



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

El cuerpo intersexual como instrumento de ruptura del sistema normativo binario en Colombia

Nathalia Andrea Vasquez Orjuela

Universidad Nacional de Colombia

Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Departamento de Derecho

Bogotá, Colombia

2020

El cuerpo intersexual como instrumento de ruptura del sistema normativo binario en Colombia

Nathalia Andrea Vasquez Orjuela

Trabajo final de investigación presentado como requisito parcial para optar al
título de:

Magíster en Derecho – Profundización en Derecho Constitucional

Director:

Doctor Cesar Augusto Sánchez Avella

Codirector:

Doctor Andrés Abel Rodríguez Villabona

Universidad Nacional de Colombia

Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Departamento de Derecho

Bogotá, Colombia

2020

“Yo puedo sentir que sin ciertos rasgos reconocibles no puedo vivir. Pero también puedo sentir que los términos por los que soy reconocida convierten mi vida en inhabitable. Ésta es la coyuntura de la cual emerge la crítica, entendiendo la crítica como un cuestionamiento de los términos que restringen la vida con el objetivo de abrir la posibilidad de modos diferentes de vida; en otras palabras, no para celebrar la diferencia en sí misma, sino para establecer condiciones más incluyentes que cobijen y mantengan la vida que se resiste a los modelos de asimilación”

Judith Butler

Agradecimientos

Agradezco a mi director, el profesor Cesar Sánchez Avella, por tener fe en este proyecto, por mostrar un interés en el tema, que en muy pocos lugares encontré, y darme la motivación que necesitaba para seguir adelante con esta investigación, aún en los momentos en los que parecía una tarea casi imposible de concluir.

Agradezco sobre todo a mi madre, María Cristina, y a toda mi familia por el apoyo y la comprensión que me dieron en este largo año de trabajo, en el que las jornadas parecían interminables y la falta de tiempo no permitió compartir con alegría tantos momentos maravillosos. A John Mario, por toda su paciencia y por prestar atención a mis largos monólogos teóricos que esclarecieron mis ideas en muchas ocasiones. Gracias por darme con cariño la motivación que necesitaba para volar tras una meta y dar un paso más en mi camino profesional y personal.

Los frutos de este trabajo se los debo a todos ustedes y espero que este sea el primer paso, tan solo un grano de arena, en el arduo camino de visibilización y aceptación de las minorías más olvidadas de nuestro país.

Resumen

La intersexualidad ha pasado de ser considerada como una patología a ser vista como uno de los más claros cuestionamientos a la idea de binarismo, a partir de la cual, ha sido construida la noción del sexo humano desde la antigüedad. A pesar de ello, hoy por hoy, la Corte Constitucional colombiana sigue abordando la intersexualidad como un padecimiento físico que merece ser tratado lo más pronto posible mediante intervenciones quirúrgicas irreversibles de asignación de sexo, imponiendo implícitamente una idea irreflexiva sobre la existencia inequívoca de dos sexos naturalmente diferenciados. No por ello, este Alto Tribunal pretende hacer a un lado la protección de los derechos de autonomía y libre desarrollo de la personalidad de los niños intersexuales, más bien, se inviste del ropaje de juez garantista para proteger a estas personas de sus propios cuerpos. Pero ¿Cuál es el discurso que subyace a la argumentación de la Corte Constitucional?, ¿De qué elementos jurídicos y extrajurídicos se ha valido el juez constitucional para legitimar la intervención quirúrgica temprana en niños intersexuales? Con el propósito de responder a estas preguntas, esta investigación en un primer momento, hará una descripción analítica sobre la normatividad que, en Colombia y otros lugares del mundo, ha sido desarrollada para garantizar la protección de derechos de las personas intersexuales; en un segundo momento, a partir del estudio jurisprudencial y del Análisis Crítico del Discurso, se caracterizarán los elementos jurídicos y extrajurídicos a los que la Corte Constitucional ha acudido para abordar los casos en los que ha estado en juego la realización de intervenciones quirúrgicas irreversibles de asignación de sexo a menores de edad; mientras que en un tercer momento, se desarrollará una propuesta legislativa, fundada en el principio “Respeto por la diversidad corporal”, para asegurar una adecuada protección de los derechos a la autonomía y libre desarrollo de la personalidad de las personas intersexuales en Colombia.

Palabras clave: Intersexualidad, sexo, heterosexualidad obligatoria, matriz heterosexual, contrato heterosexual, consentimiento informado.

Abstract

Intersexuality has gone from being considered a pathology to being seen as one of the clearest questionings to the idea of binarism, from which the notion of human sex has been constructed since antiquity. Despite this, at present the Colombian Constitutional Court continues to address intersexuality as a physical condition that deserves to be treated as soon as possible through irreversible sex-assignment surgery, implicitly imposing an unthinking idea about the unequivocal existence of two naturally differentiated sexes. Not because of it, this high court intends to set aside the protection of the rights of autonomy and free development of the personality of intersex children; rather, it invests itself with the garb of a guarantee judge to protect these people from their own bodies. But, ¿What is the discourse that underlies the Constitutional Court's argument? And, ¿What legal and extra-legal elements have been used by the constitutional judge to legitimize early surgical intervention in intersex children? In order to answer these questions, this research will first provide an analytical description of the regulations that have been developed in Colombia and elsewhere in the world to guarantee the protection of the rights of intersexual persons; in a second phase, based on the study of jurisprudence and the Critical Analysis of the Discourse, it will characterize the legal and extrajudicial elements that the Constitutional Court has used to address cases in which irreversible sex-assignment surgery on minors has been at stake; while in a third stage, a legislative proposal will be developed, based on the principle of "Respect for bodily diversity" to ensure adequate protection of the rights to autonomy and free development of the personality of intersex persons in Colombia.

Keywords: Intersexuality, sex, compulsory heterosexuality, heterosexual matrix, heterosexual contract, informed consent.

Contenido

Introducción: el cuerpo intersexual como un motivo de celebración.....	12
Capítulo primero: La intersexualidad en el sistema jurídico	21
1.1 La precaria normatividad colombiana.....	22
1.2 Algunas experiencias internacionales	29
1.2.1 Argentina y su “Ley de Identidad de Género”	29
1.2.2 Alemania y su “Ley del Tercer Sexo”.....	34
Capítulo segundo: La Corte Constitucional colombiana en busca del “sexo verdadero”.....	38
2.1 Subreglas jurisprudenciales en materia de reconocimiento de derechos de las personas intersexuales.....	39
Capítulo tercero: Construcción binaria del sexo en el discurso de la corte constitucional.....	52
3.1 Proyecto de normalización a partir de la categoría binaria “sexo”	54
3.2 Caracterización de la ideología presente en las decisiones de la Corte Constitucional.....	68
3.2.1 Técnicas discursivas de la Corte Constitucional	71
Capítulo cuarto: Ampliando los contornos del cuerpo: Respeto por la diversidad corporal	86
4.1 El respeto por la diversidad corporal como principio constitucional.....	88
Conclusiones: Una experiencia de transformación en el proceso investigativo ...	106
REFERENCIAS	113

Introducción: el cuerpo intersexual como un motivo de celebración

Desde que tengo 15 años no dejo de hacerme la misma pregunta.

No me pregunto, como podría pensarse, por qué nací con este cuerpo. Tampoco me pregunto, lo que sería más que previsible, por qué ocurrió lo que ocurrió. Por qué me hicieron esto. No.

Lo que me pregunto desde mi adolescencia es cómo es posible que tanta gente crea –de corazón, de buena fe, crea– que lo que pasó no es cierto. Y que tampoco es malo.

Cabral, (2009, p. 102)

El 8 de noviembre ha sido concertado como el día de la solidaridad intersexual, coincidiendo la fecha con la del nacimiento de Herculine Barbin, este personaje que fue visibilizado por Michel Foucault hace más de cuatro décadas, para mostrarnos la fragilidad de una idea tan básica y natural como la del sexo humano. Las memorias de Herculine, llamada Alexina, son una evidencia de la forma en que las categorías sociales, bajo las que todos hemos ansiado ser reconocidos, no son más que una prisión en la que se definen cuerpos posibles y con ello, roles, aspiraciones, deseos y proyectos de vida. Herculine, tras descubrirse su condición de intersexual, fue exiliado y se vio abocado al suicidio. Dentro de los estándares del sexo, su cuerpo no fue merecedor de reconocimiento y mucho menos de alguna posibilidad de desarrollo social.

¿Cuál es el destino de todas aquellas personas que no tienen el privilegio de ser cobijadas por la maravillosa, pero opresiva, sombra de las categorías? De forma más específica ¿cuál es el destino de todas aquellas personas que no encajan en el estándar de la categoría sexo? ¿solidaridad es lo que necesitan estas personas? ¿la solidaridad hubiese salvado la vida de Herculine?

¡Venga, maldito, continúa tu tarea! El mundo que invocas no estaba hecho para ti. Y tú no estabas hecho para él. En ese vasto universo, donde tienen cabida todos los dolores, tú buscarás en vano un rincón donde albergar el tuyo, que desentona y trastorna todas las leyes de la naturaleza

y la humanidad. El hogar familiar te está vedado. Tu vida misma es un escándalo que haría enrojecer a la joven virgen y al adolescente tímido (Foucault, 2007, p. 110).

Estas son las palabras con las que Herculine, bajo el más profundo dolor, describe la difícil tarea de reconocimiento a la que se ven enfrentadas las personas intersexuales, cuyos cuerpos abyectos se encausan en el destino de la ruptura y cuestionamiento de las más profundas y arraigadas ideas de naturaleza que definen a nuestra sociedad. Es por ello por lo que, estos cuerpos, más allá de ser merecedores de solidaridad, deben ser objeto de celebración y sobre todo de respeto, porque como bien afirma Cabral (2009) la solidaridad victimiza y bajo el papel de víctima, el cuerpo intersexual siempre sufrirá las consecuencias de su diferencia como un castigo:

No podemos, sobre todo, ni demandar solidaridad, ni recibirla. La solidaridad ajena nos coloca, una y otra vez, en el lugar de quien es otro, esencialmente distinto de ése que viene dulcemente a ofrecerla y que se lleva, a cambio de su ofrenda, la certeza tranquilizadora de su ajenidad solidaria. Supuestos merecedores de esa solidaridad, el merecimiento nos cristaliza en la posición de aquéllos que, por una razón u otra, sufren la diferencia que encarnan, incapaces de convertirla en otra cosa que en ocasión para la solidaridad ajena (p. 118)

Es por esta razón que escribí este trabajo de investigación, bajo la idea de que las estrategias de reconocimiento de las personas intersexuales han de dejar de lado el discurso compasivo y lastimero para pasar a un discurso reivindicativo, que debe empezar por entender qué implica la intersexualidad y cuáles son las formas de patologización y discriminación de las que son objeto estas personas, aun en las instancias más altas y garantistas del sistema jurídico.

Así las cosas, pretendo brindar un estudio a profundidad sobre la forma en que el sistema jurídico colombiano, en el periodo comprendido entre 1995 y 2018, ha abordado el problema de la realización de cirugías de asignación de sexo a menores intersexuales, bajo la bandera del discurso de protección de los derechos de autonomía personal y libre desarrollo de la personalidad. De igual forma, busco identificar cuáles han sido los errores que se han cometido en esta tarea y cuáles son las verdaderas demandas de protección de derechos en las que se debería enfocar la legislación colombiana, para reivindicar la intersexualidad como lo que es, una celebración de la diversidad corporal y la ruptura del sistema hegemónico del sexo como obligatoriedad de la heterosexualidad. En consecuencia, debo empezar por realizar una breve reseña de lo que, desde el punto de vista médico, se ha entendido por intersexualidad.

La medicina tradicionalmente ha clasificado las características sexuales humanas desde el binarismo: hombre y mujer, olvidando la existencia de cuerpos con rasgos biológicos que no encajan dentro de este estándar, pero que sin embargo la ciencia médica se ha esforzado por explicar. Desde una perspectiva histórica, a inicios del siglo XV “lo no-macho y lo no-hembra eran entendidos como portentos, o simplemente como monstruos” (Rivera, 2011, p. 252). Sin embargo, con la llegada del humanismo a la ciencia, la forma de conceptualizar a las personas portadoras de características sexuales diversas cambió, no obstante, según Juan Carlos Jorge (2011), los avances científicos no han dejado de lado la noción de “que las variantes sexuales son producto de programas de desarrollo patológicos y anormales bien sea por etiología genética o por etiología idiopática” (p. 253).

Ahora bien, de acuerdo con el discurso médico generalizado, la presencia de características biológicas sexuales “anormales” en el cuerpo ha recibido tradicionalmente el nombre de hermafroditismo y ello implica, a nivel cromosómico, una variante en la composición de los cromosomas sexuales que define las características gonadales de la persona (Jorge, 2010, pp. 22-24). De acuerdo con la clasificación médica señalada por Lucia Amarillo (2016), existen varios tipos de intersexualidad, entre los que se encuentra: 46XX o antiguamente llamado pseudohermafroditismo femenino, 46XY o pseudohermafroditismo masculino, intersexualidad gonadal verdadera o hermafroditismo verdadero, e intersexualidad compleja o indeterminada, o disgenesias gonadales (p.7).

A pesar de esta rígida clasificación, Fausto-Sterling (2006) señala que, para los médicos de la antigüedad, quienes medían el sexo en un continuo calorífico de masculino a femenino, y no en categorías estrictas como en la medicina moderna, las variaciones sexuales podían ser consideradas normales; sin embargo, con el avance de la ciencia se empezó a considerar el hermafroditismo como un error anatómico, existiendo en toda Europa diferentes leyes y creencias alrededor del cuerpo ambiguo, como por ejemplo, la diferenciación en la legislación civil en cuanto a herencias, en donde se le daba un trato diferenciado a la persona hermafrodita por considerarla indigna (pp. 49 – 52).

En los siglos XVIII y XIX, con el biólogo Isidore Geoffroy Saint-Hilaire, se inició la teratología, que ofrecía una explicación biológica sobre el hermafroditismo, patologizando la presencia de características sexuales diversas en el cuerpo humano, esto, en nombre de la realización de intervenciones quirúrgicas de corrección sexual, con el único objetivo hacer desaparecer malformaciones del cuerpo.

Fue más tarde, a partir de los estudios de Richard Benedict Goldschmidt que se pasó a llamar el hermafroditismo como intersexualidad, teniendo en cuenta el carácter peyorativo y mítico que había alcanzado a tener el primer término y la importancia de las variantes genéticas de la diferenciación sexual que son apreciadas fenotípicamente. Posteriormente, el Consenso de Chicago de 2006, propuso resignificar las variaciones sexuales y se nombró la intersexualidad como “desorden de desarrollo sexual”, utilizando un sistema de clasificación basado en “la genética molecular con subcategorías que hacen referencia a la etiología genética de cada variante sexual, para los casos donde se conoce tal correlato” (Jorge, 2011, pp. 252).

De esta forma, se desmitifica la noción de ambigüedad genital como la presencia de formas físicas masculinas y femeninas en un solo cuerpo, y se concibe la intersexualidad como un conjunto de variaciones de las características genéticas sexuales predominantes; sin embargo, la clasificación existente sigue teniendo un carácter patologizante que ha sido cuestionado por autores como Juan Carlos Jorge (2011), pues la noción genética del sexo justifica la intervención quirúrgica temprana en personas intersexuales, bajo el argumento de que el sexo siempre estará determinado de forma inequívoca por la configuración de los genes de las personas (pp. 266- 268).

Así bien, en la actualidad la intersexualidad sigue siendo objeto de discusión en los campos biomédico y social, pues disciplinas como el derecho han debido abordar las problemáticas relacionadas con la existencia de estos cuerpos, que no han sido reconocidos dentro del sistema binario de clasificación sexual imperante.

En el caso colombiano, durante el periodo comprendido entre 1995 y 2018 la Corte Constitucional ha abordado el problema de la realización de cirugías de asignación de sexo a menores intersexuales bajo la figura del consentimiento informado, con el objetivo de proteger sus derechos de autonomía personal y libre desarrollo de la personalidad. Estos derechos han sido interpretados de tal manera que, hoy en día, se ha establecido como regla general que los menores intersexuales pueden esperar hasta el umbral de edad de cinco años para decidir por sí mismos el sexo binario que llevarán por el resto de sus vidas. Este tiempo se debe otorgar en los casos en los que no existe riesgo a la vida e integridad del menor, para respetar su capacidad de dar un adecuado consentimiento informado, y demostrando la intención de respetar su autonomía.

Con este panorama se evidencia que se ha hecho un esfuerzo por garantizar los derechos de autonomía y libre desarrollo de la personalidad de las personas intersexuales en el ordenamiento jurídico colombiano. No obstante, este sigue siendo insuficiente, pues el derecho sigue concibiendo la sexualidad humana en términos binarios, pretendiendo que el intersexual encaje en las categorías “femenino o masculino”, dificultando el reconocimiento de formas corporales que no responden al binario hombre-mujer, sino que se presentan de formas múltiples y variadas.

Esto resulta problemático en la medida en que, si bien se intenta dar una garantía provisional a la autonomía de las personas intersexuales, esto se hace con la pretensión de que en determinado momento ella tome la decisión necesaria de encajar en las categorías “hombre o mujer”. En esta medida, los pronunciamientos de la Corte Constitucional se convierten en un mecanismo por medio del cual se reproduce una determinada ideología relativa al sexo y se pretende que ciertos cuerpos, que no encajan en las categorías predominantes, sean modificados quirúrgicamente acorde a los estándares aceptados, en un tiempo prudencial.

Bajo este entendido, la pregunta que articula este trabajo es:

¿Cuáles son los elementos jurídicos y extrajurídicos presentes en las decisiones de la Corte Constitucional colombiana, emitidas entre el periodo 1995 - 2018, que fundamentan la necesidad de realización de cirugías de asignación de sexo en menores intersexuales, como requisito indispensable para su efectivo goce de los derechos a la autonomía y libre desarrollo de la personalidad?

Para responder este cuestionamiento desarrollé una hipótesis preliminar que fue transformándose durante el desarrollo de este trabajo, en el que mi primera intuición fue sostener que la Corte Constitucional, mediante la utilización de instrumentos jurídicos como el consentimiento informado, a partir del cual se le da la potestad al menor intersexual de tomar una decisión sobre su cuerpo a partir de los 5 años, ha realizado algunos avances en materia de protección de derechos de las personas intersexuales al proteger su autonomía y libre desarrollo de la personalidad.

No obstante, persiste el problema de que, el ordenamiento jurídico colombiano sigue concibiendo el sexo humano en términos binarios, debido a la presencia de un elemento extrajurídico en las providencias del Alto Tribunal Constitucional, a saber, cierta ideología

referida al sexo que no permite el reconocimiento de cuerpos diversos, como el cuerpo intersexual.

Así, de acuerdo con esta primera intuición, la forma en que la normatividad colombiana debía proteger los derechos de las personas intersexuales era eliminando el criterio “sexo” como categoría binaria que define la identidad de las personas ante el estado.

Sin embargo, a raíz de los resultados arrojados por el ejercicio analítico realizado, la hipótesis que formulé en un primer momento cambió de forma drástica, así:

Los elementos jurídicos presentes en las decisiones de la Corte Constitucional, en el periodo estudiado, que han fundamentado la necesidad de realización de cirugías de asignación de sexo en menores intersexuales, como requisito indispensable para su efectivo goce de los derechos a la autonomía y libre desarrollo de la personalidad, han sido figuras como el consentimiento informado sustituto o asistido que, lejos de representar una garantía a los derechos de estas personas, los han limitado. Esto, bajo la justificación de elementos extrajurídicos, como, la ideología que pretende consolidar el régimen de heterosexualidad obligatoria, mediante la naturalización de la existencia de únicamente dos sexos diferenciados.

Así las cosas, la fundamentación del principio de “respeto por la diversidad corporal”, a partir de una lectura reflexiva de los derechos a la autonomía y libre desarrollo de la personalidad, se constituyen en el mecanismo más adecuado de garantía de los derechos a la autonomía y libre desarrollo de la personalidad de las personas intersexuales.

Esta hipótesis resultó mucho más asertiva y novedosa, pues a diferencia de otras investigaciones realizadas bajo el análisis de las mismas sentencias de la Corte Constitucional, las cuales se encontrarán reseñadas en el capítulo segundo, puedo afirmar que la protección de la autonomía y libre desarrollo de la personalidad de las personas intersexuales ha sido únicamente aparente, pues con las figuras de consentimiento sustituto y asistido, el máximo tribunal constitucional colombiano ha legitimado la realización de cirugías de asignación de sexo a menores intersexuales sin contar con su consentimiento directo y expreso. Esto me ayudó a formular de forma clara una propuesta legislativa bajo

el principio de “Respeto por la diversidad corporal” que no ha sido fundamentado anteriormente por ningún trabajo investigativo en la materia.

Para alcanzar la sustentación de la hipótesis formulada, orienté el trabajo de investigación bajo el objetivo de establecer los elementos jurídicos y extrajurídicos presentes en las decisiones de la Corte Constitucional colombiana, emitidas entre el periodo de 1995 y 2018, que fundamentan la necesidad de realización de cirugías de asignación de sexo en menores intersexuales, como requisito indispensable para su efectivo goce de los derechos a la autonomía y libre desarrollo de la personalidad.

Partiendo de ello, hubo tres objetivos mediante los cuales de forma específica tracé la línea argumentativa de este trabajo, a saber, en un primer momento se determinaron los elementos jurídicos mediante los cuales la Corte Constitucional colombiana ha abordado la problemática de la realización de cirugías de asignación sexual a las personas intersexuales.

En un segundo momento, se caracterizó la presencia de elementos extrajurídicos, a saber, ideológicos referidos a la categoría binaria “sexo” utilizada en las sentencias de la Corte Constitucional referidas a la protección de derechos de los menores intersexual.

Por último, se fundamentó el principio de “Respeto por la Diversidad Corporal” como una propuesta de reconocimiento y garantía de los derechos a la autonomía y libre desarrollo de la personalidad de las personas intersexuales.

Para lograr la plena realización de estos objetivos utilicé la metodología de análisis jurisprudencial sugerida por Rodrigo Uprimny (2002), a partir de la cual analicé la verdadera *ratio decidendi*, expresada en subreglas jurisprudenciales de las decisiones de la Corte Constitucional en materia de realización de cirugías de asignación de sexo a menores intersexuales.

Adicionalmente, realicé la caracterización de los elementos extrajurídicos, a saber, de la ideología presente en las decisiones estudiadas haciendo uso del análisis crítico del discurso de Teun A. Van Dijk (2006), en la estructura argumentativa de las decisiones de la Corte

Constitucional, fundamentándome en las nociones teóricas propuestas por autoras como Adrienne Rich, Judith Butler, entre otras.

Y, por último, utilicé los criterios y postulados del “equilibrio reflexivo” propuestos por Rodrigo Uprimny y Andes Abel Rodríguez (2014), para fundamentar la formulación del principio de “Respeto por la diversidad corporal”.

Ahora bien, desde que formulé la propuesta de investigación, una de mis grandes apuestas fue contar con los testimonios de personas intersexuales, esto, con el objetivo de enriquecer los resultados obtenidos con las voces de aquellos directamente afectados por la realización de cirugías de asignación de sexo. Sin embargo, muy a mi pesar, no me fue posible encontrar quien quisiera contar su experiencia.

En medio de la infructuosa búsqueda de entrevistas en la que me vi sumergida durante largo tiempo, descubrí que cada rechazo significaba la respuesta de un conjunto de personas invisibilizadas a una academia insensible, arrogante y desconsiderada que, durante muchos años ha utilizado a las personas intersexuales como objeto de estudio con el único propósito de reproducir prejuicios y estigmas que ellas ya no están dispuestas a soportar y que, desafortunadamente, no me dieron la oportunidad de corregir. Lo cual tiene mucho sentido, pues mi experiencia investigativa no tiene el poder de borrar los malos tratos que estas personas han debido vivir en nombre de la ciencia.

Esta será siempre la parte más frustrante de esta investigación, y al mismo tiempo la más enriquecedora, ya que, gracias a ello, las páginas que siguen fueron escritas desde un punto de enunciación claro. Este trabajo parte de la posición de una persona que, lejos de encarnar la intersexualidad, pretende ofrecer un análisis investigativo a profundidad, sin tomar la vocería de las personas intersexuales, ni apropiarse de demandas que no le corresponden. Simplemente, bajo la cuidadosa lectura de la teoría, la doctrina constitucional y algunos testimonios públicos de personas afectadas, propongo una posible solución para corregir la situación de vulneración de derechos de las personas cuyos cuerpos implican el cuestionamiento y la ruptura del sistema binario del sexo imperante en la actualidad.

Partiendo de ello, presento los cuatro capítulos que componen esta investigación:

En un primer momento, se presenta un recuento descriptivo y analítico sobre la forma en que el sistema jurídico colombiano ha abordado la protección de derechos de las personas intersexuales, haciendo una breve referencia a las experiencias argentina y alemana en la materia. En el segundo capítulo, se abordarán los elementos jurídicos presentes en las sentencias de la Corte Constitucional colombiana, mediante los cuales se ha abordado el problema de la asignación temprana de sexo a los menores intersexuales. En el tercer capítulo, se caracterizarán y desarrollarán los elementos extrajurídicos presentes en las sentencias de la Corte Constitucional referidas a personas intersexuales, y, por último, en el cuarto capítulo, se desarrollará la propuesta legislativa basada en el principio de “Respeto a la Diversidad Corporal”.

Capítulo primero: La intersexualidad en el sistema jurídico

Este deseo de reconocimiento constituye entonces una vulnerabilidad específica, si el poder impone una ley de verdad que el sujeto está obligado a reconocer. Esto significa que el apego fundamental a uno mismo, un apego sin el cual uno no puede ser, está limitado de antemano por las normas sociales y que el incumplimiento o fallo de estas normas pone en riesgo esa capacidad de sostener un sentido del estatus propio como sujeto.
Judith Butler, (2004a, p. 192)

A pesar de que Colombia cuenta con el marco constitucional propicio para garantizar el derecho a la autonomía y libre desarrollo de la personalidad de las personas intersexuales, sin importar si encajan o no dentro los estándares normativizados, las instituciones jurídicas y los espacios culturales han decidido cerrar sus puertas a estos cuerpos que nos invitan a repensar las categorías, a ser conscientes de sus limitaciones y a reconocer las diversas formas corporales que ofrece la naturaleza.

Desafortunadamente, el derecho ha decidido dejar de lado la realidad de la corporalidad humana y en cambio ha pretendido, acudiendo a las categorías y estándares desarrollados por la medicina, reproducir un sistema de sexo binario, en el que se hace necesario asignar una determinada forma estandarizada a los genitales de cada persona para definir el camino que seguirá por el resto de su vida, los roles que se le asignarán y las posibilidades de desarrollo personal que tendrá. Al hacer esto, se elimina la posibilidad de que sea cada individuo quien, en un verdadero ejercicio de su autonomía, decida sobre su destino, pasando por encima de las demandas concretas de las personas intersexuales, quienes no quieren ser forzadas a adaptar su cuerpo a expectativas sociales de sexo, género y corporalidad.

Bajo este escenario se ha realizado un estudio descriptivo y analítico, en el que se pretende mostrar como el sistema jurídico colombiano ha abordado la cuestión intersexual desde fuentes formales, las cuales serán puestas a prueba desde la perspectiva de personas que, partiendo de su experiencia personal y académica, piensan y viven la intersexualidad como un medio de ruptura a los estándares corporales establecidos normativamente.

En un primer momento, se mostrará la precaria normatividad colombiana en la materia, teniendo en cuenta que apenas se ha emitido un instrumento normativo que pretende identificar jurídicamente a las personas intersexuales, así como algunos enfoques de política pública que en todo caso resultan insuficientes, debido a la falta de conocimiento sobre los retos que implica la intersexualidad y las demandas concretas de estas personas.

Luego, se mostrará, desde algunas experiencias internacionales, a saber, los casos de Argentina y Alemania, cómo se ha abordado la garantía del derecho fundamental a la identidad de género de las personas trans e intersexuales. Con estas aproximaciones no se pretende realizar un ejercicio comparado de la normatividad colombiana, simplemente se recurre a ellas como un mecanismo para avizorar el desarrollo jurídico con el que, desde otras latitudes, se ha dado respuesta a algo que en Colombia se ha intentado ignorar: la existencia de cuerpos diversos que ponen en tela de juicio el binarismo a partir del cual el discurso médico y jurídico han ordenado el sexo en los seres humanos.

1.1 La precaria normatividad colombiana

Durante el periodo estudiado -a saber, entre 1995 y 2018- no se han expedido normas al nivel de ley o decreto que indiquen la forma en que se garantizarán los derechos de las personas intersexuales. No obstante, la Circular No. 033 del 24 de febrero de 2015 de la Registraduría Nacional de Estado Civil, establece las *“directrices para la anotación del sexo en una inscripción en el registro civil de nacimiento de menores intersexuales”*. Dicha circular expresa:

Al momento de la inscripción, cuando el certificado de nacido vivo aportado indique sexo del nacido como “intersexual, ambigüedad genital, sexo por determinar o alguna expresión equivalente”, esta característica no será consignada en la casilla del sexo que se encuentra en el registro civil de nacimiento, en su lugar, se anotará aquella que indiquen los padres o quien actúe como representante del menor al momento de ser registrado.

En atención a la protección al derecho superior de los menores a la intimidad, identidad y libre desarrollo de la personalidad, esta inscripción inicial al registro civil de nacimiento podrá reemplazarse en estos dos eventos:

Primero, la inscripción quedará condicionada hasta tanto el inscrito alcance la madurez suficiente para tomar la decisión de realizar la corrección del sexo consignado en su registro

inicial y en caso de solicitar un cambio de nombre, este procedimiento se adelantará sin necesidad de una escritura pública, como se tramita regularmente.

El otro evento hace referencia a la solicitud escrita que eleva el representante legal del menor aportando un concepto escrito emitido por un grupo interdisciplinario de especialistas que establezca como sexo el contrario del consignado, pudiéndose en consecuencia modificar de una vez el nombre del menor sin necesidad de escritura pública (Registraduría Nacional del Estado Civil, 2015).

Vale la pena resaltar que, esta circular fue expedida, para dar cumplimiento a la exhortación que la Corte Constitucional hizo a la Dirección Nacional del Registro Civil por medio de la sentencia T-450A de 2013, con ponencia de Mauricio Gonzales Cuervo, en donde se le ordena “implementar cambios respecto de la inscripción de menores intersexuales o con genitales ambiguos cuando la asignación de sexo no corresponda a las categorías de femenino o masculino” (Corte Constitucional, 2013).

Este desarrollo jurídico resulta insuficiente, pues se basa en la creencia de que, en todo caso, la intervención médica para corregir la forma de los genitales es necesaria para que la persona intersexual encaje en uno de los dos sexos normativizados. No se está reconociendo jurídicamente la existencia del cuerpo intersexual, simplemente se está catalogando provisionalmente como hombre o mujer a una persona que no nació con estas características, para que más tarde, de forma “autónoma”, con el beneplácito de un grupo de expertos, tramite la corrección del sexo en el Registro Civil de Nacimiento.

Con ello, se pretende que la persona intersexual se someta a cirugías de reasignación de sexo, para que un grupo de médicos acredite la capacidad de su cuerpo de encajar en los estándares binarios aceptados, y así ser identificado plenamente ante el Estado. Este tipo de procedimientos han sido duramente criticados por Mauro Cabral (2008), dado que significan una experiencia humillante para quienes se ven obligados a someterse al escrutinio de terceros, con el fin de que sean ellos quienes avalen la idoneidad de su cuerpo para ser considerado hombre o mujer ante el estado:

A menos que estemos ante la posibilidad de un cambio radical en el modo en el que somos evaluados/as como miembros/as potenciales del género femenino o masculino, lo más probable es que quienes aceptemos someternos a la vejación de ese comparecer terminemos siendo evaluados/as de acuerdo a nuestra capacidad para encarnar formas estereotipadas de masculinidad y femineidad. Eso significa que, en la práctica, solo aquellas personas que

ya hayan accedido a modificaciones corporales capaces de garantizar esa encarnadura del género femenino o masculino pasarán la evaluación del “equipo interdisciplinario de profesionales”. (p. 14)

En última instancia, lo que busca la mencionada circular de la Registraduría Nacional del Estado Civil, siendo el único instrumento jurídico a nivel nacional que trata la forma de identificación de las personas intersexuales en documentos de identidad, es, tal como afirma Cabral, reproducir una serie de estándares estereotipados sobre lo que se entiende es un hombre o una mujer.

Al respecto es importante mencionar que la Corte Constitucional ha abierto la posibilidad de que menores de edad realicen la corrección del componente sexo de sus documentos de identidad mediante escritura pública, sin tener que recurrir al proceso de jurisdicción voluntaria ante las autoridades judiciales (sentencias T- 498 y 675 de 2017), ni a pruebas médicas, legales o administrativas dirigidas a demostrar o ratificar esa identidad (sentencia T- 447 de 2019).

Sin embargo, estos avances jurisprudenciales se han dado en torno a la protección de derechos de las personas trans y aunque pueden ser puestos en práctica en materia de identificación jurídica de personas intersexuales, están dirigidos en última instancia a reforzar el carácter binario del sexo y siguen sin reconocer jurídicamente la existencia de cuerpos con características sexuales diversas.

Ahora bien, la Escuela de Estudios de Género de la Universidad Nacional de Colombia (2013) en el “Diagnostico de situación de personas intersexuales en la ciudad de Bogotá”, ha señalado que la insuficiente regulación que existe para atender a la población intersexual es producto de un preocupante desconocimiento del Estado sobre el tema:

A pesar de los reportes de las entidades del distrito y las instituciones consultadas, no existe un ejercicio de sistematización de casos de personas intersexuales atendidas que ofrezca datos cuantitativos suficientes; además, los tipos de respuestas son muy variados y no permiten su unificación (Escuela Estudios de Género, 2013, pp. 55).

Esto coincide con lo señalado por Diaz (2017), sobre la inexistencia de “un registro claro en términos de cifras”, encontrando que “la manera en que las instituciones públicas brindan sus servicios de atención puede estar vagamente conectada con el reconocimiento del estado actual de las personas intersexuales” (p. 30).

En respuesta a este problemático desconocimiento, el diagnóstico de la Escuela de Estudios de Género intentó realizar una caracterización demográfica de la población intersexual en la principal ciudad del país, encontrando que, desafortunadamente, no se cuenta con suficiente oferta institucional con enfoque diferencial dirigida a estas personas.

No obstante, el estudio hace referencia excepcional a los protocolos especiales propuestos por hospitales como el de Tunjuelito II nivel ESE o el de Rafael Uribe Uribe, en donde se brinda un apoyo interdisciplinar a la persona intersexual con un equipo conformado -en la mayoría de los casos- por un pediatra, un trabajador social y un psicólogo, quienes deben asesorar a la persona intersexual y a sus padres -cuando es menor de edad- sobre sus derechos sexuales y reproductivos e identidad sexual. (Escuela Estudios de Género, 2013, pp. 58 – 67).

Adicionalmente, en el mencionado diagnóstico se detectó que algunas instituciones entienden de forma errada el enfoque diferencial en personas intersexuales, partiendo del total desconocimiento sobre la materia. Tales instituciones asocian la intersexualidad con una orientación sexual, razón por la que piensan que un enfoque diferencial implicaría una discriminación negativa, olvidando que, el sistema constitucional colombiano permite dar un trato diferenciado a ciertos sectores de la población, basándose en sus necesidades particulares de protección de derechos, configurándose así una discriminación positiva. Así se puede ver en la respuesta que dio la Dirección Local de Educación de Usme (2012) cuando se le indagó sobre los programas institucionales que son brindados a la población intersexual de la localidad:

La legislación vigente que determina que por ningún motivo o razón se puede excluir, negar o vulnerar el derecho a la educación a ningún ciudadano colombiano sin importar su condición, credo, orientación sexual, raza, cultura, etc. Por lo anterior las instituciones no pueden adecuar estrategias específicas para un segmento de la población porque esto constituiría una acción discriminatoria y contraria al derecho a la igualdad. Al mismo tiempo la constitución nacional ampara la intimidad de las personas como un derecho inalienable, siendo la orientación sexual un asunto del fuero exclusivo de la persona, por ello nos abstenemos de preguntar, indagar o transmitir información estadística sobre esa materia (como se cita en Escuela de Estudios de Género, 2013, p. 57)

Luego de realizar un enorme esfuerzo por caracterizar a la población intersexual bogotana, siendo este el estudio más completo que se encuentra sobre la materia hasta la fecha, la Escuela de Estudios de Género concluye que “la política pública de discapacidad

constituiría el marco político más adecuado para el desarrollo de acciones tendientes a superar la desigualdad que enfrentan quienes tienen cuerpos diversos” (Escuela de Estudios de Género, 2013, p 108). Bajo este entendido, se propone que la intersexualidad sea tratada como una discapacidad en la medida en que es “el resultado de una relación dinámica de la persona con los entornos donde encuentra limitaciones o barreras para su desempeño y participación en las actividades de la vida diaria” (p. 137).

Resultan desafortunado el enfoque propuesto por este estudio, toda vez que, tras un análisis profundo, en el que se resalta la falta de comprensión del Estado y sus instituciones sobre lo que significa la intersexualidad, se termina por plantear una alternativa que contribuye aún más a esta falta de comprensión, corriendo el riesgo de estigmatizar a las personas intersexuales como personas con limitaciones en su cuerpo, alimentando la creencia de que la mejor forma de ayudarlos es redefiniendo o corrigiendo su “limitación”, esto es, asignándoles un sexo normativamente aceptado.

Esto sin contar con que un enfoque de política pública de discapacidad deja de lado que la intersexualidad realmente representa un cuestionamiento y una ruptura con el binarismo sexual definido desde la medicina y el derecho, haciendo que se pierda la oportunidad de abrir espacios de discusión en los que se puedan superar aquellos estándares de sexo y género que resultan insuficientes y se diseñen nuevos enfoques especiales que atiendan a las necesidades concretas de las personas intersexuales. Así, la intersexualidad no merece ser identificada como una discapacidad, sino que debe reconocerse como una diversidad corporal que merece su propio enfoque de política pública.

Ahora bien, sin atender a las recomendaciones del diagnóstico de la Escuela de Estudios de Género, en Bogotá, desde el año 2014 se incluyó a la población intersexual dentro del enfoque de política pública LGBT, nacida en el año 2007 sin contar con estas personas por no considerarlas parte del movimiento (Gámez, 2008). Esta nueva inclusión no ha sido acertada, pues a través del Decreto 062 de 2014, “*Por el cual se adopta la Política Pública para la garantía plena de los derechos de las personas lesbianas, gay, bisexuales, transgéneristas e intersexuales y sobre identidades de género y orientaciones sexuales*” se encuentra la población intersexual como una mera formalidad, ya que, dentro del articulado se establecen los mismos procesos estratégicos para toda la población LGBTI sin distinguir las necesidades particulares de esta población.

A nivel nacional el escenario es también desalentador. La institucionalidad tampoco tiene una estrategia clara y diferencial para solventar las necesidades de la población intersexual, ello lo demuestra, por ejemplo, las afirmaciones del Ministerio de Salud y Protección Social en la respuesta dada el 27 de octubre de 2018 al derecho de petición presentado por Olga Lucia Camacho, investigadora en Genero y Salud, en donde se indagaba sobre la prestación de servicios de salud a la población intersexual:

¿Cuenta el Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia con un protocolo, guía o política pública de atención en salud desagregada en exclusivo para la población intersexual?

El Ministerio no cuenta con un protocolo, guía o política en atención en salud para la población intersexual, la Resolución 2003 de 2014 preceptúa que las guías adoptadas serán en primera medida las que disponga el Ministerio de Salud y Protección Social. Estas guías serán una referencia necesaria para la atención de personas, **siendo potestad del personal acogerse o separarse de sus recomendaciones, según el contexto clínico**. En caso de no estar disponibles, la entidad deberá adoptar guías basadas en la evidencia nacional e internacional para la atención de las necesidades de los pacientes del país. (Resaltado del texto original). (Ministerio de Salud y Protección Social, 2018, p. 10).

En este documento de respuesta también se menciona que la cantidad de personas intersexuales registradas como nacidas vivas en Colombia representan el 0.016% de la población, pero que ello no es óbice para que cada institución no les preste una atención integral. (Ministerio de Salud y Protección Social, 2018, p. 2).

Por otro lado, es importante resaltar que, antes del año 2010, las personas intersexuales no eran sujetos destinatarios de la política pública nacional que empezó a estructurarse desde el 2001 con la ayuda de Planeta Paz, organización que medió en la planificación de encuentros con variados movimientos sociales nacionales cuyo propósito era, entre otros, crear un nuevo marco de acción para luchar por objetivos comunes de la población LGBT (Gámez, 2008). No es, sino a raíz de la Directiva del Ministerio del Interior y la Procuraduría General de la Nación del año 2008 que se “integró la intersexualidad al acrónimo LGBT, instando a las instancias gubernamentales a incluir a las personas intersexuales en sus acciones dirigidas a estos sectores” (Escuela Estudios de Género, 2013, p. 9),

Esta directriz estatal fue vista con sorpresa, pues muchas personas desconocen por completo lo que implica la intersexualidad. Sin embargo, tras las medidas tomadas y el

desarrollo de la política pública LGBT“I”, se debe concluir que los funcionarios encargados de la materia tampoco tienen mayor conocimiento sobre el tema.

Esto lo demuestra, por un lado, las declaraciones del Ministerio del Interior, en donde se afirma: “La letra “I”, representa a los intersexuales, es decir, la población hermafrodita: aquellos que nacen con dos sexos” (El Tiempo, 2010). Este tipo de afirmaciones reproducen ideas erróneas y patológicas sobre la intersexualidad, pues como se mencionó en el acápite anterior, es errada la creencia de que las personas intersexuales son hombre y mujer al mismo tiempo, sin contar con que la mención de la palabra “hermafrodita” tiene una carga peyorativa que representa un imaginario patologizante de la intersexualidad como afirma Suess (2014, p. 135).

La extendida ignorancia institucional referida, se evidencia aún en el desarrollo de la política pública nacional actual, que al igual que la implementada en Bogotá, establece las mismas acciones afirmativas tanto para los sectores sociales LGBT como para la población intersexual, sin tener en cuenta que sus demandas y necesidades distan en gran medida. Por ejemplo, a partir del Decreto 762 de 2018, por el cual se adopta la política pública para la garantía y el ejercicio efectivo de los derechos de las personas que hacen parte de los sectores sociales LGBTI, no se encuentra alguna disposición normativa que se ocupe de la población intersexual de forma diferenciada, sino que de forma genérica se establece la garantía de los derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales, de toda la población LGBTI sin distinción de sus necesidades y demandas específicas.

En este escenario encuentran sentido las afirmaciones de autores como Mauro Cabral (2012), quien en una entrevista manifestó su perspectiva crítica sobre este intento fallido de “incluir” la intersexualidad en el marco de políticas “LGBT”:

Esta idea de que la intersexualidad es la hermana menor de las cuestiones de identidad de género, cuando en realidad tiene poco y nada que ver con la diversidad sexual y está más relacionada con la diversidad corporal. Que es algo que no se trabaja. Se habla poco del cuerpo sexuado y es muy difícil incluir la agenda intersex dentro de la de LGBT (Cabral, 2012).

Y es que las reivindicaciones de las personas intersexuales no tienen nada que ver con el reconocimiento de su identidad de género u orientación sexual. Estas personas demandan la protección de su derecho a decidir de forma autónoma sobre su cuerpo y a que su diversidad corporal sea respetada, como se puede ver en las afirmaciones de Anaid de la organización Brújula Intersexual:

Era tan pequeña, inocente e ingenua que no sabía porque estaba ahí, no sabía que nacer intersexual era considerado un error de la naturaleza según la ciencia. Ellos creían que me estaban haciendo un favor al tratar de “arreglarme” para evitar rechazos de la sociedad a futuro, lo que no sabían es que estas cosas no eran necesarias, y que nos evitarían sufrimientos si simplemente aceptaran que hay diversidad de género y que somos personas como todas las demás con los mismos derechos (Brújula intersexual, 2016).

Teniendo en cuenta estas declaraciones, se puede apreciar que la política pública colombiana dirigida a garantizar los derechos de las personas intersexuales parte de un total desconocimiento de lo que implica la intersexualidad y de las necesidades específicas de estas personas. Por medio de tales políticas el Estado se limitó a incluir la letra “I” al final de la sigla “LGBT”, sin reflexionar sobre la naturaleza de estas identidades y las luchas sociales que representan. Tal inclusión, netamente formal, no conducirá a la materialización de los derechos de las personas intersexuales.

Se puede concluir que, en definitiva, la regulación colombiana en materia de intersexualidad es precaria, toda vez que, pese al esfuerzo de brindar instrumentos jurídicos que permitan el reconocimiento ante el Estado de las personas intersexuales y la garantía de sus derechos, ellos no resultan suficientes, pues se fundan en el total desconocimiento de los retos que implica la existencia de estos cuerpos para el ordenamiento jurídico, sin contar con que en última instancia, terminan reproduciendo un discurso patologizante de la intersexualidad.

1.2 Algunas experiencias internacionales

Con el ánimo de situar la discusión de esta investigación en un contexto más amplio, es necesario aproximarse a experiencias internacionales que han intentado responder de manera más adecuada a los desafíos jurídicos que implican la existencia de la diversidad corporal expresada en la intersexualidad. En ese sentido, es importante analizar la “Ley de Identidad de Género” de Argentina, y la “Gesetz der Bundesregierung zum dritten Geschlecht” [Ley Federal del Tercer Sexo] de Alemania.

1.2.1 Argentina y su “Ley de Identidad de Género”

En el año 2012, en Argentina fue aprobada la Ley N.º 26.743 denominada “Ley de Identidad de Género”, que fue vista como una victoria histórica de organizaciones activistas por los derechos trans, en donde participó activamente Mauro Cabral, como Codirector de GATE –Global Action for Trans* Equality. La promulgación de esta ley ha representado un gran avance hacia la despatologización de la condición trans e intersexual, acercándose más que ninguna otra al espíritu de los Principios de Yogyakarta de 2007, sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género.

Estos principios pretenden ser una garantía para frenar la sistemática violación de derechos humanos, debido a la orientación sexual e identidad de género. En especial, vale la pena resaltar el principio dieciocho (18) sobre la “protección contra abusos médicos”, en virtud de este se busca que “Ninguna persona sea obligada a someterse a ninguna forma de tratamiento, procedimiento o exámenes médicos o psicológicos, ni a permanecer confinada en un establecimiento médico, por motivo de su orientación sexual o su identidad de género” (Principios de Yogyakarta, 2007).

Se debe mencionar que, estos Principios hacen referencia principalmente a la discriminación y violación de derechos humanos debido a la orientación sexual e identidad de género, no correspondiendo la intersexualidad a ninguno de estos conceptos; sin embargo, su aplicación ha servido como fundamento para la protección de las personas intersexuales ante los abusos médicos derivados de las intervenciones quirúrgicas de corrección del sexo. Así, la observancia de los Principios de Yogyakarta en la Ley N.º 26.743 permite que se conceda el reconocimiento legal de la identidad de género a quienes así lo soliciten, a través de un trámite administrativo, sencillo y expedito, sin necesidad de acreditar dictámenes médicos.

Esta ley establece como principios base el "derecho a la identidad de género" y el "libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género", siendo tal identidad definida como "la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo" (Seuss, 2014, p. 6). En concordancia, este instrumento jurídico ofrece la posibilidad de que las personas puedan modificar el sexo y nombre de pila en su registro civil cuando estos no coincidan con su identidad de género auto percibida, sin necesidad de acreditar intervenciones quirúrgicas de reasignación genital (Arts. 4 y 3).

Adicionalmente, se contempla la posibilidad de que los menores de edad, haciendo uso de su autonomía personal, soliciten el trámite de cambio registral, eso sí, a través de sus representantes legales, pero enfatizando la necesidad de la “expresa conformidad del menor” (Art. 5). Esta nueva mirada pone en tela de juicio las estructuras sobre las que está cimentado el binarismo sexual en el derecho, toda vez que “propone un nuevo paradigma, donde las identidades y expresiones de género estarían construidas por una multiplicidad de miradas y experiencias, y se oponen férreamente a la imposición esencialista del género” (Di Trano, 2013, p. 4).

Sin embargo, como todo proyecto emancipador, esta ley tiene varios problemas. Al respecto, el mismo Mauro Cabral (2008) puso de presente sus limitaciones desde el momento en que esta era apenas un proyecto legislativo que Argentina se preparaba para debatir, pues de acuerdo con su criterio, la norma pretende otorgar una protección a las personas trans e intersexuales desde una visión paternalista, en donde se acepta implícitamente la discriminación otorgando garantías que resultan insuficientes ante el señalamiento social:

El derecho a la identidad de género es considerado en este proyecto como un aspecto fundamental de nuestra ciudadanía y de nuestra humanidad. Sin embargo, se trata de un derecho cuyo reconocimiento está condicionado. Estas condiciones transforman el respeto del derecho a la identidad más en un gesto benevolente que en el respeto, a secas, por una identidad reconocida como debe ser, sin condiciones. Por otra parte, al argumentar que el cambio registral es necesario para terminar con la discriminación, también se argumenta, implícitamente, que somos nosotr@s quienes debemos cambiar –y no la cultura que nos discrimina. (p. 14)

A pesar de las críticas que se puedan hacer, es importante destacar los avances que ha propiciado. Una muestra de tales aportes es el hecho de que, en la provincia de Mendoza, mediante la Resolución 420/2018 de la Dirección de Registro Civil de Mendoza, dos personas en el año 2018 obtuvieron la expedición de su acta de nacimiento sin mención del sexo con fundamento en la Ley N.º 26.743. Esto no se debe a que dicha norma, de forma expresa, permita la expedición de actas de nacimiento sin la mención del sexo, sino de un proceso interpretativo, a partir del cual se consideró que, si la identidad de género es la vivencia interna de cada individuo, “no se evidencia perjuicio de ninguna índole en la omisión del dato del sexo en la partida de nacimiento de una persona” (Dirección de Registro Civil de Mendoza, 2018).

Por otro lado, para el año 2014 el balance fue positivo para las personas trans. Así lo muestra un estudio realizado por la Fundación Huésped y por la Asociación de Travestis, Transexuales y Transgéneros Argentinas, en donde se hace una evaluación del impacto generado tras la entrada en vigor de la Ley de Identidad de Género. Las mencionadas organizaciones concluyen que las condiciones de dignidad de las personas trans han mejorado considerablemente, en el ámbito laboral, escolar y de salud. Sobre todo, se destaca la forma en que estas personas se sienten mucho más tranquilas y aceptadas dentro de su ámbito social:

Según los participantes, esta ley les ha facilitado el incremento en la visibilidad y la aceptación social: *“Yo veo que hoy las compañeras, a través de una Ley de Identidad de Género y con un DNI, se paran de manera distinta”*. Sin embargo, se percibe una diferencia generacional en como la ley impacta: las personas más jóvenes, que ya se ubican en una posición diferente frente a la sociedad; *“se plantan frente a sus familias, discuten sus derechos frente a los padres”*; mientras que aquellas personas más grandes, deciden no cambiar su identidad por diversos motivos: *“sacrifico mi identidad, es una forma de prostituirme con mi hermana que me cede una vivienda”* (Asociación Travestis, Transexuales y Transgéneros Argentinas, 2014, p. 12).

Aunque no todo es color de rosa, pues es importante señalar que el mismo Mauro Cabral (2011) desde los inicios de la entrada en vigor de esta ley, advertía que a esta le faltaría avanzar en aspectos puntuales relacionados con la ruptura del planteamiento binario del sexo y del género y las practicas quirúrgicas a las que son sometidas las personas intersexuales desde la niñez:

En este sentido, se trata de una ley que, al mismo tiempo, desjudicializa y des patologiza el reconocimiento integral de la identidad de género. Más aún: todavía es necesario construir un vínculo efectivo entre las políticas de reconocimiento y acceso a modificaciones corporales y un cambio sustancial en las condiciones materiales de existencia de las personas trans* en Argentina. La situación legal de las personas intersex –afectadas en la infancia por la práctica de cirugías no consentidas destinadas a la normalización corporal– aún debe ser políticamente articulada, del mismo modo que cuestiones tales como la diversidad de identidades de género (todavía reducida legalmente al binario hombre/mujer) y las violaciones a los derechos humanos basadas en la expresión de género (Cabral, 2011).

Bajo esta misma línea crítica se encuentra Julieta Antúnez Ríos, referente del área de Diversidad del Partido Justicialista, quien, pese a celebrar los logros de la implementación de la ley en cuanto a la identificación civil de las personas trans e intersexuales, también

resalta que los casos de violencia en contra de las personas trans han aumentado y sigue dándose un irrespeto sistemático de su derecho al trabajo, sin contar con que varios de los beneficios en atención en salud que fueron implementados en los primeros años están siendo cerrados, como ocurrió con el Programa de Salud Sexual y Reproductiva para las Personas Trans:

La implementación de la Ley fue un logro obtenido y eso siempre se celebra, lamentablemente hoy por hoy vemos un retroceso también en lo que hemos obtenido del 2012 hasta el 2015, con el incremento de crímenes de odio, la cantidad de compañeras en las diferentes provincias de Argentina que están siendo amenazadas (...) seguimos pidiendo que por favor nos respeten un derecho humano básico, como es el derecho al trabajo, pero parece que el gobierno tiene cosas más importantes que hacer que garantizar el trabajo a las personas trans, tienen muchas cosas más importantes que hacer que cambiar un código que sigue criminalizando la única forma de trabajo que tienen las compañeras (...) en el 2012 se implementaron programas de salud que daban acceso a las chicas trans de una forma holística al servicio de salud, durante años habíamos estado sin acceso a la salud por una cuestión de que se negaba la salud por falta de identidad. Pero este programa ha sido cerrado, lo que es muy triste porque otra vez encontramos un montón de chicas trans que se van de su hogar y empiezan a ejercer la prostitución arriesgando su cuerpo con productos industriales, como polímeros que son muy cancerígenos” (Antúnez, 2017, Minuto 5:23 a 7:08)

Si bien, parece que la “Ley de Identidad de Género” tiene varios desafíos que superar en su implementación, se debe entender que la solución de los problemas de las personas trans o intersexuales no puede dejarse únicamente en manos de la regulación legal, sino que corresponden a situaciones estructurales que la ley no es capaz de modificar y que más bien corre el riesgo de invisibilizar. Tal como advierte Dean Spade (2011), la reforma de la ley simplemente juega con los sistemas para hacer que se vean más inclusivos mientras deja intactas sus operaciones más violentas (p. 91). Es por ello que, no se debe pretender que los problemas que aquejan a toda una población queden resueltos con la mera expedición de una ley. Bajo esta advertencia, hoy por hoy se puede decir que el régimen jurídico argentino es el más progresista de América Latina respecto a asuntos de género.

Ahora bien, en otras latitudes se encuentran igualmente leyes que buscan responder a las demandas de la población trans e intersexual, como es el caso de Alemania con la “Gesetz der Bundesregierung zum dritten Geschlecht” [Ley Federal del Tercer Sexo], la cual se explicará a continuación.

1.2.2 Alemania y su “Ley del Tercer Sexo”

En el 2018 el gobierno alemán celebró la aprobación de la “Gesetz der Bundesregierung zum dritten Geschlecht” [Ley Federal del Tercer Sexo] a partir de la cual se introduce una tercera posibilidad para registrar a las personas en el Registro de Nacimiento, bajo la determinación de “otro” o “diverso”. Este instrumento jurídico no es el primero que se brinda a las personas intersexuales en este país, pues en el año 2013 ya había sido reconocida la posibilidad de que los padres de los menores no registraran a sus hijos en las casillas “masculino” o “femenino” si realmente no encajaban en ellas

El 10 de octubre de 2017, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania emitió un fallo por medio del cual se declaró que las disposiciones de la Ley del Estado Civil eran contrarias a la Ley Básica, toda vez que no contempla una tercera opción además de las de “hombre” o “mujer”. En este sentido, este Tribunal consideró que existía una violación a la prohibición de discriminación al descartar del Registro de Nacimiento una opción diferente, razón por la que exhorta al legislativo para que antes del 31 de diciembre de 2018 promulgue una ley que subsane este estado de cosas (Bundesverfassungsgericht, 2017).

Para llegar a esta decisión, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, Bundesverfassungsgericht, (2017) consideró tres puntos clave:

1. El derecho a la personalidad también protege la identidad de género. La asignación de género es de suma importancia para la identidad individual, porque, por lo general, desempeña un papel clave tanto para la autoconcepción de una persona, como para la forma en que los demás la perciben. La identidad de género de las personas a las que no se les puede asignar sexo masculino o femenino también está protegida por este derecho.
2. La Ley de Estado Civil actual interfiere con este derecho. Requiere una clasificación de género, pero no permite que el demandante, quien no se identifica como hombre ni mujer, tenga un registro correspondiente a su identidad de género. Esto amenaza específicamente el desarrollo de la autodeterminación y la protección de la personalidad del individuo. El estado civil no es un asunto marginal; más bien, es la "posición de una persona dentro del sistema legal". Por lo tanto, negar a los

individuos el reconocimiento de su identidad de género en sí mismo amenaza su autodeterminación.

3. Esta interferencia en los derechos fundamentales no está justificada por el derecho constitucional. La Ley Básica no requiere que el estado civil sea exclusivamente binario en términos de género, ni se opone al reconocimiento del estado civil de una tercera identidad de género más allá del hombre y la mujer.

Con base en este pronunciamiento jurisprudencial, es aprobada la “Gesetz der Bundesregierung zum dritten Geschlecht” [Ley Federal del Tercer Sexo], que entró en vigor a partir de enero de 2019. Es posible advertir la preocupación de este tribunal constitucional por proteger la identidad y autodeterminación de las personas cuyos cuerpos no encajan en el binario hombre y mujer, siendo conscientes de que la posibilidad ofrecida desde el 2013 -que permite la no inscripción del sexo- no es suficiente, pues las personas necesitan ser reconocidas en cuanto tales frente al Estado.

Sin embargo, pese a las loables intenciones de protección que fundamentaron la aprobación de esta ley, la inscripción de personas intersexuales bajo un “tercer sexo” ha suscitado duras críticas. Por un lado, existe la preocupación de que el encasillamiento de las personas intersexuales como “diversos” podría generar un estigma mucho peor, pues se teme que incentive a los padres de estos menores a tomar medidas de normalización.

Alemania y las organizaciones defensoras de intersexuales de habla alemana - *Zwischengeschlecht e Intersexuelle Menschen* (también conocida como la Federación de Personas Intersexuales en Alemania)- todas están de acuerdo en que la nueva ley coloca a los padres en una posición difícil, la cual probablemente promueve el incremento de violaciones quirúrgicas contra bebés intersexuales. Como la Organisation Intersex International Europe (OII europea) reporta, el riesgo de estigmatización de hecho sería muy grave. Por lo tanto, las nuevas disposiciones podrían alentar aún más a los (potenciales) padres y a los médicos a evitar a toda costa tener un niño “ambiguo” (a través del aborto, del “tratamiento” prenatal o la llamada desambiguación [a.k.a. “normalización”] cirujía y/o intervenciones hormonales). (Brújula Intersexual, 2018).

Más aun, para autores como Mauro Cabral (2014), la cuestión del tercer sexo en materia de intersexualidad reproduce la creencia de acuerdo con la cual el cuerpo intersexual obedece a una falta de especificidad del sexo binario, y refuerza el imaginario de que las identidades deben corresponder con la corporalidad para ser reconocidas jurídicamente,

esto quiere decir que, la única forma en que una persona puede tener un sexo “diverso” es que su cuerpo refleje esta disparidad:

La fusión de la apariencia (postquirúrgica) del sexo intermedio y de una identidad intersex arriesgan reforzar la percepción de que cuerpos e identidades *deben* coincidir entre sí para ser válidos. El impacto de esto sobre las personas intersex es que refuerza cirugías en discusión para hacer que las personas intersex ‘parezcan’ hombres o mujeres. La meta del movimiento intersex es ser aceptados como nacimos. La fusión del estatus intersex con una identidad de género intermedia revela una visión muy reducida e irreal acerca de quienes somos las personas intersex. También es dañina: refuerza nociones de que las personas intersex que se identifican como hombres o mujeres no son válidas, o que hay que sospechar de ellas (p. 210).

Por otro lado, no se debe dejar de lado, el uso de las palabras y el significado que ellas motivan. En este sentido, el hecho de que un cuerpo sea llamado como “diverso” implica en todo caso someterlo a estándares binarios, esto quiere decir, que un cuerpo es “diverso” solo en la medida en que no encaja, en que “no es” dentro de lo que significa ser. Como afirma Judith Butler (2004c), la normativización del género implica una suerte de subjetivación, en donde los estándares sociales hegemónicos son el punto de partida para definir lo subalterno:

La pregunta “¿qué es estar fuera de la norma?” plantea una paradoja para el pensamiento, pues si la norma hace el campo social inteligible y normaliza ese campo para nosotros, entonces estar fuera de la norma es en cierto sentido seguir siendo definido en relación con ella. Ser no del todo masculino o no del todo femenina es seguir siendo entendido exclusivamente en términos de la relación que uno tenga con lo “del todo masculino” o lo “del todo femenino”. (...) Asumir que el género siempre y exclusivamente significa la matriz de lo “masculino” y “femenino” es precisamente no darse cuenta del punto crítico de que la producción de ese binario coherente es contingente, de que tiene un costo y de que aquellas permutaciones del género que no se adaptan al binario son tan parte del binario como su instancia más normativa (pp. 11 – 16).

Así, aunque esta ley haya sido concebida con un espíritu garantista, supone una reproducción del binarismo del que intenta apartarse, pues sigue definiendo la identidad de las personas intersexuales a partir de la matriz “masculino” y “femenino”, sin darse cuenta de que, como afirma Butler, todo lo que se ubica fuera de la norma binaria, sigue siendo definido por ella. Es por esta razón que, el proceso de creación de la norma parece no satisfacer las expectativas de instancias de activismo social, que buscan brindar una visión

alternativa a la creencia generalizada de que las demandas de las personas intersexuales se limitan a un reconocimiento jurídico, sin contar con que su principal apuesta es por la plena garantía de su autonomía, lo que implica entender realmente que la intersexualidad no es una cuestión de género, sino una forma de diversidad corporal que no puede ser reducida a un tercero sexo “diverso”.

Así las cosas, a partir de estas experiencias internacionales, se puede dar un vistazo de la forma en que otros sistemas jurídicos, con mayor o menor éxito, han respondido a la problemática que plantean los cuerpos intersexuales. Estas legislaciones han sido resaltadas a nivel internacional y, a pesar de sus dificultades y puntos de quiebre, deben ser consideradas un punto de partida para la visibilización del cuerpo intersexual como un instrumento de ruptura y cuestionamiento del saber hegemónico en torno al sexo.

Capítulo segundo: La Corte Constitucional colombiana en busca del “sexo verdadero”

¡Despertad jóvenes de vuestros gozos ilusorios, despojaos de vuestros disfraces y recordad que no tenéis más que un sexo, uno verdadero!

Michel Foucault, (2007, p. 15),

El cuerpo intersexual debe ser visto como una invitación al cuestionamiento de todas aquellas ideas dadas por obvias y naturales que construyen la identidad de los sujetos y que son enunciadas desde las instancias jurídicas más altas, como un reflejo del imaginario colectivo construido en los espacios cotidianos de nuestra sociedad, en donde no se ha reflexionado sobre el carácter ficticio del “sexo” y sus implicaciones directas en la materialidad de los sujetos.

Son aquellas creencias preconcebidas y más arraigadas sobre el “sexo”, las que son reproducidas de forma indirecta mediante las sentencias de la Corte Constitucional, en donde se aboga por la asignación unívoca de sexo a los cuerpos que no encajan en el binario hombre/mujer. Con el objetivo de determinar los elementos jurídicos mediante los cuales el derecho colombiano ha abordado la problemática de la realización de cirugías de asignación sexual a las personas intersexuales, a continuación, se realizará un análisis jurisprudencial de las decisiones emitidas por el Alto Tribunal Constitucional colombiano desde 1995, en materia de reconocimiento de derechos de las personas intersexuales, esbozando las subreglas jurisprudenciales que se han desarrollado en ellas, a partir de las cuales se ha abordado la cuestión intersexual bajo figuras, como el consentimiento informado sustituto y

asistido; para ello, se adoptará la metodología de análisis jurisprudencial sugerida por Rodrigo Uprimny (2002), a partir de la cual se analizará la verdadera *ratio decidendi* adoptada por la Corte Constitucional para determinar las principales construcciones conceptuales que establece la jurisprudencia.

Así, se mostrará que la Corte Constitucional colombiana ha limitado la autonomía de las personas intersexuales en lo referido a las intervenciones quirúrgicas que les son practicadas, restándole peso a su voluntad, y otorgándole preponderancia a la opinión del equipo médico y de sus familiares, a quienes se les concede el privilegio de coadyuvar a tomar una decisión que no les afectará directamente, toda vez que, no son ellos los que se verán sometidos a un conjunto de procedimientos invasivos e irreversibles, que no buscan otra cosa que encontrar, en los rincones más profundos del cuerpo abyecto, el sexo verdadero.

2.1 Subreglas jurisprudenciales en materia de reconocimiento de derechos de las personas intersexuales.

Como se mostró en el capítulo anterior, en Colombia no existe un verdadero cuerpo normativo dirigido al reconocimiento y protección de derechos de las personas intersexuales, razón por la cual la jurisprudencia ha debido asumir el rol de llenar este vacío atendiendo a la interpretación de los principios de autonomía y libre desarrollo de la personalidad.

Así, desde la sentencia T-447 de 1995, con ponencia de Alejandro Martínez Caballero, se han venido desarrollando una serie de subreglas jurisprudenciales, a partir de las cuales se ha pretendido responder a las problemáticas jurídicas que suscitan las personas intersexuales. Se han emitido desde entonces varias sentencias, entre ellas, la sentencia SU-337 de 1999, T-551 de 1999, T-692 de 1999, T-1390 del 2000, T-1025 del 2002, T-1021 del 2003, T-450A de 2013 y T-622 de 2014. En estas decisiones la Corte Constitucional ha abordado el tema de la asignación de sexo a las personas intersexuales a partir de la confrontación del principio de “beneficencia”, que guía la actividad práctica de la medicina y a partir del cual se entiende que es deber del profesional de la salud velar por contribuir

positivamente al bienestar del paciente, con el principio constitucional de autonomía del menor.

Esta línea jurisprudencial ha sido descrita por varios autores, como Patricia Gonzales, Catalina Velasquez e Isabel Cistrina Sarmiento (2007, pp. 217-234), Andrea Gómez, (2011, pp, 56- 79) y Julia Sandra Bernal (2011, pp. 53-86), quienes muestran como la Corte Constitucional se ha debatido entre dos posiciones: por un lado, la posición que argumenta la necesidad de que las intervenciones quirúrgicas de redefinición sexual se realicen a muy corta edad para, con ello, evitar traumatismos a los niños en su crecimiento, evitando una posible discriminación y garantizando su igualdad; y por el otro, la posición que señala que las intervenciones mencionadas se deben dar solamente cuando la persona sea totalmente capaz de optar por ellas, garantizando así el libre desarrollo de su personalidad.

Igualmente, en un texto posterior, escrito con la coautoría de Sandra Duque, Catalina Velasquez y Patricia Gonzales (2011, pp. 204-211), señalan la tensión que ha tenido que abordar la Corte Constitucional: entre el principio de “beneficencia del personal médico”, con el cual se obliga a velar porque las personas tomen la mejor decisión al efectuar las intervenciones quirúrgicas; y el principio de autonomía de los individuos, a fin de que solo se hagan intervenciones cuando así lo disponga el paciente.

Al respecto, Manuel Gaitán (1999), ya había concluido que la mejor forma de garantizar la igualdad de los menores intersexuales es realizando las intervenciones médicas de redefinición sexual a temprana edad, toda vez que resulta discriminatorio dejar estos cuerpos libres de intervención cuando hay en el niño una identidad de género definida (p.160).

Por su parte, Javier Enrique García y David Leonardo García (2017, pp. 124-137), a partir de un análisis crítico del discurso, dan cuenta de que, si bien para la Corte Constitucional la autonomía de la persona ha sido un factor determinante, esta corporación omite las relaciones de poder que se producen sobre los sujetos intersexuales. Así mismo, Jorge Sarmiento-Forero (2011, pp. 389-417) por medio del estudio de caso muestra cómo se construye el concepto de “género” desde ocho casos de menores *intersex* fallados por la Corte Constitucional.

Como se puede ver, para estos autores, en la jurisprudencia colombiana, se intenta salvaguardar los derechos del menor a la dignidad y autonomía, de tal forma que, como

paso necesario para la “readecuación sexual”, debe existir previamente el debido consentimiento informado del menor o de sus padres. De esta forma se ha reproducido la idea de que el cuerpo es el “sostén material, imprescindible, de la asignación de género” (França, 2009, p. 46), determinante de la identidad sexual y con ello de la asignación de roles necesarios dentro de una sociedad.

A partir de esta descripción general, se realizará el análisis jurisprudencial de las sentencias anunciadas, mostrando en cada caso, la subregla jurisprudencial formulada y las implicaciones que esta misma tiene para la protección de los derechos de las personas intersexuales.

A) Sentencia T 447 de 1995

En esta sentencia, si bien el caso no se refirió a un menor intersexual de nacimiento, la Corte sí se pronunció sobre la asignación de sexo de un niño al que, tras sufrir graves lesiones en sus genitales por la mordedura de un perro, sus padres le asignaron el sexo femenino a la edad de tres años. La acción de tutela es interpuesta por el menor a los catorce años, con la pretensión de que se ordene a la EPS la reasignación de sexo masculino. Esta sentencia constituye un hito en la materia, toda vez que a partir de ella la Corte Constitucional funda la línea en donde prevalece la autonomía del menor ante el principio de beneficencia médica, en este sentido, es el niño quien está llamado a autorizar los procedimientos de asignación de sexo.

En la sentencia se establece la subregla según la cual no es posible la “readecuación de sexo,” sin la autorización directa del paciente, por las siguientes razones: Los niños no son propiedad de nadie, ni de sus padres, ni de la sociedad. Su vida y su libertad son de su exclusiva autonomía” (Corte Constitucional, sentencia T-447, 1995).

“En los casos de consentimiento informado de tratamientos médicos sobre menores se deben tener en cuenta tres factores:

- a) de un lado, la urgencia e importancia misma del tratamiento para la salud del menor; b) De otro lado, la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño;
- c) Y, finalmente, la edad misma del menor

En lo que tiene que ver con sexo como elemento de la identidad de los individuos solo se puede tener en cuenta el consentimiento del menor” (Corte Constitucional, sentencia T-447, 1995).

Como se puede ver, en esta sentencia se da un carácter prevalente a la autonomía del menor en los casos de intervenciones quirúrgicas relacionadas con el sexo, sin embargo, debe anotarse que esta prevalencia a la autonomía se da atendiendo a que el niño ya tenía catorce años y se consideró una intromisión desproporcional a su autonomía la exigencia del consentimiento informado de los padres.

B) Sentencia SU 337 de 1999

Posteriormente, se da la promulgación de otra sentencia hito en la materia, a saber, la SU 337 de 1999, con ponencia del magistrado Martínez Caballero, en donde se marcan reglas expresas sobre la procedencia del consentimiento informado en los casos de cirugías de asignación de sexo en menores.

En esta oportunidad, se estudia el caso de una menor que desde su nacimiento fue identificada como niña, pero a los tres años, tras una consulta pediátrica de rutina, el médico observó que tenía un clítoris de 3 cm, el cual de acuerdo con el concepto especializado nunca iba a poder tener la funcionalidad de un pene, esto es, la función de penetración. A raíz de ello, la madre solicita que le practiquen las cirugías necesarias a su hija, pero la IPS se niega a hacerlo basados en la sentencia T 447 de 1995, en donde la Corte Constitucional establece que en estos casos se necesita el consentimiento del menor.

La Corte emite una decisión bastante titubante, en donde, por un lado, siguiendo el precedente, establece que por ser las cirugías de asignación de sexo un procedimiento extremadamente invasivo, corresponde únicamente al menor que las va a padecer, dar su consentimiento informado, que en todo caso debe ser cualificado y persistente.

Sin embargo, por otro lado, se aclara que en los casos en que la salud e integridad del menor se encuentre en peligro debido a su condición de intersexualidad, el consentimiento informado debe ser dado por sus padres, debido a la gravedad de la situación.

A partir de ello, se comienza a decantar la subregla formulada exaltando la difícil situación a la que sería sometido un niño y su familia por no tener un sexo asignado desde temprana edad, lo que le impediría tener un adecuado desarrollo en la sociedad:

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 (Corte Constitucional, sentencia SU 337, 1999).

Así, la Corte prosigue su argumentación asegurando que, dar primacía al consentimiento de la menor, implicaría una intromisión injustificada de los jueces en la privacidad de los hogares, razón por la cual debe preferirse que sean los padres quienes tomen la decisión sobre la realización de las intervenciones quirúrgicas de asignación de sexo:

El razonamiento precedente conduce a la última objeción contra la prohibición constitucional de cualquier cirugía temprana para la niña con ambigüedad genital, y es la siguiente: por medio de tal decisión, los jueces interfieren en forma profunda en la autonomía y privacidad del hogar, pues el tratamiento médico de la menor es definido por una sentencia judicial, y no por su madre (Corte Constitucional, sentencia SU 337, 1999).

Vale la pena señalar en este punto que la Corte, de forma errada e ilógica, confunde el respeto por la autonomía de los menores con una intromisión judicial a la privacidad familiar, pues asume que, prohibiendo las cirugías tempranas a las personas intersexuales, son los jueces quienes estarían tomando una decisión que corresponde al fuero familiar.

Nada más alejado de la realidad, toda vez que, la prohibición de las cirugías tempranas a las personas intersexuales, lejos de representar una decisión judicial que invade la intimidad de la familia, implica más bien, una garantía de la autonomía de la persona, pues se está asegurando que el sexo del menor es un asunto que solo atañe a su fuero interno y que no es legítimo, que, ni siquiera la familia, tome una decisión sobre el asunto

Ahora bien, bajo el razonamiento de la Corte, se acude a la figura del consentimiento sustituto, esto es, el consentimiento presentado por los padres, formulándose así la subregla según la cual, antes de los cinco años, el consentimiento de la cirugía de asignación de sexo lo pueden dar los padres, mientras que después de esta edad es el niño quien está en capacidad de decidir sobre la intervención quirúrgica.

C) Sentencias T 51 y T 692 de 1999

Posteriormente, mediante las sentencias T 551 de 1999 y T 692 de 1999, se reitera la subregla creada por la Corte en la sentencia SU 337 de 1999, toda vez que, se permite que los padres decidan sobre la asignación del sexo de menores de dos años de edad, contado con un consentimiento informado:

De otro lado, esta Corporación ha llegado a la conclusión, tanto en esta providencia como en la sentencia SU-337 de 1999, que el permiso paterno sustituto es válido para autorizar una remodelación genital en menores de cinco años, siempre y cuando se trate de un consentimiento informado cualificado y persistente, lo cual supone que la comunidad médica debe desarrollar protocolos que permitan cualificar el consentimiento paterno (Corte Constitucional, 1999).

En estas sentencias se desarrolla un poco más la subregla enunciada en la sentencia de unificación, pues se dan los lineamientos sobre el consentimiento sustituto de los padres, estableciendo que debe tratarse de un consentimiento informado, cualificado y persistente

La Corte considera que en este punto son muy útiles algunas regulaciones normativas, así como los protocolos médicos diseñados para que los pacientes decidan si aceptan o no ciertos tipos de tratamientos, que pueden ser muy invasivos o riesgosos, sin que sus beneficios sean totalmente claros. En efecto, esos protocolos pretenden precisamente depurar el consentimiento del paciente, para lo cual recurren en general a tres mecanismos: (i) una información detallada, (ii) unas formalidades especiales y (iii) una autorización por etapas. (Corte Constitucional, sentencia T 662 de 1999).

Llama la atención, que en estas sentencias se reitera la prevalencia del consentimiento sustituto de los padres, sin analizar si realmente la salud e integridad física del menor se encontraba en tal peligro que ameritaba la realización de una intervención quirúrgica de forma urgente. Así, estas decisiones judiciales parecen olvidar que en un primer momento la Corte, en la sentencia SU 337 de 1999, estableció que en los casos en que no está en peligro la integridad y salud del menor, debe ser él quien decida sobre la asignación de sexo, lo que en la práctica implica que se le dé al niño un tiempo prudencial para que desarrolle la suficiente conciencia sobre su cuerpo y elija un sexo.

En lugar de ello, lo que se evidencia es que la Corte ha permitido que los padres del menor tomen la decisión si este es menor de cinco años, sin importar que su condición médica amerite la espera de su consentimiento a una edad avanzada.

D) Sentencia T- 1390 del 2000

En este caso, la Corte debe decidir sobre la tutela presentada por la madre de un menor de pocos meses, que padece una hipospadía severa, ella 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 (Corte Constitucional , sentencia T 1390, 2000).

Una vez más, la Corte decide que se realice la cirugía, previo consentimiento informado, cualificado y persistente de la madre, a pesar de que en el expediente no conste que la no realización de la cirugía tenga consecuencias graves para la salud del menor.

E) Sentencia T- 1025 de 2002

Esta sentencia es bastante relevante para el análisis, toda vez que, a partir de ella, se introduce una nueva subregla sobre el consentimiento informado en los casos de intervenciones quirúrgicas a menores intersexuales, debilitando una vez más la prevalencia de la autonomía del menor.

En este caso, los padres de un menor que desde su nacimiento fue diagnosticado con hiperplasia suprarrenal virilizante, solicitan que se realice la cirugía de asignación de sexo masculino, pero la IPS se niega a realizarla por hacerse necesario el consentimiento informado del niño, pues ya tiene más de cinco años. Sin embargo, los padres solicitan la inaplicación de la doctrina constitucional, en relación con el requerimiento del consentimiento informado del menor para la práctica de la cirugía de asignación de sexo en tratándose de estados intersexuales, ya que el menor padece un retraso mental del 60%, que, según ellos, le impide prestar el consentimiento informado.

El dictamen médico que reposa en el expediente establece que el menor no sufre de retraso mental, sino que padece de una dificultad de aprendizaje que, en todo caso, no le impide desarrollar una identidad sexual.

A partir de ello, la Corte afirma que en efecto se cumplen los presupuestos necesarios para que sea el menor quien preste el consentimiento informado para las intervenciones quirúrgicas, sin embargo, se esfuerza por argumentar que, si bien el niño ya tiene ocho años y no padece de un retraso mental, su consentimiento no es suficiente ni necesario, toda vez que, de acuerdo a los padres y a la evaluación médica y psicológica, el menor ya tiene una identidad sexual masculina definida, razón por la cual obligarlo a seguir esperando para asignarle un sexo quirúrgicamente, implica vulnerar su derecho al desarrollo libre de su personalidad, pues, el niño no podría construir un proyecto de vida sin un sexo definido.

De modo que, se acude a la figura de “consentimiento asistido”, como excepcional, para establecer que deben ser los padres quienes presten el consentimiento informado en este caso, coadyubados por la expresa voluntad del niño, pero, sobre todo, con el beneplácito del grupo de médicos que, siendo expertos en la materia, tiene la última palabra en determinar el sexo del menor.

Por otra parte, cuando se supera el citado umbral, no puede imponerse exclusivamente el consentimiento informado del menor como norma general, impersonal y abstracta. Esto, en atención a la multiplicidad de factores que convierten cada asunto médico en un universo único e irreplicable. De ahí que, en ciertos casos, quepa acudir a la opción del que en esta providencia se ha denominado *consentimiento asistido*. (...)

Es claro que los llamados a velar por la procedencia del *consentimiento asistido* que comporta el consentimiento prestado por los padres coadyuvado por la expresa voluntad del menor, son los profesionales de la salud, obviamente, destinando su *lex artis* a la defensa y protección de la autonomía e integridad del infante y siempre que exista un acuerdo médico en torno a la alternativa clínica adecuada para el menor (Corte Constitucional, T- 1025 de 2002)

En esta sentencia, el razonamiento de la Corte Constitucional presenta un grave retroceso, pues en un caso similar, en el que el niño tenía más de cinco años, a saber el caso de la sentencia T- 477 de 1995, se había respetado su capacidad de decidir, no obstante, en este caso, se hace un esfuerzo argumentativo para inaplicar la doctrina constitucional y afirmar que el consentimiento del menor por sí solo no es suficiente, sino que debe estar precedido por el de los padres y ser coherente con el concepto del equipo médico, quitándole prevalencia a la voluntad expresa del niño.

Esto, bajo el supuesto argumento que asegura que esperar a su consentimiento informado y calificado significaría retrasar de forma injustificada las cirugías de asignación de sexo a un niño con una identidad sexual ya definida, sin embargo, el consentimiento de los padres, según la jurisprudencia estudiada, también debe cumplir unos requisitos de cualificación y persistencia, ¿ello no implica también una demora para la realización de la cirugía?, entonces, ¿cuál es la diferencia entre la demora ocasionada por el consentimiento del niño y la demora ocasionada por el consentimiento de los padres?.

Parece que la argumentación de la Corte para privilegiar el consentimiento asistido e inaplicar la subregla constitucional vigente, se basa simplemente en la idea de que el menor

no tiene la capacidad de decidir sobre su cuerpo, lo que implica una vulneración grosera a su derecho de autonomía.

F) Sentencia 1021 de 2003

La Corte analiza el caso de una madre que interpone tutela en contra de su IPS por negarse a practicar las cirugías de definición sexual que necesita su hijo de dos años, diagnosticado con hermafroditismo verdadero, hasta que no se realice el pago de las sumas de dinero correspondientes al copago.

En esta oportunidad, si bien se analiza la jurisprudencia constitucional en materia del Sistema de Seguridad Social en Salud y la obligación de cancelación de copago, se presta una mayor atención a determinar si es legítimo el consentimiento informado prestado por la madre del menor.

Así, se reiteran las subreglas jurisprudenciales analizadas hasta el momento, en lo que tiene que ver con la procedencia del consentimiento informado de los padres en casos de niños menores de cinco años y el carácter informado cualificado y persistente que debe tener el mismo.

Una vez más, se da prevalencia al consentimiento informado de la madre, sin determinar si realmente existe un riesgo para la vida e integridad del niño que amerite la intervención quirúrgica de asignación de sexo de forma urgente. Desechando una vez más la posibilidad de permitir que sea el menor, en una edad avanzada, quien preste su consentimiento de forma libre e informada.

G) Sentencia T 912 de 2008

En esta oportunidad, la Corte Constitucional se enfrenta al caso de un niño de cinco años que presenta hermafroditismo verdadero y que, de acuerdo con el concepto médico, necesita una serie de intervenciones quirúrgicas que la EPS se niegan a realizar hasta que el niño tenga 18 años y preste un consentimiento informado válido.

Una vez más, este Alto Tribunal Constitucional, reafirma la inaplicación de la subregla constitucional que privilegia el consentimiento del menor, y, con ello la limitación a la autonomía de la persona intersexual, mediante la figura del “consentimiento asistido”, afirmando que después de los cinco años, - cuando ya se ha cumplido el umbral de edad que según jurisprudencia anterior había sido definido como necesario para que el niño

preste un consentimiento informado de forma libre y autónoma-, son los padres quienes deben presentar el consentimiento sobre la cirugía “coadyuvados por (ii) la expresa voluntad del menor y, dada la naturaleza altamente invasiva de las operaciones y tratamientos médicos destinados a asignar un determinado sexo, (iii), el seguimiento profesional de un equipo interdisciplinario que brinde apoyo psicoterapéutico” (Corte Constitucional, sentencia T 912 de 2008).

No obstante, en esta sentencia se delimita un poco más esta subregla, estableciendo que, las tres opiniones, es decir, la del niño, los padres y los médicos deben coincidir, otorgando a las tres el mismo peso de decisión, olvidando que se trata de una intervención médica que tiene efectos únicamente sobre el cuerpo y la vida del menor, no de los padres ni de los médicos.

De esta forma, se introduce una nueva limitación a la autonomía del menor intersexual, al sujetar la decisión que este tome sobre su cuerpo a la opinión que sus padres y el equipo médico tengan sobre el asunto.

H) Sentencia T 662 de 2014

La restricción a la autonomía de las personas intersexuales que han alcanzado el umbral de edad definido por la doctrina constitucional para decidir sobre su sexo sigue retirándose en esta sentencia, en donde se decide el caso de un niño de doce años diagnosticado con “ambigüedad sexual” – hermafroditismo masculino-, que quiere, según lo manifiesta de forma expresa, que le sea asignado el sexo masculino.

En esta oportunidad la Corte se enfrenta a un caso, donde el menor ha alcanzado una edad y nivel de madurez que le permite expresar su deseo de ser asignado quirúrgicamente como hombre, sin embargo, una vez más, se reitera la subregla que determina que ello no es suficiente, y que el consentimiento del niño debe ser acompañado por un dictamen médico que coincida con su decisión.

No obstante lo anterior, el consentimiento expresado por el niño, sumado a la edad y madurez que tiene, no es un factor suficiente para que el juez constitucional ordene a una entidad de salud realizar la cirugía de adecuación o asignación de sexo, pues es igualmente requerido un proceso de evaluación y de observación por profesionales de la medicina y especialistas en este tipo de situaciones, con el objeto de que determinen un diagnóstico preciso y las alternativas terapéuticas a realizar más acordes con el deseo del niño. (Corte Constitucional, sentencia T 662 de 2014).

Como se puede ver, lejos de garantizar la autonomía de las personas intersexuales en la toma de decisión sobre sus cuerpos, la Corte Constitucional ha optado por supeditar esta determinación, que debe ser de carácter personal, al concepto de un equipo médico que avale el sentir y la autonomía del menor.

Cabe anotar que, en la sentencia T- 1025 del 2002, la Corte ofreció un esfuerzo argumentativo, para determinar que no era suficiente el consentimiento del menor, si bien, la argumentación de la corporación fue pobre, como se analizó en su momento, se hizo un esfuerzo por validar la inaplicación de la doctrina constitucional en la materia. No obstante, en esta sentencia, así como en la T- 912 de 2008, no se hace alusión alguna a argumentos que validen la excepción, sino que esta es tomada como la subregla constitucional imperante, cuando en el 2002 esta fue precisamente una inaplicación de la subregla constitucional vigente.

I) Sentencia T- 450A del 2013

Ahora bien, como se ha podido evidenciar, la mayoría de las sentencias promulgadas por la Corte Constitucional en materia de reconocimiento de derechos de las personas intersexuales, tienen que ver con el consentimiento informado necesario para la realización de intervenciones quirúrgicas orientadas a la asignación definitiva de un sexo binario para la persona.

Sin embargo, también se ha promulgado jurisprudencia relacionada con la identificación jurídica de estas personas en instrumentos de identificación como el Registro Civil de Nacimiento, a saber, la sentencia T- 450 A del 2013 con ponencia de Mauricio Gonzales Cuervo, en la que se habla por primera vez del derecho a la personalidad jurídica y a los atributos de la personalidad de las personas intersexuales y se establece una subregla jurisprudencial relacionada con la inscripción provisional del menor, así:

Los niños que no puedan ser identificados en el momento del nacimiento como hombre o mujer, mientras se asigne el sexo, podrán ser inscritos sin llenar alguna de las dos casillas en el certificado de nacido vivo y en el registro civil de nacimiento. En el caso de que el menor no se clasifique como hombre o mujer, se permitirá realizar una anotación en un folio aparte que podrá ser suprimido una vez se asigne el sexo. Evidentemente, en estas situaciones, los datos sobre el sexo serán reservados.

Cuando se adopte una decisión definitiva sobre la asignación de sexo, y sea necesario modificar los datos relativos al nombre y al sexo inicialmente consignado en el documento

oficial, el procedimiento será reservado y expedito (Corte Constitucional, sentencia T-450, 2013).

A raíz de esta sentencia fue promulgada la Circular 033 de la Registraduría Nacional del Estado Civil, a través de la cual se establecen: *“Directrices para la anotación del sexo en una inscripción en el registro civil de nacimiento de menores intersexuales”*, descrita en el capítulo anterior.

En esta sentencia, se sigue dando un carácter determinante al concepto médico a la hora de asignar de forma definitiva un sexo al menor en el Registro Civil de Nacimiento, pues se entiende que solamente ellos pueden brindar un concepto técnico sobre el desarrollo de la persona intersexual:

Si bien en estos casos no está de por medio una operación quirúrgica, que por su naturaleza entraña riesgos y es además irreversible, la decisión sobre la asignación del sexo también es de trascendental importancia (...) Por lo anterior, es necesario que la decisión sobre la asignación de sexo en el documento sea tomada en principio por el equipo médico que puede determinar con mayor conocimiento cuál será el desarrollo del menor (Corte Constitucional, sentencia T-450, 2013).

En este punto, es importante resaltar que actualmente, existen normas que permiten a las personas realizar el cambio el componente sexo de sus documentos de identidad de una forma expedita, a saber, el Decreto Nacional 1227 de 2015, *"Por el cual se adiciona una sección al Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, relacionada con el trámite para corregir el componente sexo en el Registro del Estado Civil"*.

Adicionalmente, la Corte Constitucional ha consolidado una línea jurisprudencial respecto de la posibilidad de que menores de edad realicen la corrección del componente sexo de sus documentos de identidad mediante escritura pública, sin tener que recurrir al proceso de jurisdicción voluntaria ante las autoridades judiciales (sentencias T- 498 y 675 de 2017), ni a pruebas médicas, legales o administrativas dirigidas a demostrar o ratificar esa identidad (sentencia T- 447 de 2019).

Sin embargo, estos avances jurisprudenciales se han dado en torno a la protección de derechos de las personas trans y aunque pueden ser puestos en práctica en materia de identificación jurídica de personas intersexuales, están dirigidos en última instancia a reforzar el carácter binario del sexo y la necesidad de correspondencia sexo/género.

Así, para efectos del presente análisis se debe entender que la cuestión intersexual, más que suscitar una discusión acerca de las identidades de género reconocidas por el estado, representa un cuestionamiento a la falta de aceptación, por parte del estado y de la medicina, de la diversidad corporal existente y sobre todo a la puesta en práctica de cirugías de asignación de sexo a temprana edad sin tener en cuenta realmente el consentimiento de los menores.

Así los considera, por ejemplo, Martin Di Maggio, activista intersexual, que el 26 de octubre de 2019 en el “Día de la visibilidad intersexual 2019” asistió al evento de apoyo a *The End Intersex Surgery Campaign*:

Pienso que el que los padres sean capaces de poner una X como marcador de género en el certificado de nacimiento de un bebé, no significa nada para los niños y niñas intersexuales mientras no tengamos protección contra la MGI (Mutilación Genital Intersexual). El tener una “X” [en lugar de un sexo binario] siendo un bebé intersexual, probablemente solo nos haría más vulnerables a la atención médica no deseada (Di Maggio, 2019)

En suma, estas son las subreglas jurisprudenciales desarrolladas por la Corte Constitucional en casos referidos a la práctica de cirugías de asignación de sexo a menores intersexuales. Como se puede ver, en ellas se hacen un uso torpe de elementos jurídicos, como el consentimiento informado sustituto y asistido, para limitar, en la práctica, la autonomía de la persona intersexual, pues le restan preponderancia a su voluntad frente a la de terceros, ignorando por completo el contenido de los derechos de autonomía y libre desarrollo de la personalidad, siendo estos mismos los que supuestamente se busca proteger.

Ahora bien, siendo estos los elementos jurídicos presentes en las decisiones de la Corte Constitucional, que han fundamentado la necesidad de realización de cirugías de asignación de sexo en menores intersexuales, se debe analizar la forma en que esta corporación fundamenta los mismos bajo elementos extrajurídicos, esto es una ideología referida al sexo binario como pilar del orden natural de la sociedad, como se explicará en el próximo capítulo.

Capítulo tercero: Construcción binaria del sexo en el discurso de la corte constitucional

“Es fácil. La intersexualidad supone un par de promesas que emocionan y esperan a la gente: la promesa de la posibilidad de elegir, desde un principio, quiénes somos; la promesa de emanciparnos, por fin, de la ley binaria del género. Es difícil (más difícil que la mierda). Si la posibilidad de elegir quiénes somos (tan irreal como los unicornios) depende del cuerpo con el que se nace, entonces esa posibilidad está tan determinada como la de cualquier otro destino bajo el sol”

Mauro Cabral (2009, p. 120)

En el mundo moderno resulta incuestionable la idea de que cada sujeto debe poseer un sexo biológico determinado, como si fuese esta la única y verdadera vía de identificación posible. Y ¿cómo no defender esta creencia, si la gran mayoría de las instituciones culturales, políticas y jurídicas están fundadas sobre el pilar de la existencia de dos sexos diferenciados?, ¿Qué sería de los derechos reconocidos a la familia, a los trabajadores, e incluso, de las reivindicaciones más memorables del movimiento feminista a nivel mundial, sin la idea básica del sexo biológico binario?

Sería difícil imaginar un mundo en el que cada cuerpo se encuentre despojado de la marca del sexo y simplemente sea considerado a partir de su humanidad. Esto no sería posible, pues, tal como afirmó Michel Foucault (2007) “es en el terreno del sexo donde hay que buscar las verdades más secretas y profundas del individuo; que es allí donde se descubre mejor lo que somos y lo que nos determina” (p. 15). Sin embargo, vale la pena preguntar, si la idea del sexo es realmente indispensable pues ¿Cuál es la necesidad de su constante reafirmación?, ¿Por qué las sociedades occidentales se han empeñado en escudriñar los cuerpos hasta dar con su sexo verdadero?

Aparentemente, la existencia del binarismo sexual es cuestionada por la existencia de cuerpos que no corresponden con el estándar biológico masculino o femenino, que han sido considerados como cuerpos abyectos que deben ser negados, pero aun así se presentan en nuestra incuestionable idea de naturaleza. Es así como, las ciencias médicas y jurídicas han intentado responder a la caótica realidad del cuerpo. Ya sea de una forma más o menos humanitaria, más o menos compasiva, pero en todas las sociedades y en

todas las épocas han debido ocuparse de aquellos cuerpos que hoy por hoy conocemos como intersexuales.

La honorable Corte Constitucional colombiana no escapa a este desafío y se ha investido del ropaje de juez imparcial y garantista, que le es propio, para decidir sobre los derechos de estas personas, en aras del respeto por los principios constitucionales y por los más arraigados valores sociales.

De suerte que, si bien existe una precaria normatividad colombiana en materia de reconocimiento de derechos de las personas intersexuales, la jurisprudencia en cambio ha sido más abundante, pero igualmente insuficiente, pues las sentencias de la Corte Constitucional han constituido una limitación para la autonomía de las personas intersexuales en lo referido a la realización de intervenciones quirúrgicas de asignación de sexo, convirtiéndose así en el vehículo mediante el que se reproduce cierta ideología que fortalece el régimen de heterosexualidad obligatoria, fundado en la existencia natural de dos sexos diferenciados que se constituyen en la causa del deseo heterosexual y de la conservación del *statu quo* de la diferenciación social de roles.

Dicho régimen es defendido de forma implícita por la Corte Constitucional mediante su argumentación, en donde subyacen elementos extrajurídicos que defienden la idea de que las intervenciones quirúrgicas de asignación de sexo son el único medio idóneo para garantizar efectivamente los derechos de autonomía y desarrollo libre de la personalidad de los menores intersexuales, despojándolos en la práctica de la posibilidad de decidir sobre sus cuerpos.

Para demostrar estas afirmaciones, en un primer momento se realizará una caracterización, desde el punto de vista teórico, de los elementos extrajurídicos, a saber, la ideología, que permea las decisiones de la Corte Constitucional, esto, de la mano de autoras como Anne Fausto-Sterling, Monique Wittig y Judith Butler, entre otras.

Como punto de partida, vale la pena precisar que para efectos del siguiente análisis el término “sexo” se encuentra referido al conjunto de características físicas de los seres humanos, construidas a partir de técnicas y tecnologías, mediante las cuales se teje un discurso ideológico; mas no se utilizará el término “sexo” para hacer referencia a las orientaciones o prácticas sexuales que pueden surgir a partir de dichas características.

3.1 Proyecto de normalización a partir de la categoría binaria “sexo”

El 30 de julio de 2019, los titulares deportivos anunciaban: “*A Caster Semenya se le prohíbe competir en el campeonato mundial*” (Macinnes, 2019). Esta joven atleta de 28 años no se encuentra calificada, según estándares de la Federación Internacional de Atletismo, para competir como mujer en el campeonato mundial, por producir niveles elevados de testosterona, que de acuerdo con los modelos biológicos aceptados son “anormales” para una anatomía femenina.

Pero ¿acaso Caster Semenya no es mujer?, ¿Puede este organismo deportivo internacional decidir sobre su sexo biológico?, ¿Realmente es necesario que esta atleta tome medicamentos que modifiquen su cuerpo para ser considerada mujer?

Para Caster, que siempre se ha identificado con el sexo femenino, es decepcionante ver cómo el mundo no está orgulloso por encontrar en ella a una mujer fuerte y capaz, sino simplemente está horrorizado porque, de acuerdo con estándares biológicos, debería ser un hombre:

Quando era mayor, en 2009, tuve la oportunidad de representar a mi país. Tenía 18 años y era mi primera carrera profesional: los 800 metros en Berlín. Fue en el Campeonato Mundial de la IAAF. Gané el oro. Mi primera carrera profesional y gané el oro. Era la mejor del mundo.

Pero la gente no lo celebró. Eso no fue lo que dijeron de mí. Dijeron que yo era un hombre. Que tenía una ventaja. Que mi testosterona era demasiado alta. No dijeron que fui la primera mujer negra sudafricana en ganar oro en el campeonato mundial. No dijeron que era la mejor. No me veían como una mujer de 18 años. No me veían como una joven chica proveniente de una zona rural que era la mejor del mundo. Ni siquiera me veían como un ser humano.

Me vieron como ciencia. Querían realizar pruebas a mi cuerpo (Semenya, 2019)

Cuánta sorpresa debió sentir esta atleta al darse cuenta de que “no es mujer”, que de acuerdo con unos patrones “naturales” ajenos a su cuerpo y su conocimiento, no puede ser categorizada en el sexo femenino. Lo que Caster -y los miles de personas que se han visto enfrentadas a la medición despiadada de la “naturaleza”- no saben es que, en la historia de la humanidad no es nuevo que el conocimiento científico y la biología sean utilizados para clasificar a los seres humanos y excluir a aquellos que no cumplen la norma.

En efecto, las categorías biológicas “naturales” han sido el instrumento perfecto para legitimar la superioridad de unos sobre otros: blancos sobre negros, hombres sobre mujeres, heterosexuales sobre homosexuales. No obstante, también han surgido serios cuestionamientos que se han encargado de develar el sesgo político de las ciencias y que han puesto en tela de juicio las categorías y jerarquías que se han supuesto como obvias y “naturales”, por ejemplo, María José Barral (2010) realiza un análisis crítico del discurso médico destacando como esta ciencia se encuentra marcada por un fuerte componente racista y sexista, que muestra al hombre blanco heterosexual como la máxima escala evolutiva humana, otorgando una menor categoría a quienes no corresponden con este estándar.

Las ciencias biomédicas se han preocupado de destacar, por una parte, las diferencias entre la especie humana y el resto de las especies animales, y por otro, las diferencias entre individuos dentro de la especie humana, describiendo y presentando visualmente un “modelo universal” de ser humano que tiene como características ser del sexo masculino, de la raza blanca y heterosexual. (...) Este modelo, además, ha sido presentado como el estadio máximo evolutivo de todas las especies vivas del planeta, considerando al resto de seres humanos como estadios intermedios entre el modelo y el resto de los primates subhumanos (Barral, 2010, p. 106).

La categoría “sexo” también es objeto de crítica, pues esta, al ser aparentemente reducida a nociones biológicas objetivas, relacionadas con las características gonadales de las personas, esconde su relación con la asignación cultural de roles sociales, a partir de las cuales se presenta la diferenciación sexual como natural y se legitiman ciertos estereotipos que discriminan y excluyen las mujeres, los homosexuales y los intersexuales.

A partir de ello, Barral (2010) también han mostrado como la producción del conocimiento científico sobre la naturaleza del sexo y la diferenciación biológica entre los hombres y las mujeres, parte de ideas culturales preconcebidas que no tiene una verdadera base científica que las confirme (p. 108). Así, por ejemplo, la oposición biológica exclusiva entre hombre y mujer se sigue manteniendo sin importar que la evidencia científica no la respalde:

Pero a pesar de las evidencias tanto de que un mismo genotipo puede producir diferentes fenotipos, como de que el mismo fenotipo puede ser producido por diferentes genotipos dependiendo del ambiente en que se desarrolle el organismo, y de que todas las identidades

no tienen por qué coincidir en el mismo individuo, la dicotomía biológica hombre/mujer se sigue manteniendo como “norma” (Barral, 2010, p. 109).

Por su lado, también la bióloga Anne Fausto-Sterling (2006) hace un minucioso estudio del sistema de categorización sexual, para concluir que el conocimiento científico sobre el “sexo” está fuertemente influenciado por las ideas culturales acerca de los roles de género, de modo que, la clasificación binaria de hombre y mujer dista mucho de ser un hecho objetivo de la naturaleza.

Una de las tesis principales de su libro *“Cuerpos sexuados. La política de género y la construcción de la sexualidad”* es precisamente que “etiquetar a alguien como varón o mujer es una decisión social” (Fausto-Sterling, 2006, p. 17). Esto quiere decir que, en la asignación del sexo de un ser humano, más que el conocimiento científico, intervienen ideas preconcebidas de lo que se conoce culturalmente como un hombre o una mujer.

Para llegar a esta misma conclusión, Thomas Laqueur (1994) realiza un análisis historiográfico sobre la diferenciación sexual, resaltando su carácter ficticio. En efecto, de acuerdo con este autor, el binarismo sexual, tan natural como se conoce hoy en día, no fue inventado sino hasta el siglo XVIII, cuando fueron nombrados por primera vez los órganos sexuales femeninos como autónomos de los masculinos, puesto que anteriormente, eran considerados una expresión invertida de estos últimos, considerándose la existencia de un sexo biológico único, de acuerdo con el cual “se concibe la vagina como un pene interior, los labios como el prepucio, el útero como escroto y los ovarios como testículos” (p. 22).

Este autor muestra que la aparición de dos sexos naturalmente diferenciados, más que a un avance científico, correspondió a un cambio epistemológico y político de la época de la ilustración.

Por un lado, ocurrió un cambio epistemológico en las ciencias, en virtud del cual se otorga un carácter preponderante a la razón, separando de forma nunca antes vista lo material de lo metafísico. A partir de ello, cambió la forma de concebir el cuerpo como un “resumen o mapa del universo”, lo que sustentaba la tesis del sexo único, para ser visto como un material del estudio, que debe ser nombrado y clasificado, lo que explica que solamente a partir de esta época se nombren órganos femeninos como el útero o los ovarios (p. 257-264).

Por otro lado, ocurre un cambio político que da origen a la diferenciación sexual natural como la causa justificante de muchas luchas de poder que ya no encontraban su fundamento en las viejas costumbres basadas en la inferioridad de las mujeres, ganando necesariamente fuerza las explicaciones de carácter científico que fundamentan dicha desigualdad como un hecho irrefutable de la naturaleza. (Laqueur, 1994, p. 263)

De esta forma Laqueur reafirma el carácter construido y ficticio del sexo biológico binario y la diferenciación sexual natural, concluyendo que no ha tenido una base científica sólida que la sustente desde la época del renacimiento. En palabras de este autor:

Ningún descubrimiento singular o grupo de descubrimientos provocó el nacimiento del modelo de dos sexos, precisamente por las mismas razones que los descubrimientos anatómicos del renacimiento no desplazaron el modelo unisexo: la naturaleza de la diferencia sexual no es susceptible de comprobación empírica (...). En otras palabras, casi todas las afirmaciones relativas al sexo están cargadas desde el principio con la repercusión cultural de las mismas propuestas (Laqueur, 1994, p. 265)

Bajo este paradigma, el cuerpo de Caster Semenya y, en concreto, el cuerpo intersexual, no encuentra explicación, más bien, representa un error de la naturaleza que debe ser corregido. Es por esta razón que, Camilo Godoy (2015) explica que, desde la ilustración, cuando aparece la diferenciación sexual, el “hermafrodita” es considerado una monstruosidad que pone en tela de juicio el orden biológico que rige en el mundo (p. 27-30).

Así, la ciencia empezó a buscar la forma de corregir estos cuerpos y devolverlos al cauce “natural” del sexo, asignándole exclusivamente órganos femeninos o masculinos, acción de la cual el individuo no podía arrepentirse posteriormente, pues “la pena por contravenir esta norma podía ser severa. Lo que estaba en juego era el mantenimiento del orden social y los derechos del hombre (en sentido literal)” (Fausto-Sterling, 1994, p.54), pero más que ello, como afirma Godoy (2015), lo que estaba en juego era la heterosexualidad en sí misma (p. 26) pues no podía permitirse que una persona intersexual cuyo sexo asignado fuera femenino tuviese atracción por otras persona del mismo sexo, es por ello, que los médicos debían ser muy cuidadosos en escudriñar el cuerpo, de modo tal que, se encontrara el tan añorado sexo verdadero.

De acuerdo con Fausto-Sterling (1994) la asignación de sexo a bebés intersexuales se comenzó a presentar como una causa humanitaria para corregir las malformaciones

ocurridas en el proceso de desarrollo del embrión; sin embargo, el acuerdo médico sobre ello no tenía otro propósito que reafirmar: 1. La existencia natural de solo dos sexos (masculino y femenino), 2. La asignación saludable de ciertos roles de género a los hombres y mujeres y, 3. La heterosexualidad como norma obligatoria (p. 63).

Bajo este entendido, el estudio médico de la intersexualidad como un fenómeno “anormal” no tiene un propósito distinto al de legitimar y fortalecer la construcción binaria del sexo y la imposición de la heterosexualidad como norma. Esta estrategia encuentra sentido, bajo los planteamientos de Butler (2002), quien muestra que la afirmación de las categorías encuentra su sustento en sus límites, esto es, en lo que se encuentra excluido; solo a partir de aquel sexo que no es binario puede afirmarse el binarismo sexual y la heterosexualidad como natural, en palabras de la autora:

La diferencia sexual opera también en la formulación, la puesta en escena, de aquello que ocupará el sitio del espacio de inscripción, esto es, como aquello que debe permanecer fuera de estas posiciones opuestas, como la condición que las sustenta. No hay ningún exterior singular, porque las formas requieren una cantidad de exclusiones; existen y se reproducen en virtud de aquello que excluyen: no siendo el animal, no siendo la mujer, no siendo el esclavo (Butler, 2002, p. 21)

Ahora bien, la idea de la reafirmación de la heterosexualidad como natural, mediante la asignación temprana de sexo a bebés intersexuales, planteada por Fausto-Sterling (1994, p. 63), también encuentra sustento en las teorías feministas lésbicas, como la esbozada por Adrienne Rich (1989, pp. 1-28) quien cuestiona la naturalización del deseo heterosexual sustentado en la diferenciación binaria de los sexos, a partir de la cual los hombres reafirman su poderío sobre la vida y el destino de las mujeres.

Rich (1989) analiza las categorías biológicas como un mecanismo de reproducción de ciertos roles sociales, construidos bajo lo que ella denomina, “el régimen de heterosexualidad obligatoria”, que necesita de la idea de diferenciación sexual binaria para asignar un papel inferior a la mujer y condenar la homosexualidad.

Así, la citada autora en un ejercicio de reivindicación de la mujer lesbiana reconoce que debe dejar de estudiarse el sexo como una categoría netamente biológica para reconocerla como una institución política a partir de la cual se legitima la obligatoriedad de la

heterosexualidad “como medio que garantiza el derecho masculino de acceso físico, económico y emocional sobre la mujer” (p. 21).

En este sentido, bajo la lectura de Diaz (2017), se presenta la categoría “sexo” como una herramienta de dominación que reduce los cuerpos señalando como “natural” la clasificación binaria, ordenando identidades, asignándole a cada cual su cuerpo y su destino. (p. 29).

Igualmente, Gayle Rubin (1986) resaltan la necesidad de estudiar el sexo como un sistema de dominación distinto del género, pues si bien se encuentran estrechamente relacionados, el género resulta insuficiente para analizar la jerarquía existente entre hombres y mujeres. En ese sentido, propone el término “sistema sexo/género” como un “conjunto de disposiciones por el que una sociedad transforma la sexualidad biológica en productos de la actividad humana y en el cual se satisfacen esas necesidades humanas transformadas” (p. 97).

Así, a partir de las relaciones de parentesco, utilizando las nociones teóricas de Lévi-Strauss, resalta que la sexualidad humana se basa en la legitimación y reproducción de un sistema que presenta la heterosexualidad como norma y la división asimétrica de los sexos como natural (Rubin, 1986, p.117).

A partir de este sistema, como destacan Maialen Suarez- Errekalde, María Silvestre Cabrera y Raquel Royo Prieto (2018) se evalúan las conductas sexuales de los individuos, clasificándolas como buenas-naturales o malas-anormales, situándose en la cúspide de esta jerarquía a las relaciones heterosexuales, monógamas, procreadoras y maritales, mientras que las personas que no se encuentran en este grupo son marginadas por considerarse anormales, entre ellos se encuentran los homosexuales, travestis, intersexuales, prostitutas, entre otros (p. 4).

Por otro lado, Colette Guillaumin (1978) propone el término “sexaje” para referirse a la relación de apropiación de las mujeres, como si fuesen reducidas al estatus de cosas en los distintos ámbitos de su vida, esto es, en el trabajo, en el matrimonio y en la vida colectiva. Esta apropiación es legitimada por medio del discurso de lo “natural”, mediante el cual se le asigna a la mujer el papel de instrumento de trabajo (p. 43-45). Guillaumin (1978) manifiesta: “La dependencia de los siervos a la tierra parecía en aquel entonces tan

“inevitable”, tan “natural”, debía ser tan poco cuestionada, como la actual dependencia de las mujeres a los hombres” (p. 45).

El sexaje como aporte teórico es relevante en la medida en que, como afirma Ochy Curiel (2013), pone de presente que los sexos y la jerarquía existente entre ellos, corresponde a una ideología que pretende naturalizar la dominación de un grupo de personas sobre otras y que no tiene nada que ver con la naturaleza, bajo la interpretación de esta autora:

La autora (Guillaumin) lo llama *identidad “de sexo”* para referirse a “clase de sexo”, se define por una relación social que es material e histórica entre el género y el sexo. Desde este modo existe una consciencia de que es una relación política, que se puede cambiar y que no tiene absolutamente nada que ver con la biología ni con la naturaleza (p. 113)

Así mismo, Monique Wittig (1992), muestra como la heterosexualidad se basa en un conjunto de creencias dominantes sobre la categoría “sexo” que se presenta como natural y preexistente desde un enfoque:

- a) metafísico, a partir del cual la existencia dos sexos precede cualquier pensamiento y la diferenciación entre ellos tiene consecuencias ontológicas;
- b) científico, de acuerdo con el cual antes que cualquier orden social existen dos sexos diferenciados biológica, hormonal y genéticamente; y,
- c) marxista, que establece una división natural del trabajo en la familia como previa al orden capitalista (p. 25).

De esta forma, Wittig presenta la categoría “sexo” como una forma de esclavitud de las mujeres, que ha sido tomada por natural y de la cual toda la sociedad participa mediante, lo que ella denomina, el “contrato heterosexual” entendido como:

Aquellas reglas y convenciones que nunca han sido formalmente enunciadas, las reglas y convenciones que el pensamiento científico da por supuestas, así como la gente corriente. Reglas que, para ellos, son obvias y hacen posible la vida, exactamente igual que se tienen dos piernas y dos brazos o que respiramos para vivir. (p. 66)

Para esta autora, el contrato heterosexual se basa en la necesidad de la existencia de un “otro” diferente que debe ser dominado y en ese sentido, el concepto de la diferenciación

natural de los sexos “constituye a las mujeres ontológicamente en los otros/diferentes” (p. 53).

Ahora bien, es importante matizar esta afirmación, pues como explica Hernández (2018), para Wittig la naturalización que ocurre a partir de la categoría “sexo” está dirigida únicamente a las mujeres, toda vez que, son ellas quienes son consideradas naturales, mientras que los hombres son seres sociales. Es por esta razón que, de acuerdo con su teoría, el sexo se presenta como una marca de dominación de la cual las mujeres no pueden escapar dentro del régimen de la heterosexualidad (p. 30).

De manera que, únicamente aboliendo el contrato heterosexual y la diferenciación de los sexos en el que este se basa, pueden las mujeres escapar de aquella marca del “sexo” que en última instancia solamente describe un conjunto de relaciones de subordinación respecto de los hombres, “relación que otrora hemos llamado servidumbre, relación que implica obligaciones personales y físicas, tanto como obligaciones económicas (“asignación a residencia”, tediosas tareas domésticas, deber conyugal, producción ilimitada de hijos e hijas, etc.)” (Como se cita en Curiel 2013, p. 55).

Los aportes teóricos de Wittig son tomados por Judith Butler (2007) para explicar la construcción de los que ella denomina, la “matriz heterosexual” o el “imperativo heterosexual”, entendido como el conjunto de discursos a partir de los cuales se hace necesario que exista una coherencia entre sexo, género y deseo, para que la identidad de los individuos sea reconocida y aceptada en la sociedad, en palabras de esta autora:

Utilizo la expresión *matriz heterosexual* a lo largo de todo el texto para designar la rejilla de inteligibilidad cultural a través de la cual se naturalizan cuerpos, géneros y deseos. He partido de la idea de «contrato heterosexual» de Monique Wittig y, en menor grado, de la idea de “heterosexualidad obligatoria” de Adrienne Rich para describir un modelo discursivo/epistémico hegemónico de inteligibilidad de género, el cual da por sentado que para que los cuerpos sean coherentes y tengan sentido debe haber un sexo estable expresado mediante un género estable (masculino expresa hombre, femenino expresa mujer) que se define históricamente y por oposición mediante la práctica obligatoria de la heterosexualidad (p. 292)

Esta matriz se consolida a partir de las categorías sexo y género que obran performativamente, es decir, a partir de la repetición ritualizada de ciertos estereotipos sobre la feminidad y masculinidad que dotan de significado al sujeto, esto es, que

construyen su identidad. Para esta autora, el proceso de repetición se asemeja a la cita de una norma, que no es preexistente en sí misma, sino que existe y ejerce su autoridad a partir de la cita, esto es, del proceso de repetición, así, asumir un sexo binario es una cita a la norma hegemónica sobre el sexo. (Butler, 2002, p. 145-164). De esta forma se construye el sexo y el género, como una dinámica aspiracional en la que el individuo repite una serie de actos, mediante los cuales intenta aproximarse a la norma, reproduciendo de esta forma la hegemonía de la heterosexualidad.

Ahora bien, a lo largo de estos párrafos se ha venido mencionando “sexo” y “género” de forma conjunta, lo cual amerita su explicación:

Para Butler (2007), el “género” no es más que el discurso que pretende mostrar al “sexo” como una categoría preexistente y pre discursiva, en el texto “Género en disputa” afirma que, “quizás esta construcción denominada “sexo” esté tan culturalmente construida como el género; de hecho, quizá siempre fue género, con el resultado de que la distinción entre sexo y género no existe como tal” (p. 55).

En esta idea se encuentra el mérito del aporte teórico de esta autora, porque si bien, como resalta Ochy Curiel (2013), la afirmación del carácter cultural del sexo no es una idea nueva (p. 114), a través de ella sí se ofrece una buena explicación de la fundamentación de la “matriz heterosexual” como se explica a continuación.

Para Butler (2007) el sexo se constituye en la norma que gobierna la materialización del cuerpo, esto es, el discurso que produce el cuerpo y que al mismo tiempo lo referencia, dotando de significado lo humano y lo no humano y determinando la identidad de los sujetos, esto se demuestra claramente en el trato que se da a los cuerpos que no se adaptan a la noción del sexo, de quienes se cuestiona, en última instancia, la posibilidad de su identidad y de su humanidad misma (p. 29).

Bajo esta noción de “sexo” como categoría discursiva, se construye la triada coherente “sexo, género y deseo” que fundamenta la matriz heterosexual. Esto quiere decir que, la condición de posibilidad de la heterosexualidad se encuentra en una oposición binaria, en la que los cuerpos masculino y femenino son vistos como la causa, y el deseo por su opuesto, su consecuencia necesaria, esto quiere decir, en palabras de Butler (2007), que:

La coherencia o unidad interna de cualquier género, ya sea hombre o mujer, necesita una heterosexualidad estable y de oposición. Esa heterosexualidad institucional exige y crea la

univocidad de cada uno de los términos de género que determinan el límite de las posibilidades de los géneros dentro de un sistema de géneros binario y opuesto (p. 80)

Ahora bien, la consolidación de la “matriz heterosexual”, más que un proceso de reafirmación es fundamentalmente un proceso de exclusión, en el que la identidad de los sujetos es moldeada bajo la prohibición y amenaza del castigo que trae consigo la norma (Butler, 2007, p. 105).

Así, los cuerpos abyectos que no logran o se niegan a citar la norma de forma acertada son apartados del estatus de “normalidad”, y no se consideran habilitados para una existencia digna, pero realmente, el repudio de la sociedad hacia estos sujetos es la reafirmación de la heterosexualidad obligatoria, lo que significa que la norma necesita de aquellos a quienes excluye para mantenerse vigente, esto lo explica Butler (2002) de la siguiente forma:

La matriz cultural exige que algunos tipos de “identidades” no puedan “existir”: aquellas en las que el género no es consecuencia del sexo y otras en las que las prácticas del deseo no son “consecuencia” ni del sexo ni del género. (...) En realidad, precisamente porque algunos tipos de “identidades de género” no se adaptan a esas reglas de inteligibilidad cultural, dichas identidades se manifiestan únicamente como defectos en el desarrollo o imposibilidades lógicas desde el interior de ese campo. No obstante, su insistencia y proliferación otorgan grandes oportunidades para mostrar los límites y los propósitos reguladores de ese campo de inteligibilidad y, por tanto, para revelar dentro de los límites mismos de esa matriz de inteligibilidad- otras matrices diferentes y subversivas de desorden de género (Butler, 2002, pp. 72- 73)

El cuerpo intersexual precisamente se encuentra dentro de este margen de exclusión que pone en tela de juicio las creencias básicas sobre el sistema binario del sexo natural, pero que al mismo tiempo es acogido bajo la matriz heterosexual para reafirmar los límites de los cuerpos posibles dentro de ella.

En este punto resulta ilustrativa la historia de Herculine Barbin, este personaje intersexual, descrito por Michel Foucault, que sufre las consecuencias de no encontrar en su cuerpo una manifestación verdadera del sexo binario reglado y que es utilizado por el autor como una forma de criticar el imaginario de univocidad de las características biológicas de los sujetos y el control que es ejercido sobre ellas por los saberes médico y jurídico.

De acuerdo con Butler (2002), este personaje muestra como la matriz heterosexual define a los sujetos intersexuales como excluidos, pero desde su propia lógica, lo que significa que esta produce los cuerpos abyectos que le son útiles para reafirmar la ley hegemónica en toda su grandeza:

Está “fuera” de la ley, pero la ley mantiene este “fuera” dentro de sí misma. En efecto, él-ella representa la ley no como un sujeto titular, sino como un testimonio evidente de la capacidad misteriosa de la ley para originar únicamente las rebeliones que -por fidelidad- seguramente se subyugarán a sí mismas y a aquellos sujetos que, completamente sometidos, no tengan más alternativa que repetir la ley de su génesis (p. 216).

Ahora bien, para algunos autores como Alexis Gros (2016), los planteamientos teóricos de Judith Butler sobre el carácter performativo del sexo y del género pueden ser complementados con el análisis realizado por Beatriz Preciado sobre la *biodrag* (pp. 245-260). Para Preciado, el sexo ostenta un carácter ficticio y las categorías de hombre o mujer, femenino o masculino, no son más que “una ficción somática y política producida por un conjunto de tecnologías de domesticación corporal tanto con medios farmacológicos como con medios audiovisuales” (Preciado, 2002a, p. 125).

De acuerdo con los planteamientos de Preciado (2002b), el cuerpo no puede ser categorizado desde un punto de vista meramente biológico, sino que este se constituye en una tecnología en sí mismo, esto quiere decir que, esta autora se aparta de aquella diferenciación sobre lo natural/ lo tecnológico, pues su planteamiento se basa en que el sexo es tecnología que se convierte en cuerpo (p. 126).

De esta forma, acoge el término “sociedad fármaco-pornográfica” para describir la evolución de las tecnologías que constituyen el sexo. La llegada de tecnologías biomoleculares y digitales permean de forma imperceptible el imaginario de la feminidad y la masculinidad, hasta el punto de que, no existen estos sin la ayuda de pastillas, hormonas y procedimientos quirúrgicos que ofrecen la posibilidad de alcanzar la tan añorada cita del sexo (Preciado, 2008, pp. 66- 67).

En este sentido, Preciado (2008) construye las nociones “tecnocuerpo” y “tecnogénero” para referirse al carácter artificial de la feminidad que obliga a las mujeres a someterse

durante toda su vida a procedimientos estéticos y hormonales, con el único objetivo de lograr el cuerpo que la sociedad de consumo clasifica como aceptable, así:

La tecno-mujer del siglo XXI se convierte en una potencial consumidora de hormonas sintéticas durante casi cincuenta años: a los cincuenta del tratamiento anticonceptivo vienen a sumarse hoy diez o quince años de tratamiento postmenopáusico (...) por “definición, el cuerpo femenino nunca es completamente normal fuera de las técnicas que hacen de él un cuerpo social, es decir, fuera del consumo de preparados hormonales. En otras palabras: las bio-mujeres –esto es, las mujeres supuestamente “naturales”– son, en realidad, “artefactos industriales modernos, tecno-organismos de laboratorio” (p. 147).

Preciado (2002b) afirma que, la primera asignación de sexo hecha al nacer, se convierte en una primera mesa de operaciones abstracta, en la que, dependiendo de la denominación, masculino o femenino, que se le otorga al cuerpo, se aíslan ciertos órganos, se les otorga un carácter público y a otros un carácter sexual, como un desmembramiento simbólico, en el que las partes del cuerpo empiezan a tener cierto significado sexual ante la sociedad (Preciado, 2002b, pp. 103).

Bajo esta idea, Preciado (2002b) muestra las cirugías de asignación de sexo practicadas a niños intersexuales como un caso límite, en donde el cuerpo es sometido a una segunda mesa de operaciones para reafirmar la decisión que ha sido tomada en la primera (p. 104).

Es en este punto que, Preciado (2002b) realiza su mayor crítica a la teoría de la performatividad desarrollada por Judith Butler, pues, ella al categorizar el género como un conjunto de prácticas ritualizadas y de representaciones teatrales que pretenden lograr la mejor cita a la norma hegemónica del sexo, se deja de lado “los procesos corporales y especialmente las transformaciones que suceden en los cuerpos transgénero y transexuales, así como las técnicas de estabilización del género y del sexo que operan en los cuerpos heterosexuales” (p. 75).

Así, esta autora propone la contra -sexualidad, como una forma de análisis y crítica del sistema heterosexual, que se imprime en el cuerpo como una verdad natural, en ese sentido, reconoce los cuerpos como “parlantes”, esto es, como textos capaces de acceder a todas las identidades y lugares de enunciación posibles, en donde ningún rol se encuentra vedado, ni reservado a un grupo de personas con determinadas características

físicas. El propósito de la contra- sexualidad, no es identificar nuevas identidades o nuevos pronombres incluyentes, sino reforzar el poder de los cuerpos considerados desviados para romper con todas aquellas tecnologías que constituyen en sexo binario, mostrando su carácter construido (Preciado, 2002b, pp. 23 – 25).

El carácter complementario de los aportes de Preciado se encuentra en su propósito de destacar el carácter plástico y flexible del sexo, que abre la posibilidad de utilizar una serie de técnicas quirúrgicas y farmacéuticas para lograr encarnar los estereotipos dominantes sobre el cuerpo masculino y femenino. Esto quiere decir que, al proceso performativo de citación de la norma hegemónica anunciado por Butler, Preciado le agrega una dimensión tecnológica, en la que se construyen cuerpos ficticios a partir de técnicas avanzadas para lograr esa tan añorada cita perfecta a la norma. En consecuencia, como afirma Gross (2016), la teoría de Preciado no implica una ruptura con la línea de pensamiento de Butler, sino que complementa la formulación escenográfica del sexo de esta autora (p. 259).

Si bien, dentro de esta teoría, la *biodrag*, hace referencia a la mujer transexual, el análisis realizado por Preciado puede ser aplicado a las cirugías de asignación que son practicadas a las personas intersexuales. Así, estos procedimientos quirúrgicos se presentan como un medio que moldea el cuerpo de los individuos para lograr encajar dentro de la matriz heterosexual, de forma que sus genitales entren dentro del parámetro aceptado del cuerpo posible, y, se reafirme la norma mediante una cita construida de forma artificial.

Esta realidad, así como la realidad trans, muestra, una vez más, el carácter ficticio del sexo y el proceso de reafirmación de la norma binaria a partir de los sujetos que son excluidos de la misma.

Recogiendo los aspectos más relevantes de cada una de estas posturas teóricas se concluye que, en efecto, el “sexo” lejos de ser una categoría a- histórica y a- política, constituye la fuente de grandes relaciones de poder que determinan, no solo la identidad de los individuos, sino la condición de igualdad y dignidad con que se les trata en la sociedad.

Así las cosas, se debe entender que el “sexo” es una categoría en la que materia, tecnología y discurso se entrelazan y se definen mutuamente. Lejos de ser una

característica exclusivamente biológica, el sexo tiene dos dimensiones que se encuentran estrechamente relacionadas: por un lado, se encuentra la dimensión material, esto es, aquella que referencia al cuerpo como tal, con sus características físicas y hormonales, las cuales son construidas bajo un proceso de transformación en el que intervienen diferentes técnicas y tecnologías que producen el estereotipo de feminidad y masculinidad hegemónico; mientras que, por otro lado, varias autoras citadas muestran la dimensión discursiva y política del “sexo” como el entramado de relaciones que se construyen a partir del significado referencial que se le otorga a la corporalidad y define roles sociales, posibilidades de desarrollo personal, deseos y aspiraciones de los individuos sobre los que recae dicho discurso.

Esto quiere decir que, lejos de estar separadas, estas dimensiones tienen serias repercusiones la una sobre la otra, sobre todo en tratándose de cuerpos intersexuales. Butler (2002) sostiene que “el lenguaje y la materialidad están plenamente inmersos uno en el otro, profundamente conectados en su interdependencia, pero nunca plenamente combinados entre sí” (p. 111). Gracias a ello, tiene cabida la afirmación que explica los cuerpos como campos que contienen el discurso, son delineados por este, pero al mismo tiempo son su instancia de transformación (Butler, 2007, p. 58).

Así, en tratándose personas intersexuales, dependiendo de aquellas características físicas que llevan consigo, recae sobre su cuerpo un discurso de exclusión que, como se explicó en líneas anteriores, no tiene otro fin que reforzar la matriz heterosexual, en donde la corporalidad no binaria no encuentra cabida, tratándose de la triada “sexo, género, deseo”.

Pero al mismo tiempo, este discurso sobre el sexo, que puede llegar a ser abstracto, tiene una repercusión directa en la materialidad del cuerpo, pues gracias a este, el intersexual se ve sometido a un conjunto de tecnologías, expresadas en intervenciones quirúrgicas y hormonales que, en términos de Preciado (2008), construyen un “tecno cuerpo”, que pretende transformar la corporalidad para que encarne esa añorada cita a la norma imperativa de la masculinidad y la feminidad de la que habla Butler (2002).

Es en este punto que, ocurre la reafirmación del régimen de heterosexualidad obligatoria del que habla Rich (1989), pues solamente un cuerpo intersexual modificado quirúrgicamente, un “tecno cuerpo”, puede encarnar de forma verdadera los roles de

género que otorgan una posición de dominio y apropiación del hombre sobre la mujer, en términos físicos, políticos, económicos, emocionales, laborales, entre otros.

No obstante, este proceso de construcción del cuerpo sexuado pone de presente la debilidad de aquella noción de feminidad y masculinidad inventada y cuestiona la norma imperativa del sexo.

Ahora bien, la reafirmación del “régimen de heterosexualidad obligatoria” o de la “matriz heterosexual”, mediante la imposición de la realización de intervenciones quirúrgicas a los cuerpos intersexuales que les permitan encajar en el binarismo del sexo/género, en detrimento de su autonomía, constituye el elemento extrajurídico, esto es, la ideología que las sentencias de la Corte Constitucional colombiana han contribuido a reproducir mediante diferentes técnicas discursivas que se analizarán a continuación.

3.2 Caracterización de la ideología presente en las decisiones de la Corte Constitucional

Teniendo en cuenta los elementos jurídicos presentes en las decisiones de la Corte Constitucional, es decir, las subreglas jurisprudenciales analizadas a lo largo del capítulo anterior, se mostrará ahora que, a partir de ellas, la Corte Constitucional, lejos de actuar como un operador jurídico imparcial, aplicador de la norma e interpretador auténtico del espíritu de la constitución, actúa como una institución encargada de formular un discurso, que reproduce ciertos elementos extrajurídicos en su jurisprudencia, a saber, una ideología determinada sobre el sexo como una categoría que ordena la sociedad y los roles e identidades de los sujetos que se ven inmersos en ella.

Así, se acudirá a los planteamientos teóricos de Teun A. Van Dijk (2006), quien define la ideología como el conjunto de creencias primarias compartidas por un grupo determinado, a partir de las cuales se establece lo bueno y lo malo, lo legal y lo ilegal, lo natural y lo antinatural, en palabras de este autor:

En este marco, las ideologías se pueden definir sucintamente como la base de las representaciones sociales compartidas por los miembros de un grupo. Esto significa que las ideologías les permiten a las personas, como miembros de un grupo, organizar la multitud de

creencias sociales acerca de lo que sucede, bueno o malo, correcto o incorrecto, según ellos y actúan en consecuencia (Van Dijk, 2006, p. 21)

En consecuencia, la ideología influye directamente en lo que determinado grupo considera como verdadero o falso, es decir, que este conjunto de creencias ofrece las bases para el desarrollo de cierta argumentación a favor de un *statu quo* considerado incuestionable, así, la ideología, más que una visión particular del mundo es un conjunto de principios que forman la base de las creencias más arraigadas de una sociedad (Van Dijk, 2006, p. 21).

Para este autor, no es necesario suponer que, como hace la corriente marxista, que las ideologías *per se* son falsas, simplemente, se refieren al conjunto de representaciones mentales que determinan las creencias de los individuos y las actitudes que asumirán ante una u otra situación social (Van Dijk, 1996, p. 19).

Ahora bien, para Van Dijk (2006) es importante analizar la forma en que la ideología es presentada ante los miembros del grupo y ante aquellos quienes no lo son, en ese sentido, resalta que, las ideologías siempre tienen que ver con aquellas ideas que los grupos consideran parte del orden moral y social establecido, esto quiere decir que, son parte de ella, aquellas creencias que se presentan como naturales e irrefutables y que resultan totalmente defendibles.

En resumen, los contenidos de las ideologías del grupo son propios de lo que para cada grupo es el orden moral y social preferido, ya sea que ese orden sea considerado justo o injusto. (...) el papel social fundamental de la imagen positiva de sí mismos de la mayoría de los grupos implica habitualmente que los grupos desarrollan una ideología que ellos ven como éticamente buena o defendible (Van Dijk, 2006, p.99).

Así se estructura un esquema de representación de nosotros versus ellos, siendo estos últimos, quienes no comparten o quienes amenazan las ideas que desde el grupo se defienden incuestionablemente.

A partir de ello, se debe entender que el emisor de cierta ideología siempre va a justificar la misma basándose en los principios más arraigados del grupo, que esencialmente son compartidos por todos, y que, por la misma razón, son utilizados para mostrar como totalmente defendible y necesaria, la exclusión de quienes amenazan el orden establecido.

Al respecto, por ejemplo, Michel Lazar (2010), muestra al género como una ideología que estructura las practicas e instituciones sociales, dividiendo a las personas en dos clases

jerárquicas, a partir de las cuales las relaciones de dominación entre hombres y mujeres son presentadas como naturales y necesarias mediante una recreación ideológica constante, inmersa en discursos cotidianos que logran pasar desapercibidos en el análisis de las ciencias (pp. 151 – 164).

De una forma similar es representada la ideología referida al sexo como naturalmente binario en las sentencias de la Corte Constitucional que, como se mostrará a continuación, son el vehículo mediante el cual se presenta esta creencia como un pilar básico de la organización social humana, de modo que cualquier cuerpo que se atreva a ponerlo en tela de juicio, no merece ser tratado sino como un error de la naturaleza o como portador de una patología merecedora de corrección quirúrgica urgente.

Pero esta ideología no es emitida por la Corte Constitucional de forma directa, pues esta corporación parte de aquellas creencias primarias de la sociedad para realizar ciertas afirmaciones que terminan por anular la autonomía de las personas intersexuales, aunque ello no se muestra con un propósito explícito de discriminación o exclusión, sino más bien, como un mecanismo necesario para conservar el orden natural del sexo y la sociedad colombiana.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el discurso se presenta como un vehículo mediante el cual se reproduce la ideología de forma indirecta, su estudio debe centrarse, más que en la estructura gramatical, en el análisis de aquellas ideas que se exponen como obvias bajo un criterio de verdad implícito (Van Dijk, 2006 pp.243- 246) , es por ello que el Análisis Crítico del Discurso presta una especial atención al contexto en el que se produce el discurso, esto es, al conjunto de todos los elementos intervinientes en una situación social que determinan el contenido del discurso que es emitido y la forma en que el mismo es interpretado por quienes lo reciben (Van Dijk, 2011, pp. 18-21).

Dentro del contexto son analizados detalles como, los sujetos intervinientes, la estructura del discurso, el énfasis que se le da a algunos enunciados, el significado que se da a las palabras clave, la forma en que son descritos los sujetos, la forma en que el emisor del discurso se define a sí mismo y se otorga cierta legitimidad o el móvil con el que pretende emitir sus ideas.

3.2.1 Técnicas discursivas de la Corte Constitucional

Ahora bien, a partir del discurso emitido mediante las sentencias de la Corte Constitucional analizadas en el acápite anterior, se puede advertir la reproducción de una ideología que pretende, bajo un velo de neutralidad, consolidar la hegemonía de la heterosexualidad como norma imperativa, mediante la naturalización de la existencia de únicamente dos sexos diferenciados, presentados como la causa primaria del deseo heterosexual, que se constituye en su única consecuencia posible.

Así, la Corte Constitucional se representa a sí misma como la institución garante de que el menor intersexual tenga la posibilidad de desarrollar un proyecto de vida dentro de los estándares calificados como normales, presentando de esta forma, la realización de intervenciones quirúrgicas a temprana edad como el único medio para preservar el orden hegemónico del sexo, en medio del cual el menor debe moldear su cuerpo de acuerdo al binarismo aceptado, para poder tener un desarrollo psicológico y social normal, lejos de la discriminación e intenso sufrimiento que implica su ambigüedad genital.

Atendiendo a ello, a continuación se analizará el contexto mediante el cual se reproduce esta ideología, tomando como puntos de referencia, la forma en que la Corte Constitucional legitima su posición jurídica y el móvil con el que pretende enunciar su interpretación, además, se mostrará la manera en que se representa a las personas intersexuales en estas sentencias y el significado que se le otorga a ello, así mismo, se analizará la estructura de las sentencias, esto es, la forma en que son presentados los argumentos de los intervinientes y por último, se analizará el contenido ideológico implícito en el desarrollo del principio de autonomía y libre desarrollo de la personalidad del menor intersexual.

a) Legitimación y móvil

La legitimación se presenta como el acto de defenderse a sí mismo y de mostrar buenas razones o un móvil admisible para justificar el razonamiento que se está exponiendo, en el caso de instituciones, estas encuentran su legitimidad en la medida en que respetan o dicen respetar normas y valores universales (Van Dijk, 2006, p. 318- 319).

En este caso, como primera medida se debe tener en cuenta el rol que cumple la Corte Constitucional en el sistema jurídico colombiano, pues esta, como institución de cierre de la jurisdicción constitucional, es el único órgano autorizado para interpretar oficialmente la

Carta Política, es decir, es la última instancia de decisión bajo estándares de imparcialidad, participación y observancia de los principios y valores del estado social de derecho.

Bajo esta idea, esta Corte ya cuenta con un alto grado de legitimidad a la hora de emitir sus decisiones. No obstante, en medio de su argumentación, se cuida constantemente de justificar, bajo el móvil de garantismo, cada una de sus providencias.

De forma concreta, la Corte Constitucional a lo largo de la línea jurisprudencial desarrollada en el capítulo anterior, se legitima de dos formas:

En primer lugar, se otorga un carácter de imparcialidad al analizar cada uno de los distintos argumentos bajo los que se puede garantizar los derechos de los menores intersexuales, así, por ejemplo, en la sentencia SU 337 de 1999, la Corte se esfuerza por indagar distintas posiciones médicas que explican la intersexualidad y brindan diferentes posturas respecto de la urgencia de las intervenciones quirúrgicas de asignación de sexo.

Se puede ver que en esta sentencia intervienen por lo menos 10 especialistas e instituciones médicas, entre los que se encuentran Cheryl Chase, directora ejecutiva de ISNA (Intersex Society of North America).

Sin embargo, a lo largo de la sentencia este Alto Tribunal Constitucional se muestra ambivalente ante los argumentos que abogan por la necesidad de una intervención quirúrgica a temprana edad y los que la cuestionan, afirmando que en última instancia el escenario judicial no es el apropiado para tomar una decisión sobre el tema, razón por la cual no se puede pronunciar sobre la obligatoriedad o la prohibición de hacer las cirugías de asignación de sexo en niños:

Ahora bien, es indudable que, conforme a las actuales investigaciones académicas sobre la intersexualidad, **la Corte no puede, ni le corresponde, establecer si la cirugía a temprana edad de la menor NN, es o no benéfica, por ende tampoco podemos decir que sea dañina**, como parecen sugerirlo algunas de las críticas más radicales a estos tratamientos. (Corte Constitucional, sentencia SU 337 de 1999).

A pesar de ello, en última instancia, de forma implícita, acoge la postura que defiende la necesidad de realizar la asignación de sexo binario al menor de forma temprana, al afirmar que dejar al niño sin un sexo definido implicaría atentar contra su desarrollo psicológico y social sometiéndolo a una discriminación innecesaria, razón por la cual se considera que son los padres los llamados a tomar la decisión sobre la urgencia o no de las cirugías:

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.**

(...)

Por consiguiente, en el presente caso, como no está totalmente probado que los tratamientos a los menores intersexuales sean siempre dañinos e innecesarios, la duda debe ser resuelta en favor de la privacidad hogareña. (...) corresponde a los padres decidir si autorizan o no las cirugías tempranas destinadas a modelar la apariencia de los genitales de sus hijos, en la mayoría de los casos (Corte Constitucional, sentencia SU 337 de 1999).

Como se puede ver, la Corte en un primer momento se legitima, mostrándose imparcial y objetiva al evaluar todas las posturas relacionadas con la urgencia de realización de las cirugías de asignación de sexo en niños intersexuales, pero de manera implícita toma partido por solamente una de las posturas, esta es, la que afirma que las cirugías deben hacerse lo más pronto posible para evitar traumatismos en el desarrollo social del menor.

Este esquema de legitimación también se encuentra en la sentencia T- 622 de 2014, en donde se presentan los debates actuales sobre el reconocimiento de los estados intersexuales y se muestran las posturas de organismos internacionales como el Consejo de Ética Alemán y el Informe del 1 de febrero de 2013 del Relator Especial para las Naciones Unidas sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, que cuestiona de forma explícita la realización de intervenciones quirúrgicas a niños intersexuales sin su consentimiento y reafirman la necesidad de que sean exclusivamente ellos quienes presten el consentimiento informado a una edad adecuada, argumentando que no está demostrado bajo estudios serios que la persona intersexual que no es intervenida quirúrgicamente sufra traumas psicológicos.

A pesar de ello, como ya se explicó, esta sentencia privilegia la figura del consentimiento asistido, a partir del cual la voluntad del niño intersexual debe coincidir con el de sus padres y con el concepto médico, lo que limita la esfera de autonomía concedida a la persona, bajo el supuesto de que es urgente la realización de cirugías a una temprana edad para evitar supuestos traumatismos en el desarrollo psicológico del niño.

Ello demuestra que, la Corte Constitucional emite sus sentencias bajo la creencia de que la intersexualidad representa un problema físico que debe ser corregido lo más pronto posible, so pena de que el menor no pueda desarrollar su proyecto de vida de una forma normal, en un contexto social donde impera el sistema de sexo/género binario y la heterosexualidad como única forma aceptable de vida.

Esta creencia es reafirmada a lo largo de la línea jurisprudencial, toda vez que, como se señaló en el acápite anterior, en ningún caso, donde se privilegió el consentimiento informado de los padres, ya fuese llamado sustituto o asistido, se evaluó si realmente la condición de intersexualidad ponía en riesgo la salud y la integridad física del menor, es decir, que en todos los casos se determinó que la intersexualidad *per se* es un problema físico que pone en peligro la formación social y psicológica de la persona.

Ahora bien, el segundo mecanismo mediante el cual este Alto Tribunal se otorga legitimidad es dando a entender que el móvil de su interpretación no es otro que, una preocupación por la plena garantía del derecho al libre desarrollo de la personalidad, la autonomía del menor y la protección a la intimidad familiar.

A partir de ello, se desarrolla un esquema argumentativo que asegura que la postergación de las cirugías de asignación de sexo implicaría someter al niño de forma injustificada a una lucha para obtener aceptación en la sociedad y no solo ello, sino que esto afectaría su desarrollo como una persona normal.

Este esquema se puede observar por ejemplo en la sentencia T- 1025 de 2002, en donde se afirma que aún el niño habiendo superado el umbral de cinco años, considerado por la jurisprudencia como la edad propicia para que el menor pueda tomar la determinación sobre su sexo, la intervención quirúrgica debe realizarse lo más pronto posible, pues de otra forma se pondría en riesgo el desarrollo psicosocial del niño:

La doctrina médica considera que si la identificación genérica del hombre comienza entre los 2 y 4 años de edad, es fundamental proceder a la práctica de asignación de sexo lo más pronto posible, precisamente, para evitar las cargas psicosexuales y sociales que puedan afectar al menor. **Con todo, por el hecho de superar ese umbral crítico, no pierde trascendencia la pronta realización de dicha operación ya que, como se ha expuesto, la identidad sexual permite garantizar la eficacia de los derechos fundamentales** a la identidad personal y al libre desarrollo de la personalidad, a través de la consolidación de una opción sexual de vida (Corte Constitucional, sentencia T- 1025 de 2002).

Así mismo, en la sentencia T – 1021 de 2003 se afirma que los procedimientos quirúrgicos de asignación de sexo constituyen una garantía a favor del menor para que pueda vivir una vida digna, con un adecuado desarrollo sexual en la sociedad, partiendo de la idea de que esto sería imposible en un estado de intersexualidad:

El principio de beneficencia, esté rodeada de las más altas garantías, circunstancia que exige no sólo las debidas previsiones en la cualificación del consentimiento sustituto, sino el suministro de las condiciones médicas necesarias (grupos interdisciplinarios de profesionales de la salud y otras ciencias, apoyo terapéutico al menor y su familia) **para que el tratamiento sea biológicamente exitoso y permita el desarrollo psicológico adecuado del niño, a fin que llegue a la edad adulta con la posibilidad de vivir con dignidad, esto es, en un marco que posibilite el ejercicio pleno de sus derechos constitucionales, en especial la autonomía, la identidad sexual y el libre desarrollo de la personalidad** (Corte Constitucional, sentencia T 1021 de 2003).

Como se puede ver, para la Corte Constitucional es obvio e incuestionable que una persona no puede desarrollarse de forma adecuada y en condiciones dignas dentro de la sociedad, si no tiene un sexo definido desde temprana edad, es decir que, la identidad sexual y el libre desarrollo de la personalidad de la persona intersexual solo serán garantizados en la medida en que se le asigne un sexo binario quirúrgicamente, pues de ello depende su proyección de vida.

La Corte Constitucional muestra su razonamiento, como garantista de los derechos del niño, pues de otro modo, si se les dejara vivir sin un sexo asignado, ellos se verían obligados a llevar una vida desprovista de derechos.

En este punto, se puede ver la forma en que obra la performatividad en la construcción binaria del sexo, en los términos de Judith Butler (2002), pues como se enunció en páginas anteriores, esta construcción opera también en términos de prohibición, exclusión y amenaza, en ese sentido, mediante la advertencia de que el niño intersexual nunca podrá desarrollar un proyecto de vida normal, se presagia un castigo para aquel que rompa con el binarismo natural del sistema sexo/género, pero al mismo tiempo, se logra la reafirmación del mismo mediante la utilización de técnicas quirúrgicas, que como afirma Preciado (2008), pasan a construir de forma artificial el modelo de cuerpo aceptado por la sociedad de fármaco- pornográfica.

Pero la Corte no solo se preocupa por el derecho a la identidad sexual y al libre desarrollo de la personalidad de los niños intersexuales, sino que también aboga por proteger su derecho a “ser amados por sus padres”. Esto se evidencia en la sentencia SU 337 de 1999, en donde se afirma que la postergación de las cirugías de asignación de sexo podría afectar el amor que los padres sienten por sus hijos intersexuales, por ser defectuosos:

Estas situaciones son obviamente extremas y deben ser sancionadas, pero ilustran el otro riesgo, que no es tan inusual, y es el siguiente: **la prohibición de las cirugías puede privar a los niños del afecto de sus padres, ya que los progenitores tenderían a pensar que una decisión judicial les legó niños defectuosos.** (...) Es cierto que la cirugía temprana no es absolutamente necesaria pues, como dice la pediatra Justine Schoberg, “ las cirugías tranquilizan a los padres y a los médicos, pero el apoyo psicológico también tranquiliza a las personas, y no es irreversible”. **Sin embargo, la prohibición absoluta de esas intervenciones médicas corre el riesgo de erosionar el afecto de los padres por sus hijos** (Corte Constitucional, sentencia SU 337 de 1999).

En efecto, para la Corte la persona sin un sexo binario definido se encuentra tan lejos de los estándares sociales permitidos, que incluso asegura que ello, puede llegar a provocar que sus padres no sientan afecto por ellos. Bajo este escenario, la única forma de salvar a los niños del desprecio de sus padres es asignándoles un sexo binario de forma temprana.

Y la protección no termina en este punto. Este Alto Tribunal también se muestra protector de los derechos de los padres, pues asegura que el consentimiento informado sustituto debe cumplir el requisito de la reiteración, pero esta reiteración debe realizarse teniendo en cuenta el tiempo que le toma los padres reponerse del “duelo” que supone enfrentar la realidad de tener un hijo intersexual. Así se afirma en la sentencia T- 551 de 1999.

En ese mismo orden de ideas, si el consentimiento debe ser persistente, (...). Ahora bien, en este aspecto existe una tensión evidente, pues los protocolos actuales recomiendan que las cirugías se realicen lo más rápido posible, y en todo caso antes de los dos años, a fin de permitir una identificación de género sólida del menor. Por el contrario, **el choque emocional por el que atraviesan los padres sugiere que el permiso para la cirugía sea postergado por un tiempo largo, a fin de que los progenitores superen su sentimiento de duelo antes de decidir.** En efecto, como ya se señaló en esta providencia y en la sentencia SU-337 de 1999, **los padres suelen pasar por una etapa de duelo cuando saben que su hijo es hermafrodita**, es necesario que transcurra un tiempo razonable entre el diagnóstico y el perfeccionamiento del consentimiento paterno (Corte Constitucional, T- 551 de 1999).

En suma, a partir de los extractos jurisprudenciales analizados se puede evidenciar como la Corte Constitucional legitima su interpretación constitucional, mostrándose como un tribunal imparcial que analiza todas las posturas existentes sobre la materia y que lo único que busca es la garantía de los derechos de los menores intersexuales y de sus padres, de forma que, aunque existen numerosos cuestionamientos a la realización de cirugías de asignación de sexo a temprana edad, la medida más garantista para proteger el desarrollo del menor es permitir que estas se realicen lo más pronto posible, pero no solo ello, sino que lo más prudente es que quienes presten el consentimiento sean los padres y el equipo médico que, “en última instancia son quienes conocen que es lo mejor para el niño”.

Bajo este velo de legitimidad la Corte Constitucional consolida la creencia de que el sexo debe ser naturalmente binario y refuerza la ideología de la heterosexualidad como norma imperativa, pues reafirma la obligación del sujeto de recrear, bajo técnicas quirúrgicas y hormonales, aquel performance del sexo, en el que solamente existen hombre y mujer como causa de la única consecuencia natural, esto es, el deseo por el sexo opuesto.

Además de ello, se debe tener en cuenta que, como se explicó en líneas anteriores, la Corte Constitucional no es cualquier actor, sino que es el Tribunal Supremo Constitucional, es decir, el órgano que dicta la verdad en materia de derechos y a partir del cual se configura la protección de los menores intersexuales en los juzgados del resto del país.

b) Representación de las personas intersexuales

De acuerdo con la teoría de Van Dijk (2006), dado que las ideologías corresponden a representaciones cognitivas de los hablantes sobre el orden natural del mundo, es decisivo para su estudio, analizar la forma en que los emisores del discurso se representan a sí mismos y a los “otros”, es decir a los grupos sobre los cuales recae su discurso (p. 94).

Como se analizó en párrafos anteriores, la Corte Constitucional se representa a sí misma como una institución garante de los derechos de los intersexuales, y a partir de ello, representa a este grupo, sobre el que recae su discurso, como un conjunto de personas enfermas, víctimas de un gran padecimiento, que sufren y necesitan de la mano protectora de la constitución.

Esto se puede evidenciar mediante el análisis de las palabras que la Corte elige para referirse a las personas intersexuales. En primer lugar, en muchas sentencias se les llama hermafroditas como se ha podido observar en algunos de los apartes transcritos

anteriormente, sin importar el carácter peyorativo de esta expresión y, en segundo lugar, siempre se refiere a ellos como personas que padecen de un problema físico que les ocasiona un sufrimiento intenso, sin contar con que en algunas sentencias también se les llama “personas defectuosas”.

Por ejemplo, en la sentencia T 551 de 1999 la Corte asegura que la ambigüedad genital provoca sufrimientos intensos a la persona:

La Corte comenzó por reconocer la complejidad del tema, **pues no sólo la ambigüedad genital puede provocar sufrimientos intensos**, sino que estos casos implican una tensión muy fuerte entre múltiples principios constitucionales (Corte Constitucional, sentencia T- 551 de 1999)

Igualmente, en la sentencia T-1025 de 2002 se afirma que, las intervenciones quirúrgicas realizadas a las personas intersexuales son necesarias en la medida en que tienen el objetivo de curar una patología, es decir una enfermedad.

Para concluir, es preciso reconocer que la intervención médica en tratándose de estados 'intersexuales' o 'hermafroditismo' **no sólo pretende aliviar o curar una determinada patología**, sino que persigue el logro de un objetivo Superior, consistente en concretar un aspecto determinante de la naturaleza humana, esto es, la identidad sexual de la persona (Corte Constitucional, sentencia T- 1025 de 2002)

Así mismo, en la sentencia T-662 de 2014 se habla de “Pablo”, la persona intersexual a la que se le están protegiendo sus derechos, como víctima de un padecimiento que necesita atención prioritaria y psicológica del equipo médico que lo está tratando:

En segundo lugar, puede concluirse que a Pablo no se le ha prestado una **atención prioritaria adecuada a su padecimiento**. (Corte Constitucional, sentencia T- 662 de 2014)

Por último, en la sentencia SU-337 de 1999, que es considerada la sentencia más importante en materia de protección de derechos de las personas intersexuales, por fundar la línea de “protección a su autonomía”, se refiere a ellos como niños defectuosos.

La prohibición de las cirugías puede privar a los niños del afecto de sus padres, ya que los progenitores tenderían a pensar que una decisión judicial **les legó niños defectuosos** (Corte Constitucional, sentencia SU- 337 de 1999).

Como se puede ver, la Corte refuerza su papel de institución garante de derechos, mediante la representación de las personas intersexuales como enfermos, que necesitan

ser tratados y que, sobre todo, necesitan ser salvados de la ambigüedad que presentan sus cuerpos.

De esta forma, se consolida el discurso que representa a las personas intersexuales como errores de la naturaleza, enfermos y anormales que necesitan que sus cuerpos sean adecuados a la norma binaria del sexo, pero ello se muestra, no como una imposición, sino como un gesto de benevolencia que el juez constitucional tiene con ellos, pues de otra forma estarían sujetos a padecimientos y horribles sufrimientos producidos por su condición física.

En este punto, encuentra sentido la afirmación de Fausto-Sterling (1994) sobre el sentido humanitario que se le otorga a la asignación quirúrgica de sexo, a partir de lo cual subyacen ideas naturalizadas e irrefutables: “primero, que debería haber sólo dos sexos; segundo, que sólo la heterosexualidad era normal; y tercero, que ciertos roles de género definían al varón y la mujer psicológicamente saludables” (p. 63).

c) Estructura del discurso: sentencias de tutela

Ahora bien, las sentencias de tutela que han sido analizadas presentan una determinada estructura discursiva a partir de la cual se reproduce la ideología de la heterosexualidad como norma imperativa que naturaliza la existencia de un sistema binario del sexo. En efecto, el análisis crítico del discurso busca definir la estructura de coherencia global y local del texto, a partir de la cual se enfatiza o no en la información presentada, o se le da cierto carácter de importancia o confiabilidad, dependiendo del propósito del emisor (Van Dijk, 2006, p. 260- 261).

Bajo este entendido, la Corte Constitucional presenta a los intervinientes de forma diferenciada, dependiendo de los propósitos de su argumentación. Así, en las sentencias en las que la corporación se toma el trabajo de mostrar posturas opuestas respecto de la necesidad de la intervención quirúrgica temprana en menores intersexuales, lo hace de modo tal que, siempre se le otorga más peso a aquellos intervinientes que abogan por la intervención temprana.

Esto se puede ver por ejemplo en la sentencia SU 337 de 1999, en donde la Corte invierte más espacio para mostrar las distintas posturas médicas relacionadas con la intersexualidad, como se mencionó anteriormente, en este caso intervienen por lo menos

10 especialistas e instituciones médicas, entre los que se encuentran Cheryl Chase, directora ejecutiva de ISNA (Intersex Society of North America).

Sin embargo, la forma en que se presenta una y otra postura es distinta, pues la Corte hace un mayor énfasis en los argumentos que apoyan la intervención quirúrgica temprana, ello lo demuestran, por ejemplo, el número de intervinientes que representan esta corriente y la cantidad de espacio que se le otorga a cada intervención.

De los 10 grupos de intervinientes presentados, solamente tres de ellos cuestionan la realización de cirugías de asignación de sexo a una temprana edad, pero en todo caso afirman que es necesario que se hagan -Milton Diamond doctor e investigador de la Universidad de Hawaii, Justine Schoberg pediatra uróloga del “Hamot Medical Center” de Pennsylvania y Cheryl Chase, directora ejecutiva de ISNA-, mientras que los demás resaltan la importancia de que estas se hagan pero con el adecuado consentimiento de los pacientes.

Posteriormente, en la parte considerativa de la sentencia la Corte sigue poniendo en discusión todas las posturas, pero bajo un pequeño matiz:

En un primer momento se enuncian las “*Pruebas adelantadas por la Sala de Revisión Séptima de la Corte Constitucional*” como un apartado independiente, en el que se resalta el carácter científico y técnico del cuestionario enviado a la Academia Nacional de Medicina y a las facultades de medicina de las universidades Nacional, del Rosario y Javeriana, a partir del cual se recolectaron las posturas médicas. Es importante resaltar que en este apartado no se resaltan argumentos que nieguen de forma definitiva la necesidad de la intervención quirúrgica a niños intersexuales. Estas tendencias alternativas son tratadas en un apartado diferente llamado “*Tensiones éticas y jurídicas suscitadas por los tratamientos médicos*”.

Nótese entonces como a las tesis que critican y tachan la necesidad de las intervenciones quirúrgicas no son presentadas como evidencia científica y técnica, sino que, desde el subtítulo en que son introducidas en la sentencia, simplemente se les cataloga como críticas jurídicas y éticas quitándole énfasis al carácter médico y científico que estas también tienen.

Ello representa una estrategia argumentativa de énfasis, a partir de la cual, se pretende otorgar un mayor peso a los argumentos a favor de las intervenciones quirúrgicas resaltando su carácter científico, mientras que a las posturas en contra se les despoja del

mismo status, resaltando que en última instancia la ciencia considera que la mejor alternativa es asignar un sexo binario al menor intersexual para asegurar su bienestar físico y restando énfasis a las consideraciones que, desde la misma medicina, cuestionan este paradigma.

Así mismo, resulta importante analizar que paso seguido a mostrar las posturas que están en contra de la realización de cirugías a los menores intersexuales se desarrolla un acápite de "*Respuesta a las críticas*", en donde se le da la oportunidad a la primera corriente de salvar su posición, reforzando la argumentación presentada en el primer acápite y mostrando los puntos de quiebre de los críticos, de quienes se afirma encontrarse desactualizados de los últimos avances médicos en las cirugías de asignación de sexo, que hoy por hoy, brindan un mayor grado de efectividad y prestan una mejor observancia de los derechos de los menores intersexuales.

Como se puede ver, si bien la Corte se muestra imparcial al esbozar todas las posturas existentes alrededor del tema, lo hace de una forma estratégica, pues le da mayor fuerza a aquellos argumentos que recomiendan la intervención quirúrgica temprana, resaltando su carácter científico y mostrando su respuesta ante las posturas críticas, lo que en última instancia termina por descalificarlas y restarles peso argumentativo.

Si esta corporación realmente quisiera ser imparcial debió también confrontar a las posturas críticas con aquellas que les descalificaban mostrándolas como desactualizadas de los últimos avances en procedimientos médicos. Pero realmente a la Corte no le interesa ser imparcial sino reforzar una creencia incuestionable, esta es, la de la existencia de únicamente dos sexos diferenciables, a partir del cual se legitima la dominación de los hombres sobre las mujeres como algo natural y se niega cualquier posibilidad de desarrollo sexual disidente (Witting, 1992).

Por último, es importante analizar a aquellos que no intervienen, esto es, a las mismas personas intersexuales sobre las que se está decidiendo sus derechos en el escenario judicial.

Solamente en dos de las sentencias analizadas, esto es, la T- 1025 de 2002 y en la T- 662 de 2014, se introduce la intervención del menor intersexual en el análisis del caso, pero ello no se hace para darle más prevalencia a su autonomía y a los deseos que el menor manifiesta en su intervención, sino que lejos de tomarlos en cuenta, en estos casos la Corte,

como ya se analizó, da preponderancia a la figura de “consentimiento asistido” y resalta la necesidad de que la voluntad del menor se encuentre en concordancia con el concepto emitido por el cuerpo médico.

Ahora bien, en los casos restantes no es escuchado el menor, o por lo menos no de forma directa, sino mediado por los análisis psicológicos ordenados por la Corte, lo que resulta interesante, pues se somete a discusión el futuro de una persona que no es tomada en cuenta y se toman decisiones sobre el sexo de alguien que se encuentra ajeno al debate, mostrando que en última instancia a este Alto Tribunal Constitucional no le interesa garantizar la autonomía de los menores, sino reforzar el *statu quo* del sexo binario sin el cual, dicta la creencia, nadie puede desarrollar su proyecto de vida de forma plena.

d) Contenido de los principios de autonomía y libre desarrollo de la personalidad

Como se ha señalado, la Corte Constitucional pretende proteger los derechos a la autonomía y libre desarrollo de la personalidad de los menores intersexuales y con este objetivo es que desarrolla toda su argumentación de las sentencias analizadas, sin embargo, vale la pena preguntarse cuál es el contenido que se les da a estos derechos, pues en última instancia este Alto Tribunal Constitucional, como se mostró, privilegia el consentimiento de los padres y el beneplácito médico.

- Principio de Autonomía

A lo largo del análisis jurisprudencial realizado y de las subreglas desarrolladas, se pudo observar que de forma explícita la Corte Constitucional enuncia la tensión existente entre el principio de autonomía de los menores intersexuales, según el cual ellos son los únicos llamados a tomar decisiones sobre su cuerpo, y el principio de beneficencia médico, según el cual el cuerpo médico debe velar por que las personas tengan el tratamiento que más les conviene para no poner en peligro sus vidas, ni su integridad física.

En efecto, una visión en que prime la corriente autonomista aboga para que los procedimientos médicos sean postergados hasta tanto el menor adquiera el grado de autodeterminación suficiente para consentir por sí solo sobre la conveniencia o no del tratamiento. De otro lado, una perspectiva que privilegia el principio de beneficencia permite que los padres emitan el consentimiento sustituto para la intervención médica. (Corte Constitucional, sentencia T 1025 de 2002).

Bajo este entendido, desde la sentencia SU 337 de 1999, la Corte crea una subregla jurisprudencial que determina que, antes de que el menor cumpla los cinco años, se debe dar prevalencia al principio de beneficencia, permitiendo que los padres del niño intersexual presten un consentimiento sustituto para las intervenciones quirúrgicas que se le deben practicar, mientras que a partir de esta edad, debe ser el menor quien preste su consentimiento de forma libre e informada, dándole prevalencia al principio de autonomía.

Con esta subregla, se pretende establecer como requisito del principio de autonomía, el nivel de madurez del niño, pues siendo muy pequeño no contaría con las condiciones psicológicas adecuadas para decidir sobre la realización de una cirugía que, en todo caso, se presenta como urgente e inaplazable.

Sin embargo, como se mostró en páginas anteriores, la Corte Constitucional en ningún caso da prevalencia al consentimiento del menor, contradiciendo su primera subregla jurisprudencial, sino que acude a nuevas figuras para que, en los casos de niños mayores de cinco años, el consentimiento de ellos no sea suficiente, sino que se encuentre supeditado al de los padres y al concepto médico.

Así las cosas, se puede concluir que, en los casos de intervenciones quirúrgicas realizadas a menores intersexuales, la Corte Constitucional nunca ha protegido el derecho de autonomía del menor, pues, por un lado, al supeditarlo a un requisito de madurez, permite que sean los padres del niño quienes tomen decisiones sobre su cuerpo y, por otro lado, se vale de figuras como el “consentimiento asistido” para restarle importancia a la voluntad expresa de la persona intersexual.

De esta forma, se da un vaciamiento del contenido del principio de autonomía en las sentencias de la Corte Constitucional, pues realmente nunca se permite que sea el niño quien manifieste su voluntad de forma libre y decida el destino que le quiere dar a su cuerpo.

- **Derecho al libre desarrollo de la personalidad**

En cuanto al derecho al libre desarrollo de la personalidad, la Corte resalta la estrecha conexión existente entre este y la definición de una identidad sexual por parte de los individuos:

El derecho al libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16), se desprende un verdadero derecho a la identidad personal, que, en estrecha relación con la autonomía, identifica a la

persona como un ser que se autodetermina, se auto posee, se autogobierna, es decir que es dueña de sí misma, de sus actos y de su entorno. Igualmente, **esta Corporación tiene bien establecido que uno de los elementos esenciales de cualquier plan de vida y de nuestra individualización como una persona singular es precisamente la identidad de género, esto es, el sentimiento de pertenecer a un determinado sexo** (Corte Constitucional, sentencia SU- 337 de 1999).

Se puede encontrar en el extracto transcrito la definición explícita del contenido ideológico que la Corte Constitucional le atribuye al derecho del desarrollo libre de la personalidad de las personas intersexuales, pues lo relaciona directamente con la asignación de un sexo definido, pero, únicamente se está hablando de un sexo binario, masculino o femenino, pues estas son las posibilidades naturales que la ideología implícita de la Corte está dispuesta a aceptar.

Muestra de ello, es que la Corte establece una suerte de exclusión, es decir, de frontera, en los términos de Butler (2002), que delimita los cuerpos que pueden gozar de un desarrollo libre de su proyecto de vida en la sociedad y los que no. Esto lo hace mediante la repetitiva afirmación de que una persona intersexual nunca podrá ser plena en la sociedad, sino que siempre se verá enfrentada a discriminaciones.

Así, por ejemplo, en la sentencia SU 337 de 1999, se afirma que dejar al niño en situación de ambigüedad genital lo sometería a la intolerancia social y discriminación por no ser “normal”:

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 (Corte Constitucional, sentencia SU 337 de 1999).

Igualmente, en la sentencia T 1025 de 2002, la Corte establece que en todo caso las cirugías deben hacerse lo más pronto posible, pues es la única forma de garantizar que él tenga un adecuado desarrollo dentro de la sociedad.

Con todo, **por el hecho de superar ese umbral crítico, no pierde trascendencia la pronta realización de dicha operación ya que, como se ha expuesto, la identidad sexual permite garantizar la eficacia de los derechos fundamentales a la identidad personal y al libre**

desarrollo de la personalidad, a través de la consolidación de una opción sexual de vida

(Corte Constitucional, sentencia T 1025 de 2002).

Con estas afirmaciones, la Corte Constitucional da a entender que, el único medio idóneo para garantizar que las personas intersexuales realmente puedan gozar de su derecho al libre desarrollo de su personalidad, es la asignación de un sexo binario mediante intervención quirúrgica, pues de otro modo sería imposible asegurar que podrán tener un proyecto de vida pleno bajo un cuerpo indefinido. Así, se manifiesta el carácter plástico del sexo, abogando por la construcción de “tecnocuerpos” que reproduzcan el estereotipo de feminidad y masculinidad que la sociedad de consumo califica como aceptables (Preciado, 2008).

En suma, la Corte Constitucional atribuye al derecho del desarrollo libre de la personalidad de las personas intersexuales, un carácter limitado, pues sostiene que solamente pueden gozar de este, en la medida en que sus cuerpos correspondan a uno de los dos sexos considerados como naturales dentro de la sociedad, toda vez que, esta es la única manera en que se puede desarrollar un proyecto de vida que se adecue a las exigencias de la matriz heterosexual, de acuerdo con la cual, cada sexo asume un rol complementario y delimitado dentro del contrato heterosexual que rige la sociedad.

Capítulo cuarto: Ampliando los contornos del cuerpo: Respeto por la diversidad corporal

“El derecho no es la justicia. El derecho es el elemento del cálculo, y es justo que haya derecho; la justicia es incalculable, exige que se calcule con lo incalculable; por esto las experiencias aporéticas son experiencias tan improbables como necesarias de la justicia, es decir, momentos en que la decisión entre lo justo y lo injusto no está jamás asegurada por una regla”

Jacques Derrida (1989, p. 32)

Como queda demostrado en el capítulo anterior, la Corte Constitucional, lejos de ofrecer una verdadera protección a los derechos de las personas intersexuales, ha actuado como un agente reproductor de cierta ideología que legitima la heterosexualidad como principio hegemónico, mediante la presentación de las cirugías de asignación de sexo como el requisito necesario para que el sujeto intersexual tenga plena garantía de sus derechos. Esto, no con un propósito explícito de discriminación, sino más bien como una mera reproducción irreflexiva de las creencias básicas que edifican el *statu quo* de la sociedad como la conocemos, lo que ha llevado a la Corte a instancias de justificación a primera vista plausibles y en muchos casos, abanderadas por el altruismo y la más sincera intención de protección de los menores.

No obstante, el ejercicio de reproducción ideológica que realiza la Corte Constitucional mediante su interpretación no implica que el ordenamiento jurídico colombiano no sea garantista de la autonomía y libre desarrollo de la personalidad de los individuos, pues la Constitución de 1991 ofrece el marco normativo necesario para privilegiar el respeto por la diversidad, muestra de ello son los avances realizados en materia de garantía de derechos para la población LGBT.

Es por esta razón que, es posible formular argumentos constitucionales sólidos que conduzcan a la transformación de la interpretación de la Corte Constitucional de los derechos a la autonomía y libre desarrollo de la personalidad, en aras de proponer la elaboración de un proyecto de ley novedoso, que permita que las personas intersexuales

sean los verdaderos dueños de sus cuerpos, prohibiendo de forma expresa cualquier tratamiento de asignación de sexo o intervención quirúrgica en las características sexuales de los menores de edad, sin su expreso consentimiento.

Dicha propuesta legislativa se funda en el concepto “diversidad corporal”, utilizado por la Comisión Interamericana de Derecho Humanos (2015) y autores como Mauro Cabral (2005), para describir el cuerpo intersexual como aquel poseedor de variaciones respecto del estereotipo de masculinidad y feminidad.

Así, para llegar a formular dicha propuesta, se realizará, a continuación, un ejercicio interpretativo a la luz de instrumentos internacionales como los Principios de Yogyakarta (2007), haciendo uso de los criterios y postulados del “equilibrio reflexivo” propuestos por Rodrigo Uprimny y Andrés Abel Rodríguez (2014), para fundamentar la formulación del principio de “Respeto por la diversidad corporal” que guiará las disposiciones de un proyecto de ley que logre la plena garantía de los derechos de las personas intersexuales.

La teoría del “equilibrio reflexivo” pretende integrar todas las herramientas de las que se dispone para llegar a una adecuada interpretación. De este modo se establece que es preferible lograr una interpretación que logre cubrir la mayor cantidad de criterios hermenéuticos y postulados de argumentación “de tal manera que los distintos puntos de vista se refuercen mutuamente y en cierta medida comprueben recíprocamente su valor, por medio de una suerte de “equilibrio reflexivo” o “coherencia dinámica”” (p. 236).

Los criterios hermenéuticos sugeridos por los autores son, entre otros, el sistemático, que pretende interpretar el texto normativo a partir de su relación con el sistema jurídico entendido como una unidad; el teleológico, en donde se pretende realizar un examen del fin de la norma por sí misma y en relación al sistema jurídico que la contiene y a las relaciones sociales que pretende regular; el pragmático, que consiste en la apreciación de los resultados que en la práctica se pueden generar con una u otra aplicación de la norma; además, también se encuentra el criterio valorativo, a partir de la cual se realiza una ponderación de los intereses que se pueden ver afectados con la toma de una u otra decisión (Uprimny y Rodríguez, 2014, pp.201- 221).

Mientras que los postulados de interpretación son: La universalidad, que implica la obligación de que la interpretación sugerida pueda ser mantenida para todos los demás casos semejantes. Por otro lado, el postulado de la lealtad al ordenamiento que obliga a

que la interpretación realizada se adecue a la idea de coherencia y consistencia. También está el postulado de la adecuación social y búsqueda de justicia material, de acuerdo con el que se debe realizar la interpretación con el objetivo que esta se adecuen a los postulados de justicia y equidad. Por último, el postulado de transparencia en el proceso de interpretación, de acuerdo con el cual se deben hacer explícitas todas las posibles interpretaciones a las que se puede llevar dependiendo de los criterios de interpretación (Uprimy y Rodríguez, 2014, pp.224- 231).

Por último, los autores plantean la necesidad de que los criterios y postulados sean aplicados a lo largo del proceso interpretativo que, basándose en la teoría de Dworkin, comprende las siguientes etapas:

1. Etapa pre interpretativa, en donde se identifican los materiales jurídicos que deben ser tenido en cuenta a la hora de la interpretación.
2. Etapa interpretativa, en la que se muestran las distintas interpretaciones que pueden darse sobre el material jurídico identificado.
3. Etapa pos interpretativa, en donde se selecciona una de las interpretaciones planteadas como posibles (Uprimy y Rodríguez, 2014, pp.231- 234).

4.1 El respeto por la diversidad corporal como principio constitucional

La cuestión intersexual ha sido vagamente estudiada y atendida por el Estado colombiano, que como se mostró en el primer capítulo, ha partido del desconocimiento en la materia para brindar soluciones a las demandas de la población intersexual. Muestra de ello es que, se ha cometido el error de formular la agenda de política pública dirigida a estas personas de forma conjunta con la población LGBT, quienes demandan cambios estructurales y reconocimiento estatal en materia identitaria, lo que no necesariamente se materializa en acciones concretas que tengan en cuenta las particularidades y necesidades específicas de la intersexualidad, formulándose así políticas públicas dirigidas a esta población de forma desarticulada con sus verdaderas necesidades.

Una falta de comprensión impera en el abordaje de la materia, confundiendo la intersexualidad con una cuestión de identidad, como lo ha manifestado Laura Inter y Alcántara (2015):

Existe un gran desconocimiento sobre qué es la intersexualidad. Con frecuencia se piensa que se trata de una identidad sexual, no es así. La intersexualidad puede adoptarse como una identidad, pero eso no ocurre siempre. (...) Es importante contemplar esto porque durante mucho tiempo el tema de la identidad ha acaparado la atención, desplazando los problemas centrales que se relacionan con la reiterada violación a los derechos humanos que viven las personas intersexuales (p. 28)

Sin embargo, tras el estudio a profundidad de la verdadera situación jurídica de estas personas, es preciso ofrecer soluciones que respondan de manera acertada a sus necesidades de protección de derechos. El análisis jurisprudencial realizado en los capítulos anteriores muestra que, hay una vulneración a la autonomía y libre desarrollo de la personalidad de los menores intersexuales al permitirse, gracias a la interpretación realizada por la Corte Constitucional en casos concretos, que se realicen cirugías de asignación de sexo a niños sin mediar su consentimiento de forma expresa y más bien otorgando peso a la opinión médica o familiar en cada caso.

Adicionalmente, el análisis realizado mostró que la cuestión del reconocimiento jurídico de la intersexualidad en el Registro Civil de Nacimiento ha sido tratado por la Corte Constitucional de forma más acertada, esto, teniendo en cuenta los avances que ha logrado esta corporación en cuanto al tema del cambio de sexo en el documento de identidad mediante escritura pública, sin obligar a la personas a recurrir al proceso de jurisdicción voluntaria ante las autoridades judiciales, ni a pruebas médicas, legales o administrativas dirigidas a demostrar o ratificar la elección de sexo, en el caso de la población trans, lo que también puede ser aplicado en el caso de las personas intersexuales que deseen plasmar su identidad ante el Estado, sin embargo ello no cubre completamente sus necesidades de protección de derechos.

Así, la propuesta que se desarrolla en este trabajo parte de la premisa de que la cuestión intersexual no demanda de forma urgente un reconocimiento jurídico en los documentos de identidad, sino una verdadera protección respecto de las intervenciones médicas irreversibles no consentidas directamente por el menor, lo que implica una violación a sus derechos de autonomía y libre desarrollo de la personalidad.

Ahora bien, bajo las premisas teóricas manejadas en el capítulo tercero, esta vulneración de derechos se explica como una falta de reconocimiento del sujeto intersexual dentro del espectro de lo “humano”, que se encuentra determinado por la norma hegemónica de la heterosexualidad obligatoria y el sistema de correspondencia binario sexo/ género. Como afirma Butler (2007), la matriz heterosexual, a partir de la diferenciación binaria del sexo determina qué corporalidades son posibles y cuáles no, generando de esta forma exclusiones que reafirman la norma imperativa del sexo (p. 29).

Sin embargo, para esta autora, el cuerpo, al ser un campo discursivo, no permanece inerte ante este, sino que al ser construido de forma artificial puede ser un campo de subversión susceptible de ampliar los contornos del discurso. Así, el proceso de construcción de cuerpo es una dinámica de poder, que, como tal, encuentra resistencia en el propio sujeto, siendo este al mismo tiempo, el ámbito de reproducción y de transformación del discurso. En palabras de Butler (2004a):

Me parece que no sólo el sujeto, sino el propio cuerpo está siendo redefinido, de tal manera que el cuerpo no es una sustancia, no es una cosa, ni un conjunto de pulsiones, ni un caldero de impulsos resistentes, sino precisamente el sitio de transferencia para el poder mismo. El poder sucede a este cuerpo, pero este cuerpo es también la ocasión en que algo impredecible sucede al poder; es un sitio para su redirección, profusión y transvaloración. Y no lo hará para decir que es pasivo en un aspecto y activo en otro. De hecho, tal sitio parece ser parte de lo que Foucault quiere decir cuando describe el cuerpo como “material”. Ser material no es sólo ser obstinado y resistente a lo que obra sobre él, sino ser vector e instrumento de un “trabajo” continuo (p. 190).

Gracias a este carácter dual del cuerpo como receptor de discurso, es posible abrir el campo de posibilidades de reconocimiento de lo “humano”, para incluir en este, la diversidad corporal de los cuerpos intersexuales como una categoría de garantía de derechos.

Se trata entonces de resignificar la corporalidad, extendiendo la delimitación de los contornos del cuerpo posible a través del discurso. De acuerdo con Butler (2004b), el ejercicio crítico hacia las categorías dominantes debe tener la finalidad de abrir los espacios de reconocimiento “no para celebrar la diferencia en sí misma, sino para establecer condiciones más incluyentes que cobijen y mantengan la vida que se resiste a los modelos de asimilación” (p. 17).

Ahora bien, el ordenamiento constitucional colombiano ofrece la posibilidad de ampliar los límites discursivos del cuerpo mediante la incorporación del principio de “Respeto por la diversidad corporal” como uno de los pilares que debe irradiar las normas y los protocolos médicos diseñados para la atención a la población intersexual.

Siguiendo las etapas sugeridas por Uprimny y Rodríguez (2014) se iniciará con la Etapa Pre interpretativa, en donde se identifican los materiales jurídicos que deben ser tenidos en cuenta a la hora de la interpretación. Así, se debe empezar por identificar que el principio de “Respeto por la Diversidad Corporal” se desprende de uno de los pilares constitucionales fundantes del Estado Social de Derecho, a saber, la Dignidad Humana, definida por la Corte Constitucional como un derecho fundamental y como un principio constitucional en sí mismo, que implica tres ejes de protección de la persona:

Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones) (Corte Constitucional, Sentencia T-881 de 2002).

Como se puede ver, dentro de la primera dimensión normativa que se otorga vía jurisprudencial a la Dignidad Humana, se contempla la posibilidad de que cada ser humano construya su proyecto de vida de acuerdo con sus características y sus deseos. A partir de dicha dimensión, el Alto Tribunal Constitucional ha fundamentado los derechos a la Autonomía y Libre Desarrollo de la Personalidad de los individuos, que se encuentran estrechamente relacionados.

Por un lado, el derecho a la Autonomía Personal implica la garantía que tiene cada individuo de tomar sus propias decisiones de acuerdo sus preferencias, sin que el Estado o algún particular se lo impidan, la Corte Constitucional lo ha definido de esta manera:

En este sentido se ha advertido que el principio de autonomía se erige como una garantía de que los ciudadanos pueden tomar decisiones, en tanto no afecten derechos de terceros, a partir del reconocimiento de su capacidad de reflexión sobre sus propias preferencias, deseos, valores ideales y aspiraciones. Adicionalmente, la Corte también ha enfatizado en que la toma

de decisiones que supone la autonomía, y la reflexión que ella conlleva, se basa en un profundo respeto por el principio de libertad. De manera que la autonomía implicaría una doble dimensión: (i) el valor de llevar una vida de acuerdo con las propias decisiones, y (ii) el valor de decidir sin limitaciones externas de otros (Corte Constitucional, Sentencia T- 364 de 2018).

En el mismo sentido, tratándose del Libre Desarrollo de la Personalidad la jurisprudencia ha establecido que, este derecho, siendo una extensión de la Autonomía Personal, implica que cada individuo puede construir su proyecto de vida de la forma que le resulte más deseable, lo que implica la toma de decisiones sobre su cuerpo, así:

El derecho al libre desarrollo de la personalidad como una extensión de la autonomía indudablemente conlleva a la construcción de la identidad personal como la facultad de decidir quién se es como ser individual. Es decir, la posibilidad de autodefinirse desde la apariencia física, el modelo de vida que se quiere llevar hasta la identidad sexual o de género. Lo anterior incluye un amplio espectro de decisiones que abarcan desde la ropa que se lleva, el peinado, los aretes, adornos, tatuajes o su ausencia, el modelo de vida que se quiere llevar hasta la determinación del género como “las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y [e]l significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas” y el nombre (Corte Constitucional, Sentencia T- 413 de 2017).

De acuerdo con ello, es evidente que el ordenamiento constitucional cuenta con las bases necesarias para desarrollar el principio del “Respeto por la Diversidad Corporal”, esto, analizando la autonomía y libre desarrollo de la personalidad a la luz de normatividad internacional como los Principios de Yogyakarta (2007).

En este punto es importante aclarar el carácter vinculante del gozan estos principios, pues muchos podrían dudar de la obligatoriedad de su aplicación en el derecho nacional. Al respecto, Mauricio Pulecio Pulgarín (2011) han resaltado que, los Principios de Yogyakarta son un instrumento jurídico que cumple con las características necesarias para ser considerados “*soft law*” y entrar como “Doctrina” a las fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en los términos del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. (p. 249).

Este autor, basándose en los trabajos de Ángeles Mazuelos Bellido (2004) y Ella Weggen (2009) concluye que, la obligatoriedad de los Principios de Yogyakarta es una característica

que se va consolidando con el paso del tiempo y que depende del nivel de utilización que de los mismos hagan organismos internacionales y estados en particular. Así, en la actualidad estos principios han adquirido cierto nivel de obligatoriedad al ser utilizados cada vez más por la Organización de Naciones Unidas y países como Argentina, Canadá, República Checa, Brasil y Dinamarca, entre otros, para dinamizar la interpretación del derecho internacional de los derechos humanos en los casos de diversidad sexual. (pp. 249 – 253).

Igualmente, en Colombia, la Corte Constitucional ha utilizados estos principios como herramienta de interpretación en los casos de identidad de género y diversidad sexual, para definir nociones como “orientación sexual”, “identidad de género”, “persona transgénero” y “personas cisgenero”, contribuyendo así al proceso de adquisición de su carácter de obligatoriedad:

Los Principios de Yogyakarta no fueron expedidos por una autoridad que formalmente haga parte de alguno de los sistemas del DIDH, no obstante, aplicando los principios generales del *soft law* -es decir, normas que fueron expedidas por fuera del sistema de fuentes formales del derecho internacional- se pueden incorporar con el objetivo de tener un parámetro integral para aplicar eficientemente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a la protección de la identidad de género y la orientación sexual. (Corte Constitucional, Sentencia T- 099 de 2015).

Bajo este entendido, los Principios de Yogyakarta (2007) son una herramienta jurídica que ha sido tomada como vinculante por Colombia para interpretar casos relacionados con diversidad sexual y de género.

Vale la pena hacer la advertencia de que, en el proceso de elaboración de este instrumento jurídico, únicamente participó un activista intersexual, a saber, Mauro Cabral, lo que implica que, en principio no se encuentra dirigido a la protección de derechos de las personas intersexuales únicamente, pues respondió a las necesidades de diversos sectores LGBT, así como lo manifiesta Cabral (2016):

Este marco de trabajo ha sido criticado históricamente por el movimiento intersex, que dice que se requiere otro lenguaje [otros conceptos] – el de la diversidad corporal, las características sexuales, las variaciones en la anatomía sexual, etc. – para proveer una adecuada protección contra las violaciones de derechos humanos contra las personas intersex. En este sentido, el

marco de trabajo de la SOGI (orientación sexual e identidad de género – por sus siglas en inglés), aún es necesario para avanzar en los derechos de las personas intersex, pero no es suficiente. La mutilación genital intersex, va más allá de la SOGI.

Sin embargo, por el momento los Principios de Yogyakarta (2007) son una buena fuente normativa internacional, que puede aportar elementos interpretativos necesarios para fortalecer la protección de derechos de las personas intersexuales en el ámbito nacional. Muestra de ello es el principio 18, en donde se señala:

Principio 18: Protección contra abusos médicos

Ninguna persona será obligada a someterse a ninguna forma de tratamiento, procedimiento o exámenes médicos o psicológicos, ni a permanecer confinada en un centro médico, en base a su orientación sexual o identidad de género. Con independencia de cualquier clasificación que afirme lo contrario, la orientación sexual y la identidad de género de una persona no son, en sí mismas, condiciones médicas y no deberán ser tratadas, curadas o suprimidas.

Los Estados:

(...)

B. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar que el cuerpo de ningún niño o niña sea alterado irreversiblemente por medio de procedimientos médicos que persigan imponer una identidad de género sin el consentimiento pleno, libre e informado de ese niño o niña de acuerdo a su edad y madurez y guiado por el principio de que en todas las acciones concernientes a niñas y niños se tendrá como principal consideración el interés superior de las niñas y los niños (Principios de Yogyakarta, 2007)

Por otro lado, también vale la pena tener en cuenta como parámetro de interpretación el Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes del 2016, que reconoce las cirugías de asignación de sexo como tortura y malos tratos a personas intersexuales en entornos sanitarios, señalando:

En muchos Estados, los niños que nacen con atributos sexuales atípicos suelen ser sometidos a reasignaciones de sexo irreversibles, esterilizaciones involuntarias e intervenciones quirúrgicas de normalización genital, practicadas sin su consentimiento informado ni el de sus padres, lo que causa su infertilidad permanente e irreversible, les

produce un gran sufrimiento psíquico y contribuye a su estigmatización. En algunos casos, los tabúes y los estigmas dan pie a que se mate a los lactantes intersexuales (Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 2016, p. 16).

En ese sentido, recomienda a los estados que deroguen las leyes que permitan aplicar tratamientos invasivos e irreversibles a las personas intersexuales, cuando estos se empleen de manera forzada o se hagan sin el consentimiento libre e informado del paciente (Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 2016, p. 26).

Ahora bien, estos instrumentos internacionales de derecho blando, junto con los principios de Dignidad Humana, Autonomía y Libre Desarrollo de la Personalidad constituyen los materiales jurídicos de interpretación que deben ser tenidos en cuenta para la formulación del principio de “Respeto por la diversidad corporal”, finalizando aquí la primera etapa de la teoría del equilibrio reflexivo propuesta por Uprimny y Rodríguez (2014).

Dentro de la segunda etapa del ejercicio interpretativo es necesario mostrar las distintas interpretaciones que se pueden dar con el material jurídico disponible. Así, se debe partir de la idea de que, una de las posibles interpretaciones de los principios de autonomía y libre desarrollo de la personalidad, en tratándose de la garantía de derechos de las personas intersexuales, es la que ha dado la Corte Constitucional en la jurisprudencia ya analizada en los capítulos anteriores.

Sin embargo, existe una segunda alternativa de interpretación del material jurídico relevante. Partiendo del principio de dignidad humana, en su primera dimensión normativa, esto es, “(i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características” (Corte Constitucional, Sentencia T- 881 de 2002), se debe entender, en un sentido positivo que, todo ser humano tiene la prerrogativa de diseñar y seguir su proyecto de vida de la forma en que mejor le parezca, de acuerdo a sus creencias y a sus características, dentro de las cuales se puede incluir sus características físicas. Esto quiere decir que, en un sentido negativo, ninguna persona y ninguna institución puede interferir en el diseño y ejecución del proyecto de vida de algún ser humano, ni por estar en desacuerdo con sus creencias y mucho menos con sus

características físicas, pues esto implicaría una forma de discriminación y una violación directa al principio de igualdad constitucional.

Por otro lado, se mencionó en párrafos anteriores, la Dignidad Humana tiene una tercera dimensión normativa que implica “vivir sin humillaciones” (Corte Constitucional, Sentencia T- 881 de 2002), esto quiere decir, en un sentido positivo que, toda persona tiene derecho a mantener su integridad física y moral, sin ser sometido a malos tratos.

Para describir el sentido negativo de esta dimensión, vale la pena recurrir al Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes del 2016, en donde se reconoció, como una forma de tortura, las intervenciones quirúrgicas irreversibles practicadas a las personas intersexuales sin su pleno consentimiento. Así, en los casos de personas intersexuales, esto implica que nadie puede someterlos a intervenciones quirúrgicas de asignación de sexo, sin su consentimiento, pues estaría incurriendo en un trato cruel y degradante, clasificado como tortura.

Ahora bien, como se explicó en párrafos anteriores de estas dimensiones normativas de la Dignidad Humana se desprende directamente el principio de Autonomía Personal, de acuerdo con el cual, cada persona tiene la libertad de tomar sus propias decisiones sobre su proyecto de vida, sin que en este proceso interfiera ninguna limitación externa.

En este punto, es importante preguntar, en el caso de menores intersexuales, ¿Qué puede ser entendido como una limitación externa? Y, para responder a esta pregunta, es importante recurrir a los planteamientos teóricos tratados en el capítulo tercero.

Precisamente, la “matriz heterosexual” constituye una limitación para el ejercicio de la autonomía de los individuos, pues a partir de la obligatoriedad de citación de la norma hegemónica del sexo binario, a través de la cual los cuerpos son posibles dentro del espectro de lo “humano”, se disminuyen las condiciones de posibilidad de los cuerpos que pueden ser vividos, configurándose una discriminación, pues aquella persona cuyo cuerpo no se ajuste a la norma del “sexo”, impuesta desde las creencias sociales más arraigadas, no puede tomar libremente decisiones sobre sí mismas y su proyecto de vida, convirtiéndose, en última instancia, en un ser sin capacidad en razón de su corporalidad.

Lo anterior, tiene efectos concretos en las corporalidades intersexuales, toda vez que, les obliga a someterse a un conjunto de intervenciones quirúrgicas para que su cuerpo se acomode a la corporalidad posible y aceptada, para ser así considerados sujetos con capacidad para decidir sobre sus cuerpos en un sistema de sexo/género binario.

Esto sin contar que el sometimiento a la triada, “sexo, género y deseo”, en sí mismo, corresponde a la imposición de un proyecto de vida que implica la repetición ritualizada de ciertos roles atribuidos a la masculinidad y la feminidad, perpetuando la dominación de las mujeres bajo la supremacía de los hombres, tal como lo describe Rich (1989), quien cataloga la heterosexualidad obligatoria como “el medio que garantiza el derecho masculino de acceso físico, económico y emocional sobre la mujer” (p. 21).

Así las cosas, una verdadera garantía de la autonomía de las personas intersexuales implica la ampliación de los límites discursivos del cuerpo, con el objetivo de que las corporalidades diversas entren dentro del espectro de lo “humano” aboliendo el *statu quo* del sistema sexo/género binario.

Ahora bien, el principio de Libre Desarrollo de la Personalidad, en una dimensión positiva, es una expresión directa de la autonomía de los individuos, teniendo en cuenta que este implica la libre toma de decisiones de cada persona sobre sí misma, lo que incluye su cuerpo. Bajo la luz del principio 18 de los Principios de Yogyakarta (2007), el sentido negativo del libre desarrollo de la personalidad implica que, nadie tiene la autorización, de tomar decisiones sobre el cuerpo de otra persona, aun siendo el padre, médico o tutor de ella.

De acuerdo con esto, cada persona tiene la libertad de decidir si quiere o no enmarcar su cuerpo dentro del sistema binario sexo/ género, con todo lo que ello implica. Así, a partir del Libre Desarrollo de la Personalidad y el principio 18 de los Principios de Yogyakarta (2007), única y exclusivamente, quien es dueño de un cuerpo puede decidir sobre este. Pues en caso contrario, se estaría abriendo la posibilidad de que muchas personas intersexuales sean sometidas, sin su consentimiento, a intervenciones quirúrgicas irreversibles que los obligue a seguir un proyecto de vida no deseado y en muchos casos con secuelas corporales permanentes.

Como se puede ver, esta lectura de los principios de Autonomía y Libre Desarrollo de la Personalidad, derivados de la dignidad humana en sus dimensiones normativas, bajo la luz del principio 18 de los Principios de Yogyakarta (2007) lleva a una única conclusión tratándose de personas intersexuales; esta es que, bajo ninguna circunstancia es posible practicar cirugías de asignación de sexo sin el consentimiento explícito del paciente, que en ningún caso puede verse mediado por la opinión de terceros. En ese sentido, la asesoría médica únicamente tiene como propósito informar sobre las complicaciones y efectos secundarios de las intervenciones quirúrgicas y hormonales, sin que sea posible que el grupo de expertos tome partido sobre la conveniencia social, moral o política de realizar o no los procedimientos recomendados.

Bajo las premisas interpretativas expuestas anteriormente, la realización de cirugías de asignación de sexo sin el cumplimiento de estas condiciones, no solo implica una práctica de tortura, sino que es una violación directa a los principios de Dignidad Humana, Autonomía Personal, Libre Desarrollo de la Personalidad y principios internacionales, pues implica permitir que terceros tomen una decisión tan importante y personal como es la elección del sexo, sometiendo a una persona, sin su consentimiento al sistema de sexo/género binario, limitando sus posibilidades de desarrollo personal de acuerdo con la norma hegemónica del sexo.

Bajo ese panorama, el ordenamiento jurídico debe garantizar que ninguna persona intersexual será sometida a intervenciones quirúrgicas con el propósito de encausar su cuerpo de acuerdo con los estándares de masculinidad o feminidad aceptados normativamente, es así, que el “Respeto por la diversidad corporal” debe elevarse a la categoría de principio, como una forma de reivindicar la diferencia y evitar su eliminación.

Para entender el contenido del principio de “Respeto por la diversidad corporal” se empezará por entender el concepto de “diversidad corporal”, en sí mismo. Como se mencionó anteriormente, el término diversidad corporal, ha sido utilizado por instancias internacionales como la Comisión Interamericana de Derecho Humanos (2015) para brindar una atención especializada en materia de promoción y protección de los derechos de las personas LGBTI en las Américas. Así, en el Informe sobre violencia contra las personas LGBTI presentado en el año 2015, la Relatoría sobre temas de orientación sexual, identidad y expresión de género y diversidad corporal, define este concepto de la siguiente manera:

La diversidad corporal se refiere a una amplia gama de representaciones del cuerpo, por ejemplo, variaciones en la anatomía sexual que se expanden más allá del binario hombre/mujer. Intersex es un término sombrilla que abarca esta diversidad corporal (CIDH, 2015).

Por su parte, Mauro Cabral (2005) explica la intersexualidad como diversidad corporal, es decir, como una variación de las características sexuales de una persona respecto del estándar dado culturalmente, una variación que lejos de ser negativa, es simplemente una forma más del cuerpo que es posible ser vivida y respetada.

Así, cuando se habla de diversidad corporal no se está hablando de algo diferente a la variación que existe frente a los patrones hegemónicos del sexo, que debe ser utilizada como herramienta de subversión, esto es, como una forma de extender los límites del cuerpo, para ampliar el discurso que lo construye, aprovechando ese carácter dual mencionado en párrafos anteriores, de acuerdo con el cual el cuerpo es el campo receptor en el que actúa el discurso y también en donde el mismo es resignificado.

Acudiendo al “Respeto por la diversidad corporal” el cuerpo intersexual encuentra el mismo estándar de protección que los cuerpos que corresponden al patrón cultural de masculinidad y feminidad, pues son introducidos dentro de la esfera de lo “humano” y por lo tanto son considerados sujetos de derechos, debiéndoseles el mismo grado de respeto de la autonomía y libre desarrollo de la personalidad a ellos que a cualquier otro ser humano.

En ese orden de ideas, el principio de “Respeto por la diversidad corporal” tendría el siguiente contenido normativo:

Todas las personas, cuyos cuerpos presenten alguna variación respecto de los patrones hegemónicos del sexo, tienen derecho a decidir de forma libre y autónoma sobre su corporalidad sin que sea considerada legítima la intervención de terceros.

Así se consolida la segunda posibilidad de interpretación que el material jurídico relevante ofrece a la protección de derechos de las personas intersexuales. Ahora, se abre paso a la tercera etapa interpretativa, en donde se selecciona una de las interpretaciones posibles,

de acuerdo con el cumplimiento de los criterios hermenéuticos y postulados planteados en la parte introductoria de este capítulo.

Así, de acuerdo con el criterio sistemático que invita a realizar una interpretación integral involucrando todos los materiales relevantes del sistema jurídico entendido como un conjunto (Uprinmy y Rodríguez, 2014, p. 211), se puede encontrar que la interpretación ofrecida por la Corte Constitucional en materia de intersexualidad olvida analizar criterios de interpretación internacional como los Principios de Yogyakarta (2007), que han adquirido un carácter de obligatoriedad para analizar casos en los que se ven involucrados temas de diversidad de género, como se explicó anteriormente.

En consecuencia, la interpretación actual de la Corte se queda corta en cuanto al criterio hermenéutico sistemático, mientras que la interpretación alternativa ofrecida en este trabajo tiene en cuenta aquellas herramientas de interpretación internacionales que dotan de mayor fuerza la garantía de derechos humanos a nivel nacional.

Por otro lado, analizando las interpretaciones ofrecidas a la luz del criterio teleológico, a partir del cual se debe analizar la finalidad de los postulados normativos sujetos a interpretación (Uprinmy y Rodríguez, 2014, p. 216), se puede evidenciar que, en efecto, ambas interpretaciones hacen un análisis de la finalidad de los principios de autonomía y libre desarrollo de la personalidad, llegando a distintas conclusiones, precisamente por la variedad de material jurídico relevante analizado de forma sistemática.

De esta forma, ambas interpretaciones coinciden en que la finalidad de los postulados normativos analizados es la protección de los derechos del menor; sin embargo, cada postura concibe esta protección de forma diferente, pues mientras la Corte Constitucional considera que la mejor forma de proteger al niño intersexual es permitiendo que se dé el consentimiento informado sustituto y asistido, la interpretación alternativa considera que, únicamente el consentimiento informado presentado de forma directa y expresa por la persona intersexual es el mecanismo de protección de sus derechos.

De acuerdo con el criterio pragmático, según el cual se debe pensar en las consecuencias que podría generar cada interpretación (Uprinmy y Rodríguez, 2014, p. 218), se encuentra que la Corte Constitucional, cuando toma la determinación de dar prevalencia al

consentimiento sustituto y asistido, no analiza cuales pueden ser las consecuencias que, en la práctica, puede llegar a tener esta determinación; mientras que la interpretación alternativa si lo hace, pues tiene en consideración que, la ausencia de un consentimiento directo de la persona intersexual puede llevar a la realización de cirugías irreversibles, que las obliga a llevar un proyecto de vida no deseado y muchas veces lleno de secuelas físicas incomodas y dolorosas. Así mismo, la interpretación ofrecida en este trabajo tiene en cuenta que, en la práctica, implica una ampliación del discurso que recae sobre el cuerpo, abriendo el significado de “humano” para dar la oportunidad a la diversidad corporal de ser vivida, gozando de los mismos derechos que cualquier otra persona.

Por último, bajo el criterio valorativo, se deben ponderar los intereses que se ven afectados con una u otra interpretación (Uprinmy y Rodríguez, 2014, p. 219). Atendiendo a ello, se puede ver que, en efecto, la Corte Constitucional considera los intereses que se pueden ver afectados, pues analiza la posición de los padres del menor y tiene en consideración la forma en que el cariño hacia sus hijos puede verse afectado por el hecho de que este sea “defectuoso”, así como también analiza los intereses de la sociedad en general, que no está lista para aceptar personas con una corporalidad distinta.

Por otro lado, la interpretación alternativa, analiza la afectación de los intereses de la persona intersexual, quien sufre una intromisión de terceros, en un asunto tan importante y personal como la decisión del sexo que llevará consigo el resto de su vida.

Realizando una ponderación de cada una de estas posiciones y los intereses que confluyen en ellas, se concluye que indudablemente se debe preferir la interpretación que protege directamente los intereses de la persona intersexual, pues es ella, no sus padres, ni la sociedad en general, quien sufrirá las consecuencias de las intervenciones quirúrgicas que le sean realizadas, lo que significa, que solamente es ella quien puede tomar la decisión sobre su cuerpo.

Ahora bien, en cuanto a los postulados argumentativos se encuentran las siguientes evidencias. En primer lugar, bajo el postulado de universalidad, de acuerdo con el cual, la interpretación sugerida debe ser mantenida en todos los casos semejantes (Uprinmy y Rodríguez, 2014, p. 226), se puede evidenciar que la Corte Constitucional falla, pues como se analizó en capítulos anteriores, no pudo sostener en todos los casos la interpretación

que realizó en un primer momento, de acuerdo con la cual, los niños mayores de cinco años tenían la potestad de emitir su consentimiento informado de forma directa por contar con el desarrollo emocional y psicológico necesario para hacerlo. En lugar de ello, cuando se presentó el caso de un niño que superaba el umbral de cinco años y podía dar su consentimiento informado de forma directa, este Alto Tribunal, ofreció una argumentación débil para sostener que, en estos casos, debía darse un consentimiento asistido, en donde la opinión de los padres, el cuerpo médico y el menor debían coincidir.

Mientras que la interpretación alternativa cumple con el postulado de universalidad, pues sostiene que, independientemente de la edad o cualquier otra circunstancia, únicamente la persona intersexual es la llamada a dar el consentimiento informado sobre las intervenciones quirúrgicas que se le podrían practicar, de otro modo, aquellos procedimientos están totalmente prohibidos, lo que puede ser sostenido en todos los casos en que intervengan personas intersexuales y este en juego la definición de su sexo.

En segundo lugar, bajo el postulado de la lealtad al ordenamiento que obliga a que la interpretación realizada se adecue a la idea de coherencia y consistencia, es importante aclarar que implica ello. De acuerdo con Uprinmy y Rodríguez (2014) la coherencia y consistencia con el sistema jurídico está relacionada con las siguientes directivas de Wroblewski, 1. No se puede atribuir a una norma un significado que se contradictorio o incoherente con las demás normas del ordenamiento jurídico, y, 2. Lo ideal es que a una norma se le atribuya una interpretación que la haga más coherente con las demás normas del sistema jurídico (p. 229).

En ese sentido, se puede evidenciar que la interpretación dada por la Corte Constitucional no es coherente con las demás normas pertenecientes al sistema jurídico, pues, de acuerdo con el Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes del 2016, las intervenciones quirúrgicas irreversibles practicadas a personas intersexuales sin su consentimiento directo son consideradas como tortura y malos tratos, prácticas que se encuentran prohibidas por el propio ordenamiento jurídico colombiano, a saber el artículo 12 de la Constitución Política de 1991; así, cuando el alto tribunal constitucional permite que, sean practicadas cirugías de asignación de sexo a menores intersexuales mediando únicamente un consentimiento sustituto o asistido, está

siendo incoherente y contradictoria con los postulados constitucionales que prohíben la tortura y malos tratos.

Mientras que, por el contrario, la interpretación alternativa, ofrece una mayor coherencia, pues prohíbe las intervenciones quirúrgicas irreversibles practicadas a personas intersexuales sin su consentimiento directo, lo que resulta congruente, no solo con la prohibición constitucional de tortura y malos tratos, sino con la plena realización de los principios de Autonomía y Libre Desarrollo de la Personalidad, cumpliéndose así también la segunda directiva de Wroblewski.

En tercer lugar, bajo el postulado de adecuación social y búsqueda de justicia material, Uprimny y Rodríguez (2014) invitan a valorar las consecuencias de cada posible interpretación (p. 230). De esta forma, como se señaló en párrafos anteriores, la interpretación sostenida por la Corte Constitucional tiene como consecuencia que las personas intersexuales sean sometidas a edades muy tempranas a intervenciones quirúrgicas irreversibles que les imponen un proyecto de vida determinado y las marcan, muchas veces, con secuelas bastante incómodas y dolorosas de por vida. Mientras que la interpretación alternativa, tiene la virtud de permitir que sea únicamente la persona intersexual quien tome la decisión sobre la realización o no realización de una cirugía de asignación de sexo, en el momento en que ella considere pertinente, respetando de esta forma su autonomía y libre desarrollo de la personalidad, pero sobre todo su diversidad corporal.

Además, la interpretación alternativa también tiene la consecuencia de abrir el espectro discursivo sobre los cuerpos posibles, introduciendo la diversidad corporal como una categoría de garantía de los derechos de las personas intersexuales, al ampliar los contornos que delimitan el cuerpo humano.

Por último, se encuentra el postulado de transparencia, de acuerdo con el cual se deben hacer explícitas todas las posibles interpretaciones a las que se puede llevar dependiendo de los criterios de interpretación (Uprimny y Rodríguez, 2014, p. 230). De acuerdo con ello, ambas interpretaciones cumplen con este postulado, toda vez que, la Corte Constitucional, como se mostró en el capítulo anterior, no desconoce las posturas alternativas a su interpretación, sino que las muestra, pero se inclina por una interpretación que disminuye

el campo de autonomía de las personas intersexuales. Igualmente, la interpretación alternativa, parte de la presentación, en capítulos anteriores, de la interpretación del Máximo Tribunal Constitucional del país.

En definitiva, como se puede ver, la evaluación de la interpretación de la Corte Constitucional bajo los postulados y criterios del “equilibrio reflexivo” muestra que, hace falta la aplicación de los criterios sistémico y pragmático, así como de los postulados de universalidad, lealtad al ordenamiento y adecuación social. Mientras que la interpretación alternativa cumple con todos los criterios y postulados propuestos, sin contar que, atraviesa las etapas interpretativas propuestas por Uprinmy y Rodríguez (2014).

Así, bajo esta nueva interpretación se fundamenta el principio de “Respeto por la diversidad corporal” que implica la garantía que tienen todos los seres humanos, cuyos cuerpos presentan variaciones bajo el estándar hegemónico del sexo, de que su corporalidad no será modificada por un equipo médico, sin su consentimiento expreso. Esto quiere decir que, las personas intersexuales tienen total autonomía para decidir sobre su cuerpo, sin que sea legítima la intervención de terceros en este proceso.

A partir de ello, se propone materializar este principio en una prohibición, que cobrará vigencia jurídica mediante la “Ley de diversidad corporal”, cuyo pilar principal lo constituye el principio del “Respeto por la Diversidad Corporal” y su articulado prohíba la realización de intervenciones quirúrgicas a personas intersexuales sin su consentimiento expreso, así:

PROYECTO DE LEY XXX

“Por medio del cual se establecen garantías para el respeto de la diversidad corporal de las personas intersexuales”

Artículo 1 Respeto por la Diversidad Corporal: *Todas las personas, cuyos cuerpos presenten alguna variación respecto de los patrones hegemónicos del sexo, tienen derecho a decidir de forma libre y autónoma sobre su corporalidad sin que sea considerada legítima la intervención de terceros.*

Artículo 2 Prohibición de intervenciones de asignación de sexo: *Está prohibido para los médicos y otros profesionales, el llevar a cabo cualquier tratamiento de asignación de sexo y/o intervención quirúrgica en las características sexuales de un menor de edad intersexual, sin su consentimiento informado directo, quedando excluida la posibilidad de realizar estos procedimientos médicos mediando el consentimiento sustituto, asistido o cualquier otro mecanismo que permita que la decisión de la persona directamente afectada sea ponderada o sustituida por la opinión de terceros, ya sean familiares o el profesional médico.*

La asesoría del equipo interdisciplinar se deberá limitar únicamente a indicar las posibles consecuencias medicas de la intervención quirúrgica u hormonal, sin que sea válida su apreciación sobre la necesidad social, moral o política de la realización o no cirugías de asignación de sexo.

Artículo 3 Sanción: *Cualquier medico u otro profesional que practique intervenciones quirúrgicas u hormonales impulsadas por factores psico-sociales sin el consentimiento del menor intersexual, incurrirá en el delito de tortura en los términos del artículo 178 del Código Penal Colombiano, sin perjuicio de que su accionar constituya una falta grave de acuerdo con el Código de Ética Médica, debiéndose iniciar el proceso disciplinario ético- profesional del que trata el Capítulo II de la Ley 23 de 1981.*

Artículo 4 Denuncia: *Cualquier persona, inclusive siendo menor de edad, se encuentra habilitada para denunciar ante el Tribunal Nacional de Ética Médica la realización de intervenciones quirúrgicas de asignación de sexo sin el consentimiento expreso de la persona directamente afectada.*

Artículo 5 Reglamentación: *El Ministerio de Salud, en un término de seis meses contados a partir de la expedición de la presente Ley, deberá diseñar protocolos médicos apropiados sobre la atención en salud de las personas intersexuales, basados en el principio de respeto a su diversidad corporal. Estos protocolos deben ser diseñados por un equipo interdisciplinar que incluya profesionales expertos en derechos humanos.*

Conclusiones: Una experiencia de transformación en el proceso investigativo

“Es fácil. Cifrar el triunfo de un movimiento político en la evitación de cirugías no consentidas en niños y niñas es irse a dormir acunado por la corrección política y la buena conciencia. Es difícil. Saber que esos niños y niñas no intervenidos tendrán que vivir, con sus cuerpos y en este mundo, es la pesadilla”.

Mauro Cabral, (2009, p. 121)

Para terminar, es importante retomar el problema de investigación que abordé en este trabajo, a saber, la preocupación por la forma en que el ordenamiento jurídico colombiano ha sido garante de los derechos de las personas intersexuales, siendo sus cuerpos un claro cuestionamiento a la estructura binaria con la que el derecho ha regulado la corporalidad humana.

A partir de ello, formulé una pregunta de investigación que indaga por los elementos jurídicos y extrajurídicos presentes en las decisiones de la Corte Constitucional colombiana, que fundamentan la necesidad de realización de cirugías de asignación de sexo en menores intersexuales como requisito indispensable para su efectivo goce de los derechos a la autonomía y libre desarrollo de la personalidad.

Así, de forma preliminar y aventurada arrojé una primera hipótesis en la que afirmé que la Corte Constitucional, mediante la utilización de instrumentos jurídicos como el consentimiento informado, a partir del cual se le da la potestad al menor intersexual de tomar una decisión sobre su cuerpo a partir de los cinco años, ha realizado algunos avances

en materia de protección de derechos de las personas intersexuales al proteger su autonomía y libre desarrollo de la personalidad.

No obstante, persiste el problema que, el ordenamiento jurídico colombiano seguía concibiendo el sexo humano en términos binarios debido a la presencia de un elemento extrajurídico en las providencias del Alto Tribunal Constitucional, a saber, cuna ideología referida al sexo que no permite el reconocimiento de cuerpos diversos, como el cuerpo intersexual.

Así, de acuerdo con esta primera intuición, la forma en que la normatividad colombiana debía proteger los derechos de las personas intersexuales era eliminando el criterio “sexo” como categoría binaria que define la identidad de las personas ante el estado.

Sin embargo, aunque inocente, esta primera intuición fue transformándose a lo largo del proceso investigativo, a raíz de los resultados arrojados por el ejercicio analítico realizado. Como mencioné en la parte introductoria a este trabajo, determiné entonces que los elementos jurídicos presentes en las decisiones de la Corte Constitucional, en el periodo estudiado, que han fundamentado la necesidad de realización de cirugías de asignación de sexo en menores intersexuales, como requisito necesario para su efectivo goce de los derechos a la autonomía y libre desarrollo de la personalidad, han sido figuras como el consentimiento informado sustituto o asistido que, lejos de representar una garantía a los derechos de estas personas, los han limitado. Esto, bajo la justificación de elementos extrajurídicos, como la ideología que pretende consolidar el “régimen de heterosexualidad obligatoria”, mediante la naturalización de la existencia de únicamente dos sexos diferenciados.

Por consiguiente, por supuesto, con ello la propuesta final debía sufrir un giro radical, con el objetivo de ofrecer una solución adecuada a las verdaderas y más urgentes necesidades de protección de derechos de las personas intersexuales, así fue como se llegó a la fundamentación del principio de “Respeto por la diversidad corporal” a partir de una lectura reflexiva de los derechos a la autonomía y libre desarrollo de la personalidad, concretizados en la propuesta de legislativa de la “Ley de diversidad corporal”.

Sin embargo, ningún trabajo teórico puede llamarse completo sin una pequeña muestra de realidad y precisamente ese es el gran vacío de la propuesta interpretativa que ofrezco en estas páginas. La protección de derechos no puede ser pensada desde un escritorio, dando la espalda a las más profundas necesidades de las personas directamente afectadas, esa será siempre la principal autocrítica que hago a este trabajo.

Desafortunadamente, aunque uno de mis principales objetivos siempre fue contar con las voces de personas intersexuales que ofrecieran, desde su experiencia personal, su punto de vista sobre la violación de sus derechos en el ordenamiento jurídico colombiano no fue posible encontrar esos testimonios, toda vez que, estas personas no están dispuestas a hablar y mucho menos a ser vistas como un objeto de investigación desde el derecho, como siempre han sido vistas desde la medicina.

A pesar de ello, la dificultad para encontrar personas intersexuales que se atrevieran a hablar, arroja una de las más grandes conclusiones de este trabajo, esta es, que en Colombia es necesario implementar, de forma urgente, un mecanismo de visibilización para la población intersexual, no como parte de una política pública LGBT, sino como una apuesta institucional que responda realmente a las necesidades concretas de estos cuerpos y que permita traerlos a la escena pública como una forma más de lo humano, pues la falta de conocimiento del estado y sobre todo de la sociedad en general sobre la intersexualidad, es una de las más grandes causas de violación de derechos y también un impedimento para que, desde las mismas personas intersexuales, se eleven demandas concretas, con un fuerte impacto en el *statu quo* del sexo en Colombia.

Sin embargo, muy a mi pesar, también debo preguntar si la sociedad colombiana está en la capacidad de aceptar una verdad tan evidente como es la existencia de la diferencia, y encuentro razón en Cabral (2009) cuando afirma “Es difícil. Saber que esos niños y niñas no intervenidos tendrán que vivir, con sus cuerpos y en este mundo, es la pesadilla” (p. 121).

Aun así, también me esperanza apostarle al derecho como una herramienta de transformación social y es por ello que encuentro un valor en la propuesta desarrollada en el capítulo anterior, toda vez que, si bien, no se debe caer en un fetichismo de la ley, la visibilización del cuerpo intersexual mediante su protección legal y constitucional,

representa un primer paso para el empoderamiento de este grupo de personas, que en un futuro puede generar una verdadera transformación del *statu quo* del sexo.

Ahora bien, más allá de los debates que este trabajo suscita y que después de un largo tiempo de análisis e investigación siguen y seguirán sin resolver para mí, es importante destacar los resultados del proceso investigativo que llevaron a la transformación de la hipótesis y sobre todo de la propuesta de protección de derechos final.

En Colombia, una precariedad normativa

En un primer momento, con el objetivo de realizar un análisis exploratorio, se hizo un estudio descriptivo y analítico de las fuentes formales del sistema jurídico colombiano para determinar la forma en que este ha respondido a la cuestión intersexual ¿Cómo se ha abordado la protección de derechos de las personas intersexuales en Colombia? fue la pregunta que orientó el primer capítulo de este trabajo, encontrando que hay una precaria normatividad, a nivel de Circular de la RNEC que, trata la forma de inscripción en el Registro Civil de Nacimiento de los niños intersexuales, pero que no reconoce realmente la existencia de estos cuerpos.

Aunado a ello, se encontraron algunas experiencias de política pública que intentan responder a las necesidades de la población intersexual de forma desacertada, pues al no conocer los retos que implican los cuerpos intersexuales en un sistema binario de sexo-género, intentan equiparlos con las demandas de la población LGBT, sin distinguir sus particularidades, como si la intersexualidad se tratara únicamente de una cuestión de identidad, dejando de lado la problemática que ello despierta tratándose de diversidad corporal.

Así, una primera conclusión de este trabajo es que, no existe en Colombia norma alguna que responda de forma acertada a la problemática de protección de derechos de las personas intersexuales, pues la intersexualidad no es considerada de forma independiente a las demandas de identidad de otros sectores, ni es considerada como una forma posible del cuerpo humano, como lo demuestra la Circular 033 de la RNEC, en donde se indica que los padres del niño intersexual deben elegir un sexo binario provisional en el RCN, mientras la situación corporal del menor es corregida quirúrgicamente.

De ahí que, se debió recurrir a fuentes jurídicas mucho más prolíferas en la materia, a saber, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en donde si se ha tratado, no con mayor éxito, la cuestión intersexual a profundidad desde 1995.

El proyecto normalizador del sexo en la jurisprudencia colombiana

Las dos grandes conclusiones que arrojó el análisis jurisprudencial realizado de la mano de las propuestas metodológicas de Uprinmy (2002) y Teun A. Van Dijk (2006) fueron:

En primer lugar, las decisiones de la Corte Constitucional, en materia de protección de los derechos de las personas intersexuales, han sido fundamentadas a partir de la elaboración de subreglas jurisprudenciales que limitan y vacían por completo la capacidad que tiene los menores para decidir sobre sus cuerpos. Esto, mediante la utilización de elementos jurídicos como el consentimiento sustituto y el consentimiento asistido que, son usados para restar el peso de la voluntad del menor frente a la voluntad de sus padres o el equipo médico, cuando se trata de tomar la decisión sobre la realización o no de cirugías de asignación de sexo de carácter irreversible.

Como se mostró, la Corte hace uso de estas figuras argumentado que el consentimiento directo del menor no es suficiente, incluso en los casos en que este ya ha sobrepasado el umbral de edad de cinco años, que se supone necesita para poder tomar una decisión sobre su sexo.

Como consecuencia, se han venido practicando cirugías de asignación de sexo a menores intersexuales sin su consentimiento directo, lo que constituye una violación a sus derechos de autonomía y libre desarrollo de la personalidad. Así, el Alto Tribunal Constitucional, lejos de ofrecer una protección a las personas intersexuales, ha limitado su margen de decisión en un asunto tan importante y personal como es la elección del sexo que llevarán por el resto de sus vidas.

En este punto, la primera intuición, con la que empecé a desarrollar este ejercicio de análisis, empezó a transformarse, pues la protección a los derechos de autonomía y libre desarrollo de la personalidad ofrecida por la Corte Constitucional a las personas intersexuales es apenas aparente, toda vez que, en la práctica, ninguna de las

intervenciones médicas realizadas a raíz de los fallos estudiados, fue consentida bajo la voluntad única y exclusiva del menor intersexual.

En segundo lugar, la elaboración de las subreglas enunciadas por dicha corporación cuenta con una fuerte justificación extrajurídica, esta es, la ideología subyacente a las mismas, que es reproducida por la Corte Constitucional a través de estrategias discursivas como la legitimación, la representación del otro y la estructura del discurso, que ponen a este Alto Tribunal en un papel de institución garantista e imparcial, que en apariencia busca sopesar todas las posturas existentes sobre el tema, para lograr una decisión acertada que ayude a las “pobres y desvalidas personas intersexuales”, salvándolas del “sufrimiento y la discriminación”.

La reproducción ideológica que hace la Corte Constitucional mediante su jurisprudencia, en última instancia, busca consolidar la matriz heterosexual, basada en la existencia de únicamente dos sexos diferenciados, a saber, el masculino y el femenino, a partir de los cuales son construidas las relaciones de dominación y apropiación de hombres sobre mujeres. Esto quiere decir que, el discurso enunciado mediante las sentencias de este alto tribunal constitucional no tiene otro propósito que perpetuar el *statu quo* del sexo fundado en el binarismo.

De esta forma, las providencias analizadas muestran a las cirugías de asignación de sexo como el medio idóneo para garantizar el verdadero goce de los derechos de autonomía y libre desarrollo de la personalidad de las personas intersexuales, de modo que, la intervención médica se muestra como un acto humanitario que busca introducir el cuerpo diverso dentro del espectro de lo que es considerado humano y merecedor de dignidad.

Un punto de partida para la ruptura del sistema sexo/género binario

Partiendo de los resultados arrojados por el análisis, no pude seguir defendiendo la idea de que la mejor forma para garantizar el goce de derechos de las personas intersexuales sería la eliminación de la categoría “sexo” en los documentos de identidad; en este punto, la defensa de dicha posición sería necia, pues las evidencias encontradas muestran que, el problema del reconocimiento jurídico en documentos de identidad ante el estado, se

encuentra lejos de ser el causante principal de la violación de los derechos de autonomía y libre desarrollo de la personalidad de las personas intersexuales.

Mas aún, teniendo en cuenta que, de acuerdo con las sentencias analizadas respecto del reconocimiento jurídico del sexo ante el estado, se encontró que la Corte Constitucional con la sentencia T- 447 de 2019, tuvo un avance importante al permitir el cambio de sexo en el documento de identidad, sin la mediación de un concepto médico o de una evidencia de realización de alguna intervención quirúrgica de cambio de sexo.

El verdadero problema de violación de derechos de las personas intersexuales se encuentra en la facultad que tienen los médicos y profesionales de la salud de realizar intervenciones quirúrgicas de asignación de sexo, bajo figuras como el consentimiento informado sustituto y asistido, que permiten que la voluntad del menor intersexual se vea mediada por la opinión médica y de sus padres, cuando es él y solo él quien sufrirá las consecuencias de la asignación de sexo.

Esta es la razón principal que motivó el giro de la propuesta legislativa final, pues la búsqueda de una verdadera protección de los derechos de autonomía y libre desarrollo de la personalidad de las personas intersexuales, debe pasar por la prohibición de la práctica de cirugías de asignación de sexo sin el consentimiento informado directo del paciente, constituyéndose de otro modo, la configuración del delito de tortura, de acuerdo con los estándares internacionales de protección de derechos humanos.

Así, la propuesta legislativa, aunque osada, cumple con dos objetivos. Primero, dota de una verdadera autonomía a las personas intersexuales, al permitirles decidir sobre su cuerpo, siendo ilegal la intromisión de terceros en esta decisión. Y segundo, al reglamentar al principio de “Respeto por la diversidad corporal” introduce al cuerpo intersexual dentro del espectro que define lo “humano”, permitiendo que la diversidad corporal sea merecedora de dignidad, y, configurándose como un punto de ruptura de la matriz heterosexual hegemónica que ha organizado los roles e identidades de las personas por siglos.

REFERENCIAS

- Amarillo, L. (2016). *La identidad en los genitales: Intersexualidad y sus aportes a la construcción de la identidad de género*. Universidad de la Republica de Uruguay.
- Anaid. (8 de ener de 2016). [Entrada de blog].*Brujula Intersexual*. Obtenido de <https://brujulaintersexual.org/2016/01/08/lo-que-enmudecemos-los-intersexuales-por-anaid/>.
- Antunez, J. (10 de mayo de 2017). Ley de identidad de genero. Deudas, conquistas y desafíos. [Entrevista].Unidiversidad. Recuerado de <http://www.unidiversidad.com.ar/ley-de-identidad-de-genero-deudas-conquistas-y-desafios>
- Asociación Travestis, Transexuales y Transgeneros Argentinas. (2014). *Ley de identidad de género y acceso al cuidado de la salud de las personas trans en argentina*. Buenos Aires. pp. 1- 65.
- Barral, M, J. (2010). *Análisis crítico del discurso biomédico sobre sexos y géneros*. Universidad de Zaragoza. Quaderns de Psicología, Vol 12, N 2, pp. 105 – 116.
- Bernal, J. S. (2011). Estados intersexuales en menores de edad: los principios de autonomía y beneficencia . *Revista de derecho nº 36*, 53- 86.
- Brujula Intersexual. (13 de mayo de 2018).*¿Por qué los alemanes intersexuales no están de acuerdo con la Ley de tercer género?*. [Entrada de blog]. Obtenido de <https://brujulaintersexual.org/2015/03/13/por-que-los-alemanes-intersexuales-no-estan-de-acuerdo-con-la-ley-alemana-del-tercer-genero/>.”
- Bundesverfassungsgericht. (10 de octubre de 2017). 1 BvR 2019/16. Recuperado de <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2017/bvg17-095.html>
- Butler, J. (2002). *Cuerpos que importan: sobre los límites materiales y discursivos del "sexo"*. Paidós. Buenos Aires.

- Butler, J. (2004a) *Bodies and Power Revisited*. En Dianna Taylor y Karen Vintges (editoras). *Feminism and the Final Foucault*. University of Illinois Press, Urbana y Chicago, pp. 183-194. Recuperado de: <http://www.nochedelmundo.wordpress.com>
- Butler, J. (2004b). *Deshacer el Género*. Paidós. Buenos Aires.
- Butler, J. (2004c). *Regulaciones de género*. La ventana N 23. pp. 8 - 35
- Bulter, J. (2007). *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*. Paidós. Buenos Aires.
- Cabral, M. (2001). El doble acceso a la identidad. [Entrada de blog]. Clam.org. Recuperado de www.clam.org.br/uploads/conteudo/Dobleaccesoalaidentidad-MauroCabral.pdf
- Cabral, M. (2005). *Cuando digo intersex. Un diálogo introductorio a la intersexualidad*. Cadernos Pagu.
- Cabral, M. (2008). Un paso en falso. *El Teje. Periodico travesti Latinoamericano* N° 2. p. 14
- Cabral, M. (2009). *Hoy, en este mundo*. En Cabral, M (Ed). *Interdicciones. Escrituras de la intersexualidad en castellano*. Anarres Editorial. Cordoba.
- Cabral, M. (2012). Argentina: Entrevista a un activista intersexual. [Entrevista]. Ilga word. Org, Recuperado de <https://ilga.org/argentina-entrevista-a-un-activista-intersexual-mauro-cabral>
- Cabral, M. (2014). Derecho a la igualdad: Tercera posición en materia de género. Corte Suprema, Australia, NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v. Norrie, 2 de abril de 2014. Revista Derechos Humanos. Año III, N° 8. Ediciones Infojus, p. 199 - 212
- Cabral, M. (2016). Argentina: Entrevista con Mauro Cabral. [Entrevista]. Caroline Ausserer. Recuperado de https://4edu.info/index.php/Entrevista_con_Mauro_Cabral
- Colette, G. (1978) *Práctica del poder e idea de Naturaleza*. En Curiel, O. y Falquet, J. (Ed.) *Patriarcado al desnudo*. pp. 19- 56. Brecha Lésbica. Buenos Aires.
- Comisión Interamericana de Derecho Humanos. (2015). *Informe sobre violencia contra las personas LGBT*. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf>

-
- Corte Constitucional. (23 de noviembre de 1995). T 477 . Magistrado Ponente: Alejandro Martinez Caballero
- Corte Constitucional. (12 de mayo de 1999). SU 337. Magistrado Ponente: Alejandro Martinez Caballero
- Corte Constitucional . (2 de agosto de 1999). T 551. Magistrado Ponente: Alejandro Martinez Caballero
- Corte Constitucional. (16 de septiembre de 1999). T 692. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Diaz
- Corte Constitucional . (12 de octubre de 2000). T 1390. Magistrado Ponente: Alejandro Martinez Caballero
- Corte Constitucional . (17 de octubre de 2002). T 881. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional. (27 de noviembre de 2002). T 1025. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil
- Corte Constitucional. (30 de octubre de 2003). T 1021. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional. (18 de septiembre de 2008). T 912. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional. (16 de julio de 2013). T 450A .Magistrdo Ponente: Mauricio Gonzales Cuervo
- Corte Constitucional. (28 de agosto de 2014). T 622. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt.
- Corte Constitucional. (10 de marzo de 2015). T 099. Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz.
- Corte Constitucional. (18 de junio de 2017). T 413. Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz.
- Corte Constitucional. (3 de agosto de 2017). T 498. Magistrado Ponente: Cristina Pardo Schlesinger
- Corte Constitucional. (15 de noviembre de 2017). T 675. Magistrado Ponente: Alejandro Linares Cantillo.

- Corte Constitucional. (4 de septiembre de 2018). T 364. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Rios.
- Curiel, O. (2013). *La nación heterosexual. Análisis del discurso jurídico y el régimen heterosexual desde la antropología de la dominación*. Brecha Lesbica. Buenos Aires.
- Derrida, J. (1989). *Fuerza de ley . El fundamento místico de la autoridad. Deconstruction and the Possibility of Justice*. Cardozo Law School, pp. 15- 45.
- Diaz, D. V. (2017). Nociones de prestigio y producción del cuerpo temeroso: Reflexiones en torno a la normalización de cuerpos intersexuales. *Sexualidad, Salud y Sociedad – Revista Latinoamericana*, 25- 45.
- Di Maggio, M. (7 de noviembre de 2019). *Personas intersexuales hablan sobre como quieren ser tratadas y aceptadas.. [Entrada de blog].* Brujula Intersexual. Obtenido de <https://brujulaintersexual.org/2019/11/07/personas-intersexuales-dazed/>.
- Di Trano, D. (2013). *Ley 26.743 de identidad de género: aproximaciones, implicancias y desafíos de una ley postgenérica*. Congreso de Derecho Público. Universidad de Buenos Aires.
- Dirección de Registro Civil de Mendoza. (2018). Resolución 420/2018.
- El tiempo. (12 de julio de 2010). *Los hermafroditas, o intersexuales, también hacen parte de comunidad LGBT* Recuperado de: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-7802923>).
- Escuela de Estudios de Genero. (2013). *Diagnostico de situacion de las personas intersexuales en la ciudad de Bogota* . Bogota: Universidad Nacional de Colombia.
- Fausto- Sterling, A. (2006). *Cuerpos sexuados. La política de género y la construcción de la sexualidad*. Editorial Melusina. Barcelona.
- França, I. L. (2009). *Ahora, es toda una mujer: un análisis del caso de*. En M. Cabral, *Interdicciones* (págs. 31-51). Cordoba: Anarrés Editorial.
- Foucault, M. (2007). *Herculine Barbin llamada Alexina B*. TALASA Ediciones. Madrid.
- Gaitan, M. (1999). *El hermafroditismo y el derecho colombiano*. Bogota: Universidad Nacional de Colombia.

-
- Gamez, C.A. (2008). Logros y desafíos del movimiento LGBT de Bogotá para el reconocimiento de sus derechos una mirada desde la acción colectiva, las estructuras de oportunidad y la política cultural. Tesis de grado. Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá.
- Garcia, J. E., & Garcia, D. L. (2017). Sujetos intersexuales y matriz heterosexual: Los cuerpos que le importan a la jurisprudencia colombiana; Una lectura queer. *Latin American Research Review*, 124- 137.
- Godoy, C, A. (2015) *Análisis del tratamiento de la intersexualidad a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y su realidad en Chile*. Universidad de Concepción. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Ciencias Políticas y Administrativas.
- Gomez, A. (2011). Cuerpo ambiguo, identidad sexual y derecho en las sentencias sobre asignación de sexo de la Corte Constitucional colombiana . *Tesis de posgrado*. Bogota: Facultad de Ciencias Sociales. Universidad de los Andes.
- Gonzales, P. Velasquez, C. & Duque, S. (2011). Problemática jurídica de los estados intersexuales. El caso colombiano. *Revista Medica Universidad de Antioquia*, 204-211.
- Gros, A, E. (2016). *Judith Butler y Beatriz Preciado: una comparación de dos modelos teóricos de la construcción de la identidad de género en la teoría queer*. Civilizar. pp. 245- 260.
- Hernandez, A. (2018). *“Aquí y ahora”: la noción de contrato social en el lesbianismo materialista de Monique Wittig*. Investigaciones feministas. Ediciones Complutense. Universidad de Zaragoza. pp. 27- 43
- Inter, L, y Alcantara, E. (2015). *Intersexualidad y derechos humanos*. Revista Defensor. Mexico.
- Jaramillo, I. C. (2000). *La crítica feminista al derecho*. Bogota: Siglo del Hombre Editores 103 -134.
- Jorge, J. C. (2010). El Corpus Sexual de la Biomedicina. *Revista Sexología y Sociedad*. Vol. 42, pp. 22- 34

- Jorge, J. C. (2011). Lecciones médicas sobre la variante sexual: los hermafroditas del siglo XVI y los intersexuales del siglo XXI. *Cuicuilco vol.18 no.52*, 251-272.
- Laqueur, T. (1994). *La construcción del sexo. Cuerpo y género desde los griegos hasta Freud*. Ediciones Catedra. Universitat de Valencia. Insituto de la Mujer.
- Lazar, M. (2010). Feminist critical discourse analysis. Articulating a feminist discourse praxis. *Critical Discourse Studies*, 4: 2, 141 — 164.
- Macinnes, P. (30 de julio de 2019). Caster Semenya blocked from competing at world championships. *The Guardian*. Recuperado de: <https://www.theguardian.com/sport/2019/jul/30/caster-semenya-blocked-defending-800-metres-title-athletics-world-championships>
- Mazuelos, A. (2004). *Soft Law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?*. Revista Electrónica de Estudios Internacionales, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, N° 8.
- Ministerio de Salud y Protección Social. (2018). *Respuesta a derecho de petición nº 201821001198481*. Bogota.
- Preciado, B. (2002a). Devenir bollo-lobo o cómo hacerse un cuerpo queer a partir de El pensamiento heterosexual. En P. V. Javier Saenz, *Teoría Queer Políticas Bolleras, Maricas, Trans, Mestizas*. Barcelona: Egales. 111-131.
- Preciado, B. (2002b). *Manifiesto Constraxsexual. Políticas subversivas de identidad sexual*. Madrid. Editorial Opera Prima.
- Preciado, B. (2008). *Testo yonqui*. Madrid: Espasa Calpe.
- Principios de Yogyakarta (2007). *Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*.
- Pulecio, P. M. (2011). *Teoría y práctica de los principios de Yogyakarta en el derecho internacional de los Derechos Humanos*. Revista Análisis Internacional. N° 3
- Registraduría Nacional del Estado Civil. (24 de febrero de 2015). "Directrices para la anotación del sexo en una inscripción en el registro civil de nacimiento de menores intersexuales". *Circular 033*.

- Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. (2016). *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*. Asamblea General de las Naciones Unidas.
- Rich, A. (1980). *Heterosexualidad obligatoria y existencia lesbiana*. DUODA Revista d'Estudis Feministes núm 10. pp. 1-28.
- Rubin, G. (1986). *El tráfico de mujeres: notas sobre la "economía política" del sexo*. Nueva Antropología, vol. VIII, núm. 30, Asociación Nueva Antropología A.C. Distrito Federal, México, pp. 95-145
- Sarmiento-Forero, J. (2011). Intersexualidad y derecho: la construcción del concepto. Género en los casos de asignación de sexo. *Estudios Socio- Jurídicos*, 389-417.
- Semenya, C. (30 de septiembre de 2019). Quería ser soldado. [Entrada de blog]. Brújula Intersexual. Obtenido de <https://brujulaintersexual.org/2019/09/30/soldado-por-caster-semenya/>.
- Spade, D. (2011) Normal Life. Administrative Violence, Critical Trans Politics, and the Limits of Law. [Una vida normal. La violencia administrativa, la política trans crítica y los límites del derecho]. South End Press Brooklyn, NY
- Suarez- Errekalde, M, Silvestre, M, y Royo, R. (2018). *Rompiendo habitus, (re)orientando caminos. Prácticas e identidades sexuales emergentes como resistencias subversivas al orden sexual patriarcal*. ENCRUCIJADAS. Revista Crítica de Ciencias Sociales, ISSN 2174-6753, Vol.17, pp. 1- 25
- Suess, A. (2014). Cuestionamiento de dinámicas de patologización y exclusión discursiva desde perspectivas trans e intersex*. *Revista de Estudios Sociales* N 49. Bogotá, pp. 128 – 143.
- Uprimny, R. (2002). *La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Pensamiento Jurídico N° 15
- Uprimny, R., & Rodríguez, A. A. (2014). *Interpretación judicial*. Bogotá : Universidad Nacional de Colombia.
- Van Dijk, T, A. (1996). *Análisis del discurso ideológico*. Universidad de Ámsterdam. Holanda. pp. 15- 43

- Van Dijk, T, A. (2006) *Ideología. Una aproximación multidisciplinaria*. Gedisa Editorial. Sevilla
- Van Dijk, T, A. (2011) *Sociedad y discurso. Como influyen los contextos sociales sobre el texto y la conversación*. Gedisa Editorial. Barcelona
- Velasquez, C, Gonzales, P. & Sarmiento, I. C. (2007). Principios y derechos involucrados en el análisis jurídico de los estados intersexuales en pacientes menores de edad en Colombia—el caso del hermafroditismo—. *Revista estudios de derecho. Universidad de Antioquia*, 217-234.
- Weggen, E. (2009). *The Yogyakarta Principles Soft Law? Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law*. Tesis de Magíster en Derecho Internacional Público, Universidad de Amsterdam.
- Wittig, M. (1992). *El pensamiento heterosexual y otros ensayos*. Editorial EGALES, Madrid.