersexualidad, las hipospadias y la clitoromegalia; fenómenos que tienen etiologías, pronósticos, abordajes terapéuticos e implicaciones psico-sociales muy diversas. La categoría "hermafrodita" funciona como una figura médico-retórica que permite sintetizar en un solo conjunto todas estas realidades y, sobre los hechos así simplificados, operar un mismo set de reglas

jurisprudenciales. Este abordaje, si bien facilita la resolución jurídica de los casos, deja en suspenso profundos problemas con relación a la rigurosidad de los criterios diagnósticos de los equipos médicos y, en consecuencia, deja dudas sobre la pertinencia de las opciones terapéuticas ofrecidas a los pacientes y la conveniencia misma de las decisiones de la Corte. Este proceso de alisado de la singularidad de los casos por cuenta de una racionalidad jurídica que bajo el argumento equívoco de que todas estas "patologías" tienen un "mismo" abordaje terapéutico de carácter quirúrgico y, por tanto, unas supuestas implicaciones bioéticas y jurídicas homologables, a la vez que facilitará la consolidación de unas reglas jurisprudenciales sobre las cirugías de readecuación genital, reforzará posiciones médico-jurídicas que sacan partido de la confusión entre la ambigüedad genital y la ambigüedad sexual. El niño hermafrodita funciona en toda esta jurisprudencia como un personaje que permite singularizar y biologizar a unos sujetos excepcionales que, en razón de su misma *anomalidad*, no ponen en riesgo el modelo general del binarismo sexual y que, en la medida en que sigue siendo infantes, plantean problemas sobre su autonomía para decidir sobre los tratamientos invasivos que pudieran realizárseles y, más importante aún, sobre su misma identidad sexual.

Uno de los problemas concretos que resulta de comprender al niño como una autonomía en desarrollo es la determinación del umbral etéreo de invalidación del consentimiento sustituto, pues la regla establecida por la Corte abre un campo de indeterminación de la autoidentificación sexual entre los 2 y los 5 años del niño, hecho que a su vez producirá un territorio impreciso en el que las mismas decisiones de la Corte pueden ser moduladas y burladas en la práctica, pues finalmente son los equipos médicos quienes establecen en cada caso a partir de qué edad el criterio del niño puede tener efectos performativos y, por tanto, en qué momento el infante deviene autónomo. Además, la falta de claridad acerca de lo que debe entenderse por urgencia médica en la medida en que incluso la formulación de la presunta ambigüedad sexual se entiende como un riesgo para la vida psico-social del menor, permitirá reforzar en la práctica la validación del consentimiento paterno

sustituto con la consecuente pérdida de la autonomía del niño y, desde luego, la autorización de cirugías de normalización genital y reasignación sexual irreversibles.

Por otra parte, vemos nacer en este periodo una fórmula analítica del sexo que, a la vez que permite comprender el hermafroditismo, multiplicará los problemas de la (re)asignación sexual. Llamamos a esta fórmula el Complejo-Sexo pues reúne en un solo conjunto analítico componentes con naturalezas, funciones, formas, temporalidades de desarrollo y mecanismos de veridicción muy disímiles entre sí. En su variante inicial, este Complejo-Sexo está conformado por el sexo cromosómico, el sexo gonadal, el sexo legal, el sexo de crianza y el sexo psicológico, pero también veremos insertarse allí a categorías no siempre congruentes con este modelo general como el sexo fenotípico, el sexo biológico y la noción misma de género. Sin embargo, el mayor problema al que induce este modelo analítico es precisamente qué componente ha de privilegiarse en la (re)asignación sexual de un individuo y, en este sentido, sobre qué hecho se fija el sexo legal de los sujetos. Evidentemente, esto depende de cada caso particular como lo demuestra la misma jurisprudencia de la Corte Constitucional, lo que de nuevo hace aún más contradictorio el hecho de que un mismo conjunto de reglas jurisprudenciales se aplique a procesos de (re)asignación sexual fijados sobre componentes del Complejo-Sexo tan distintos.

Esta contradicción dará lugar a una sentencia que se separa conceptualmente de esta línea jurisprudencial de manera radical. En el año 2002 se emite la sentencia T-1025/02 en la que si bien se analiza un caso de intersexualidad, el marco comprensivo allí desarrollado difiere profundamente del paradigma del niño hermafrodita. En esta sentencia, por primera vez en la historia de la jurisprudencia constitucional estudiada, la noción de género tiene una eficacia performativa que afecta el análisis jurídico y el sentido de la decisión de la Corte Constitucional. Allí se observa que pese a que los criterios de ponderación de los casos de 1995 a 2000 son los mismos, la Corte toma decisiones diferenciadas en cada uno de ellos, por lo que podría afirmarse que una misma *ratio juris* permite tomar decisiones diferenciadas según el caso y, como corolario, un nuevo caso podría permitir refor-

mular dicha racionalidad. No obstante, habría que precisar que esta *ratio juris* construida por el tribunal constitucional en realidad produce un alisamiento de las singularidades de todos los casos mediante una economía fenomenológica que, al organizarlos sobre el mismo territorio del hermafroditismo, facilita la aplicación de las reglas de ponderación, de modo que no por tomar decisiones diferenciadas para cada caso varía la racionalidad jurídica que guía la decisión.

Si bien desde 1995 la noción de género aparecía formulada de variadas formas en la jurisprudencia constitucional, operativamente eran tratada como semejante y sinónimo del sexo. Es hasta T-1025/02 que el género se constituirá en una categoría con fuerza analítica propia y con una eficacia performativa particular. En esta sentencia el género permitirá cuatro acciones concretas. Primero: si el proceso de construcción de autonomía del menor es diferenciado según las condiciones de vida de cada individuo, no puede existir una regla general de validación de la autonomía *a priori*, por lo que solo el estudio especializado por parte de un equipo interdisciplinario de las variables singulares de cada caso podrá permitir determinar si un niño es autónomo para dar su consentimiento. Nace el consentimiento asistido que, paradójicamente, cataliza la autonomía del niño a través del equipo interdisciplinario. Segundo: el género permite guiar el criterio de asignación sexual en aquellos casos en los que el sexo resulta opaco o donde se teme por las consecuencias de un “cambio de sexo”. En sentencias como SU-337/99, T-1390/00 y T-1025/02 es evidente el temor de los equipos médicos por desatar todos los problemas analizados en T-477/95 pues en los niños tratados en cada uno de estos casos el sexo prescrito médicamente difiere del sexo cromosómico. El género, entonces, permitirá justificar jurídicamente la posibilidad de realizar una reasignación sexual basándose en el sexo psicológico de una persona y, por tanto, en su libertad, por lo que la readecuación genital reafirmaría un sexo sentido y no tendría por objetivo modificar un sexo biológico que, para este marco médico-jurídico, tiene un carácter invariable. El género le da consistencia fenomenológica a una re-asignación sexual que de otro modo resultaría sospechosa de inadecuación. Tercero: el género relativiza el grado

de invasividad de las cirugías de remodelamiento genital, pues si la cirugía realiza un supuesto deseo del sujeto por reafirmar su identidad, la intensidad de este deseo sería inversamente proporcional a la invasividad de la terapia. Es por esto que podemos afirmar que esta sentencia hace una hermenéutica transexual del hermafroditismo. Y cuarto: el género le otorga una función al derecho en casos de "transexualismo" e intersexualidad pues normativamente se le ayudaría a estos sujetos a superar el "drama de la incertidumbre sexual" a través de la herramienta médico-jurídica de la asignación sexual y, por tanto, le aseguraría la estabilidad a personas en riesgo de zozobra ontológica.

Desde T-504/94 la transexualidad está presente de forma más o menos subrepticia en el análisis constitucional de la intersexualidad. De hecho, en esta sentencia, hay elementos que sugieren que la Sala considera a la accionante transexual y no propiamente una persona intersexual como lo señala su historia clínica. Desde SU-337/99 son frecuentes en el análisis jurídico las referencias a estudios y valoraciones sobre la transexualidad. Este fantasma transexual muestra su eficacia performativa gracias a dos operadores fenomenológicos: por un lado, el "cambio de sexo" y los consecuentes problemas médico-jurídicos que suponen las cirugías de readecuación genital, opera a manera de sustrato compartido entre hermafroditas y transexuales; y por otro, hay una discusión teórica sobre las coincidencias, diferencias e incluso identidad entre hermafroditismo y "transexualismo" que afecta la racionalidad médico-jurídica. La intersección entre estos dos operadores facilitará posteriormente el análisis constitucional de problemáticas médicas asociadas a las identidades trans.

Si bien la primera sentencia en la que se discute la cuestión de la (re)asignación sexual en la jurisprudencia constitucional es la T-594/93 que tiene por accionante a una ciudadana que hoy denominaríamos *trans*, en ningún momento el caso se analiza desde la perspectiva de las identidades trans, sino como una cuestión de libre desarrollo de la personalidad, de modo que no podría afirmarse que allí exista propiamente un sujeto transexual. Incluso la Sala de 1993 cualifica a la accionante como un varón pese a que ella se identifica a sí misma como una mujer. Tendrán

que pasar 15 años para que la Corte vuelva a analizar un caso relacionado con una persona trans y lo hará nuevamente por una solicitud de cambio de nombre por segunda vez: la sentencia T-1033/08. Aquí básicamente se reitera el precedente establecido en T-594/93, razón por la cual esta sentencia no necesita profundizar en la identidad sexual del accionante, sino simplemente verifica si es posible inaplicar el Decreto 1260 de 1970. Hay toda una línea jurisprudencial sobre este asunto del cambio de nombre por segunda vez protagonizada por ciudadanos y ciudadanas trans que va desde 1993 y hasta 2017 —esto es, desde T-594/93 y hasta la revisión de la demanda de constitucionalidad al Decreto 999 de 1988 que es analizada en C-114/17— pasando por la revisión de tutelas que se hace en T-1033/08, T-977/12, T-611/13 y T-086/14. En todos estos casos, aunque los accionantes son o fueron *trans*, el análisis se centra en las consecuencias jurídicas del cambio de nombre y los mecanismos idóneos para hacer un segundo cambio, pero no se discute propiamente si ello implica una asignación o reasignación sexual pues ya es claro que los nombres no están generizados en sí mismos.

A diferencia de la jurisprudencia del niño hermafrodita que apela a la excepcionalidad y singularidad del infante, el sujeto transexual irá tomando forma como un sujeto autónomo que hace parte de una comunidad o población y, por ello, está en capacidad de generar reclamos identitarios colectivos. En la jurisprudencia constitucional, este sujeto colectivo se modela a través del estudio de las condiciones de su discriminación y su derecho al libre desarrollo de la personalidad, tal y como se decanta analíticamente en T-314/11. Pero es solo hasta el año 2012 que la Corte Constitucional revisará tutelas relativas propiamente a cuestiones de asignación sexual que involucran personas transexuales: T-876/12 y T-918/12, ambas suscitadas por el rechazo a solicitudes de cirugías de “cambio de sexo” por parte de EPS. Es por esto que podemos afirmar que durante un periodo de 19 años los problemas constitucionales relativos al cambio de sexo registral y las cirugías de readecuación genital son abordados en Colombia estrictamente desde el marco del niño hermafrodita.

Estas dos sentencias de 2012, pese a analizar los mismos problemas jurídicos, tienen marcos analíticos significativamente distintos e incluso concepciones diferentes de la transexualidad. T-876/12 –sentencia fundante de la línea jurisprudencial sobre cirugías de cambio de sexo o reafirmación sexual de personas transexuales– a través de una eficaz economía argumentativa que centra la discusión en el derecho a la salud integral, reconoce la legitimidad de la petición del accionante pues el no tener un cuerpo conforme a su identidad sexual le impide alcanzar el bienestar psicosocial. A este argumento suma una economía terapéutica que sintetiza en la fórmula retórica del "cambio de sexo" un conjunto muy amplio y diverso de procedimientos, lo que induce a una simplificación del proceso terapéutico, su sentido, sus costos y, por allí mismo, de la valoración que hace la Sala de su pertinencia.

La sentencia T-918/12 analiza también el rechazo de una solicitud de tratamiento de reafirmación quirúrgica del sexo vivido por la accionante por parte de su EPS y, en contraposición a la economía de recursos conceptuales de T-876/12, lo hará desde un paradigma identitario y poblacional de la transexualidad que toma por precedente a T-314/11. En T-918/12 vamos a encontrar planteado por primera vez en tanto problema jurídico constitucional, el derecho a la identidad sexual en relación con el derecho a la salud de las personas trans. Este vínculo permite dar cuenta de una doble experiencia de vulneración para la población trans, pues en razón de su identidad esta comunidad sufre unos problemas de salud específicos. En este marco, las cirugías de reasignación sexual se comprenden como un instrumento para garantizar la salud integral y reafirmar la autodeterminación sexual de las personas trans. Esta argumentación, además, supone un intento de despatologización de las identidades trans, pues más allá de lo problemáticas que aquí resultan las categorías diagnósticas con las que la accionante legitima su solicitud, para la Sala lo relevante es que el POS cuenta con un conjunto de procedimientos que están disponibles para ella como beneficiaria del sistema y hay una prescripción médica que considera la reasignación sexual una condición para su bienestar integral. Esta solución jurídica del caso no obsta para señalar que el uso médico-jurídico de cate-

gorías diagnósticas no reconocidas por la institucionalidad médica deja dudas sobre la legitimidad del proceso terapéutico y del consentimiento informado. Finalmente, a fin de proteger a la accionante de actos de discriminación pues el sexo consignado en sus documentos de identidad no se corresponde ni con su nombre ni con el cuerpo que se construirá tras las cirugías de reafirmación sexual, esta sentencia ordena a la Registraduría emitir un nuevo registro civil con el sexo vivido por ella, con lo que se abre la discusión constitucional acerca de si es legítimo realizar la corrección del sexo registral a través de la acción de tutela y no por medio de la jurisdicción voluntaria como hasta ese momento se entendía en la jurisprudencia constitucional.

Precisamente este problema de la corrección del sexo registral tendrá en la sentencia T-231/13 uno de sus momentos de desarrollo más significativos. Allí se analiza cuál es el procedimiento idóneo para corregir el sexo por errores notariales y no por cambios en lo que la Sala denomina las “condiciones materiales” del sexo, tal y como lo había abordado previamente la Corte en T-594/93 y T-504/94. A propósito de los casos de dos jóvenes en cuyo registro civil quedó consignado un sexo erróneo y que, por cuenta de este error, no pueden tramitar su cédula de ciudadanía ni iniciar un proceso ante la jurisdicción voluntaria, esta sentencia define una nueva regla jurisprudencial: los errores notariales del componente sexo del registro civil pueden corregirse por vía administrativa, pero si la corrección adviene por variaciones materiales del sexo durante la vida del individuo debe realizarse a través de orden judicial. Si bien la regla parece clara en la medida en que se entienda las "variaciones materiales del sexo" como "cirugías de cambio de sexo", la fórmula de la materialidad sexual entra en conflicto no solamente con la misma jurisprudencia constitucional sino con las experiencias de sujetos intersexuales cuyo sexo, por definición, resulta materialmente inestable. El problema de cómo determinar jurídicamente el sexo y sus variaciones no solo queda irresuelto en esta sentencia, sino que se profundiza, pues por "material" puede entenderse el sustrato cromosómico, o el gonadal o el anatómico, como ya lo ha hecho la Corte anteriormente.

E incluso podría darse por material el sexo registral como sucede performativamente en esta sentencia, pues el sexo que se presume verdadero para los accionantes es el del registro civil y por ello se ven en la obligación jurídica de aportar pruebas a contrario.

En T-450A/13 la Corte Constitucional volverá a revisar un caso de intersexualidad pero, por primera vez en la historia de la Corporación, no lo hará desde la perspectiva de los problemas constitucionales que suscitan las cirugías de readecuación genital y reasignación sexual como lo había hecho en T-477/95, SU-337/99, T-551/99, T-692/99, T-1390/00, T-1025/02, T-1021/03 y T-912/08, sino desde la cuestión de los efectos jurídicos de la indeterminación sexual. La separación analítica entre el problema de asignación sexual y las cirugías de readecuación y reasignación le servía al tribunal constitucional para garantizar que el binarismo sexual nunca entrase en cuestión, puesto que se daba por hecho que la asignación sexual revestía de un carácter obligatorio mientras las cirugías eran contingentes, aunque a fin de cuentas estos procedimientos siempre se realizan con el objetivo de asignar, reasignar o confirmar anatómicamente un sexo prescrito o deseado. Sin embargo, en el caso analizado en T-450A/13, la indefinición sexual del bebé ha impedido su identificación, registro y acceso a tratamientos médicos, de manera que aquí se abre el espacio para discutir sobre la gestión jurídica, registral y médica de los casos de intersexualidad. A pesar de que esta sentencia formula profundos cuestionamientos acerca de si son posibles normativamente otras categorías de identificación sexual más allá del binario hegemónico y realiza una revisión en derecho comparado sobre el “tercer sexo”, e incluso propone abordar constitucionalmente la intersexualidad de acuerdo con un principio pluralista, en su parte resolutoria esta sentencia se limita a abrir un espacio de moratoria para el registro del sexo de las personas intersexuales a fin de que la indeterminación sexual no sea un obstáculo para el ejercicio de la personalidad jurídica. Pero una vez definido y prescrito médicamente el sexo, la moratoria termina y el sexo del niño se decanta registralmente en alguna de las dos

opciones consideradas viables jurídicamente por el Estado colombiano, de manera que la estructura heteronormativa se mantiene incólume.

La sentencia T-622/14 no marca un diferencial en su análisis de la intersexualidad excepto quizá por el modo en que compagina dos sentencias muy disímiles entre sí: la SU-337/99 y T-1025/02, pues afirma al mismo tiempo la autonomía del niño para decidir sobre las cirugías de readecuación genital y la necesidad de la guía especializada de un equipo interdisciplinar que apoye esta decisión. Asimismo, hay un somero análisis en derecho comparado que prefigura un desplazamiento jurisprudencial hacia la noción de sujeto intersex lo que supondría un corte conceptual respecto al niño hermafrodita. Sin embargo, este sujeto que en el contexto teórico actual y en instrumentos internacionales es fundamental dentro del enfoque de derechos sobre la intersexualidad, no alcanza a tener efectos performativos en el encuadre analítico de esta sentencia, por lo que no podríamos afirmar que esta subjetivación jurídica exista aún en Colombia.

El año 2013, en cambio, será fundamental en la consolidación del sujeto transgénero en la jurisprudencia constitucional colombiana. En las sentencias T-552/13 y T-771/13 toma forma un nuevo abordaje de la asignación sexual basado en un enfoque identitario que busca relativizar el paradigma medicalizador que durante décadas fue hegemónico en la problematización jurídica. En estas sentencias se analizan los casos de tres ciudadanos que recurren a la tutela pues sus EPS se niegan a autorizar las cirugías de reafirmación sexual por medio de las cuales desean reafirmar su identidad de género. Aunque en estas sentencias hay todavía tensiones con la mirada patologizadora, es explícito el interés por avanzar constitucionalmente hacia la desmedicalización de las identidades trans. En este punto, el argumento central es que las hipótesis acerca del origen y naturaleza de la identidad sexual no tienen por qué ser validadas jurídicamente ni determinar el juicio de amparo de las identidades. En otras palabras, la discusión sobre los criterios médicos de normalidad de la conducta sexual y de objetivación del sexo no tienen por qué determinar qué identidades deben ser protegidas en un Estado de Derecho, pues cualquier proyecto de

vida es legítimo mientras su despliegue no afecte los derechos de los demás. Este enfoque desmedicalizador protege la autonomía del sujeto trans al no hacer depender la legitimidad de sus decisiones del criterio médico. Desde luego, la institucionalidad y la práctica médica serán necesarias para llevar a cabo la reafirmación de la identidad sexual de las personas trans, pero funcionarán como herramientas para reforzar la autonomía del sujeto y no como condición de ejercicio de la autodeterminación. En este sentido, las cirugías no tendrían por objetivo normalizar los genitales ni heteroasignarle un sexo a un sujeto, sino reafirmar la autonomía del individuo sobre su sexo y sobre sí mismo, por lo que el procedimiento terapéutico es definido en este contexto como una reafirmación sexual quirúrgica.

El paradigma socio-identitario introducido en T-771/13 hace que la noción de sexo se desfije de los criterios biológicos que prevalecieron en la Corte Constitucional en las dos décadas anteriores. Si el sexo de nacimiento es equivalente jurídicamente al género construido socialmente y afirmado identitarimente, no habría motivos para otorgarle un estatuto jurídico diferencial a los sexos-géneros en virtud de su origen y no habría razón jurídica para que las personas cisgénero tengan derechos distintos a las personas transgénero. Este argumento jurisprudencial, en su sentido más radical, hace inútiles los prefijos *cis* y *trans* puesto que jurídicamente los titulares de derechos serían simplemente hombres y mujeres, lo que representa una revolución en el problema de la asignación sexual cuyos rendimientos jurídicos aún no se agotan.

Entre el 2015 y el 2019 los problemas constitucionales de la (re)asignación sexual se concentran en la cuestión de los mecanismos de corrección del componente sexo en los documentos de identidad, pero a diferencia de T-231/13, la corrección se analiza no a la luz de errores notariales involuntarios sino como impugnaciones voluntarias al sexo heteroasignado a los individuos al nacer. En las sentencias T-063/15, T-498/17, T-675/17 y T-447/19, se transformarán profundamente las nociones de sexo y género por cuenta del desarrollo constitucional del derecho a

la autodeterminación sexual y la toma de lugar de niños transgénero dentro del horizonte de la autonomía.

Ya desde las sentencias T-552/13 y T-771/13 estaban dados los elementos conceptuales para la emergencia del sexo como declaración de la autonomía del sujeto que encontramos en T-063/15. El problema central de esta última sentencia es determinar el procedimiento más adecuado para el reconocimiento jurídico de la variación objetiva del sexo de una persona trans, sin que el mismo procedimiento vulnere sus derechos fundamentales. En el centro del asunto está la jurisdicción voluntaria como el mecanismo que por décadas se consideró el más idóneo para realizar estas correcciones, sin que se cuestionara si este procedimiento resultaba lesivo de los derechos de las personas al someter a examen judicial la vivencia y convicción autónoma de una persona. ¿Por qué unas identidades legítimas deberían ser sometidas a escrutinio estatal y validadas por un tercero? El cuestionamiento de la legitimidad de unas identidades a través de la jurisdicción voluntaria deja en evidencia que el Estado puede ejercer una violencia institucional sobre ciertos sujetos, de modo que para la Corte Constitucional resulta necesario preguntarse si a través de otros mecanismos se pueden alcanzar los fines previstos por el Estado. Este argumento, sumado al hecho de que el nombre –también constitutivo del estado civil– puede ser cambiado a través de escritura pública, abre a la posibilidad de utilizar este mecanismo administrativo para corregir el registro civil. Y no solo porque este procedimiento está previsto en la Ley y resulta menos lesivo que la jurisdicción voluntaria, sino porque su utilización para la corrección de unos elementos del estado civil y no de otros podría sugerir que el sexo es un criterio sospechoso de discriminación. Ahora bien, más allá de esta cuestión procedimental, el aporte más revolucionario de esta sentencia con relación a la asignación sexual es que dota de materialidad y objetividad al sexo subjetivo, esto es, al sexo vivido y sentido del sujeto, y esto lo hace al cuestionar profundamente el acto jurídico de la asignación por medio del cual un tercero asigna a un individuo un sexo previsto en el orden jurídico. Si el sexo registrado al inicio de la trayectoria vital de una

persona es fruto de la valoración externa, este acto de heteroasignación es susceptible de impugnación en razón de la trayectoria misma de autonomización del sujeto. En otras palabras, la vida en libertad de un individuo puede hacer que el juicio inicial de un tercero investido de poder performativo por el Estado devenga erróneo por cuenta de una valoración autónoma del sujeto. Y si el sexo es susceptible de error por vías distintas al accidente notarial y relacionadas igualmente con la acción de terceros autorizados por el Estado, este debe prever herramientas institucionales para corregirlo. En este orden de ideas, si en la vida de las personas puede existir coincidencia o no entre el sexo asignado al nacer y el sexo desplegado vívidamente por el individuo, cualquier conflicto entre estos criterios de asignación sexual debería ser tramitado de la manera más expedita y menos lesiva de la autonomía del sujeto, pues un Estado de Derecho se define precisamente por el lugar preponderante que da al despliegue de la libertad del individuo.

En el trayecto jurisprudencial que va de 1993 a 2015 es evidente que a los sujetos intersex y trans se les supone unas formas de agencia diferenciadas. El niño hermafrodita suscita el problema de cómo asignarle el sexo que mejor se adecúa a su naturaleza y autonomía en desarrollo; en cambio, las personas trans suscitan la pregunta por si el sexo vivido subjetivamente merece reconocimiento jurídico. Mientras para el niño intersexual la institucionalidad busca asignar el mejor sexo según el criterio médico-parental; al adulto transgénero, la institucionalidad le facilita o dificulta materializar su sexo deseado. Este paradigma diferencial del papel de la agencia individual en la determinación de la identidad sexual se había mantenido más o menos estable en la historia de la Corte desde 1993, pero la aparente consistencia de este modelo de la agencia sexual se agrieta en el año 2017 con las sentencias T-498/17 y T-675/17.

Tres factores anticipaban históricamente los problemas jurídicos que se revelan en estas sentencias. Primero, la naturaleza misma de la infancia y los modos en que se cualifica jurídicamente, pues la niñez sirve como sustrato unificador de los fenómenos intersex y transgénero. Segundo, la jurisprudencia constitucional desde

T-477/95 ya reconocía que el niño era una autonomía en desarrollo, por lo que era una simple cuestión de tiempo para que se predicase esta cualidad a los niños transgénero. Si niño intersexual podía participar desde los años 90 de las decisiones sobre su identidad sexual y, particularmente, sobre la realización de tratamientos quirúrgicos altamente invasivos como las terapias de readecuación y reasignación sexual, es legítimo preguntarse por qué un niño transgénero no puede hacerlo. Y tercero, la promulgación del Decreto 1227 de 2015 por medio del cual se reglamentó el trámite previsto en el Decreto 1260 de 1970 para la corrección del componente sexo en el registro civil y que funda su argumentación en la sentencia T-063/15. Este decreto introdujo la posibilidad de corregir el sexo registral por medio de escritura pública y dado que establece como requisito la presentación de la cédula de ciudadanía del solicitante, los notarios daban por entendido que el trámite solo podía ser realizado por ciudadanos transgénero mayores de edad. La convergencia de estos tres factores se constituye en condición de posibilidad de los casos analizados en T-498/17 y T-675/17. En ambas sentencias se analizan casos de padres de niños transgénero que, actuando como representantes de sus hijos, solicitan la corrección del sexo y el cambio de nombre de los niños en el registro civil por vía administrativa, pero cuya solicitud inicial fue rechazada notarialmente porque los menores no cumplían con el requisito formal de la cédula de ciudadanía.

El argumento con el que T-498/17 justifica la necesidad de revisar el caso planteado es que un decreto reglamentario no puede limitar un derecho fundamental como la personalidad jurídica, de manera que para la Corte es preciso realizar un análisis constitucional a fondo del problema planteado. Y el núcleo problemático no puede ser otro que la autonomía del niño. Recordemos que ya desde T-477/95 en razón de las particularidades del caso allí analizado, la Corte había desarrollado criterios para determinar cómo desde etapas muy tempranas del desarrollo se construye la identidad sexual, lo que da pie a la emergencia jurídica de la noción de autonomía en desarrollo. De manera que para la Corte de 2017 si es posible establecer para este caso que la decisión de corregir el sexo del niño es fruto de su

autonomía, entonces es posible, excepcionalmente y solo para este caso, inaplicar el requisito de la cédula. Las razones de esta excepcionalidad no son claras y muy pronto mostrarán su ineficacia, pues en T-675/17 se confirmará plenamente, para un nuevo caso, el precedente aquí establecido. De acuerdo con la Sala de T-498/17, los criterios de inaplicación del requisito de la cédula son: en primer lugar, la coincidencia del deseo del niño con el criterio de los padres y del equipo interdisciplinario; segundo, el diagnóstico médico; y tercero, la cercanía a la mayoría de edad. Paradójicamente, estos tres criterios de validación de la autonomía del niño en realidad reafirman su heteronomía. Y curiosamente, la Corte no encuentra ninguna contradicción entre la obligación de presentar diagnóstico médico y su jurisprudencia previa de desmedicalización de las identidades transgénero, pues los niños deben autentificar su proceso de reafirmación sexual a través de la patologización.

En términos de asignación sexual, el aporte más novedoso de T-498/17 es el concepto de corrección de sexo registral por refrendación de hecho cumplido. En la medida en que la persona transgénero ha atravesado un camino de experiencias vitales, psicológicas, sociales, médicas y familiares habitando un sexo distinto al que le fue asignado al nacer, la solicitud de corrección del registro civil no es más que la ratificación jurídica de una realidad que ya se ha materializado performativamente, de allí que no haya razón para impedir jurídicamente tal refrendación.

La sentencia T-675/17 amplía el alcance de T-498/17 y se mantiene dentro del mismo enfoque analítico y hermenéutico. Su aporte diferencial radica en el énfasis en garantizar el consentimiento libre e informado de los niños, para lo cual se apoya en la jurisprudencia del niño hermafrodita.

La última sentencia analizada en este estudio es la T-447/19 en la que se analiza la solicitud de un niño de 10 años diagnosticado con un tipo no especificado de intersexualidad quien, a través de su madre, solicita la corrección del sexo registral por cuanto el consignado al nacer fue producto de una prescripción médica que no se corresponde con el sexo vivido. Este es un caso que muestra todas las tensiones y contradicciones de la producción discursiva del sexo que aquí hemos

analizado, pues en esta sentencia el niño es tratado médicamente como intersexual, mientras jurídicamente se le enmarca como transgénero y psico-socialmente es reconocido –y se reconoce a sí mismo– como varón. A diferencia de todos los casos de niños intersexuales y con ambigüedad genital revisados previamente por la Corte en los que padres y médicos buscaban la realización de cirugías de normalización genital para los niños, con el argumento de que eran necesarias para garantizar la definición sexual del niño, este caso revela un horizonte de despliegue de la autonomía en el que la solicitud del niño –reafirmada parentalmente– no es la de corregir sus genitales, sino corregir el sexo prescrito médicamente en una etapa temprana del tratamiento médico. Mientras el paradigma del niño hermafrodita hacía de las cirugías un paso obligado para la consistencia de la identidad sexual del niño, este caso muestra que la ambigüedad genital no necesariamente causa indeterminación sexual como lo suponía el dispositivo médico-jurídico del hermafroditismo, mientras que un sexo asignado erróneamente al nacer sí puede causar angustia identitaria.

La principal novedad del abordaje que hace la Sala en este caso es, a su vez, su planteamiento más polémico: categorizar al niño como transgénero, de manera que aquí se condensa de una manera muy singular la historia jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre la asignación sexual. Según esta nueva economía fenomenológica, la categoría transgénero reúne a todos aquellos cuya identidad de género no se corresponde con el sexo asignado al nacer, independientemente de las causas de tal inadecuación. De esta manera, cualquier niño intersexual o con ambigüedad genital cuyo sexo haya sido asignado erróneamente puede ser homologado con un niño transgénero. Tal extensión catacrésica de la categoría transgénero tiene un efecto muy significativo en el análisis, pues más allá de las condiciones que llevan a un sujeto a objetar el sexo que le fue asignado al nacer, ahora la objeción misma podrá tener amparo constitucional mientras sea producto de la autonomía del sujeto. De modo que lo que debe sopesarse jurídicamente es la capacidad y autonomía del sujeto y no el criterio médico. Desde luego, tanto la capacidad como la autonomía resultan problemáticas cuando se trata de la niñez, pero desde T-477/95 y

SU-337/99, se entendía que si bien la edad es un referente del desarrollo los niños, la construcción de la identidad sexual no puede entenderse bajo el criterio civil y negocial de la edad, sino como una construcción que se realiza a lo largo de todo el ciclo vital. En este sentido, el problema se desplaza del cómo determinar objetivamente la identidad sexual a cuándo se tiene consciencia subjetiva de su existencia. Y, una vez queda claro que este hito fenomenológico de la consciencia de género es indicativo de la identidad sexual, basta con reafirmar la tesis del sexo como declaración autónoma de T-063/15 para que pueda otorgarse el amparo a aquellos niños que demuestren que son conscientes de su adscripción identitaria.

Una vez llegados a este punto parecería que lo único claro con relación al sexo es su opacidad. Ya desde el inicio de este trayecto las sentencias T-594/93, T-504/94, T-477/95 y SU-337/99 dejaban en evidencia que el sexo en la Corte Constitucional es definido y operativizado de manera *variable, contingente e inconsistente*. La inestabilidad de los criterios de asignación sexual que pueden refrendarse a través del sexo legal así lo demuestran: unas veces se privilegia el *sexo cromosómico*; otras veces los *genitales externos*, ya sea bajo la forma que tienen desde el nacimiento o la que puedan alcanzar mediante diseño y normalización quirúrgica; otras el *género de crianza*, casi siempre elegido unilateralmente por los padres o prescrito médicamente; y otras veces, incluso el mismo *sexo legal*, en un movimiento metaléptico en el que el orden jurídico se cita a sí mismo y hace del registro civil el signo más claro para hacer inteligible el sexo de una persona. El sexo legal tiene puntos de fijación y realidades de anclaje muy diversos. Ya en estas primeras etapas constatábamos que **no hay un solo sexo que permita darle consistencia material y jurídica a la asignación sexual, sino un conjunto hetero-**

géneo de sexos que, de manera contingente, dirigen la asignación sexual según sea el caso. Asistíamos a un mudo cataclismo en la verdad sexual.

Mudo, porque era vivido por unos pocos seres más o menos abyectos que encarnaban en su cuerpo la fragilidad del sentido de estabilidad y legibilidad que proporciona el binarismo sexual. A fin de cuentas, ser *hombre o mujer* tiene la función de procurar psicosocialmente de consistencia existencial y, como hemos visto, jurídicamente garantiza la coherencia del sistema de alianzas y parentesco. Pero incluso encarnado en seres extraordinarios como los hermafroditas, la fractura apenas perceptible en el Sexo que apareció en aquella época ya contenía las condiciones necesarias para profundizarse y alcanzar los dominios hegemónicos de la “normalidad”. Y ello porque la pregunta aparentemente ingenua de *cómo saber si eres hombre o mujer* que allí se enunciaba nos atañe a todos, pues nuestra propia inteligibilidad y viabilidad en la vida cotidiana depende de su respuesta. Es por esto que situaciones como las analizadas en la sentencia T-231/13 en la que dos personas ya no excepcionales, sino perfectamente adecuadas a su sexo y a las expectativas sociales de este —personas cisgénero, como se les llamará posteriormente en T-063/15— terminan viviendo una experiencia kafkiana en la que deben demostrarle al Estado que su sexo es el que han habitado, vivido, sentido y compartido socialmente por más de 18 años y no el que algún mecanógrafo consignó erróneamente en su registro civil. Y pese a que para el mismo Estado el sexo resulta algo tan evidente que ni siquiera merece definición legal, estas dos personas se ven impelidas a probar lo “evidente” a través de un proceso jurídico que alcanza a la jurisprudencia constitucional. Si el sexo ha de ser probado ya no solo médicamente, sino incluso al nivel judicial en el procedimiento de jurisdicción voluntaria —que por tantos años fue el destino procesal de muchas personas que por todo tipo de situaciones buscaban que el Estado les refrendase jurídicamente un determinado sexo— es precisamente porque la verdad sexual es turbia y voluble.

En esta investigación, quisimos mostrar cuan inconsistente y mutable puede llegar a ser el régimen de veridicción de la sexualidad en la jurisprudencia constitu-

cional y, coextensivamente, en el campo social, al punto que la pregunta por cómo se establece el sexo verdadero mostró su parcialidad y fragmentariedad. Allí cuando se defiende la objetividad y materialidad del sexo como principios axiomáticos de su definición, demostramos que los criterios de objetivación y materialización son ampliamente variables:

¿Cuál es, entonces, “El Sexo” que defiende el aparato de Estado y que ha de ser amparado constitucionalmente? ¿En qué radica su objetividad y materialidad? ¿Es la objetividad del hecho físico natural de T-594/93? ¿Es la materialidad biológica que se impone en T-477/95? ¿Es la objetividad de la crianza como sucede en SU-337/99? ¿Es la objetividad del género como ocurre en T-1025/02? ¿Es la objetividad fenotípica de T-1021/03? ¿Es la materialidad cerebral que se defiende en T-918/12? ¿Es la objetividad anatómica que se exige en el peritaje médico de T-231/13? ¿Es la materialidad cromosómica que transitoriamente toma su lugar en T-450A/13? ¿O es la materialidad declarativa y testimonial del sujeto de T-063/15?

Y esta proliferación de formas que puede tomar la verdad sexual en la jurisprudencia analizada, hay que advertirlo, no es el resultado de una falta de consenso jurídico, médico o científico alrededor del sexo, que pudiese ser subsanada con algo de voluntad, pues en la medida en que el sexo está constituido por elementos de naturaleza tan heterogénea como los que se expresan en el Complejo-Sexo, solo puede existir como un campo de tensiones entre diversas formas de materialización y objetivación. **El sexo es un artefacto de carácter táctico y no una sustancia con realidad trascendente.**

Esto no obsta para que podamos identificar de manera amplia y general un doble proceso histórico en la hermenéutica constitucional que puede ser caracterizado como el que va de una concepción objetiva a una subjetiva del sexo. De una visión del sexo centrada en las vicisitudes corporales y, por tanto, muy medicalizada, a la experiencia fenomenológica del sujeto. Este trayecto que va de un sexo considerado como un hecho físico de naturaleza objetiva a un sexo/género psico-social como atributo subjetivo de la identidad, es un quiebre radical en la jurisprudencia

dencia constitucional que abre a unas consecuencias sociales, políticas y jurídicas cuyos rendimientos aún no se agotan.

A cada una de estas hermenéuticas le corresponden, a su vez, dos modos de asignación sexual que toman forma jurídica: la hetero-asignación médico-parental y la declaración autónoma. Si bien la hetero-asignación —por estar basada casi siempre en atributos de normalización morfológica— se mostraba más o menos estable, su propio punto de partida la hace también muy falible, como queda manifiesto en toda la jurisprudencia relativa a niños intersex y transgénero. Y el hecho de que legalmente se obligue a registrar a los niños con un sexo determinado en una etapa temprana de la vida, hace de este tipo de asignación sexual un performativo que marca la trayectoria vital de los sujetos y, en cierta forma, opera como una profecía auto-cumplida, pues predice el sexo de las personas en la misma medida en que lo causa. La hetero-asignación da forma material al sexo del sujeto a la manera de Pigmalión, al punto que, como hemos visto, muchos sujetos son obligados forzosamente a adecuar sus cuerpos y sus vidas a la asignación médico-legal establecida por terceros a través de formas dolorosas y humillantes de reasignación sexual y readecuación genital. ¿Por qué los sujetos han de cargar sobre sí durante todo su ciclo vital una marca establecida por terceros justo al comienzo de su vida? Si se tratase de apenas un rótulo secundario y mudable quizá este signo inicial no resultaría tan gravoso, pero el sexo es una condición de existencia y un requisito para la personalidad jurídica, por lo que sus efectos en las formas de subjetivación y de agencia son estructurales en nuestras sociedades heteronormadas. Gran parte de los casos analizados en esta investigación nacen de una profunda ansiedad social por marcar tempranamente los cuerpos que, además, cuenta con la fuerza coactiva del aparato de Estado para signar a los sujetos.

A la asignación sexual por declaración autónoma del sujeto la vimos tomar forma de manera incipiente en la noción de autonomía en desarrollo de T-477/95, y hemos mostrado cómo evoluciona y alcanza su forma más contundente en T-063/15 y T-447/19. Que el sujeto tenga voz en la elección del sexo que desea habitar

parecería ser un modo de reforzar su agencia y el sentido de su libertad y, en el marco de las democracias que hacen de la diversidad y la diferencia cualidades amparables constitucionalmente, una forma de proteger su singularidad. Pese a ello, es evidente en sentencias como T-450A/13, algunos de los salvamentos de voto que analizamos y las reacciones que desató la sentencia T-063/15 y el Decreto 1227 de 2015, que la refrendación legal del sexo declarado es considerada también como amenazante del sistema heteronormativo de la alianza y el parentesco. De allí el afán por condicionar el ejercicio declarativo de la auto-determinación sexual por medio de mecanismos jurídicos como el procedimiento de jurisdicción voluntaria. Sin embargo, en la medida en que la noción misma de autonomía se ha transformado en razón de las transformaciones en la comprensión jurídica de la infancia en lo que va de este siglo, el sexo declarado parece ampliar su rango de efectos socio-jurídicos tal y como queda manifiesto con la reciente sentencia T-447/19.

Ahora bien, podría decirse que toda vez que esta asignación basada en la autodeterminación sexual encuentra un anclaje en la noción de género, el sexo legal queda también recodificado en clave de género y nuestras conclusiones solo mostrarían que el campo jurídico de la sexualidad se ha “generizado”. Pero esta investigación ha mostrado que en realidad toda forma de asignación sexual independientemente de los criterios en los que se funde, ya está atravesada socio-jurídicamente y el solo hecho de que su naturaleza sea la de un enunciado performativo inviste todos sus efectos de lenguaje y poder. No es menos ‘cultural’ una asignación sexual masculina basada en un criterio médico heteronormativo como el de tener un “pene de buen tamaño” aunque cromosómicamente el cuerpo sea femenino —tal y como ocurre en T-1021/03—, que una asignación sexual basada en haberse sentido siempre como mujer pese a haber sido asignada sexualmente como hombre al nacer —como ocurre en T-918/12, T-552/13, T-771/13, T-063/15, y T-675/17—.

Situarnos desde la perspectiva procesal y performativa de la asignación sexual nos permite resistir un poco a la tentación de naturalización del binarismo sexual, algo que suele ocurrir cuando la mirada analítica se instala de entrada en la catego-

ría sexo. El solo hecho de anteponer a la pregunta *qué es el sexo* la cuestión de *cómo se asigna el sexo*, arroja un poco de luz sobre los criterios y condiciones bajo los cuales se efectúa el acto de enunciación socio-jurídico por el que se asigna un sexo a alguien y, en este sentido, revela que el sexo está sujeto a contingencia histórica. Y lo que hemos develado es que en 26 años de producción discursiva de la Corte Constitucional, estos criterios y condiciones han variado de manera profusa. De manera que lo novedoso en esta trayectoria no es una supuesta “generización” reciente de las comprensiones sobre la sexualidad ni mucho menos una toma “ideológica del género”, pues la formalización y validación jurídica de materialidades tan diversas en las que se ha presentado el sexo desde 1993 en la Corte demuestran que al nivel de la hermenéutica constitucional nunca ha existido un sustrato unívoco y natural del sexo, ni siquiera cuando se ha tratado de reterritorializarlo en “lo biológico”.

Si el sexo siempre ha sido un artefacto presto a transformarse según las condiciones de producción, ¿cuál es realmente la diferencia entre el sexo y el género?, ¿el sexo no está ya desde su origen investido de género? Si hay un acto público en el que ciertos terceros avalados institucionalmente “inferen” el sexo del naciente a partir de unas expectativas sociales sobre su cuerpo, debemos admitir que tal inferencia puede variar en razón de nuevas expectativas colectivas o individuales y, por tanto, el sexo sería una realidad inestable y sometida al juego social.

En este sentido, sin instalarse siquiera en el campo de la autonomía y la libertad, el sexo ya nos aparece como construido, de modo que si es el producto de una inferencia social legitimada por el Estado **cabe preguntarse si sigue siendo sostenible la insistencia normativa colombiana en el binarismo sexual una vez la jurisprudencia constitucional misma ha roto el vínculo del sexo con cualquier tipo de “disposición natural”** ¿De qué sirve el amparo constitucional de la autodeterminación sexual si, a fin de cuentas, siempre debes elegir uno de los dos caminos disponibles? Cuando el sexo está atrapado en una estructura jurídica binaria, la riqueza de posiciones y dinámicas que se producen en razón de la autonomía y la

libertad deben decantarse en dos destinos identitarios: el masculino y el femenino. Por cuenta de esta elección obligada, la multiplicidad y diversidad que se predica por el lado del género, se binariza por el lado del sexo. ‘Puedes nacer varón o hembra y renegar en tu libertad del sexo asignado al nacer, pero siempre debes transitar de vuelta hacia alguna de las dos opciones que el Estado te permite y que, por sospechosa coincidencia, son las mismas que la Naturaleza ha previsto’. **La misma jurisprudencia que ha buscado reafirmar el derecho a la identidad sexual termina por naturalizar un binarismo que a todas luces es incapaz de expresar la riqueza de las identidades de género.**

Por esta razón, por más que —no sin condescendencia— algunos afirmen que ‘puede haber muchos géneros pero solo hay dos sexos’, tal concepción no solo resulta insostenible jurídicamente sin entrar en los conflictos que ya hemos señalado a lo largo de esta investigación, sino que además resulta claramente discriminatoria de todas las identidades de género basadas en la ambigüedad, la ambivalencia y el tránsito que, por ahora, se ven obligadas a resolverse y estabilizarse en alguno de los polos del par binario o son arrojadas a vivir en la abyección. En este sentido, **los desarrollos normativos y jurisprudenciales actuales protegen a quienes se identifican con el sexo asignado al nacer o con el sexo ‘opuesto’ deseado psicológicamente, pero no a todos aquellos que hacen del cuestionamiento de tal oposición binaria su propia opción de género.** En la medida en que el Estado proteja la identificación con alguno de los polos del par binario y el tránsito claramente legible hacia ellos, pero no a quienes desean libremente la no asignación sexual; ni a quienes dicha indeterminación podría protegerlos de la realización de procedimientos médicos, quirúrgicos y hormonales que establezcan forzosamente lo que ha nacido “ambiguo” —como los niños intersex—; ni a quienes desean habitar la indeterminación, la contradicción, la parodia o la mezcla —como las personas trans—; muchos ciudadanos seguirán siendo obligados a “adecuarse” y fijarse a una identidad sexual que socava su deseo.

Si bien en sentencias como T-063/15, T-498/17 y T-675/17 lo que está en juego es precisamente una demanda de adecuación al sexo opuesto cuyo trámite ha sido facilitado por el Decreto 1227 de 2015 y la misma jurisprudencia constitucional, sucede que no todas las personas trans e intersex viven sentimientos de disforia o necesidades de reafirmación sexual quirúrgica. De hecho, muchos afirman libremente su inadecuación, ambivalencia e, incluso, neutralidad de género, como parte de su autonomía. En suma, hay personas trans, intersex, no binarias y queer que están convencidas de que el tránsito es legítimo en sí mismo y no como parte de un camino obligado hacia uno de los polos de fijación sexual definidos por el Estado. Hay personas que no desean vivir su opción de género como una forma de condescender a la normalización como, paradójicamente, le puede suceder a aquellos a quienes el Estado les reconoce —no sin dificultades— su derecho a adecuarse al binarismo.

Pero, **¿es posible construir categorías jurídicas para el tránsito y la diversidad?** Ya desde T-450A/13 esta pregunta hace parte del horizonte de posibilidades del derecho a la identidad sexual y de género y, si bien esta misma sentencia clausura la problemática de la indeterminación sexual en el binarismo, prefigura un problema que seguramente volvera a la discusión constitucional en el futuro.

Finamente y de manera más radical, tras todas las dificultades que hemos visto que induce este artefacto llamado sexo y toda la parafernalia tan contradictoria y dolorosa que supone para tantas personas, podríamos preguntarnos *para qué el sexo* ¿Por qué tal obstinación institucional por el sexo? **¿Es realmente necesario jurídicamente que el sexo sea un atributo de la personalidad y haga parte del Estado Civil?** Más allá de funcionar como “un criterio de identificación válido que sirve para definir el matrimonio y fomentar la inclusión y protección especial de la mujer y la madre” como se afirma en T-450A/13, ¿podría otorgársele al sexo una función no garante del sistema heteronormativo?

E incluso si el sexo resulta ser una condición jurídica inamovible, connatural al sistema normativo mismo, una categoría esencial para la definición de la persona

jurídica, **¿es necesario que siempre tenga un carácter público? ¿La publicidad hace parte esencial del funcionamiento del sexo?** Allí donde la misma sentencia T-450A/13 señala en su parte resolutive que el sexo debe tratarse como un dato sensible en el caso de los niños intersex, ¿qué impediría extender dicha cualidad a todo el dominio jurídico del sexo? ¿Podríamos convivir entre individuos que gocen de un sexo puramente privado?

Estas preguntas no buscan sentar una posición doctrinaria ni dibujar un horizonte programático, sino simplemente **interrogar los aspectos más naturalizados jurídicamente del sexo: la obligatoriedad del binarismo, el requisito del estado civil y la publicidad de su función. Lo ominoso de la heteronormatividad es que nos aparece como no deconstruible.** Nadie se pregunta cómo se ha llegado a construir la heterosexualidad, como sí se pregunta cómo hemos construido la homosexualidad, la transexualidad o el hermafroditismo. Y gracias a que podemos preguntarnos por las condiciones y trayectorias de construcción de fenómenos históricos como el hermafroditismo, es que también podemos criticar su forma de operar socialmente e incluso declarar su obsolescencia ¿Por qué, entonces, nos queda tan difícil pensar cómo se han construido fenómenos como la heterosexualidad y el sexo mismo? Una genealogía jurídica de la sexualidad debería abordar este tipo de interrogantes, a fin de determinar cómo es que hemos llegado a naturalizar la función normativa del sexo. Esperamos que esta investigación haya sentado la posibilidad de abrir tales caminos de indagación en el pensamiento jurídico colombiano.

Para cerrar a través de una apertura, es preciso señalar que todas las preguntas aquí formuladas, así como mi constante insistencia en pensar en términos de construcción, más que señalar una apuesta teórica o de afinidad intelectual, buscan establecer una suerte de declaración ético-política con relación a nuestras formas de comprensión y operación de la justicia. Y para darme a entender, quizá sea mucho mejor dejar hablar a Paula Viturro:

Si treinta años atrás la discriminación por género podía tal vez ingenuamente remitir a la discriminación de ‘las mujeres’, hoy en día dicha asociación tácita sólo se sostiene por la persistente invisibilización de la violencia que

implica el presupuesto normativo según el cual el género no sería más que los atributos culturales asociados a los sexos. Así, **al asumir como fundamento de la representación una definición de género que deja en suspenso preguntas referidas a cómo se asignan los sexos, instauramos la diferencia sexual como un dato natural irreductible y excluido del debate en torno de los valores y la justicia.** Dicho en otras palabras, **la consecuencia de establecer como base de un reclamo legal un concepto de género que no cuestiona la distinción naturaleza/cultura, es la legitimación de la jerarquización, la discriminación y la violencia que sufren todas aquellas personas cuyos cuerpos no son inteligibles bajo ese esquema.** (2005: 295-296).¹⁶⁰

¿Es justo que algunos cuerpos tengan que vivir el sexo como un signo hiriente? Y no se trata aquí de un asunto de justicia contramayoritaria para los cuerpos obligados a la precarización y la abyección por su incapacidad de condescender al binarismo, sino de la justicia para cualquier cuerpo ¿Es justo que, en razón del *sino sexual*, los cuerpos estén condenados a unas trayectorias vitales y deseantes específicas? ¿Ser ‘mujer’ debería seguir condenando a ciertos cuerpos a violencias y limitaciones específicas? **¿Cómo hacerle justicia a todos aquellos seres para quienes el sexo opera como un mecanismo de coacción de su libertad y prerrogativa para su vulneración?**

En este juego en el que el sexo se recrea históricamente de tantas maneras, ¿será posible construir formas comunitarias de habitabilidad que no conviertan la marca sexual en condición y motivo para la injusticia? Quizá este horizonte fantaseado de justicia merece que hagamos el esfuerzo por reinventar el sexo, incluso a costa de su desaparición.

160. Las negrillas son mías. Viturro es profesora de filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires y Secretaria Letrada del Tribunal Superior de Justicia de Buenos Aires.

8. REFERENCIAS

- ALCÁNTARA, E. (2013). “Identidad sexual / rol de género”, *Debate Feminista*, 47, pp. 172-201.
- ANTINUK, K. (2013). “Forced genital cutting in North America: Feminist theory and nursing considerations”, *Nursing Ethics*, 20(6), pp. 723-728.
- ATTORNEYS FOR THE RIGHTS OF THE CHILD NEWSLETTER. (2013). “Lawsuit Filed Regarding Genital Mutilation of Intersex Child”, *Attorneys for the Rights of the Child Newsletter*, 10(1), pp.35-35.
- AUSTIN, J. L. (1981). *Cómo hacer cosas con palabras. Palabras y acciones*. Buenos Aires: Paidós.
- BENNETT, T. (2014). “‘No Man’s Land’: Non-Binary Sex Identification in Australian Law and Policy”, *University of New South Wales Law Journal*, 37(3), pp. 847-873.
- BERNAL CRESPO, J. S. (2011). “Estados intersexuales en menores de edad: los principios de autonomía y beneficencia”, *Revista de Derecho*, (36), pp. 53-86.
- BONIFACIO, M. P. (2015). *Intersexuality: The Legal Standing in the Philippine Setting*.
- BORRILLO, D. (2011). “Por una Teoría Queer del Derecho de las personas y las familias”, *Direito, Estado e Sociedade*, (39).
- BUTLER, J. (2002). *Cuerpos que importan*. Buenos Aires: Paidós.
- . (2004). *Lenguaje, poder e identidad*. Madrid: Editorial Síntesis.
- . (2006). *Deshacer el género*. Barcelona: Paidós.
- . (2007). *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*. Barcelona: Paidós.

- . (2010). *Mecanismos psíquicos del poder*. Cátedra Ediciones.
- CABRAL, M. (2004). *La excepción y la regla*. Vida de vivos.
- . (2009). *Interdicciones: Escrituras de la intersexualidad en castellano*. Córdoba: Anarrés.
- CABRAL, M., & BENZUR, G. (2005). “Cuando digo intersex. Un diálogo introductorio a la intersexualidad”, *Cadernos Pagu*, 24, pp. 283-304.
- CAMPILLO-VÉLEZ, B. E. (2013). “La ideología de género en el derecho colombiano”, *Díkaión*, 22, pp. 13-54.
- CARBONELL, N., & SEGARRA, M. (2002). “Psicoanàlisis i diferència sexual”, *Lectora: revista de dones i textualitat*, 8, pp. 7-11.
- CÁRDENAS, J. A., & VELÁSQUEZ, J. D. (2017). “Responsabilidad del Estado por intervenciones de reasignación de sexo y adecuación genital temprana”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (18), pp. 287-323.
- CARPENTER, M. (2015). “Intersex Rights and Freedoms”, *Court of Conscience*, (9), pp. 27-33.
- CÉSPEDES-BÁEZ, L. M., & SARMIENTO-FORERO, J. (2011). “¿Cómo mira el Estado? Constitución de 1991 y compromisos de género del Estado colombiano”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 13(1), pp. 389-417.
- CHASE, C. (2002). “Cultural Practice” or “Reconstructive Surgery”? U.S. Genital Cutting, the Intersex Movement and Medical Double Standards. In C. C. ROBERTSON, & S. M. JAMES (Eds.), *Genital Cutting and Transnational Sisterhood. Disputing U.S. Polemics* (pp. 126-151). Chicago: University of Illinois Press.
- CHAU, P.-L., & HERRING, J. (2002). “Defining, assigning and designing sex”, *International Journal Of Law, Policy, And The Family*, 16(3), pp. 63-85.

COLOMBIA DIVERSA. (2005). “Voces excluidas: legislación y derechos de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en Colombia”.

———. (2015). “Situación de derechos humanos de las personas LGBT en Colombia, 2010-2015”.

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. (2011a). “Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género”.

———. (2011b). “Resolución 17/19. Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”.

———. (2013). “Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Méndez”.

———. (2014). “Resolución 27/32. Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”.

COOKY, C., & DWORKIN, S. L. (2013). “Policing the Boundaries of Sex: A Critical Examination of Gender Verification and the Caster Semenya Controversy”, *Journal of Sex Research*, 50(2), pp. 103-103.

CORTE CONSTITUCIONAL. (1993). Sentencia T-594 de 1993. Colombia.

———. (1994). Sentencia T-504 de 1994. Colombia.

———. (1995). Sentencia T-477 de 1995. Colombia.

———. (1999a). Sentencia SU-337 de 1999. Colombia.

———. (1999b). Sentencia T-551 de 1999. Colombia.

———. (1999c). Sentencia T-692 de 1999. Colombia.

———. (2000). Sentencia T-1390 de 2000. Colombia.

———. (2002). Sentencia T-1025 de 2002. Colombia.

———. (2003). Sentencia T-1021 de 2003. Colombia.

- . (2008a). Sentencia T-1033 de 2008. Colombia.
- . (2008b). Sentencia T-912 de 2008. Colombia.
- . (2011a). Sentencia C-577 de 2011. Colombia.
- . (2011b). Sentencia T-314 de 2011. Colombia.
- . (2012a). Sentencia T-876 de 2012. Colombia.
- . (2012b). Sentencia T-918 de 2012. Colombia.
- . (2012c). Sentencia T-977 de 2012. Colombia.
- . (2013a). Sentencia T-231 de 2013. Colombia.
- . (2013b). Sentencia T-450A de 2013. Colombia.
- . (2013c). Sentencia T-552 de 2013. Colombia.
- . (2013d). Sentencia T-562 de 2013. Colombia.
- . (2013e). Sentencia T-565 de 2013. Colombia.
- . (2013f). Sentencia T-611 de 2013. Colombia.
- . (2013g). Sentencia T-771 de 2013. Colombia.
- . (2014a). Sentencia T-086 de 2014. Colombia.
- . (2014b). Sentencia T-622 de 2014. Colombia.
- . (2015a). Sentencia T-063 de 2015. Colombia.
- . (2015b). Sentencia T-099 de 2015. Colombia.
- . (2016). “La Corte”.
- . (2017a). Sentencia T-498 de 2017. Colombia.
- . (2017b). Sentencia T-675 de 2017. Colombia.
- . (2017c). Sentencia C-114 de 2017.
- . (2019). Sentencia T-447 de 2019. Colombia.

- COUNCIL OF EUROPE. (2015). "Human rights and intersex people".
- CREGAN, K. (2014). "Sex Definitions and Gender Practices", *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 23(3), pp. 319-325.
- CREIGHTON, S. M., GREENBERG, J. A., ROEN, K., & VOLCANO, D. L. (2009). "Intersex Practice, Theory, and Activism: A Roundtable Discussion", *GLQ: A Journal of Lesbian and Gay Studies (Project Muse)*, 15(2), pp. 249-260.
- CURTIS, S. (2011). "Reproductive Organs and Differences of Sex Development: The Constitutional Issues Created by the Surgical Treatment of Intersex Children", *McGeorge Law Review*, 42(4), pp. 841-872.
- DELAET, D. L. (2012). "Genital Autonomy, Children's Rights, and Competing Rights Claims in International Human Rights Law", *International Journal of Children's Rights*, 20(4), pp. 554-583.
- DIAMOND, M., & GARLAND, J. (2014). "Evidence regarding cosmetic and medically unnecessary surgery on infants", *Journal Of Pediatric Urology*, 10(1), pp. 2-6.
- DREGER, A. D. (1999). *Intersex in the Age of Ethics*. Univ Publishing Group.
- DRESCHER, J. (2010). "Transsexualism, Gender Identity Disorder and the DSM", *Journal of Gay & Lesbian Mental Health*, 14(2), pp. 109-122.
- EHRENREICH, N., & BARR, M. (2005). "Intersex Surgery, Female Genital Cutting, and the Selective Condemnation of "Cultural Practices"", *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 40, pp. 71-140.
- EL TIEMPO, (marzo 1 de 1995). "Debate por cambio de sexo a niño". Bogotá D.C.
- ENKE, A. (2010). "Disciplining Sex: Intersex an the Specter of Gender Certainty", *Reviews in American History*, 38(4), pp. 644-650.

- ENRIQUEZ, A. R. (2013). "Assuming Responsibility for Who You Are: The Right to Choose "Immutable" Identity Characteristics", *New York University Law Review*, 88(1), pp. 373-400.
- EUROPEAN COMMISSION. (2012). "Trans and intersex people: Discrimination on the grounds of sex, gender identity and gender expression".
- FAUSTO-STERLING, A. (2006). *Cuerpos sexuados*. Madrid: Melusina.
- . (2013). "Los cinco sexos", en J. A. NIETO (Ed.), *Transexualidad, transgenerismo y cultura*. Talasa Ediciones.
- . (2017). "Against Dichotomy", *Evolutionary Studies in Imaginative Culture*, 1(1), pp. 63-66.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., & GARCÍA-VEGA, E. (2012). "Surgimiento, evolución y dificultades del diagnóstico de transexualismo", *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, 32(113), pp. 103-119.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (2006). "Sexualidad y bioética: la problemática del transexualismo", *Foro Jurídico*, 5, pp. 53-67.
- FINLAY, H. (1996). "Legal recognition of transsexuals in Australia", *The Journal Of Contemporary Health Law And Policy*, 12(2), pp. 503-533.
- FORD, K.-K. (2001). "'First, do no harm' —The fiction of legal parental consent to genital-normalizing surgery on intersexed infants", *Yale Law & Policy Review*, 19(2), pp. 469-488.
- FOUCAULT, M. (1992). *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa.
- . (2000). *Los anormales*. México D.F.: FCE.
- . (2002). *El orden del discurso*. Barcelona: Tusquets.
- . (2005). *Historia de la sexualidad. Vol.1 La voluntad de saber*. México D.F.: Siglo XXI.

- . (2013). *La inquietud por la verdad. Escritos sobre sexualidad y el sujeto*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- FOX, M. J. (2016). “Legal Discourse’s Epistemic Interplay with Sex and Gender Classification in the Dewey Decimal Classification System”, *Library Trends*, 64(4), pp. 687-687.
- FRANKLE, R. E. (2002). “Does a Marriage Really Need Sex?: A Critical Analysis of the Gender Restriction on Marriage”, *Fordham Urban Law Journal*, 30(6), pp. 2003-2037.
- FRASER, S. (2016). “Constructing the female body: using female genital mutilation law to address genital-normalizing surgery on intersex children in the United States”, *International Journal of Human Rights in Healthcare*, 9(1), pp. 62-72.
- GAETANO, P. (2017). “David Reimer and John Money Gender Reassignment Controversy: The John/Joan Case”, *The Embryo Project Encyclopedia*.
- GARCÍA LÓPEZ, D. (2015). *Sobre el derecho de los hermafroditas*. Madrid: Melusina.
- . (2016). *Rara Avis: una teoría queer impolítica*. Madrid: Melusina.
- GATE. (2014). “Intersex Issues in the International Classification of Diseases (ICD)”.
- GERMON, J. (2009). *Gender: A Genealogy of an Idea*. New York: Palgrave Macmillan.
- GILLAM, L. H., HEWITT, J. K., & WARNE, G. L. (2010). “Ethical principles for the management of infants with disorders of sex development”, *Hormone Research In Paediatrics*, 74(6), pp. 412-418.
- GIMÉNEZ, G. (1989). *Poder, Estado y discurso: perspectivas sociológicas y semiológicas del discurso político-jurídico*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

- GLEAVES, J., & LEHRBACH, T. (2016). "Beyond fairness: the ethics of inclusion for transgender and intersex athletes", *Journal of the Philosophy of Sport*, 43(2), pp. 311-326.
- GOULD, M. (1979). "Sex, Gender, and the Need for Legal Clarity: The Case for Transsexualism", *Valparaiso University Law Review*, 13(3), pp. 423-450.
- GREENBERG, J. (1999). "Defining Male and Female: Intersexuality and the Collision Between Law and Biology", *Arizona Law Review*, 41, pp. 265-328.
- . (2003). "Legal Aspects of Gender Assignment", *The Endocrinologist*, 13(3), pp. 277-286.
- . (2006). "International Legal Developments Protecting the Autonomy Rights of Sexual Minorities: Who Should Decide the Appropriate Treatment for an Intersex Child?", en S. SYTSMA (Ed.), *Ethics and Intersex*. Springer.
- . (2012a). "Health Care Issues Affecting People with an Intersex Condition or DSD: Sex or Disability Discrimination?", *Loyola of Los Angeles Law Review*, 45(3), pp. 849-908.
- . (2012b). *Intersexuality and the Law*. New York: New York University Press.
- GREENBERG, J. & CHASE, C. (1999). "Background of Colombia Decisions", en: <https://isna.org/node/21/>.
- GURNEY, K. (2007). "Sex and The Surgeon's Knife: The Family Court's Dilemma... Informed Consent and the Specter of Iatrogenic Harm to Children With Intersex Characteristics", *American Journal of Law & Medicine*, 33(4), pp. 625-661.
- HAAS, K. (2004). "Who Will Make Room for the Intersexed?", *American Society of Law, Medicine & Ethics*, 30(1), pp. 41-68.

- HERMER, L. (2002). "Paradigms Revised: Intersex Children, Bioethics & the Law", *Annals Of Health Law*, 11, pp. 195-195.
- HIRD, M. J. (2005). *Sex, Gender and Science*. New York: Palgrave Macmillan.
- HUDDLESTON, A. (2014). "Intersex Children in Foster care: Can the Government Elect Sex assignment Surgery?", *Journal of Law & Policy*, 22(2), pp. 957-1004.
- HUGHES, I. A., HOUK, C., AHMED, S. F., & LEE, P. A. (2006). "Consensus statement on management of intersex disorders", *Journal Of Pediatric Urology*, 2(3), pp. 148-162.
- ILGA. (2017). "Informe anual 2017", disponible en: https://ilga.org/downloads/ILGA_Informe_Anual_2017.pdf
- KARKAZIS, K. (2006). "Early Genital Surgery to Remain Controversial", en: *Pediatrics*, pp. 814-815.
- KARKAZIS, K., JORDAN-YOUNG, R., DAVIS, G., & CAMPORESI, S. (2012). "Out of bounds? A critique of the new policies on hyperandrogenism in elite female athletes", *The American Journal Of Bioethics: AJOB*, 12(7), pp. 3-16.
- KERRY, S. (2011). "Representation of intersex in news media: the case of Kathleen Worrall", *Journal of Gender Studies*, 20(3), pp. 263-277.
- KIRKUP, K. (2018). "The origins of gender identity and gender expression in Anglo-American legal discourse", *University of Toronto Law Journal*, 68(1), pp. 80-117.
- KLÖPPEL, U. (2009). "Who Has the Right to Change Gender Status? Drawing Boundaries between Inter- and Transsexuality", en: M. HOLMES (Ed.), *Critical Intersex*. Farnham: Ashgate.

- LANG, C., & KUHNLE, U. (2008). "Intersexuality and Alternative Gender Categories in Non-Western Cultures", en *Hormone Research in Paediatrics*, 69(4), pp. 240-250.
- LARSON, S. (2011). "Intersexuality and Gender Verification Tests: The Need to Assure Human Human Rights and Privacy", *Pace International Law Review*, 23(1), pp. 215-248.
- LÓPEZ MEDINA, D. E. (2015). *El derecho de los jueces*. Bogotá D.C: Universidad de los Andes y Legis.
- . (2017). *Cómo se construyen los derechos: narrativas jurisprudenciales sobre orientación sexual*. Bogotá: Legis.
- MACHADO, P. (2009). "Intersexuality and sexual rights in southern Brazil", *Culture, Health & Sexuality*, 11(3), pp. 237-250.
- MALDONADO COLMENARES, G., & DELGADO MALDONADO, S. (2008). "Menores con ambigüedad sexual. Un análisis del consentimiento informado desde el punto de vista del concepto de corporalidad", en: *Cuerpos y diversidad sexual. Aportes para la igualdad y el reconocimiento* (pp. 96-134). Bogotá D.C.: Editorial Pontificia Universidad Javeriana.
- MARSHALL, Y. (2000). "Intersex in the Age of Ethics", *New England Journal of Medicine*, 342(19), pp. 1457-1457.
- MARWAH, V. (2013). "Gender bending, gender testing: reflections on the Pinki Pramanik case", *Indian Journal Of Medical Ethics*, 10(1), pp. 45-48.
- MAS GRAU, J. (2017). "Del transexualismo a la disforia de género en el DSM. Cambios terminológicos, misma esencia patologizante", *Revista Internacional de Sociología*, 75(2), pp. 059.
- MCDONALD, E. (2015). "Intersex People in Aotearoa New Zealand: The Challenger for Law and Social Policy. Part I: Critiquing Gender Normalising Surgery", *Victoria University of Wellington Law Review*, 46(3), pp. 705-724.

- MENON, Y. (2011). "The Intersex Community and the Americans with Disabilities Act", *Connecticut Law Review*, 43(4), pp. 1220-1251.
- MICHALA, L., LIAO, L.-M., WOOD, D., CONWAY, G. S., & CREIGHTON, S. M. et al. (2014). "Practice changes in childhood surgery for ambiguous genitalia?", *Journal Of Pediatric Urology*, 10(5), pp. 934-939.
- MIZRAHI, M. L. (2016). *Homosexualidad y transexualismo*. Bogotá: Astrea - Universidad del Rosario.
- MORLAND, I. (2001). "Is intersexuality real?", *Textual Practice*, 15(3), pp. 527-547.
- . (2005). "'The Glans Opens Like a Book': Writing and Reading the Intersexed Body", *Continuum: Journal of Media & Cultural Studies*, 19(3), pp. 335-348.
- . (2008). "II. Intimate Violations: Intersex and the Ethics of Bodily Integrity", *Feminism & Psychology*, 18(3), pp. 425-430.
- . (2009a). "What can Queer Theory do for intersex?", *GLQ: A Journal of Lesbian & Gay Studies*, 15(2), pp. 285-312.
- . (2009b). "Introduction: Lessons from the Octopus", *GLQ: A Journal of Lesbian & Gay Studies*, 15(2), pp. 191-197.
- OACHR, U. N. W., UNAIDS, UNDP, UNFPA, UNICEF, WHO. (2014). *Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization: an interagency statement*. Geneva: WHO Press.
- OBERACKER, J. S. (2007). "Sex Assignment Surgery and the Discourse of Public Television", *Television & New Media*, 8(1), pp. 25-48.
- OCHOA, B. (abril 9 de 1995). "Ante la deformidad o la mutilación", en *El Tiempo*, Bogotá D.C.

- OHCHR. (2015a). “Intersex. Ficha de datos”, en: https://unfe.org/system/unfe-72-Intersex_Factsheet_SPANISH.pdf
- . (2015b). “Discrimination and violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity”, en: <https://digitallibrary.un.org/record/797193?ln=es>
- YOGYAKARTA, P. I. D. (2007). *Principios de Yogyakarta*. Panel Internacional de Yogyakarta.
- . (2017). *The Yogyakarta Principles plus 10*. Panel Internacional de Yogyakarta.
- PARLETT, K. W.-S., KYLIE-MAREE. (2004). “Consent to Treatment for Transgender and Intersex Children”, *Deakin Law Review*, 9(2), pp. 375-397.
- ESTUPINYÀ, P. (2013). *S=EX2. La ciencia del sexo*. Debate.
- PONS RASABA, A. (2013). “El test de la vida real o la normalización de la performance de género: un análisis etnográfico.”, *VII Jornadas Santiago Walla-ce de Investigación en Antropología Social*. Sección de Antropología Social.
- PRADA PRADA, N. (2013). *Diagnóstico de situación de personas intersexuales en Bogotá*, Secretaría de Planeación, Alcaldía de Bogotá, Bogotá D.C.
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. (2015). “Decreto 1227 de 2015”.
- PULECIO PULGARÍN, M. (2011). “Teoría y práctica de los principios de Yogyakarta en el derecho internacional de los Derechos Humanos”, *RAI. Revista Análisis Internacional*, pp. 239-259.
- QUINN, S. (2010). *Guía del activista para usar los Principios de Yogyakarta*. Hivos.
- ROEN, K. (2008). ““But We Have to Do Something: Surgical ‘Correction’ of Atypical Genitalia”, *Body & Society*, 14(1), pp. 47-66.

- ROMERO, K., & REINGOLD, R. (2013). "Advancing adolescent capacity to consent to transgender-related health care in Colombia and the USA", *Reproductive Health Matters*, 21(41), pp. 186-195.
- ROSARIO, V. A. (2009). "Quantum Sex: Intersex and the Molecular Deconstruction of Sex", *GLQ: A Journal of Lesbian & Gay Studies*, 15(2), pp. 1-1.
- ROSE, K. C. (2004). "A History of Gender Variance in Pre-20th Century Anglo-American Law", *Texas Journal of Women & the Law*, 14(1), pp. 77-119.
- RUBIN, D. A. (2015). "Provincializing Intersex: US Intersex Activism, Human Rights and Transnational Body Politics", *Frontiers: A Journal of Women Studies*, 36(3), pp. 51-83.
- SERNA VANEGAS, M. M. (2012). "El concepto Biopolítico de la identidad de género en el estado intersexual", *Revista CES Derecho*, 3(2), pp. 128-142.
- SHARPE, A. N. (2010). *Foucault's Monsters and the Challenge of Law*. Abingdon: Routledge.
- SOUTH AUSTRALIAN LAW REFORM INSTITUTE. (2015). "Discrimination on the grounds of sexual orientation, gender, gender identity and intersex status in South Australian legislation", en: https://law.adelaide.edu.au/research/law-reform-institute/documents/audit_report_lgbtiq_sept_2015.pdf
- SPARROW, R. (2013). "Gender Eugenics? The Ethics of PGD for Intersex Conditions", *American Journal of Bioethics*, 13(10), pp. 29-38.
- SUESS, A. (2014). "Cuestionamiento de dinámicas de patologización y exclusión discursiva desde perspectivas trans e intersex", *Revista de Estudios Sociales*, (49), pp. 128-143.
- SULLIVAN, N. (2009). "The Somatechnics of Intersexuality", *GLQ: A Journal of Lesbian and Gay Studies*, 15(2), pp. 313-327.

- SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO, (2018). “Instrucción Administrativa 12 de 2018”, Colombia.
- . (2020). “Instrucción Administrativa 1 del 13 de enero de 2020”, Colombia.
- SUPREME COURT OF INDIA. (2014). *Writ Petition Civil No. 400 of 2012 with Writ Petition Civil No. 604 of 2013*. India.
- TAMAR-MATTIS, A. (2006). “Exceptions to the Rule. Curing the Law’s Failure to Protect Intersex Infants”, *Berkeley Journal of Gender, Law & Justice*, 21(1), pp. 59-110.
- THORESON, R. (2013). “Beyond equality: The post-apartheid counternarrative of trans and intersex movements in South Africa”, *African Affairs*, 112(449), pp. 646-665.
- THORN, E. D. (2014). “Drop the Knife! Instituting policies of Nonsurgical Intervention for Intersex Infants”, *Family Court Review*, 52(3), pp. 610-621.
- TOPP, S. S. (2013). “Against the quiet revolution: The rhetorical construction of intersex individuals as disordered”, *Sexualities*, 16(1/2), pp. 180-194.
- TRAVIS, M. (2015). “Accommodating Intersexuality in European Union Anti-Discrimination Law”, *European Law Journal*, 21(2), pp. 180-199.
- TURNER, S. S. (1999). “Intersex Identities: Locating New Intersections of Sex and Gender”, *Gender & Society*, 13(4), pp. 457-479.
- UPRIMNY YEPES, R. (2005). Corte Constitucional y emancipación social en Colombia. In B. D. S. SANTOS (Ed.), *Democratizar la democracia: los caminos de la democracia participativa* (pp. 255-288). México DF: FCE.
- VÁSQUEZ GARCÍA, F. (2013). “Más allá de la crítica de la medicalización. Neoliberalismo y biopolíticas de la identidad sexual”, *Constelaciones. Revista de Teoría Crítica*, (5), pp. 76-102.

- VÁSQUEZ GARCÍA, F., & CLEMINSON, R. (2011). “El destierro de lo maravilloso. Hermafroditas y mutantes sexuales en la España de la Ilustración”, *Asclepio; Archivo Iberoamericano de Historia de la Medicina y Antropología Médica*, 63(1), pp. 7-38.
- VELÁSQUEZ ACEVEDO, C., GONZÁLEZ SÁNCHEZ, P., & SARMIENTO ECHEVERRI, I. C. (2007). “Principios y derechos involucrados en el análisis jurídico de los estados intersexuales en pacientes menores de edad en Colombia”, *Estudios de Derecho*, pp. 217-234.
- VENDRELL FERRÉ, J. (2009). “¿Corregir el cuerpo o cambiar el sistema? La transsexualidad ante el orden de género”, *Sociológica*, 24(69), pp. 61-78.
- VITURRO, P. (2005). “Constancias”, *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, 3(6), pp. 295-300.
- WAHLERT, L., & FIESTER, A. (2012). “Gender Transports: Privileging the “Natural” in Gender Testing Debates for Intersex and Transgender Athletes”, *American Journal of Bioethics*, 12(7), pp. 19-21.
- WARNE, G. L., & MANN, A. (2011). “Ethical and legal aspects of management for disorders of sex development”, *Journal Of Paediatrics And Child Health*, 47(9), pp. 661-663.
- WHITE, R. L. (2014). “Preferred Private Parts: Importing Intersex Autonomy for M.C. v. Aaronson”, *Fordham International Law Journal*, (37), pp. 777-822.
- WHO. (2015). *Sexual health, human rights and the law*. Geneva: World Health Organization.
- ZHOU, J. N., HOFMAN, M. A., GOOREN, L. J., & SWAAB, D. F. (1995). “A sex difference in the human brain and its relation to transsexuality”, *Nature*, 378(6552), pp. 68-70.