

LA REASIGNACIÓN DEL SEXO EN COLOMBIA

**CARLOS ESTEBAN CAJIGAS ALVAREZ
WILSON DANILO IBARRA ROSERO**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
SAN JUAN DE PASTO
2010**

LA REASIGNACIÓN DEL SEXO EN COLOMBIA

**CARLOS ESTEBAN CAJIGAS ALVAREZ
WILSON DANILO IBARRA ROSERO**

Trabajo presentado como requisito parcial para optar al título de Abogado.

**Asesor:
Dr. Mario Fernando Ortega Jurado**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
SAN JUAN DE PASTO
2010**

NOTA DE RESPONSABILIDAD

“Las ideas y conclusiones aportadas en el presente trabajo de grado son responsabilidad exclusiva de sus autores”

Artículo primero del acuerdo numero 324 de octubre 11 de 1966, emanado del honorable Consejo Directivo de la Universidad de Nariño.

Nota de aceptación

ASESOR

JURADO

JURADO

San Juan de Pasto, Septiembre de 2010

AGRADECIMIENTOS

Agradecemos cordialmente a los doctores Rosángela Estupiñán, Álvaro Chaves, Ángela Osejo, Jorge Navia, Leonora Agrote, y al padre Idelfonso Benavides, personas que facilitaron el desarrollo de esta investigación mediante su colaboración para las entrevistas que sirvieron de argumentos de validez dentro de la misma.

Agradecemos al doctor Mario Fernando Ortega Jurado, quien fue nuestro asesor de proyecto, por la prontitud con la que procedió a realizar las correcciones requeridas y por las luces brindadas en cuanto a recomendar el camino que debía seguir la investigación.

Igualmente agradecemos a los doctores Manuel Coral Pabón y Sonia Rosero de la Rosa, quienes fueron los jurados designados para la evaluación y calificación de esta investigación, pues supieron reconocer el mérito que la investigación desplegaba.

DEDICATORIA

Dedico mi investigación y todo el esfuerzo realizado en ella, a mi madre y a mi padre, mis más fieles y constantes amigos. El resultado alcanzado es el producto de lo que ustedes siempre han sembrado en mí. ¡Gracias!.

ESTEBAN CAJIGAS ÁLVAREZ.

DEDICATORIA

A mi familia... A mi madre, a quien le debo todo y lo es todo.

DANILO IBARRA ROSERO.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	15
1. TERMINOLOGÍA BÁSICA	18
1.1 SEXUALIDAD	18
1.2 SEXO	19
1.3 GÉNERO	21
1.4 ORIENTACIÓN SEXUAL.....	21
1.5 BISEXUAL	21
1.6 HERMAFRODITA	21
1.7 HETEROSEXUAL.....	21
1.8 HOMOSEXUAL.....	21
1.9 TRANSEXUALIDA	22
1.10 IDENTIDAD SEXUAL	22
1.11 ROL Ó PAPEL DE GÉNERO.....	23
1.12 ASIGNACIÓN DEL SEXO.....	23
1.13 REASIGNACIÓN DE SEXO.....	23
2. FORMACIÓN Y PERFECCIONAMIENTO DE LA IDENTIDAD SEXUAL	24
2.1 HERENCIA GENÉTICA	26
2.1.1 Trastornos de cromosomas sexuales	28
2.1.2 Anomalías genéticas.....	28
2.2 EXPERIENCIAS EN INFANCIA Y ADOLESCENCIA Y CON FAMILIA Y AMIGOS	32
3. ASIGNACIÓN DEL SEXO.....	35
3.1 REGISTRO MÉDICO: “NACIDO VIVO”.....	35
3.2 REGISTRO JURÍDICO: REGISTRO DEL ESTADO CIVIL	36
3.3 ASIGNACIÓN DE SEXO EN HERMAFRODITAS.....	38

3.3.1 Posición de la Corte Constitucional frente a la escogencia y asignación del sexo en personas hermafroditas.....	40
3.3.2 Gráfica de la línea jurisprudencial seguida por la Corte Constitucional frente a la escogencia y asignación del sexo en casos de ambigüedad sexual:.....	47
4. REASIGNACIÓN DEL SEXO.....	48
4.1 CAUSAS DE LA REASIGNACIÓN DEL SEXO.....	49
4.1.1 Ambigüedad sexual.	49
4.1.2 Transexualidad.	54
4.1.3 Autonomía de la voluntad	56
4.1.4 Causas extremas.....	58
4.1.4.1 Fuerza mayor ó caso fortuito	58
4.1.4.2 Hecho de un tercero	60
4.1.4.3 Culpa exclusiva de la víctima.....	60
4.2 PRINCIPIOS QUE ORIENTAN LA REASIGNACIÓN DEL SEXO	60
4.2.1 Derecho a la dignidad humana.	62
4.2.1.1 Derecho a autodeterminarse.....	63
4.2.1.2 Derecho al libre desarrollo de la personalidad.....	65
4.2.1.3 Derecho a la libertad.....	66
4.2.1.4 Derecho a la Igualdad.....	67
4.2.1.5 Derecho a la Identidad.....	69
4.2.1.6 Colisión de derechos humanos y fundamentales y juicio de ponderación.	71
4.3 PROCEDIMIENTO PARA LA REASIGNACIÓN DEL SEXO	76
4.3.1 Relación Médico – Paciente.....	76
4.3.2 El Contrato médico.	76
4.3.3 Procedimiento médico	78
4.3.4 Procedimiento legal	82
4.4 LEGISLACIÓN SOBRE REASIGNACIÓN SEXUAL EN EL MUNDO	84

5. IMPLICACIONES LEGALES DE LA REASIGNACIÓN DEL SEXO.....	88
5.1 EN EL ÁMBITO PRIVADO.....	88
5.1.1 En el Estado civil, su registro y sus acciones.....	88
5.1.2 En el matrimonio, la unión marital de hecho y el divorcio	91
5.1.2.1 Reasignación sexual como causal de Inexistencia	97
5.1.2.2 Reasignación sexual como causal de Nulidad.....	98
5.1.2.3 Reasignación sexual como causal de Divorcio.....	99
5.1.3 En la filiación.....	100
5.1.4 En el parentesco	103
5.1.5 En la adopción	104
5.1.6 En la patria potestad, custodia, cuidado personal y visitas.....	106
5.2 EN EL ÁMBITO LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL	109
5.3 EN EL ÁMBITO PENAL	112
6. CONCLUSIONES	115
7. RECOMENDACIONES.....	122
BIBLIOGRAFÍA.....	123
NETGRAFÍA	126
ANEXOS.....	128

LISTA DE ANEXOS

	Pág.
Anexo A. Entrevistas realizada a la registradora del municipio de pasto: doctora rosángela estupiñán calvache.....	129
Anexo B. Entrevistas realizada a la doctora leonora argote, médica e investigadora encargada de seminarios y talleres de implementación del sistema ruap – nd para la asignación sexual de los menores recién nacidos del municipio de pasto.	133
Anexo C. Entrevistas realizada al médico psiquiatra doctor álvaro chavez, especialista en medicina legal y respetable miembro de la sociedad psiquiátrica colombiana, con más de 20 años de ejercicio profesional.....	136
Anexo D. Entrevistas realizada al sacerdote padre idelfonso benavides, canciller de la diócesis episcopal de pasto y rector de la iglesia catedral del municipio de pasto nariño.	142
Anexo E. Entrevistas realizadas a ciudadanos del común residentes en el municipio de pasto (nariño), con el objetivo de determinar el grado de aceptación que tiene en la sociedad la idea de la reasignación social. el formato aplicado fue el siguiente:.....	146
Anexo F. ENTREVISTAS REALIZADA AL DOCTOR JORGE NAVIA, JUEZ TERCERO DE FAMILIA DEL CIRCUITO DE PASTO.	152
Anexo H. Entrevistas realizada a la doctora ángela osejo, magistrada del tribunal superior del distrito judicial de nariño y putumayo – sala civil familia.....	155

GLOSARIO

Bisexual: Coexistencia del individuo en proporciones variables de las orientaciones heterosexual y homosexual ó excitación sexual con personas de uno u otro género. Práctica de actividades heterosexuales y homosexuales.

Género: Este vocablo ha sido tomado de la terminología gramatical con el significado que tiene ella, pero aplicado a los seres humanos

Hermafrodita: Individuo de la especie humana cuyas anomalías anatómicas dan la apariencia de reunir los dos sexos.

Heterosexual: Apetito sexual hacia el sexo opuesto. Orientación sexual hacia individuos del otro género o excitación sexual con ellos. Práctica de actividades Sexuales con individuos del otro género.

Identidad sexual: También llamada identidad de género, se define como el sentimiento de pertenencia a uno u otro sexo, es decir, el convencimiento de ser hombre o mujer.

Orientación sexual: Es la dirección que sigue el deseo sexual del sujeto en la búsqueda del objeto, o la excitabilidad sexual del sujeto en relación con un objeto sexual determinado; puede manifestarse exclusivamente, o sea, hacia un solo tipo de objeto, o hacia varios en proporciones variables.

Sexo: Conjunto de caracteres genéticos, morfológicos y funcionales que distinguen a los individuos machos de las hembras en el seno de cada especie.

Sexualidad: Conjunto de características físicas de cada sexo. Conjunto de impulsos y comportamientos que buscan, tanto la obtención del placer sexual (no necesariamente genital) como la satisfacción de la necesidad sexual (orgasmo).

RESUMEN

La reasignación sexual abarca al menos cuatro aspectos que van desde una reasignación quirúrgica, una reasignación hormonal, una reasignación social hasta una reasignación legal, con la cual se den plenas garantías y reconocimiento de derechos para quien haya optado por cambiar su sexo, así las cosas, debemos entender que esta no puede ser abordada sin tener en cuenta que en Colombia el tema suscita un problema doble: por un lado Colombia no tiene una regulación normativa referente al tema, lo que hace que sea el aparato judicial el que, guiado por su libre discrecionalidad, decida si es viable o no la reasignación sexual desde el punto de vista legal. Por otro lado, se debe evaluar qué impacto tendría en el ordenamiento jurídico colombiano el hecho de aceptar la reasignación del sexo legal, pues ésta de entrada modificaría estamentos normativos e instituciones que al momento de crearse no tuvieron en cuenta dicha controversia.

El presente trabajo hace un estudio y una revisión crítica sobre las implicaciones legales que acarrearía la reasignación legal del sexo, sus causas, la pugna de derechos y principios que entrarían a ponderarse y su repercusión en aspectos como la familia, el matrimonio, el divorcio, el registro del estado civil, la filiación, el parentesco, la adopción, la patria potestad y la incidencia que la reasignación del sexo traería en otros ámbitos legales como el derecho laboral y penal.

ABSTRACT

Sex reassignment includes at least four aspects ranging from reassignment surgery, hormonal redeployment, a social to a reallocation reallocation legally, which provide full guarantees and recognition of rights for those who have chosen to change their sex, and things we must understand that this can not be addressed without taking into account that in colombia the issue raises a twofold problem: firstly colombia has no legal regulation concerning the issue, which makes it the judicial system which, guided by free discretion, decide whether it is viable or not sexual reassignment from the legal standpoint. on the other hand, assess what impact the colombian legal system to accept the fact legal sex reassignment, as this would alter entry policy estates and institutions created at the time did not address that issue.

This project makes a survey and critical review of the legal implications that would result in the legal sex reassignment, its causes, the conflict of rights and principles that would come to be weighed and their impact on issues such as family, marriage, divorce, registration of civil status, descent, kinship, adoption, parental rights and the impact that sex reassignment would bring in other legal areas as labor law and criminal law.

INTRODUCCIÓN

La individualidad es el acto de ser del individuo, o en otras palabras, la trascendencia distintiva del individuo frente a los demás. El derecho a la expresión de la individualidad es un bien inherente a la persona humana (Art. 94 C.P.), y se proyecta como parte integral del derecho al libre desarrollo de la personalidad (Art. 16 C.P.). La fijación de la individualidad de la persona ante la sociedad, y ante el Estado, requiere de la conformidad de individuo con la identidad que proyecta, de suerte que siempre tendrá la facultad legítima de determinar la exteriorización de su modo de ser, de acuerdo con sus íntimas convicciones (Art. 18 C.P.).¹

Es así como el estado civil es atributo fundamental de la personalidad, ya que ésta se encarga de identificar, entre otras funciones, a las personas, y se erige con un derecho constitucional, por medio del cuál se defiende que aquellas puedan ser sujetos de derechos y contraer obligaciones.

Los elementos que constituyen el Estado civil son fundamentalmente la filiación, el sexo, el nombre, la edad, el estar casado o no, entre otros elementos de carácter irrenunciable, intransmisible e imprescriptible. La ley está encargada de su determinación tal y como se encuentra consagrado en el último inciso del Artículo 42 de la Constitución; y éste debe estar consignado y publicado en el registro civil.

El libre desarrollo de la personalidad se armoniza con las libertades de pensamiento y de expresión, por cuanto es la decisión de expresar, en el propio vivir de la persona, una determinación de su modo de ser en la convivencia humana; mientras tal determinación sea libre, como culminación de un proceso voluntario en una decisión, y no atente contra el derecho ajeno, tiene que ser respetado y protegido por el orden jurídico establecido.

Dicha normatividad se encuentra sin campo de aplicación plenamente desarrollado, cuando hablamos de personas que no sienten identidad de género, es decir, transexuales u homosexuales, puesto que a estas personas se les limitan casi siempre sus derechos fundamentales, entre ellos, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de conciencia, el reconocimiento de la personalidad jurídica y el derecho a la honra. En este estado de cosas, para que una persona denominada transexual u homosexual, pueda ejercitar libre, plena y tranquilamente estos derechos le sería de vital importancia, poder hacer correcciones a su acta de registro del estado civil, especialmente en lo relativo al sexo.

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 594 de 1993.

Se pueden hacer correcciones al registro del estado civil, únicamente con el fin de ajustar la inscripción a la realidad, sin embargo, no para alterar el estado civil. En este entendido, al cambiar en el registro del estado civil de una persona lo correspondiente a la asignación del sexo, ¿se está haciendo una corrección ó libremente se lo está alterando? ¿Cuáles son las implicaciones Jurídicas que se generan en el ordenamiento Jurídico Colombiano frente a la reasignación del sexo de una persona?

Dadas las condiciones constitucionales, legales, sociales, políticas y económicas que implican un alto impacto cultural en nuestra sociedad, nuestro ordenamiento jurídico debe abarcar nuevos y más amplios horizontes en cuanto a la normatividad reguladora de fenómenos ó acontecimientos que en la antigüedad no se presentaban, como lo es la reasignación del sexo.

Si bien se sabe, en la actualidad, una persona cualquiera puede en determinado momento de su vida, someterse a modernos procedimientos que la medicina ofrece para alterar física y anatómicamente el cuerpo humano y dejar así un género para adquirir otro. Tal es el caso de aquellas personas, que dada su condición de homosexuales, encuentran graves inconvenientes jurídicos, más que físicos, lo que representa sin duda alguna una paradoja que el Derecho debe solucionar, al momento de dejar de lado el sexo con el que nacieron y pretender adquirir, mediante la modificación del estado civil, el género opuesto.

En Colombia, el cambio de sexo, es un tema escasamente tratado, nuestros jueces no han tenido la oportunidad de seguir una línea normativa reguladora del tema y el legislador ha omitido regular al tema por falta de conocimiento de este fenómeno social y porque al momento de debatir qué normas se deben implementar para regularlo, no se ha podido llegar a homogeneizar los conceptos en una sola línea de pensamiento, por el contrario, cada cual plantea una alternativa que se opone a las demás, llevando así el problema a un círculo vicioso que es preferible evitar.

Esta investigación desarrolla una amplia descripción sobre la forma como se asigna el sexo en una persona y sobre las posibles formas que la misma persona tendría para modificar ese sexo asignado en el momento del nacimiento. Se establecen algunas causales que pueden ser invocadas por quien pretende hacer el cambio de sexo, se analiza la tensión que puede llegar a existir entre principios como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad, la libertad, la identidad sexual versus principios como la indisponibilidad del estado civil y la seguridad jurídica del ordenamiento. Finalmente se analizan las implicaciones legales que dicho cambio generaría en la vida de una persona en aspectos tales como el parentesco, la filiación, el matrimonio, el divorcio, entre otros.

Todos estos aspectos tienen como base una multidisciplinariedad de ciencias tales como la medicina, la psiquiatría y el Derecho. Todas ellas son de vital importancia y forman entre sí una unidad indispensable, pues se requiere de cada una de ellas para abordar correctamente la reasignación de sexo, teniendo en cuenta que el tema implica una reasignación quirúrgica, una reasignación hormonal, una reasignación social y una reasignación legal.

1. TERMINOLOGÍA BÁSICA

El tema de la reasignación de sexo involucra términos que pueden ser confusos en un comienzo, pues no se tiene la completa claridad de los conceptos básicos para poder diferenciar las causas que originan el cambio de sexo ni los sujetos que pueden pretenderlo. Con el propósito de evitar confusiones terminológicas a continuación se identifican los siguientes términos:

1.1 SEXUALIDAD

“Conjunto de características físicas de cada sexo. Conjunto de impulsos y comportamientos que buscan, tanto la obtención del placer sexual (no necesariamente genital) como la satisfacción de la necesidad sexual (orgasmo). Puede realizarse individualmente (masturbación), con seres del mismo sexo (homosexualidad) o distinto (heterosexualidad), e incluso de formas más infrecuentes (zoofilia, coprofilia). La sexualidad es un fenómeno social, lo que excluye cualquier pretensión de una sexualidad “natural” y la vincula históricamente a consideraciones morales. Estas se enfrentan a una concepción de la sexualidad como reino de la libertad, interpretada desde distintas perspectivas: La primitiva (naturalidad genital) ó la moderna (expresión franca de impulsos y afectos, no inhibida por la moral convencional). Sin embargo, la moralidad sexual como hoy se conoce ha tenido y tiene una influencia duradera: En el ámbito occidental surgió con las relaciones judeocristianas, que afirmaron su carácter pecaminoso y su valor exclusivamente reproductor de la especie. La interiorización de estos criterios alcanzó su máxima expresión en la moral burguesa (reflejo tanto del carácter supremo de la propiedad y la herencia, como de la necesidad de reproducción de fuerza de trabajo); la crisis de esta visión ha provocado principalmente a partir de 1960, la aparición de una *“sexualidad de consumo”, basada en la objetualización de la misma (a través del erotismo y la insistencia en su carácter cuantitativo) que se resume en nuevos modos de alineación y frustración. También es definida como un fenómeno reproductivo que se caracteriza por el encuentro entre un gameto masculino y otro femenino*². *“Es definida en otros diccionarios, como el conjunto de comportamientos relativos al instinto sexual y a su satisfacción”*³.

La sexualidad al constituir una dimensión de la personalidad puede observarse desde el punto de vista biológico, donde se estudia el estímulo y efecto de esta característica; psicosocial, que analiza las emociones de las personas y la

² Diccionario Enciclopédico Grijalbo. Barcelona: Grijalbo Mandadori S.A., 1995. p. 1698.

³ Diccionario Enciclopédico Salvat. Tomo XI. Barcelona: Saat Editores. 1974. p. 1023.

influencia social sobre éstas; conductual, que se refiere a lo que se hace, cómo y por qué obra el individuo de tal manera; clínico y cultural.

1.2 SEXO

Conjunto de caracteres genéticos, morfológicos y funcionales que distinguen a los individuos machos de las hembras en el seno de cada especie. El sexo queda determinado generalmente por el contenido cromosomático, y los individuos heterogaméticos suelen ser machos y los homogaméticos, hembras. El sexo está ligado a la reproducción y transmisión de los caracteres hereditarios, con una especialización para la producción de gametos masculinos (espermatozoides) y femeninos (óvulos). Existen especies cuyos individuos presentan simultáneamente ambos sexos (hermafroditas) o cambian de sexo con el tiempo. Los caracteres sexuales pueden ser primarios (relacionados directamente con los órganos sexuales) o secundarios (extragenitales). El sexo ha evolucionado de forma paralela con la complejidad de las especies⁴.

Se han distinguido varias concepciones de “sexo”:

- ✓ Sexo genotípico.
- ✓ Sexo fenotípico.
- ✓ Sexo psicológico.
- ✓ Sexo social.
- ✓ Sexo de asignación y crianza.
- ✓ Sexo legal.

El sexo genotípico, genético o cromosomático, que se refiere a los pares de cromosomas sexuales xy ó xx (caracteres sexuales primarios). Es de carácter hereditario transmitido por los heterocromosomas (cromosomas sexuales); según el número y distribución de éstos se distinguen los tipos de xy y xx. Se llama macho al individuo que produce gametos masculinos (espermatozoides), y hembra al que produce los gametos femeninos (óvulos).

“Está constituido por el equipo cromosomático embrionario, que queda determinado desde la fecundación. Este sexo condiciona el crecimiento y desarrollo del individuo determinando la diferenciación anatómica durante el desarrollo embrionario”⁵.

⁴ Diccionario Enciclopédico Grijalbo. Op. cit., p. 1697.

⁵ Diccionario Enciclopédico Salvat. Op. cit., p. 3022.

a. El sexo fenotípico⁶, que se subdivide en:

- ✓ *Sexo gonadal*, que es determinado por la presencia de ovarios y testículos (caracteres sexuales secundarios).
- ✓ *Sexo hormonal*, determinado por la secreción predominante de andrógenos o estrógenos.
- ✓ *Sexo hipotalámico*, determinado por el tipo cíclico (femenino) o continuo (masculino) de secreción de hormona liberadora de hormona luteinizante.
- ✓ *Sexo genital interno*, determinado por la presencia de órganos genitales internos masculinos o femeninos (órganos sexuales terciarios).
- ✓ *Sexo genital externo*, presencia de órganos genitales masculinos o femeninos (caracteres sexuales terciarios).
- ✓ *Sexo morfológico externo*, que está determinado por la presencia de genitales externos y caracteres sexuales cuaternarios o masculinos.

b. Sexo psicológico, identidad sexual o identidad genérica, que es el convencimiento íntimo de ser hombre o mujer que tiene el individuo, o la identificación subjetiva con una u otra forma de estas condiciones, o con ambas, en proporciones variables. Cuando coincide con el sexo social es la vivencia de él.

c. Sexo social, rol sociosexual, rol genérico o masculinidad o feminidad, que es el conjunto de rasgos conductuales que indican a sí mismo o a los demás la pertenencia del individuo al sexo masculino o femenino, o la ambivalencia, en proporciones variables, con respecto al sexo. Cuando coincide con el sexo psicológico es la manifestación de él.

d. Sexo de asignación y crianza, determinado usualmente por el sexo genital externo y que es atribuido al nacer.

e. Sexo legal, que es el atribuido al individuo en sus documentos de identificación, y que es determinado generalmente por el sexo de asignación y crianza⁷.

⁶ [en línea] Disponible en Internet: http://contusalud.com/sepa_sexualidad_clasificacion.htm [citado 10 Agosto de 2010]

⁷ [en línea] Disponible en Internet: http://unicolombia.edu.co/saludsexual/index.php?option=com_content&task=view&id=38&Itemid=52 [citado 10 Agosto de 2010]

1.3 GÉNERO

Este vocablo ha sido tomado de la terminología gramatical con el significado que tiene ella, pero aplicado a los seres humanos. Es, entonces, sinónimo de sexo, y de él se deriva el adjetivo genérico. El género es un término muy complejo que se relaciona estrechamente con los roles de género, tal como se explica más adelante.

1.4 ORIENTACIÓN SEXUAL

Es la dirección que sigue el deseo sexual del sujeto en la búsqueda del objeto, o la excitabilidad sexual del sujeto en relación con un objeto sexual determinado; puede manifestarse exclusivamente, o sea, hacia un solo tipo de objeto, o hacia varios en proporciones variables. La más típica orientación sexual es la heterosexual, que es seguida en incidencia por la homosexual.

1.5 BISEXUAL

Coexistencia del individuo en proporciones variables de las orientaciones heterosexual y homosexual ó excitación sexual con personas de uno u otro género. Práctica de actividades heterosexuales y homosexuales.

1.6 HERMAFRODITA

Individuo de la especie humana cuyas anomalías anatómicas dan la apariencia de reunir los dos sexos.

1.7 HETEROSEXUAL

Apetito sexual hacia el sexo opuesto⁸. Orientación sexual hacia individuos del otro género o excitación sexual con ellos. Práctica de actividades Sexuales con individuos del otro género.

1.8 HOMOSEXUAL

Nombre que alude a los hombres y mujeres que sienten una atracción sexual preferente por las personas del mismo sexo durante un lapso significativo. *“La mayoría de los individuos homosexuales tienen una declarada actividad sexual*

⁸ Diccionario Enciclopédico Salvat. Tomo 6. Op. cit., p. 1674.

con miembros del mismo sexo y por lo general no sienten atracción por los del contrario”⁹.

1.9 TRANSEXUALIDA

“Situación donde la identidad emocional interna (Identidad de género) de un individuo no concuerda con el aspecto de los genitales y características sexuales secundarias. Puede ser debido a causas psicológicas y biológicas”¹⁰.

Equivocadamente, hay personas que definen la transexualidad con una homosexualidad extrema; es decir, según estas personas, una persona transexual ama tanto al otro sexo que acaba identificándose con él.

1.10 IDENTIDAD SEXUAL

También llamada identidad de género, se define como el sentimiento de pertenencia a uno u otro sexo, es decir, el convencimiento de ser hombre o mujer. Esta percepción hace que nos veamos como individuos sexuados en masculino o femenino, lo que desembocará en sentimientos, afectividad y comportamientos o conductas distintas y peculiares dependiendo de que nos identifiquemos con una identidad sexual masculina o femenina.

No hay que confundir la identidad sexual (percepción de uno mismo como hombre o mujer), con la orientación sexual (atracción sexual hacia hombres, mujeres o ambos indistintamente).

La identidad sexual es realmente un aspecto complejo y multifactorial. Al pensar en identidad sexual, se suele pensar en si una persona se siente o no a gusto, con bienestar y autorrealización, en lo que implica ser hombre o ser mujer.

Los elementos a considerar como constituyentes de la identidad sexual son:

- El sexo del sujeto: Esto tiene que ver con la diferencia física constitutiva natural del hombre y de la mujer, y por lo tanto con los componentes biológicos y anatómicos

⁹ MASTERS, William H; JOHNSON, Virginia E. y KOPNY, Robert C. La Sexualidad Humana. Tomo III. Colombia: Grijalbo. 1987. p. 456.

¹⁰ *Ibíd.*, p. 301.

- El género: El género, está determinado por los aspectos psicológicos, sociales y culturales de la feminidad y la masculinidad. Este es uno de los componentes mas complejos.

- El rol: El rol del genero como hombre o mujer dentro de un determinado marco social-cultural, político y religioso determinado.

La Corte Constitucional considera que se debe distinguir entre la identidad sexual y la identidad de género. Así, la primera hace referencia a "las características biológicas sexuales de una persona que incluyen cromosomas (XX mujer o XY hombre), genitales externos (pene o vagina), genitales internos." En cambio, la identidad de género tendría un componente más psicosocial, pues se relaciona "con el sentido personal de la propia masculinidad o feminidad"¹¹.

1.11 ROL Ó PAPEL DE GÉNERO

Expresión de la masculinidad o feminidad de un individuo de conformidad con las reglas establecidas por la sociedad. Conjunto de rasgos conductuales que indican a sí mismo o a los demás, la pertenencia del individuo al sexo masculino o femenino, o la ambivalencia en proporciones variables, con respecto al sexo. Es identificado como sexo social, rol socio-sexual, masculinidad o feminidad¹².

1.12 ASIGNACIÓN DEL SEXO

Procedimiento mediante el cual el médico obstetra atribuye determinado sexo femenino o masculino, con base en los caracteres sexuales externos en el momento del nacimiento de un individuo.

1.13 REASIGNACIÓN DE SEXO

Proceso conformado por la reasignación social, hormonal y quirúrgica, cuyo fin es el cambio del sexo de asignación y crianza, a consecuencia de la presencia de ambigüedad sexual y transexualismo en un individuo, o su voluntad o por fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o por culpa exclusiva de la víctima.

¹¹ H. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU – 337 de 1999.

¹² ALZATE, Heli. Sexualidad Humana. p. 58.

2. FORMACIÓN Y PERFECCIONAMIENTO DE LA IDENTIDAD SEXUAL

La identidad sexual, a veces denominada identidad de género es el sentimiento subjetivo que cada persona tiene sobre su pertenencia a uno u otro sexo. En pocas palabras, es lo que nos hace sentirnos hombres o mujeres. Ante todo es una percepción subjetiva y personal y esta identidad sexual impide que nos veamos como individuos asexuados. Este género sexual va a determinar cómo van a ser nuestros sentimientos, afectividad y comportamiento tanto social como sexual.

O como bien lo ha definido el Doctor Hoyos Castañeda, debe entenderse la identidad sexual como *“la manifestación del derecho a la dignidad inherente a la persona humana, que la identifica como un ser que se autodetermina, se autoposee, se autogobierna, es decir, es dueña de sí y de sus actos...u que incluye un conjunto de atributos y calidades, tanto de carácter biológico, como de la personalidad que permiten en la sociedad la individualización de un sujeto”*¹³.

A menudo la identidad sexual da lugar a equívocos ya que se confunde muchas veces con el rol sexual que cada individuo tiene. Como ya hemos dicho la identidad sexual tiene que ver con la percepción personal y particular que cada persona tiene y que hace que se sienta hombre o mujer. La orientación sexual por el contrario es hacia que género (masculino o femenino) se ve atraída la persona.

En relación a este punto concreto referente a la identidad sexual y a la orientación sexual, algunos estudios científicos, incluyendo *Sexual Behavior in the Human Male* (1948) y *Sexual Behavior in the Human Female* (1953) por el Dr. Alfred Kinsey, constataron que, analizados tanto comportamiento como identidad, la mayor parte de la población parece tener por lo menos alguna tendencia bisexual (atracción hacia personas tanto de uno como de otro sexo), aunque ordinariamente se prefiere un sexo u otro.

Kinsey y sus estudiantes consideraron que sólo una minoría (del 5 al 10%) es completamente heterosexual o completamente homosexual. Y similarmente, sólo una minoría aun más pequeña puede considerarse completamente bisexual.

Estudios ulteriores han querido demostrar que el informe de Kinsey había exagerado la prevalecía de la bisexualidad en la población; pero todavía su idea goza de una gran aceptación.

Algunos pensadores en los estudios de género, siendo el más famoso el filósofo francés Michel Foucault (aunque algunos hayan argumentado que sus ideas en

¹³ HOYOS CASTAÑÉDA, Ilva Myriam. El concepto de Persona en los Derechos Humanos. Universidad de la Sabana. 1991. p. 3.

este tema hayan sufrido distorsión) atacan la idea de que identidades sexuales como homosexualidad, heterosexual o bisexualidad tengan cualquier existencia objetiva. Dicen, en su lugar, que son construcciones sociales. Este punto de vista teórico se llama *Teoría Queer*. Un argumento frecuente es que la homosexualidad premoderna era diferente de la homosexualidad moderna, siendo estructurada por edad, sexo o clase en vez de igualitaria. Los críticos contestan que, aunque la homosexualidad de épocas distintas haya tenido rasgos distintos, el fenómeno básico ha existido siempre y no es una creación de la sociedad actual.

Una de las últimas teorías propuestas para la homosexualidad se basa en la llamada *selección social*. Propuesta por la profesora de biología de la Universidad de Stanford Joan Roughgarden en su libro *Evolution's Rainbow* ('El arcoiris de la evolución'), la teoría se enfrenta a la selección sexual de Darwin.

Básicamente niega la reducción de la diversidad sexual a dos sexos, uno masculino y agresivo y otro femenino y cohibido. Con numerosos ejemplos del reino animal y de culturas distintas de la occidental, muestra que la naturaleza y las diferentes sociedades ofrecen soluciones sorprendentes a la sexualidad: peces con varios tipos diferentes de machos o cuyos componentes cambian de sexo en caso de necesidad; mamíferos que tienen a la vez órganos reproductores masculinos y femeninos, etc.

En el caso de la biología humana, afirma que la existencia de homosexuales, transexuales y hermafroditas no es más que una variación natural que se integra perfectamente en la diversidad mostrada por los demás animales. La expresión social de esta diversidad se encontraría en sociedades como la de los indios norteamericanos, con sus *dos espíritus*, los *mahu* polinésicos, los *hijra* que son personas intersexuales y dentro de su cultura se les considera "el tercer sexo", o los eunucos, que se identifican con personas transgénero.

*"Y dado que la orientación sexual es independiente de la identidad sexual existen personas transexuales homosexuales y heterosexuales, como el resto de la población no transexual"*¹⁴.

Muchas personas que nacen con combinaciones de rasgos de los dos sexos, es decir, se enfrentan a complicaciones cuando la sociedad se burla o escandaliza de su físico, lo que suele ocurrir con las personas intersexuales- o insiste en que asignar a un individuo un sexo con el que no se identifica, lo que ocurre habitualmente entre las personas transexuales.

¹⁴ [en línea] Disponible en Internet: http://www.sexualidad.es/index.php/Identidad_sexual [citado 10 Agosto de 2010]

En el caso de las personas transexuales, sus problemas suelen reducirse cuando pueden pasar por el proceso de reasignación de sexo, en cual incluye la cirugía de reasignación sexual, mal llamada "operación de cambio de sexo".

Por otro lado, la identidad sexual suele intentar diferenciarse de la orientación sexual, en la que pueden darse individuos heterosexuales, homosexuales, bisexuales y asexuales. De igual manera que la orientación sexual, la identidad sexual no se puede elegir.

Sin embargo, investigaciones en sexología de la Universidad Libre de Ámsterdam apuntan a que la identidad y la orientación sexual son hechos absolutamente diferentes, por lo que pueden darse personas transexuales con diferentes orientaciones sexuales. De hecho, hay estudios que indican que más de un 30% de la población transexual es homosexual o bisexual, muy por encima al 5% ó 10%, porcentaje que suele darse en la población no transexual.

Contemporáneamente, es de gran acogida la tesis de que la identidad sexual es un proceso que se va construyendo con el tiempo y que así mismo depende de las experiencias que va teniendo la persona. Los primeros años de vida son fundamentales en el proceso de adopción de la identidad sexual. Los momentos decisivos a la hora de obtener la identidad sexual suelen ser la adolescencia y la pubertad. Aunque se conocen las etapas de la vida dónde se logra el concepto de identidad sexual, todavía no se ha logrado determinar las causas que hacen que el niño o la niña definan su orientación sexual hacia un género u otro.

Algunas teorías apuntan a que la identidad sexual es innata, aunque la mayoría de estudios y teorías recientes apuntan a la influencia de distintos factores, tanto así, que casi todas las teorías sobre la adopción de la identidad sexual ponen de relieve que existen tres tipos de factores fundamentales a la hora de la adquisición de la identidad sexual. Estos factores son la herencia genética, las experiencias durante la infancia y la adolescencia y la relación que se mantiene con la familia y amigos.

2.1 HERENCIA GENÉTICA

El desarrollo sexual es un proceso complejo que se inicia desde la concepción y continúa durante todo el ciclo vital.

La determinación del sexo no se debe a un gen, sino a cromosomas completos, los cromosomas sexuales. En nuestra especie hay dos: X ó Y. La dotación XX corresponde al sexo femenino, y la XY, al masculino. En circunstancias normales le pertenece a la mujer una estructura cromosómica de 46 XX, y al hombre 46 XY.

Debe destacarse además, que en el momento de la fecundación el espermatozoide y el óvulo se unen formando un cigoto y establecen la primera programación, en la cual como se entenderá el varón aporta 23 cromosomas X ó Y, y la mujer igual número X, perteneciéndole 46 cromosomas al cigoto. El embrión varón y hembra son anatómicamente iguales durante las primeras semanas, independientemente del código genético respectivo.

A partir de la quinta y sexta semana de gestación se forman las gónadas primitivas; en esta fase las gónadas son bipotenciales, es decir, que su conversión en testículos u ovarios depende de contingencias futuras. Igualmente, se forma el conducto de Wolff y el de Müller. El conducto de Wolff en el feto masculino dará lugar al conducto deferente y en el feto femenino involucionará (sólo quedan recordatorios). En el sexo femenino el conducto de Müller da lugar a las trompas y la matriz¹⁵.

El desarrollo testicular aun debe sufrir transformaciones genéticas posteriores. Una sustancia química; antígeno H-Y, que es regulada por el cromosoma Y, es el desencadenante de la conversión de las gónadas primitivas en testículos; su no presencia genera que dicha gónadas se produzcan siempre en ovarios. Cuando no se ha presentado un aporte suficiente de testosterona, aún cuando la configuración cromosomática sexual sea 46xy, la secuencia anatómica será femenina y no masculina.

Es a partir de este momento cuando empezamos a encontrar diferenciaciones sexuales en tres niveles: Los órganos sexuales internos, los órganos genitales externos y el cerebro. En cuanto a las estructuras sexuales internas, en función de la secreción de testosterona, un conjunto de estructuras internas sufrirá una regresión y aparecerá una estructura marcada masculina (próstata y vasos deferentes) o una estructura marcada femenina (útero, trompas de Falopio y vagina). Es importante notar que es la ausencia de hormonas masculinas - y no la presencia de hormonas femeninas - lo que hace que la diferenciación interna y externa de los genitales sea femenina. Hacia el final del primer trimestre es posible reconocer los genitales externos de los embriones como masculinos o femeninos. La formación de los genitales internos y externos se denomina diferenciación sexual. A partir de la semana catorce existe una marcada diferencia entre la estructura sexual interna del varón y de la mujer.

Respecto a la diferenciación de los órganos sexuales externos, *“en el embrión humano la diferenciación testicular es ya distinguible a partir de los 43-49 días (6-7 semanas), cuando mide de 13 a 20 mm (12, 28-30). La diferenciación del ovario comienza algunas semanas después que la del testículo y no es histológicamente*

¹⁵ ZANNONNI, E. Concepto de sexo. Factores. Transexualismo. Comentario a la Sta. De la Cámara Nacional Civil de Buenos Aires. En: Revista Interdisciplinar de Doctrina y Jurisprudencia Vol 4. Buenos Aires: Abeledo – Perrot , 1990. p. 30.

*aparente hasta los 70 días (60) o casi el tercer mes de vida gestacional, no siendo completa la diferenciación hasta el sexto mes de vida gestacional*¹⁶.

Por su parte, el cerebro también sufre cambios diferenciales, las diferencias estructurales mejor conocidas entre el cerebro del varón y el de la mujer, se refieren al número de emplazamiento de cierto número de conexiones y transmisiones en las células nerviosas (sinapsis) en el hipotálamo.

La acción de los andrógenos da lugar a la formación cerebral masculina, en tanto que la carencia de estas hormonas, determina la configuración de la mujer.

2.1.1 Trastornos de cromosomas sexuales. Como ya se ha dicho anteriormente, el núcleo celular tiene 46 Cromosomas, 2 de los cuales son cromosomas sexuales (xx ó xy) . En cuanto a los trastornos de los cromosomas sexuales, puede ocurrir que un individuo nazca con un cromosoma adicional, o que le falte uno, ambos hechos representan grandes cambios en el desarrollo físico, mental y emocional.

Entre los síndromes más frecuentes es factible precisar los siguientes: El síndrome de Turner y el Síndrome de Klinifelter.

El síndrome Turner hace referencia a la falta del cromosoma x, la configuración del cromosoma es de 45x, este hecho afecta el desarrollo normal de los ovarios en la mujer, perjudicando a los órganos internos y faciales; problemas de altura y hasta puede llegar a causar la esterilidad.

El síndrome de Klinifelter, se da cuando al feto varón le pertenece un cromosoma x suplementario, llegando a ser su configuración genética 47 xy; hecho que se manifiesta cuando el individuo se encuentra en fase adulta, este síndrome se caracteriza por provocar un desarrollo muscular diferente y una libido disminuida y la no producción de espermatozoides.

2.1.2 Anomalías genéticas. Las palabras "Es un niño" y "Es una niña" se escuchan cada hora de cada día en todo el mundo. Pero es inimaginable la angustia sentida cuando el médico ó la enfermera no pueden determinar el sexo tan claramente (*ver anexo 3*). La presencia de genitales no diferenciados ocurre en uno de cada 2.000 nacimientos, normalmente no se puede anticipar, y es una experiencia difícil para todas las personas afectadas. ¿Cuáles son las causas de que un recién nacido presente genitales no diferenciados? ¿Qué se puede hacer para corregir la situación?

¹⁶ [en línea] Disponible en Internet: <http://www.seep.es/privado/download.asp?url=/publicaciones/2001EIH/Cap01.pdf>. [citado 12 Agosto de 2010]

Los órganos reproductores y los genitales asociados se forman a partir del mismo tejido fetal. Si el proceso genético que hace que el tejido fetal se desarrolle como "masculino" o como "femenino" es alterado, puede ocurrir que se desarrollen genitales no diferenciados. Incluso si la determinación sexual genética ocurre sin problemas, la diferenciación sexual hormonal puede verse alterada. Por ejemplo, un bebé puede tener genitales no diferenciados a causa de niveles inadecuados o en exceso de la hormona sexual masculina llamada testosterona. Normalmente es posible determinar la causa subyacente específica de manera que se pueda hacer una recomendación en relación a cuál es el género adecuado para criar el bebé.

Las investigaciones necesarias para determinar la causa subyacente del problema del bebé incluyen diversos análisis de sangre y una ecografía del abdomen y del área pelviana (Ver Anexo 2). La investigación también incluye un genitograma, que es un estudio especial con rayos X. Durante este estudio, el radiólogo inserta una pequeña sonda en la apertura de la uretra e inyecta una sustancia de contraste que determina si existe una vagina. Además, a veces puede ser necesario tomar una muestra de tejido de las gónadas y examinarla bajo el microscopio para asegurarse de su naturaleza. Los genitales no diferenciados varían en el grado de severidad, pero las variaciones más comunes incluyen:

Disgenesia gonadal: Son los niños que tienen órganos internos que son mayormente femeninos, genitales externos que pueden variar entre femeninos normales y masculinos normales, y una gónada poco desarrollada.

Hiperplasia suprarrenal (adrenal) congénita (HSC): Las mujeres con HSC nacen con un clítoris agrandado y estructuras normales del tracto reproductor interno. Los hombres tienen genitales normales al nacer. La HSC causa un crecimiento anormal en ambos sexos, los pacientes serán altos de niños y bajos de adultos. Las mujeres desarrollarán características masculinas y los hombres tendrán un desarrollo sexual prematuro.

Hermafroditismo verdadero: Son los individuos que tienen tanto genitales como órganos reproductores internos masculinos y femeninos.

Se llama hermafroditismo verdadero a la circunstancia en la que se presenta tejido gonadal masculino y femenino (normalmente pene y clítoris, ambos atrofiados). Aunque suelen tener aspecto externo más de mujer que de hombre, muy pocos son criados como niñas, principalmente debido a que la existencia de pequeño órgano viril suele conducir a la familia a creer que son niños y a educarles como tales, lo que puede llevar a problemas de identidad sexual posteriores¹⁷.

¹⁷ [en línea] Disponible en Internet: <http://www.saludymedicinas.com.mx/nota.asp?id=2047> [citado 12 Agosto de 2010]

Seudohermafroditismo: Son los individuos que tienen genitales externos cuestionables pero que sólo tienen órganos reproductores internos de un solo género. Por ejemplo, una persona puede tener un útero, trompas de Falopio y vagina pero no tener el clítoris y los labios bien definidos. Hay dos tipos de seudohermafroditismo:

Seudohermafroditismo masculino. También reconocido como hermafroditas varones o seudohermafroditas con testículos y órganos sexuales femeninos, donde el sexo cromosómico (se explica adelante) es masculino, pero físicamente su apariencia es totalmente femenina; en lugar de ovarios tienen testículos y su vagina es corta con terminación en forma de saco.

Seudohermafroditismo femenino. Hermafroditas mujeres o seudohermafroditas con ovarios y órganos sexuales masculinos. El sexo cromosómico y los órganos internos son femeninos, pero la apariencia es masculina; poseen clítoris de tamaño mayor y vulva más grande de lo normal

Entre las causas más comunes de este tipo de anomalías se encuentran el síndrome androgenital (SAG), que constituye una anomalía congénita producida por la excesiva producción de andrógenos durante el desarrollo fetal. Los nacidos tienen apariencia de niño varón, pero la estructura sexual interna es totalmente femenina, incluso pueden potencialmente llegar a tener un embarazo normal en el caso en que se administre un tratamiento adecuado donde los genitales se restauren mediante cirugía plástica. Las personas que padecen este síndrome, frecuentemente presentan inclinaciones bisexuales ó experiencias lésbicas.

Constituye otra causa, el síndrome de feminización testicular, que se presenta cuando una persona, que es genéticamente masculina (tiene un cromosoma X y un cromosoma Y), es resistente a las hormonas masculinas llamadas andrógenos. Como resultado, el individuo tiene algunas o todas las características físicas de una mujer en lo que respecta a genitales y apariencia física, a pesar de tener la composición genética de un hombre.

El síndrome se divide en dos categorías principales: completo e incompleto. El síndrome de insensibilidad a los andrógenos completo lleva a que la persona tenga apariencia femenina; mientras que en el síndrome incompleto, el grado de ambigüedad sexual varía ampliamente de un individuo a otro.

Repercute negativamente en la anatomía sexual también, las drogas ó fármacos ingeridos por la madre. Las hormonas que por razón médica se administran a la mujer en estado de embarazo atraviesan la placenta y penetran en la circulación orgánica del feto. Y según la dosis y la etapa ó fase de desarrollo del embarazo éstas pueden repercutir negativamente en la anatomía sexual del feto.

Encontrándose frente a este tipo de situaciones biológicas, diferentes autores han realizado teorías para determinar si prevalece el sexo biológico, o si por el contrario, lo que prima es el elemento cultural en cuanto a la identidad sexual del individuo se refiere.

Muchos científicos afirman que la identidad sexual la da la genética y no la cultura, como lo afirma el Dr., John Money, sexólogo psiconeuroendocrinólogo, quien ha defendido la tesis de que la identidad sexual se adquiere con la educación y que por tanto es posible modificarla con el paso del tiempo, dejando sin estimación el sexo biológico.

El destacado médico de EEUU intentó resolver, de una vez por todas, el peligroso debate entre naturaleza y educación y demostrar que el sexo de una persona es tan incierto al nacer, que con un simple cambio en la práctica de su aprendizaje, junto con una sencilla operación quirúrgica, un niño (Brian Reimer) podía convertirse en una niña mientras su hermano gemelo (Bruce Reimer) se desarrollaba en su cuerpo de hombre.

El médico confiaba ciegamente en que Bruce podía ser educado como una chica puesto que había perdido su pene. Desde una perspectiva experimental, Brian Reimer sería el individuo perfecto para hacer de control: su herencia genética era idéntica a la de su gemelo Bruce. La única diferencia es que uno podría ser educado como una niña, y el otro como un niño. El énfasis de Money en la educación por encima de la naturaleza encajaba a la perfección con el espíritu progresista de la época (1965), sobre todo con el movimiento femenino, cuyos defensores aseguraban que el papel tradicional y social de la mujer no venía biológicamente definido.

Esta práctica arrojó como resultado identidad y roles de género normales y diferenciados, pese a tener ambos igual sexualidad cromosómica, anatómica y hormonal durante la gestación y los primeros meses de vida. Pero con el paso del tiempo, se le informó a Brenda de lo sucedido, y a las pocas semanas optó por un cambio de sexo. Gracias a los desarrollos de la faloplastia, ella, que tomó el nombre de David, se sometió a un proceso quirúrgico durante cinco años para recuperar los órganos sexuales masculinos.

Contraria a esta teoría, en República Dominicana, treinta y cinco varones hermafroditas, a los cuales les pertenecían órganos sexuales internos de varón y una apariencia externa con clítoris, vulva y vagina, se les inició una educación de niña presentándoseles en la pubertad cambios masculinos que incluyeron la posibilidad de ser aptos para la realización de la cópula, dando como resultado a diecisiete hombres; estableciéndose consecuentemente la teoría de que al criarse a un individuo conforme a pautas sexuales que no son biológicas predomina el sexo biológico, siempre y cuando en la pubertad se produzca un aporte normal de hormonas.

Esta teoría fue fuertemente criticada porque al analizar profundamente las causas que determinaron la escogencia del sexo por parte de los hermafroditas se acudió a otras diferentes a las biológicas como la situación inferior de la mujer en aquel país en el aspecto laboral, familiar, personal.

2.2 EXPERIENCIAS EN INFANCIA Y ADOLESCENCIA Y CON FAMILIA Y AMIGOS

Sin duda alguna han existido infinidad de teorías que han tratado de interpretar en qué momento se desarrolla y adquiere la identidad sexual, pero ninguna de ellas ha sido tan polémica y debatida como la teoría expuesta por el Dr. Sigmund Freud, médico vienés que logró demostrar la vital importancia que tiene la sexualidad y la identidad sexual en la existencia humana, empezando por los primeros años de vida. Reveló con claridad la incidencia de la sexualidad en lactantes y los niños, y anuncio una teoría pormenorizada sobre el desarrollo psicosexual.

En este sentido, se han establecido algunas etapas marcadas y claramente diferenciadas sobre cómo un niño, que se transforma en un adolescente, define su identidad sexual:

De 0 a 1 años: La sexualidad en un niño recién nacido, está muy vinculada a la relación con sus padres. Su vivencia a través de los cuidados y las caricias de sus progenitores. A través de ellos se crean lazos afectivos que serán necesarios para el desarrollo social y sexual de estos niños.

De 1 a 3 años y medio: En la segunda etapa, el niño tiene un estrecho vínculo con su familia, esto hace que su pensamiento se vaya enriqueciendo. En esta etapa se oponen a las reglas que imponen sus padres, como una forma de afianzar su independencia. En esta etapa se experimentan más sensaciones de placer al controlar los esfínteres y al evacuar, con lo que empiezan a conocer su cuerpo, lo que necesitan y lo que les produce placer.

De 3 años y medio a 6 años: En la tercera etapa, se caracteriza por la exploración del mundo, tanto a nivel físico, como social, con lo que refuerzan los vínculos con su familia y amigos. Por ello, comienzan a descubrir su sexualidad y nos encontramos con el periodo de enamoramiento del padre del sexo opuesto o en algunos casos hasta del mismo sexo "complejo de Edipo" y "complejo de Electra", que explican de entrada como el niño se identifica o se reconoce con el sexo contrario al de su progenitora y así mismo, como la niña se identifica o se reconoce con el sexo contrario al de su progenitor, esto dado el gran amor que los infantes sienten por sus padres y como consecuencia buscan ser su complemento.

Por otro lado se aprenden a relacionar con otros y a ensayar sus roles sociales así como a identificar su propio sexo. Es importante que los padres no coaccionen las conductas que puedan ser del sexo opuesto.

Freud sostenía que en esta etapa, el niño teme la pérdida del pene como atroz castigo infligido por el padre (*angustia de castración*), y que la niña se siente celosa y defraudada por la carencia de pene (*envidia de pene*).

De 6 a 9 años: En la etapa cuarta, comienzan el crecimiento físico que va equilibrándose con el desarrollo afectivo, permitiendo que surja el interés de conocer y saber sobre el mundo y sus fenómenos. De la misma manera, es fundamental el reconocimiento de las personas de su entorno hacia ellos, y cómo afecta esto a la concepción de su propia imagen.

El interés sexual se centra en el conocimiento del cuerpo y de los órganos sexuales. Los juegos sexuales, mixtos o entre miembros del mismo sexo, forman parte de esta etapa y son un elemento clave para la formación de la identidad sexual. Los valores de la sociedad y de la familia sobre la sexualidad influyen mucho en esta etapa.

De los 10-14 años: Las hormonas sexuales se activan en esta etapa, estas son las que determinaran los cambios físicos y psicológicos. Al principio el cuerpo sufre un crecimiento acelerado. Después surgen una serie de cambios de forma, a las niñas le crecen las caderas, los pechos, les sale vello en la pelvis y a los niños les cambia la voz, les crecen los genitales y les sale vello en el pubis. Hay cambios en la apariencia pero psicológicamente aún no han madurado. Las niñas se desarrollan antes que los niños. Es la etapa de la rebeldía con los padres.

Preadolescencia: En esta etapa se alcanza la madurez biológica, psicológica y social. En este periodo el preadolescente experimenta emociones contradictorias. Por una parte aún no ha abandonado su parte de niño, pero experimenta a su vez sensaciones propias de adulto.

Adolescencia: *“En la adolescencia la búsqueda de una identidad propia es la tarea central. Se crean conflictos e inseguridades. Los conflictos con los padres son numerosos, ya que suelen presionarle y empujarle a tomar decisiones según sus definiciones. Los jóvenes hacen duras críticas a la sociedad y a sus padres. Se crean amistades sólidas”¹⁸.*

En este momento los jóvenes comienzan a establecer relaciones de pareja. Los padres deben establecer una serie de normas de forma consensuada con sus hijos. A partir de ahí los jóvenes pueden tomar sus propias decisiones siempre que

¹⁸ [en línea] Disponible en Internet: www.wikipedia.com [citado 10 Agosto de 2010]

respeten los valores y normas de las personas. Es aquí cuando se puede apreciar que el adolescente ha concluido su proceso de identificación sexual.

Por otra parte, desde la perspectiva social, dentro de las teorías que defienden la importancia del aprendizaje como factor fundamental para la determinación individual de la identidad sexual se encuentran: La teoría del aprendizaje, la cognitivo- evolutiva, la cognitivo – formacional y la de interacción social.

La teoría del aprendizaje, sostiene que la determinación del género esta condicionada por los modelos personales y las influencias socio ambientales a los que el niño se haya expuesto. Y es el trato diferencial, por cuanto se trata de manera distinta a un niño o a una niña lo que en ultimas repercute con mayor fuerza en la identidad de género.

La teoría de la interacción biosocial, la programación en la fase prenatal, como los elementos psicológicos y reglas sociales influyen a igual tiempo en las pautas futuras que el recién nacido desarrolla durante la niñez y la adolescencia. Se cree que las hormonas que actúan en la etapa fetal originan en el cerebro diferencias de orden sexual condicionantes y decisivas de la conducta posterior del individuo.

En tanto que *las teorías cognitivo evolutiva y cognitivo funcional* se han establecido dos periodos críticos en la formación sexual del menor: el primero, constituido por la acción de los andrógenos sobre el feto que opera entre las 6 y 14 semanas, posteriormente, durante el periodo anterior a los 3 años donde el menor consolida su identidad medular o básica, la conciencia primaria de que pertenece al sexo masculino o femenino.

Desde la infancia, la identidad sexual de un individuo, viene configurada primordialmente por fuerzas psicosociales.

Nuestras primeras actitudes hacia el sexo, que a menudo nos acompañan hasta el estado adulto, se basan en gran medida en lo que dicen o nos muestran los padres, condiscípulos y maestros a cerca del sentido y objetivos del sexo. La vertiente social de la sexualidad se manifiesta también en que la colectividad la regula mediante normas, proscripciones y precisiones parentales y de los grupos de individuos de nuestra misma edad¹⁹, con el propósito de inducirnos a encausar nuestra identidad sexual por una senda determinada.

¹⁹ Téngase en cuenta lo establecido en el numeral 2.2.

3. ASIGNACIÓN DEL SEXO

Superada la etapa de gestación, llega el momento del parto y alumbramiento. Si bien el sexo de un feto puede ser predicho desde la gestación, es justo después del nacimiento cuando con exactitud se puede determinar si el recién nacido es un varón o una mujer, ó si presentó anomalías congénitas que impiden determinar con exactitud su sexo.

Tal determinación será inscrita en el registro del estado civil, tal como lo dispone el Decreto 1260 de 1970²⁰, y de ello dependerá la vida que el recién nacido lleve a partir de aquel momento.

De aquí, que para llevar a cabo la asignación del sexo de una persona, se pueda diferenciar claramente las etapas que conforman dicho “procedimiento”, por así decirlo, y se pueda distinguir entre dos momentos: el médico y el jurídico.

3.1 REGISTRO MÉDICO: “NACIDO VIVO”.

Una vez la persona ha nacido, el médico, ó en su defecto la enfermera, que atendió el parto será quien se encargue de registrar el nacimiento y dar fe sobre ciertos datos relativos al estado civil del recién nacido.

Dicho registro se efectúa en un documento denominado “Nacido Vivo”, certificado que tiene como propósito primordial recoger datos sobre natalidad. Constituye además, el documento antecedente para la inscripción del nacimiento en las oficinas autorizadas para llevar el registro civil.

En atención a lo dispuesto por el Decreto 1171 de 1997²¹, este certificado médico de nacimiento debe contener tres partes: Una primera parte en la cual se consignan los datos propios del nacimiento, como son los nombres y apellidos del nacido vivo, su sexo, su peso, su estatura, lugar y fecha de nacimiento, el tiempo de gestación, tipo de parto, entre otros. En la segunda parte se consignan los datos referentes a los padres del nacido vivo, nombres y apellidos, documentos de identificación, edad, estado civil, nivel de escolaridad de cada uno, lugar y zona de residencia habitual de la madre, fecha de nacimiento del anterior hijo nacido vivo y número de hijos nacidos vivos. Y en la tercera parte se consignan los datos de quien expide el certificado del “nacido vivo”, tales como nombres y apellidos, tipo y número de identificación y registro profesional de quien certifica; igualmente, se deberá indicar el lugar y la fecha de expedición del certificado. La firma del médico

²⁰ Por el cual se expide el estatuto del registro del estado civil de las personas.

²¹ Por el cual se reglamentan los artículos 50 y 51 de la Ley 23 de 1981.

o profesional de salud que expide el certificado conlleva su responsabilidad civil, penal y ética.

De esa manera queda registrado el sexo del recién nacido. En el mismo sentido será consignado en el registro del estado civil.

Los formatos de los certificados de “nacido vivo”, al igual que los de defunción, son impresos en original y copia por el DANE y distribuidos a través de sus regionales, a las Direcciones Departamentales de Salud, a la Dirección Regional del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses y a las Delegaciones Departamentales de la Registraduría. El nivel local recibirá los formatos de las entidades del nivel departamental correspondientes.

El DANE central también hará entrega de formatos a la Dirección Nacional de registro civil para que sean entregados a los Consulados. Estos deben recoger la información estadística, siempre que registre un nacimiento o una defunción que se presente como antecedente de la inscripción y diligenciado el certificado de “nacido vivo” o de defunción según corresponda. Dichos certificados una vez diligenciados, deben ser remitidos dentro del mes siguiente, a la misma fuente que se los entregó.

3.2 REGISTRO JURÍDICO: REGISTRO DEL ESTADO CIVIL

Posteriormente, el nacimiento, que jurídicamente hablando es el hecho jurídico por el cual se inicia la existencia biológica de las personas, debe registrarse, de acuerdo con el Decreto 1260 de 1970 y la Ley 962 de 2005, ante el notario, registrador del estado civil o cónsul colombiano competente, en donde ocurrió dentro del mes siguiente o en forma extemporánea en cualquier momento.

Se registran los nacimientos que ocurran en territorio nacional. Los nacimientos ocurridos en el extranjero de personas hijos de padre y madre colombianos. Los nacimientos que ocurran en el extranjero de personas hijas de padre y madre colombiano o de extranjeros residentes en el país. Los reconocimientos de hijo natural legitimaciones, adopciones, alteraciones de la patria potestad, emancipaciones, matrimonios, divorcios, defunciones.

Dicho registro debe efectuarse dentro del mes siguiente al nacimiento, con el certificado de nacido vivo que expidió el médico o la enfermera que asistió el parto ó mediante declaraciones extraproceso de dos testigos hábiles. Si es extemporáneo mediante documentos auténticos (ejemplo: la cédula de ciudadanía), o actas parroquiales de bautismo (católicos) o anotación de origen religioso (otros credos) o declaraciones extraproceso de dos testigos hábiles. Los testigos podrán haber presenciado directamente el hecho de nacimiento o haber tenido conocimiento de él por noticia directa o fidedigna y su juramento se

entenderá prestado con la firma en el folio. Como certifican el hecho del nacimiento deben ser al menos quince años mayores que el inscrito. Si se solicita una copia del registro civil de nacimiento para acreditar filiación y parentesco, se expedirá por solicitud expresa con manifestación de su destino y bajo responsabilidad del peticionario, quien se identificará. Todo en aras de proteger el derecho a la intimidad.

Y deberá hacerse por los padres; por los parientes mayores más próximos; por el defensor de familia para niños expósitos y abandonados; por el director del establecimiento en donde ocurrió el nacimiento; por el propio interesado mayor de edad.

“El Código de la Infancia y la Adolescencia, determina que el proporcionarle una identidad al menor con todos sus elementos como nombre, sexo, entre otros, en el registro del estado civil es un derecho del menor y un deber de la familia”²².

De esta manera, queda sentado el registro civil de nacimiento en el registro del estado civil de las personas, el cual demuestra la situación jurídica que tiene la persona dentro de la sociedad en orden a sus relaciones de familia, de la cual se derivan derechos y obligaciones. El registro civil es el único documento público que prueba el estado civil de una persona ante su familia, la sociedad y el Estado. La importancia del registro civil de nacimiento radica en que con éste, la persona nace a la vida jurídica²³.

Dicha inscripción del Nacimiento se compondrá de dos secciones: Una genérica y otra específica.

Será en la parte genérica, donde se consignarán datos como el nombre del inscrito, el municipio y la fecha de su nacimiento, la oficina donde se inscribió, los números del folio y el sexo con el que nació.

Mientras que en la parte específica se consignarán, además la hora y el lugar del nacimiento, el nombre de la madre, el nombre del padre; en lo posible, la identidad de una y otro, su profesión u oficio, su nacionalidad, su estado civil y el código de sus registros de nacimiento y matrimonio; el nombre del profesional que certificó el nacimiento y el número de su licencia. Además, se imprimirán las huellas plantares del inscrito menor de siete años, y la de los dedos pulgares de la mano del inscrito mayor de dicha edad.

Algunos de los datos aquí consignados, con posterioridad podrán ser aclarados, complementados, corregidos ó rectificadas con el fin de ajustar la inscripción a la realidad y no para alterar el estado civil. Dependiendo de lo que se desea corregir,

²² Ley 1098 de 2006. Artículo 25.

²³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Art. 14.

podrá efectuarse mediante solicitud escrita ó mediante escritura pública. En todos aquellos casos que no es posible la corrección, mediante otorgamiento de escritura pública se deberá acudir a la vía judicial para que mediante sentencia se ordene la corrección del registro del estado civil. Igualmente cuando la corrección implique cambio de estado civil, por ejemplo el cambio de sexo. Pero es aquí donde la Jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, de Tribunales Superiores de Distrito y de Juzgados de Familia de Colombia, ha sido enfática al manifestar que el sexo, tal como quedó registrado en el Nacido vivo y posteriormente en el registro del estado civil, es inmodificable por las razones que analizaremos más adelante.

3.3 ASIGNACIÓN DE SEXO EN HERMAFRODITAS

A diferencia de lo que sucedió en otros tiempos en los que nacer hermafrodita podía costar la vida, en la actualidad el diagnóstico oportuno del problema es de vital importancia para la futura salud mental del implicado. Es por ello que resulta fundamental realizar detallado examen físico desde el momento del parto, con especial atención al área genital, pues es posible que el bebé presente anomalías como un clítoris muy grande, pero muy pequeño para ser un pene, o una vulva desarrollada de tal forma que parezca un saco escrotal, pero con marcada división al centro que hace difícil reconocerlo como tal.

Será igualmente extraordinaria (pero posible) genitales con testículo y ovario, uno al lado de otro; ambos testículos y ovarios (caso extremadamente remoto); 1 ó 2 ovotestes, que son órganos que presentan tejidos de ambos sexos; o un ovoteste y un ovario o testículo, cada uno en lados opuestos. Es común que el ovoteste se determine después de una biopsia, es decir, mediante observación al microscopio de tejido.

Complementando lo anterior se realizará un cariotipo o estudio de los cromosomas, así como análisis completo de orina y sangre para conocer los niveles hormonales (por ejemplo, de testosterona). No es raro que se solicite ultrasonido pélvico, método que utiliza ondas sonoras para detectar en un monitor la presencia o condición de los órganos sexuales o reproductores internos.

En gran número de casos al momento del nacimiento no se determinan los caracteres mencionados y es hasta la pubertad en donde se hacen notorios, etapa en la que inicia la definición de la identidad sexual y la atracción por el sexo opuesto (o el mismo cuando se trata de homosexualidad), lo que puede aumentar las posibilidades de desarrollar conflictos emocionales.

En nuestros días los padres del bebé hermafrodita tienen a su alcance gran cantidad de información sobre la condición de éste, misma que les ayudará a resolver la situación lo más rápido posible, pues de esto depende la salud mental

de ellos mismos y del pequeño. No es raro que por desinformación los progenitores tengan sentimientos de culpabilidad, vergüenza o incomodidad, razón por la que requerirán ayuda psicológica por parte de un profesional.

Es así que conociendo a fondo el problema podrán determinarse las acciones a seguir. Por ejemplo, en el caso de pseudohermafroditismo femenino suele asignarse el rol de mujer, ya que existen las posibilidades de ser fértil; para el hermafroditismo verdadero la asignación del género dependerá del grado de desarrollo alcanzado por los genitales internos: cuando las gónadas están poco virilizadas y se presenta una vagina reconstruible, se asigna el sexo femenino; pero cuando hay un testículo en el escroto, será mejor educarlo como varón; en los casos dudosos se recomienda una laparoscopia, cirugía que consiste en introducir al abdomen pequeña cámara de video que permite apreciar a detalle órganos sexuales.

Cuando se trata de pseudohermafroditismo masculino, la asignación del sexo es más compleja que en los casos anteriores: como norma se recomienda adaptarse a aquél sexo que sea más fácil de reconstruir y presente menores complicaciones a largo plazo; en algunos casos será necesaria la extirpación de genitales internos que no alcanzaron a desarrollarse plenamente, pues representan riesgo de que en el futuro se transforme en cáncer.

Si bien la cirugía correctiva se utiliza para reconstruir los genitales externos del paciente, cabe mencionar que es más fácil corregir los femeninos que los masculinos; sin embargo, el potencial para la procreación dependerá de la causa subyacente para la apariencia anormal de los genitales.

Es común que se indiquen tratamientos hormonales complementarios a distintas edades o de forma continuada para garantizar el adecuado desarrollo del intervenido; no obstante, pensar en medicamentos virilizantes es riesgoso, ya que la mayoría de las veces no se alcanza la masculinización deseada.

Es de vital importancia en la vida de una persona hermafrodita ó intersexual, la asignación del sexo adecuado, pues de ello dependerá la educación que reciba y la forma en la que será tratada por su entorno social. Por tanto, un error médico ó de los padres ó de ambos, puede atribuir el sexo femenino a un niño debido a la existencia de un pene anormal, o bien puede asignarse el sexo masculino a niñas con una conformación sexual interna absolutamente femenina; como podemos imaginar, devendrán numerosos problemas en su futura vida familiar, social y de pareja. Debe dejarse claro que dicha definición del sexo de una persona no tiene injerencia directa y determinante en lo que será su preferencia sexual posterior.

La Corte Constitucional sostiene que varios conceptos insisten en que la decisión de la asignación de sexo es compleja, por lo cual no debe ser tomada por un médico individual sino por "un equipo multidisciplinario integrado por pediatra,

urólogo, endocrinólogo, genetista, ginecólogo y psiquiatra" (Ver anexo 3). Además, según esas respuestas, múltiples aspectos deben ser valorados, entre los cuales se incluyen la constitución cromosómica, el sexo gonadal, las posibilidades quirúrgicas reales de reconstrucción y de funcionamiento sexual futuro de la persona, los riesgos de malignidad de las estructuras, e incluso los deseos de los padres²⁴.

Por todo lo expuesto, es de vital importancia establecer y precisar quién es el sujeto idóneo para asignar correctamente el sexo de una persona hermafrodita: ¿El médico tratante, los padres ó el hermafrodita?

3.3.1 Posición de la Corte Constitucional frente a la escogencia y asignación del sexo en personas hermafroditas. Aunque pueda parecer raro, los casos de personas hermafroditas son muy frecuentes tal como se verá a continuación. El verdadero problema radica en que frente a esta situación no se tiene la plena convicción ó certeza sobre quién es el encargado de escoger el sexo del hermafrodita, y por consiguiente como ya se dijo antes, dando consentimiento para la intervención quirúrgica del menor.

Colombia, no es ajeno a esta situación, y con frecuencia se observa que llegado el caso, los médicos se oponen a realizar las cirugías a pacientes hermafroditas para corregir sus genitales y generar para el menor una identidad de género. Pues ellos argumentan que no son los padres del menor hermafrodita quien debe decidir que sexo asignarle al menor, sino que por el contrario, se debe esperar a que el hermafrodita alcance cierta edad para que pueda dar su consentimiento.

Por ello, suele acudir a Jueces Constitucionales, por intermedio de la acción de Tutela, para que sean ellos quienes ordenen a los médicos realizar la tan requerida cirugía en algunos casos y esperar determinado tiempo, en otros casos.

Para precisar este debate, sobre si son los padres ó si es el hermafrodita quien debe escoger el sexo, es conveniente revisar la doctrina jurisprudencial de la Honorable Corte Constitucional frente a este tema.

La Corte Constitucional, en 1995, mediante Sentencia T – 477, examinó el caso de un menor de edad de sexo masculino, a quien a los seis meses de edad le fueron cercenados los genitales externos masculinos, y se le asignó el sexo femenino después de un largo tratamiento médico y psicológico. La autorización para llevar a cabo dicha cirugía y el posterior tratamiento fue suministrado por sus padres, quienes no sabían leer ni escribir y residían en una población alejada y subdesarrollada.

²⁴ H. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU – 337 de 1999.

Con posterioridad, después de mas ó menos seis años, la menor instaura una acción de tutela que pretendía, se le reestablezca la identidad sexual masculina, pues siempre se había sentido identificada como hombre.

En este caso la Corte sostuvo que, mientras el paciente no haya adquirido la suficiente independencia de criterio para estructurar su propio plan de vida ni un nivel adecuado de conciencia para definir sus intereses, es legítimo que sus padres o el Estado puedan tomar algunas decisiones que favorezcan a estos menores. Tal como sucedió en este caso, cuando el menor tenía seis meses de vida.

Desde aquí, la Corte Constitucional argumentó que los principios en ponderación en esta clase de casos difíciles son el principio de autonomía y el principio de beneficencia. Y estableció límites para su ponderación. Resaltando que no era posible establecer reglas generales y de fácil aplicación para todos los casos médicos, ya que las particularidades de cada asunto podrían hacer variar la decisión definitiva que se deba tomar. De allí que, en situaciones de esta naturaleza, fuese necesario ponderar algunos elementos estructurales como la urgencia del tratamiento, el grado de afectación de la autonomía actual y futura del menor, el alcance ordinario o invasivo de la práctica médica, y, por supuesto, la edad del menor.

Lo que en este caso se dio, fue que ante la amputación de los órganos genitales externos de un menor, sus padres, readecuaron libremente su sexo. Situación que a juicio de la Corte Constitucional no es posible, ya que se imponía la inminente necesidad de obtener previamente su consentimiento para adelantar dicha práctica médica, es decir, había que esperar a que el menor alcanzare independencia de criterio y un nivel adecuado de conciencia. Pero ya que la menor tiene seis años de vida, la Corte considera que ha adquirido cierto nivel de conciencia y grado de independencia, y que su opinión a cerca de su identidad sexual, debe ser escuchado y debe ser tendido en cuenta.

En 1999, mediante Sentencia SU – 337, la Honorable Corte Constitucional, en revisión de Tutela, conoció del caso de una menor de tres años de edad, quien al momento de nacer fue registrada como una niña y así fue tratada durante lo que llevaba de vida. Fue entonces cuando en un examen pediátrico le diagnosticaron pseudohermafroditismo masculino. Los médicos recomiendan que sea importante realizar una cirugía que adecue correctamente sus genitales, pero al mismo tiempo, se niegan a realizarla argumentando que es precisamente la Corte Constitucional quien en pasados pronunciamientos ha dicho que se debe esperar a que aquella decisión sea tomada por la menor. En este sentido el Seguro Social se niega a realizar la cirugía mientras no exista una orden judicial que diga lo contrario. La madre de la menor interpone Acción de Tutela, y el Tribunal de conocimiento, frente a esta posición asumida por el Seguro Social, manifiesta que carece de competencia para proferir ese tipo de autorizaciones, y hace un análisis

a fin de concluir si la madre puede dar tal autorización o si el Seguro Social puede practicar la cirugía sin ella. Y concluye entonces que no "*puede perderse de vista que cada quien es libre de escoger su afinidad sexual como un hecho inherente al propio desarrollo de su personalidad y, se desconoce de momento, cuál será la vocación sexual que tenga la criatura a la que se refieren estas diligencias*"²⁵. Con base en tales razones, el tribunal negó la tutela.

Ese fallo no fue impugnado y fue enviado a la Corte Constitucional para su revisión. La Corte destaca que en la decisión concreta de asignación de sexo por los médicos se toman en cuenta muchos factores, pero habría que distinguir dos situaciones diversas: los casos de los menores de pocos meses y aquellos de personas que son tratadas cuando tienen varios años. En el primer evento, el elemento determinante tiende a ser la posible funcionalidad de los genitales, desde el punto de vista reproductivo y sexual, mientras que en el segundo caso juega un papel muy importante también el género que le ha sido ya asignado por los padres a nivel social, pues éste podría ya haber generado una importante identificación de parte del menor. Por ello la Corte recurre a varios expertos en el tema y sus conceptos consideran que lo más conveniente y recomendado por la literatura científica sobre el tema es realizar, lo más tempranamente posible y con base en decisiones tomadas por grupos interdisciplinarios, las distintas intervenciones médicas, incluida la cirugía, pues "si el estudio y tratamiento se llevan a cabo antes de los dos años, las secuelas psicológicas son menores. Por el contrario, aplazar la decisión hasta la pubertad puede tener consecuencias psicológicas graves sobre las personas, y no tiene ningún fundamento ético, pues no es justo que se condene a las personas con ambigüedad genital a ser diferentes "con el débil argumento que al llegar a la mayoría de edad ellas pueden decidir qué cirugía desean, y mientras esto sucede, basar su terapia en un psicoterapeuta que las trate de convencer" de que a pesar tener genitales ambiguos, "eso no las debe afectar en su psiquis".

De esta manera, después de un largo transitar argumentativo y probatorio, la Corte se plantea como problema jurídico el siguiente: *¿Los titulares de la patria potestad o los representantes de los menores pueden o no autorizar una intervención médica y quirúrgica destinada a readecuar los genitales de un infante a quien le fue asignado un sexo masculino o femenino, después de habersele diagnosticado alguna forma de ambigüedad sexual o genital, y que no esté de por medio del riesgo de muerte?*

A pesar de su aparente sencillez, el presente problema constitucional es muy complicado, pues involucra aspectos médicos, psicosociales, jurídicos, e incluso morales, no sólo muy complejos sino que, además, tienen un componente de sufrimiento humano que puede ser muy intenso. Esto sin olvidar que el tema ha sido escasamente estudiado.

²⁵ Ibid.

La Corte Constitucional en la Sentencia en mención reconoce la complejidad del asunto que debe decidir, pues, no es fácil lograr una decisión que sea satisfactoria. De un lado, las intervenciones quirúrgicas y hormonales sobre menores con ambigüedad genital a fin de asignarles un sexo masculino o femenino implican una tensión muy fuerte entre múltiples principios constitucionales, en especial entre los imperativos de beneficencia y de autonomía implícitos en todo tratamiento médico. Y, de otro lado, con base en la información médica, científica y sociológica disponible, que la Corte examinó cuidadosamente, como se constata en las amplias pruebas recolectadas por el magistrado sustanciador, cualquier decisión que se tomare pareciere tener un costo importante en términos de sufrimiento humano o de afectación de algún principio constitucional fundamental. Nos encontramos en presencia de lo que algunos sectores de la doctrina han denominado un caso que no sólo es difícil, sino que incluso es trágico, pues si bien el juez se encuentra obligado a sentenciar, cualquier decisión pudiere parecer inadecuada, por lo cual es necesario llegar a aquella resolución que sea humanamente menos dolorosa y que menos afecte los principios constitucionales en juego.

La Corte Constitucional, ha mantenido constantemente la doctrina de que toda intervención médica debe contar con el consentimiento informado del paciente²⁶, quien estará facultado para aceptar o para rehusarse incluso a determinados tratamientos que objetivamente podrían prolongar la duración de su existencia biológica pero que él considera incompatibles con su más importantes proyectos y convicciones personales.

La prevalencia de principios fundamentales como el de autonomía, y el consecuente deber médico de obtener un consentimiento informado, a juicio de la Corte no constituyen, una regla de aplicación mecánica y absoluta en todos los casos, por cuanto este deber del equipo médico puede colisionar, en ciertos eventos, con otros valores que tienen también sustento constitucional y que pueden adquirir en la situación concreta un mayor peso normativo. Así, como es obvio, en una emergencia, y en especial si el paciente se encuentra inconsciente o particularmente alterado o se encuentra en grave riesgo de muerte, es natural que los médicos actúen en función exclusiva del principio de beneficencia y adelanten los tratamientos necesarios para salvar la existencia o la integridad física del paciente, por cuanto es razonable presumir que la mayor parte de las personas desean salvaguardar su vida y salud, y la espera para la obtención de un consentimiento informado podría tener consecuencias catastróficas para el propio paciente.

La Corte Constitucional sostiene que no cualquier autorización del paciente es suficiente para legitimar una intervención médica, sino que por el contrario es necesario que el consentimiento del paciente reúna ciertas características, y en

²⁶ Principio de Autonomía.

especial que sea libre e informado. Esto quiere decir, que la persona debe tomar su determinación sin coacciones ni engaños. Entendiéndose que no es válido, por haber sido inducido en error, el asentimiento de un paciente que es logrado gracias a una exageración, por parte del médico, de los riesgos de la dolencia y una minimización de los peligros del tratamiento.

Aunado a esto, la decisión debe ser informada, es decir, debe fundarse en un conocimiento adecuado y suficiente de todos los datos que sean relevantes e importantes para que el paciente pueda comprender los riesgos y beneficios de la intervención terapéutica, y valorar las posibilidades de las más importantes alternativas de curación, las cuales deben incluir la ausencia de cualquier tipo de tratamiento.

El paciente que toma la decisión debe ser lo suficientemente autónomo para decidir si acepta o no el tratamiento específico, esto es, debe tratarse de una persona que en la situación concreta goce de las aptitudes mentales y emocionales para tomar una decisión que pueda ser considerada una expresión auténtica de su identidad personal.

La exigencia de un consentimiento informado presupone que la persona goza de suficiente autodeterminación para comprender su situación y decidir conforme a ese entendimiento. Y, como es natural, si el consentimiento debe ser cualificado en ciertos eventos, entonces, en tales casos, la competencia del paciente para decidir debe ser mayor y aparecer más clara, lo cual muestra que la autonomía de la persona para autorizar o no un tratamiento médico no es un concepto absoluto sino que depende de la naturaleza misma de la intervención médica.

De esta manera, teniendo en cuenta la protección especial que se deriva de la Constitución para los hermafroditas, como minoría aislada y estigmatizada²⁷, concluyó que en tratándose de intervenciones quirúrgicas y hormonales para la asignación de sexo, el permiso paterno era válido y suficiente en menores de cinco años, siempre que se tratara de un *consentimiento informado, cualificado y persistente*, cuya responsabilidad se adjudicó al grupo interdisciplinario de médicos, cirujanos, siquiátras, sicólogos y trabajadores sociales que cuiden y velen por la salud del menor. Sin embargo, cuando dicho umbral crítico de identificación del género fuese superado, a juicio de la Corte, ante los riesgos excesivos que este tipo de operaciones plantean, no aparecía de manera clara la utilidad de practicarlas antes de que sea el propio paciente quien las autorice. De esta manera, la decisión sobre la realización de la operación de asignación de sexo para mayores de 5 años corresponde al propio menor, ajustando su ocurrencia a la necesidad de evitar las consecuencias traumáticas de la pubertad. Es así como para el caso concreto la Corte dice que la menor hermafrodita ya superó el umbral crítico de la identificación de género y que por tanto ya tiene una

²⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Art. 13.

clara conciencia de su cuerpo. Por tanto el consentimiento requerido para efectuar la cirugía es el de la menor, ya que su autonomía en razón de su edad, debe ser tenida en cuenta.

Estos argumentos expuestos fueron reiterados de manera unánime en fallos posteriores como las Sentencias T-551 de 1999 (MP. Alejandro Martínez Caballero), T-692 de 1999 (MP. Carlos Gaviria Díaz), T-1025 de 2002 (MP. Rodrigo Escobar Gil) y T-1021 de 2003 (MP. Jaime Córdoba Triviño), en las cuales se definió la regla según la cual, en casos de estados intersexuales o de hermafroditismos, es válido el consentimiento sustituto paterno en menores de cinco años, siempre que se trate de un consentimiento informado, cualificado y persistente, acorde con las recomendaciones médicas y cuyo seguimiento corresponde a un grupo interdisciplinario de apoyo. Sin embargo, cuando el infante ha superado, lo que la Corte ha denominado, “el umbral crítico” de los cinco años, le corresponde a éste tomar la decisión sobre su identidad sexual, pero partiendo de un consentimiento especial y cualificado que sobrelleva: el consentimiento prestado por los padres coadyuvado por la expresa voluntad del menor y, dada la naturaleza altamente invasiva y extenuante de las operaciones y tratamientos médicos destinados a asignar un determinado sexo, el seguimiento profesional de un equipo interdisciplinario que brinde apoyo psicoterapéutico, y que debe estar conformado por profesionales de la medicina, un psicoterapeuta y un trabajador social, que deberán acompañar al niño y a sus padres en todo el proceso de la decisión.

De esta manera se ha mantenido esta Doctrina Jurisprudencial de la Honorable Corte Constitucional hasta nuestros días. Días en los cuales es más factible encontrarse con casos como estos, por ejemplo, el 9 de Febrero de 2008, el periódico “El Tiempo” publicó en la sección de Nación, la noticia referente a un niño que por error creció como niña pero que al llegar a la adolescencia le salió vello y le cambió la voz. Este caso se dio en la ciudad de Medellín, el menor tenía 12 años de edad y gracias a dos tutelas pudo corroborar su identidad sexual y ser sujeto de la cirugía de adecuación de genitales. Y así salió de cuerpo de una mujer, el hombre que siempre residió ahí.

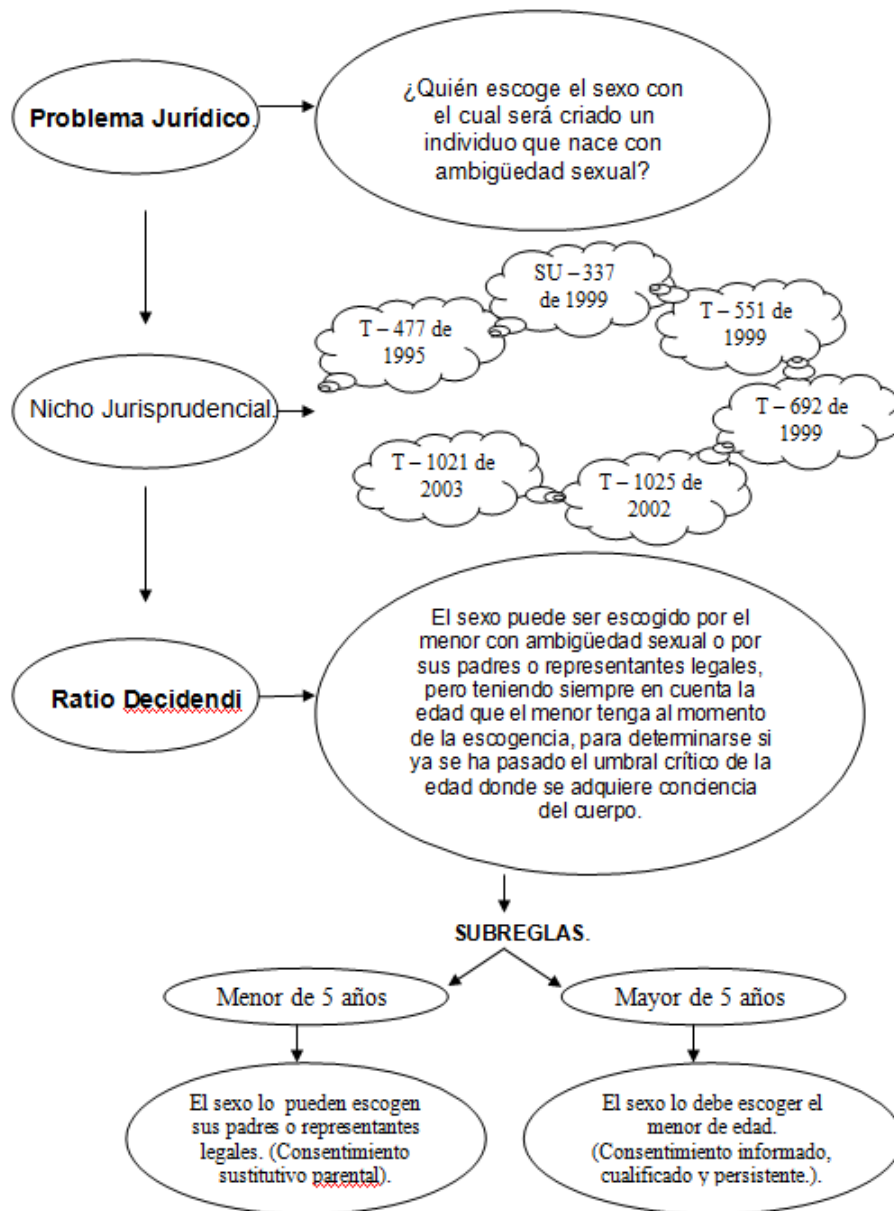
El 7 de Octubre del mismo año, el periódico “El Espectador”, en la sección Judicial, publicó una noticia referente a un niño diagnosticado con hermafroditismo verdadero, pues tenía un ovario y un testículo. El Seguro Social se opuso a intervenirlo quirúrgicamente desde su nacimiento. A la fecha de la Acción de Tutela, el niño tenía cinco años de edad y continuaba sin ser operado. A juicio del Seguro Social, el niño no podía ser operado pues los padres no estaban legitimados para dar el consentimiento sobre la cirugía. Esta Posición es la que la Corte Constitucional, como ya se ha expuesto, es la que ha venido sosteniendo, y para el caso concreto argumentó que el niño superó el umbral crítico de la identificación de género y tiene una clara conciencia de su cuerpo, y que por tanto no era legítimo el consentimiento sustituto paterno para que el menor sea operado

ya que este goza de la autonomía suficiente que obliga a tener en cuenta su criterio.

De conformidad con la citada jurisprudencia, la ponderación entre el consentimiento informado del paciente y el consentimiento sustituto de los padres debe atender también a la naturaleza de la patología y, en todo caso, al grado de impacto del tratamiento requerido o recomendado, es decir, al carácter más o menos invasivo de la intervención.

Por ello, como se dijo antes, ante la diversidad de variables y circunstancias que determinan cada caso, especialmente, en tratándose de estados intersexuales o hermafroditismos, es deber de los jueces de tutela aplicar de manera singular los criterios de ponderación previamente identificados por la Corte Constitucional, teniendo en cuenta que cada asunto médico constituye un único *universo*. Esto, en razón a la infinidad de factores clínicos, psicológicos, sociales y culturales que requieren ser analizados y estudiados minuciosamente, en aras de reconocer el amplio margen de diversidad presente en el desarrollo de cada patología.

3.3.2 Gráfica de la línea jurisprudencial seguida por la Corte Constitucional frente a la escogencia y asignación del sexo en casos de ambigüedad sexual:



4. REASIGNACIÓN DEL SEXO

El tema de la reasignación sexual ha sido escasamente estudiado, tanto, que en diccionarios ordinarios, e incluso en los especializados, es imposible encontrar la definición de palabras como “reassignar” ó “reassignación”.

La reasignación de sexo es el proceso conformado por la reasignación social, hormonal y quirúrgica, cuyo fin es el cambio del sexo de asignación y crianza, a consecuencia de la presencia de ambigüedad sexual y transexualismo en un individuo, o por su voluntad o por fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o por culpa exclusiva de la víctima.

Tal y como se puede apreciar con todo lo anteriormente expuesto, volver a asignar un sexo a determinada persona, es un tema muy complejo dada su naturaleza y por ello requiere ser analizado desde ópticas médicas, psicológicas y jurídicas.

En este sentido, es conveniente aclarar ciertas denominaciones que este tema ha adquirido, según la ciencia que se ha encargado de estudiarlo:

Por su parte, la medicina y la psicología han estudiado el tema de la reasignación sexual, en lo que respecta al cambio físico, anatómico y hormonal y las repercusiones de este cambio, en la psiquis. Por ello el tema materia de estudio de estas ciencias, es la llamada “cirugía de cambio de sexo”. Mientras que el Derecho se debe ocupar de resolver el debate sobre si es posible o no, modificar el registro civil de nacimiento, en la casilla de “sexo”, teniendo en cuenta que dicho registro fue antecedido por un certificado expedido por el profesional de la salud que asistió a la madre durante el parto, donde constaba el sexo con el cual la persona llegó a la vida, es decir, el “Nacido Vivo”.

Hasta ahora en Colombia, solo se ha dado cabida a la “cirugía de cambio de sexo”, pero nunca se ha permitido que mediante petición escrita, escritura pública, ó sentencia, una persona pueda modificar en el registro civil su sexo. Situación contraria ocurre con el nombre, que si puede ser modificado mediante petición escrita y escritura pública o mediante sentencia.

En aras de explicar claramente el por qué de estas situaciones, en este capítulo se hará un recorrido global de la reasignación sexual, se explicará igualmente en qué consiste la cirugía de cambio de sexo, se analizarán los motivos que pueden dar lugar a que una persona decida ó deba cambiarse de sexo, se estudiarán los principios fundamentales que respaldarían aquella posición, se explicará cuál sería el trámite que debe surtirse ante estos casos jurídicamente, se sustentará la posición de la Corte Constitucional a lo largo del tiempo frente al tema en cuestión, se comparará entre sí los países suramericanos que han dado respaldo legal al cambio de sexo y demás avances en esta materia y por último se resaltarán las

implicaciones civiles, penales y laborales que en Colombia la reasignación de sexo conlleva.

4.1 CAUSAS DE LA REASIGNACIÓN DEL SEXO

Son diversas las causas que pueden dar lugar a que una persona en determinado momento de su vida, deba ó desee, cambiarse de sexo. Pues como ya lo hemos expuesto en capítulos anteriores a éste, el sexo se define desde la etapa prenatal y se perfecciona a lo largo de la niñez y adolescencia. De tal manera, que la primera causa que consideramos es aquella relacionada con las anomalías genéticas y trastornos de los cromosomas, que conllevan a que una persona nazca con ambigüedad sexual o a que la misma se presente en la persona de forma tardía. Estas personas con posterioridad pueden no sentir identidad de sexo, con el sexo de asignación y crianza. Y será entonces, cuando se de paso a la reasignación sexual por aquellos motivos.

Otro tipo de causa, es aquella que involucra a todas esas personas que consideran haber nacido y vivido atrapadas en un cuerpo que no les corresponde, es decir, aquellas mujeres que aseguran haber nacido en el cuerpo de un hombre y aquellos hombres que aseguran haber nacido atrapados en el cuerpo de una mujer; nos referimos a los transexuales. Frente a esto, el Doctor Álvaro Chávez, especialista en medicina legal y respetable miembro de la sociedad psiquiátrica colombiana, asegura que el sexo de la persona tiene una ubicación biológica externa que se representa en los genitales, pero que definitivamente la aplicación complementaria del sexo se encuentra en el cerebro. Es decir, sostiene que la sexualidad radica en el cerebro. (Ver anexo 3).

Podría decirse que estas son las principales causas para que surja la reasignación del sexo, pero olvidamos que también existen personas que concientemente adquirieron identidad con el sexo que les fue asignado, pero que dadas sus orientaciones sexuales, por su propia voluntad desean cambiarse de sexo. Tampoco podemos dejar de lado aquellas situaciones fundamentadas en fuerza mayor, caso fortuito o hechos de terceros.

4.1.1 Ambigüedad sexual. El adjetivo “Ambiguo” hace referencia a que una cosa se puede prestar para varias interpretaciones o que puede tener varios valores²⁸.

“*The Free Dictionary*” define la ambigüedad como aquel estado o condición de confusión, imprecisión o inseguridad.

²⁸ Diccionario Enciclopédico Grijalbo. Op. cit., p. 94.

En contexto podemos denominar la ambigüedad sexual como un sinónimo de la intersexualidad, antes denominada hermafroditismo. Y se puede definir la intersexualidad como un fenómeno, producto de una anomalía genética, que se presenta en personas con diferenciación imperfecta de sexo, es decir, que participan caracteres masculinos y femeninos simultáneamente en la misma persona.

Como ya se ilustró en el capítulo segundo, los estados intersexuales pueden manifestarse desde el nacimiento o incluso hasta la pubertad. Y pueden ser subdivididos en hermafroditismo verdadero ó pseudohermafroditismo que puede ser masculino ó femenino. Esta clasificación de la intersexualidad, es la que hace posible dar una inscripción sexual incierta, insegura ó imprecisa a un individuo.

El hermafroditismo, se da cuando un mismo individuo tiene los aparatos sexuales masculino y femenino ó un aparato mixto, pero capaz de producir gametos masculino y femenino a lo largo de su vida. Son individuos cuyas anomalías anatómicas dan la apariencia de reunir los dos sexos.

Un hermafrodita es un sujeto con ambigüedad sexual, pues cuenta con tejido testicular y tejido ovárico, lo cual generalmente genera esterilidad. Es por ello, que al momento de su nacimiento, el médico, la enfermera ó el profesional de la salud que atienda el parto debe asignarle un sexo dependiendo cual de los dos sea el que a la vista se note más.

En la actualidad, cuando un bebé nace con ambigüedad sexual, si tiene ovarios y útero, los doctores lo consideran una niña, incluso si tiene genitales masculinos. El personal médico mide lo que hay entre las piernas del bebé. Si el "pene" es muy corto, el bebé es considerado niña. Si estirado es más largo, el bebé es considerado niño. Cualquier cosa intermedia es considerada inaceptable y los doctores considerarán que el bebé es mujer. Usando estos criterios, los médicos transforman la mayoría de los bebés con genitales ambiguos en niñas con el argumento de que "es más fácil". Si el bebé no tiene vagina, ellos quitarán quirúrgicamente una porción del colon para ponerla en la entrepierna. Y de esta manera asignan el sexo en estos casos cuando el menor es aún lo suficientemente joven, encontrándonos con el consentimiento sustituto parental ya explicado en el capítulo anterior.

Muchos autores opinan que cuando ya el menor ha alcanzado identificación de género y por tanto, conciencia de su cuerpo, el impacto psicológico que causaría la revelación de su identidad y la determinación de un cambio de sexo sería muy grande, y que por lo tanto es mucho más recomendable omitir la mención de dicha situación durante toda la vida el menor. Contrario sensu, otros autores consideran que al individuo intersexual se le debe informar sobre su situación, a pesar de haber sido asignado correctamente o reasignado.

Y es precisamente por ello, que con posterioridad el individuo que nació intersexual puede adquirir una identidad de género, contraria a la del sexo asignado, haciéndose necesaria una cirugía de adecuación de genitales para definir correctamente el sexo y, en ese caso, reasignarlo.

En lo que al pseudohermafroditismo respecta, este es definido por el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, como la situación de una persona que tiene la apariencia, más o menos completa, del sexo contrario, conservando la gónada de su sexo verdadero. Por ejemplo, una persona que físicamente tiene la apariencia de un hombre, por tener testículos, internamente presenta órganos sexuales internos pertenecientes al sexo femenino, ó viceversa. En el primer caso, estamos hablando de pseudohermafroditismo femenino, mientras que en el segundo, de pseudohermafroditismo masculino. Casos en los cuales deberá tenerse en cuenta los factores de comportamiento del menor y su porvenir sexual.

Frente a casos como estos, la psicología es de la posición de no modificar o reasignar el sexo a un menor que padeciendo estas circunstancias, haya sido asignado antes de una edad cercana a los tres años de vida, y asevera que aque sexo asignado debe tener el carácter de definitivo y absoluto. Y al niño ó niña deberá tratárselo como tal. Sin embargo, otro marcado sector de la psicología confirma la posición establecida por la Corte Constitucional, en el sentido en que si el menor con esta clase de intersexualidad ha superado los cinco años de edad, está en condiciones de ser él mismo quien elija el sexo que le acompañará por toda su vida, pues ya tiene cierto nivel de conciencia sobre su cuerpo y sobre su propia identidad.

Como ya se trató antes, existen otros tipos de intersexualidad como es la "Feminización Testicular" producida por el Síndrome de Morris, que se presenta cuando el bebé es concebido con cromosomas sexuales masculinos (XY). Los testículos embrionarios se desarrollan en el interior del cuerpo y comienzan a producir andrógenos, los cuales no pueden completar el desarrollo masculino de los genitales debido a una rara incapacidad para usar los andrógenos que producen los testículos, así que el desarrollo de los genitales externos continúa siguiendo pautas femeninas. En cambio, otra hormona producida por los testículos del feto impide el desarrollo de los órganos internos femeninos. Se afirma que estas personas son más femeninas que la mujer en condiciones normales. En este caso la ciencia médica recomienda que sea la pubertad la etapa en la cual se deba proceder a la extirpación de los testículos.

Las antes mencionadas son aquellas anomalías ó trastornos que se presentan desde el nacimiento, pero así mismo, existen otras que se manifiestan tardíamente como el "Síndrome de feminización en un individuo con sexo masculino", que se presenta cuando una persona, que es genéticamente masculina, es decir, que tiene un cromosoma X y un cromosoma Y, es resistente a las hormonas masculinas llamadas andrógenos. Como resultado, el individuo tiene algunas o

todas las características físicas de una mujer, a pesar de tener la composición genética de un hombre.

Otra manifestación de este síndrome puede ser un quebranto en el potencial sexual, transformación del timbre de la voz, parálisis de los testículos, adelgazamiento muscular, alteraciones testiculares.

Así mismo, se puede encontrar el “Síndrome de masculinización en un individuo de sexo femenino”, el cual se caracteriza por el desarrollo excesivo de pelo análogo al hombre, en el rostro, el pecho, el vientre; incremento del tamaño del clítoris, pierden su normal funcionamiento los labios mayores y también cambian el comportamiento sexual y el carácter.

El tema de la intersexualidad que tan ampliamente ha sido estudiado en esta tesis, tiene grandes implicaciones a nivel jurídico, en relación al sexo asignado en el nacimiento y en relación al trato del paciente con el médico.

En relación al primero, aquel sexo que fue asignado es aquel que coincidía con el sexo de los genitales externos. Y en ese sentido, aquel será su sexo de asignación y crianza. Este es precisamente el caso típico que llega al conocimiento de la Justicia Ordinaria, puesto que la mayoría de veces, aquella asignación sexual, no concuerda con su posterior identidad de género. Lo cual lleva a serios procedimientos médicos y jurídicos, caracterizados principalmente estos últimos, por la procedencia de la corrección del acta del registro civil.

Como se explicó en el capítulo anterior (*“Asignación Sexual”*), es el Decreto – Ley 1260 de 1970, el que regula lo atinente al estado civil de las personas. En el mencionado Decreto – Ley se establece en su artículo 5º que los nacimientos de las personas son hechos sujetos a registro, y que en ese sentido deben ser registrados los nacimientos que se efectúen dentro del territorio nacional, los que se den en el extranjero pero de padres colombianos y los nacimientos de extranjeros que sean residentes colombianos previa petición.

“Este registro puede ser denunciado por los padres del recién nacido, o por sus ascendientes ó parientes más próximos, incluso por el director del establecimiento donde haya ocurrido el nacimiento. También contempla los casos de abandono de recién nacidos, y da la facultad de solicitar el registro de estos, a la persona que lo haya acogido, entre otras”²⁹, “el registro debe surtirse en la oficina que corresponda a la circunscripción territorial en que haya tenido lugar el nacimiento”³⁰.

²⁹ Decreto – Ley 1260 de 1970. Artículo 45.

³⁰ *Ibíd.* Artículo 46.

A este registro, le antecede el “*Nacido Vivo*” que es aquel certificado expedido por el médico, la enfermera ó el profesional de la salud que atendió el parto y en el cual se incorporan como base fundamental los datos referentes al nacimiento. Dicho certificado esta conformado por dos partes: Una genérica, en cual se incorporan datos básicos el recién nacido como su nombre, sus apellidos, el sexo con el que nació, lugar y fecha del nacimiento. Y una parte específica, el la cual se incorporan datos como la hora del nacimiento y los datos referentes a los padres del recién nacido y al profesional de la salud que atendió el parto y expidió el certificado.

“Con posterioridad al Registro, con base en el certificado médico, algunos de esos datos pueden ser aclarados, complementados, corregidos ó rectificadas con el fin de ajustar la inscripción a la realidad y no para alterar el estado civil”³¹.

Ejemplo de ello sería el cambio de nombre, autorizado por el Decreto 999 de 1988, donde se dio la oportunidad a las personas de poder cambiar su nombre con el fin de fijar su identidad. Para lo cual se debe proceder a otorgar una escritura pública con tal fin; en consecuencia de la cual la notaría sustituirá el registro anterior para consignar los datos del nuevo inscrito.

En este caso el cambio de nombre puede consistir en la supresión de un primero o segundo nombre, adición de otro nombre, cambio en un apellido, etc.

En el caso del cambio de apellido por ejemplo del primer apellido, es de advertir, que si bien de conformidad con la ley lo puede hacer, esto no va a cambiar la filiación del inscrito, que comprende el dato de quien es el padre.

El cambio de nombre se puede hacer una sola vez en vida del inscrito; y este acto implica para quien se cambia el nombre hacer los procedimientos correspondientes para ajustar todos los documentos personales al nuevo nombre, tales como el título de bachiller, el título profesional, la cedula de ciudadanía, carnets.

“Estas escrituras de correcciones en el registro civil y en el cambio de nombre deben hacerse ante la Notaría donde esta la inscripción original, y solamente en el caso de que el inscrito tenga un domicilio en el momento actual puede hacerlo en Notaría distinta”³².

Pero, hay datos que una vez registrados no podrán ser modificados. ¿El sexo sería uno de esos?. El cambio de sexo registral será ampliamente estudiado en el acápite de procedimiento.

³¹ Ibíd. Artículo 91. Modificado por Decreto 999 de 1988. Artículo 4º.

³² Decreto 1555 de 1989 Artículo 1, que modifica el artículo 7 del decreto 999 de 1988.

En relación al trato del médico con el paciente, con ocasión de la reasignación de sexo que se realiza cuando se presenta intersexualidad ó ambigüedad sexual, se pueden distinguir claramente dos etapas: La primera, durante la etapa prenatal, en el embarazo de la madre, su relación con el médico tratante se hace extensiva al feto. En dicha relación debe siempre tenerse en cuenta el Derecho a la autonomía que tiene la madre y el Derecho a la salud que tiene el feto. Así mismo, el concepto de la madre sobre lo que considera más benéfico para el hijo, en relación a esa autonomía, es lo que en la mayoría de casos orienta o determina el tratamiento a seguir. Sin embargo, cuando la madre no se preocupe por la salud del feto, será el gineco-obstetra quien trate de inducir a la madre a la realización de un tratamiento. Esto en virtud de mandatos legales encaminados a proteger la vida del que incluso está por nacer³³.

Y la segunda, es la referente al momento posterior al nacimiento, es decir, cuando se da la separación del recién nacido con su madre. A partir de ese instante en que respiró por sí solo, la Ley colombiana, por el hecho de ser persona el recién nacido, le otorga una serie de derechos y de obligaciones. Pero al mismo tiempo, por tratarse de un incapaz, serán sus padres quienes se encarguen de dar el consentimiento sobre los tratamientos a seguir. Esto lo ha denominado la Corte Constitucional como el “consentimiento sustitutivo parental”.

4.1.2 Transexualidad. Un transexual es aquel individuo que cree que es víctima de un accidente biológico, cruelmente apresado en un cuerpo incompatible con su autentica identidad sexual. También es definido como aquel “individuo que se encuentra poseído por un anhelo obsesivo de cambiar de sexo; deseo inherente a la convicción auténtica, íntima e inquebrantable de pertenecer al sexo opuesto, acompañado de un verdadero aborrecimiento hacia sus propios órganos genitales”.

Los transexuales pueden ser varones que consideran que tienen una identidad femenina ó mujeres que consideran que tienen una identidad masculina. Los primeros son llamados transexuales femeninos mientras que los segundos, transexuales masculinos.

Muchos transexuales femeninos solicitan operaciones feminizantes a pesar de los sacrificios que éstas implican. La cirugía sólo esta justificada en transexuales muy motivados, con vida laboral y social estable.

En el caso de transexuales masculinos, ellos pueden solicitar la cirugía plástica que les proporcione un pene artificial, pero para ello deben demostrar una personalidad estable y adaptación social. Pues el cambio de sexo no sólo consiste en la implantación de un pene artificial sino que también consiste en la toma de hormonas masculinas, mastectomía, e histerectomía.

³³ CÓDIGO CIVIL. Artículo 91.

El género gramatical de los términos utilizados para describir a las personas transexuales siempre se refieren al sexo de destino, es decir, al sexo con el que se sienten identificados. Por ejemplo, un hombre transexual es alguien que fue asignado como mujer al nacer debido a sus genitales, pero que se identifica como hombre.

El tema de la transexualidad, también es un tema largamente debatido y escasamente estudiado. Hasta las características para considerar a una persona como persona transexual son debatidas. Algunos piensan que para considerar a alguien transexual debe haber pasado por operaciones quirúrgicas de reconstrucción genital o al menos haber comenzado la terapia hormonal. Otros incluso consideran que una persona transexual es aquella que ha completado su proceso de reasignación de sexo. Sin embargo, lo más común es que se considere transexual a la persona que simplemente encuentra una disconformidad entre su sexo psicológico y algunos o todos los demás caracteres sexuales.

Las formas en que la transexualidad se puede manifestar son varias, por ejemplo: Mujeres masculinizadas, hombre afeminados, personas que hasta la adolescencia no han manifestado su inconformidad con la asignación sexual pero que siempre han estado obsesionadas por ser reasignadas sexualmente, incluso se puede presentar aquí, el travestismo.

“La mayor parte de las personas transexuales sienten un sufrimiento psicológico y emocional debido al conflicto entre su identidad sexual y el sexo que les ha sido impuesto y asignado al nacer”³⁴. Encuentran como única solución un proceso de reasignación de sexo. Este proceso puede incluir tomar hormonas o someterse a la cirugía de reasignación de sexo para modificar sus características sexuales primarias y secundarias. Los transexuales consideran que la cirugía de cambio de sexo, es el único medio eficaz para reconciliarlos con la vida.

Pero una vez intervenidos quirúrgicamente y tratados psicológicamente, obviamente debe venir una reasignación sexual desde el punto de vista jurídico, es decir, cambio en su sexo registral.

Un sector de la doctrina no acepta que la persona transexual tenga un sexo psicológico diferente al sexo biológico, por el contrario opina, que aquella persona tiene la necesidad de desempeñar un rol de género distinto al suyo. Este concepto es sostenido por algunos doctrinantes para los cuales *“El transexual tiene una persistente preferencia por el rol de género al otro sexo y está atrapado o atrapada en el cuerpo equivocado, pese a conservar la anatomía normal para su sexo, ello le impulsa a asumir las modalidades del sexo opuesto al genético y, como para*

³⁴ Ver anexo 3.

*completar su identidad psicológica, a inyectarse hormonas someterse a cirugía para modificar su aspecto externo*³⁵.

Y este es el punto central, pues nace una pregunta más: ¿Los transexuales que se someten quirúrgicamente a un cambio de sexo, ante la Ley, cambiaron de sexo o continúan siendo del sexo que les fue asignado al momento del nacimiento?

4.1.3 Autonomía de la voluntad. El vocablo “autonomía” hace alusión al predominio de la iniciativa propia e implica la ausencia de un mandato externo a la propia dirección hacia la cual se encamina la voluntad individual. La noción de “voluntad” implica un acto intencional y una capacidad que guía nuestras acciones; por ello, en tanto que acto, equivale a la libertad de hacer o de decidir algo con pleno conocimiento.

La autonomía de la voluntad se refiere a la capacidad del individuo para dictarse sus propias normas morales. El concepto constituye actualmente un principio básico en el Derecho Privado, que parte de la necesidad de que el ordenamiento jurídico capacite a los individuos para establecer relaciones jurídicas acorde a su libre voluntad. Son los propios individuos los que dictan sus propias normas para regular sus relaciones privadas.

En tal sentido, esta causal para la reasignación de sexo, consiste en que una persona determinada, sin tener ambigüedad sexual ó ser transexual, decide libre y conscientemente cambiarse de sexo. Y espera que dicha decisión surta todos los efectos jurídicos, así como cualquier acto ó contrato los surtiría, pues se considera que reúne todos los elementos exigidos por el Artículo 1502 del Código Civil.

La persona que aspira a cambiarse de sexo voluntariamente, debe hacerlo con pleno conocimiento y convicción. Debe ser plenamente capaz, es decir, no debe haber sido declarado incapaz mental absoluto ni inhabilitado mental, ni padecer trastornos temporales, en términos de la Ley 1306 de 2009. La persona, en términos de la Corte Constitucional, debe haber alcanzado el suficiente grado de conciencia para definir sus intereses y lo que mejor se ajuste a ellos.

El consentimiento debe ser libre y espontáneo, no debe estar viciado ni por error, ni fuerza, y mucho menos por dolo, pues existiendo alguno de estos vicios no estaríamos frente a una causal referente a la libre voluntad para optar por el cambio de sexo, sino que se trataría de la acción de terceros. Y como ya se ha dicho antes, el consentimiento que debe dar el paciente al personal médico es un consentimiento cualificado y persistente. En este entendido no es legítimo el consentimiento sustitutivo parental bajo ningún aspecto. El consentimiento juega un papel muy importante en este tema, pues se está tratando del cambio de sexo

³⁵ ZANNONNI, E. Op. cit., p. 135.

de una persona, algo que está íntimamente ligado con la naturaleza del ser humano, y por tanto requiere que sea dado directamente por el mismo paciente, quien debe gozar de capacidad plena, y con el lleno de algunos requisitos, como es, que sería el consentimiento por escrito. Y en la relación médica, para efectivizar el cambio de sexo, en la relación médico – paciente, se requiere que a este último se le informe detalladamente sobre los riesgos que corre con la operación o tratamiento o las secuelas que quedarían, con la debida prudencia, sin minimizar los resultados pero sin alarmar al enfermo en tal forma que desalentaría el tratamiento. A esto la Corte Constitucional lo ha denominado “Consentimiento Informado”.

Una excepción a esta regla general puede presentarse únicamente cuando esté en juego la vida y la salud del paciente, pues el médico tendrá la obligación de actuar en defensa de la vida y la integridad de la persona, siendo sustituido el consentimiento del paciente por la realidad objetiva de una intervención necesaria para preservar la vida de la persona.

El objeto es lícito, pues se trata en primera media del cuerpo humano, el cual sufrirá mediante tratamientos médicos una serie de cambios que la ley permite realizar en ser humano, para proteger derechos fundamentales de la persona, como es el derecho a autodeterminarse y el libre desarrollo de la personalidad, entre otros.

Con respecto a la causa, entendida ésta como el motivo que induce al cambio de sexo, requiere ser válida, Pero también es claro, que puede en el fondo ser un medio para evadir responsabilidades. En este entendido, la causa lícita está estrechamente ligada con el querer conciente de la persona en cambiarse el sexo para desarrollarse como persona totalmente. En otros términos, la causa lícita, en el cambio de sexo, obedece a ese deseo de la persona de llevar una vida sexual consecuente con sus ideales y convicciones. En síntesis, la cusa lícita se refiere a la autodeterminación de la persona y la identidad personal de quien pretende ser reasignado sexualmente.

“El Alto Tribunal Constitucional de Colombia, en 1995, conoció de un caso referente a cambio de sexo voluntario”³⁶. Caso en el cual a un menor de a penas 6 meses de vida, le fueron cercenados los genitales masculinos externos y en consecuencia, mediante reasignación del sexo y largo tratamiento, se lo convirtió en mujer y así se lo registró. El consentimiento para dicho procedimiento fue dado por sus padres, de quienes se dice, eran casi analfabetas y vivían en una población muy alejada subdesarrollada. Al transcurrir de algunos años, la que entonces ya era una niña, manifestó que siempre se había considerado un hombre, pero que fueron sus padres quienes dieron el consentimiento para que le fuere asignado el sexo femenino. “Ella” creció y ahora siente que es un hombre y

³⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 477 de 1995.

como tal se identifica. Por ello, mediante acción de amparo, solicitó que se ordene al Hospital San Vicente de Paul, le practique la cirugía de readecuación de sexo y se legalicen sus documentos.

En este caso, muy importante por cierto, la Corte sostuvo que a los seis años de vida, ya la menor ha adquirido cierta intendencia y autonomía, así como también conciencia sobre su cuerpo y sobre su sexo, por tanto es viable tutelar sus derechos a la igualdad, la libertad, la autonomía, el libre desarrollo de la personalidad, entre otros, y ordena la reasignación del sexo.

Es evidente en este caso, que dadas las circunstancias, esa autonomía de la voluntad, cumplió con los requisitos consagrados en el Artículo 1502 del Código Civil, por tanto es válido y vinculante.

4.1.4 Causas extremas. Esta causal se refiere a aquellos casos en los cuales, el cambio de sexo se da como consecuencia de circunstancias impredecibles, imprevisibles y completamente ajenas al querer de la persona, que generen que una salida a su situación sea el cambio de sexo. Nos referimos entonces a la fuerza mayor ó caso fortuito, al hecho de un tercero y a la culpa exclusiva de la víctima.

Cabe resaltar, que frente a estos casos que se exponen a continuación, la persona tiene la facultad de optar entre la reasignación del sexo, y entre la reconstrucción de sus genitales. Pues si bien una persona perdió sus genitales externos, puede seguir sintiéndose identificada con su sexo y no querer por ello, cambiarlo.

4.1.4.1 Fuerza mayor ó caso fortuito. La doctrina francesa define a la fuerza mayor como aquel hecho que no se puede evitar y que tampoco se puede prever, mientras que al caso fortuito lo define como aquel hecho que no se puede evitar pero que si se puede prever.

Doctrinariamente, en Derecho, el caso fortuito es el escalón posterior a la fuerza mayor, que es aquel evento que ni pudo ser previsto ni, de haberlo sido, podría haberse evitado. La ley habitualmente les da un tratamiento similar³⁷, e incluso a veces confunde ambos casos.

“La doctrina y la jurisprudencia, han establecido los elementos que configuran caso fortuito o fuerza mayor, tales como la imprevisibilidad e irresistibilidad. Pero también añaden la inimputabilidad, esto es, que el hecho ocurrido no puede

³⁷ CÓDIGO CIVIL. Artículo 64.

*atribuírsele a la víctima del daño y que dicho daño haya ocurrido sin mediar su culpa*³⁸.

Sin duda alguna, para explicar didáctica y gráficamente esta causal, es necesario remitirnos una vez más a la Sentencia T – 477 de 1995 de la Honorable Corte Constitucional. Y analizar ahora, lo que respecta al cambio de sexo que fue autorizado por los padres del menor de 6 meses de edad, tras éste haber sido víctima de una mordida de un perro en sus partes nobles, lo cual le ocasionó la amputación de los órganos genitales masculinos externos y su reasignación sexual como mujer. Años más tarde la niña, mediante acción de amparo, solicita que se ordene al Hospital San Vicente de Paul, devolverle su identidad masculina, pues siempre se ha considerado como varón.

Este caso es de vital importancia tanto para la ciencia médica y para la ciencia jurídica. Puesto que la reasignación de sexo, desde el punto de vista jurídico, tiene sus fundamento en la ciencia médica. Lo que el Derecho estudia en lo referente a este tema son las implicaciones legales que dicha práctica médica conlleva.

La Corte realiza el análisis referente al consentimiento sustitutivo parental, al cual ya nos hemos referido con anterioridad, y sostiene, que este es totalmente válido, dada la incapacidad plena del menor por su edad. Desecha el factor del analfabetismo de los padres, pues considera que de lo que trataba era de elegir lo que fuere más benéfico para el menor en aquellas circunstancias, tal y como se hizo; pues, ante los ojos de la medicina, de no hacerse así, el menor hubiere sufrido más tarde de ambigüedad sexual.

La Corte pone de manifiesto que lo mejor hubiere sido esperar a que el menor, víctima de la mordida del perro, llegue a la pubertad para que sea el mismo quien elija y exprese si desea o no cambiarse de sexo por las circunstancias sufridas en su infancia. Pero esto hubiere sido muy traumático para el niño. Por eso considera que haber efectuado el procedimiento en la forma en que se efectuó, fue la más benéfica para el menor. Pero resalta que en lo referente al proceso de readecuación social del menor, se falló. Lo que es lo mismo, se falló en la fase de mayor trascendencia para lograr el cumplimiento efectivo del objetivo: El cambio de sexo.

En vista de ello, la Corte Constitucional concedió la tutela que en esta ocasión revisaba, y tutelando derechos fundamentales del menor, tales como el libre desarrollo de la personalidad, la identidad y la igualdad, ordenó continuar con un tratamiento científico con el fin de encontrar la total identidad sexual del menor, y en consecuencia ordenó, la corrección del registro civil de nacimiento del menor. Dando lugar así, a la reasignación del sexo por causa voluntaria y totalmente lícita.

³⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 26 de Mayo de 1936. Pág. 584. Entre otras.

4.1.4.2 Hecho de un tercero. Se configura cuando el daño es causado exclusivamente por persona diferente a la víctima, es decir, un tercero, y sin que esté de por medio la voluntad de la víctima. Por ejemplo, un niño de muy corta edad es agredido físicamente por un delincuente, quien le cercena sus genitales, generándole al niño un daño irreversible para toda su vida, pues sus órganos reproductivos han perdido su función. *“Las lesiones personales que se han causado por la acción del tercero, consistentes en el daño del cuerpo, es decir, alteración que comprometió la identidad anatómica, bien sea interna o externa”*³⁹, es castigada por la Ley Penal. Y su procedimiento contempla la valoración médica de quien es la víctima. Situación ante la cual, consideramos cabe la solicitud de reasignación de sexo, por tratarse de una persona de muy corta edad, como ya se dijo.

4.1.4.3 Culpa exclusiva de la víctima. Culpa es el término jurídico que, según Francesco Carrara, al igual que la negligencia, supone la *"voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho"*.

La culpa exclusiva de la víctima se presenta en los casos en que la configuración del daño es consecuencia del actuar culposo o doloso de la víctima únicamente.

Por ejemplo, un menor de pocos meses de nacido, que se encuentra en contacto con ácidos, derrame uno de ellos sobre su cuerpo, ocasionando la pérdida de sus genitales.

Sin embargo, se recuerda que en este caso el consentimiento del interesado, si bien podría dar lugar a la reasignación sexual, también puede ser una opción la de mantener su sexo mediante la reconstrucción de sus genitales, siempre que psíquicamente no se presente disforia de género.

4.2 PRINCIPIOS QUE ORIENTAN LA REASIGNACIÓN DEL SEXO

Sin duda alguna los principios que orientan la posición de respaldar la reasignación del sexo, jurídicamente hablando, son los mismos que la Constitución Política de Colombia y los Tratados Internacionales, han denominado Derechos Humanos y Fundamentales, que son aquellas libertades, facultades, instituciones o reivindicaciones relativas a bienes primarios o básicos⁴⁰ que incluyen a toda persona, por el simple hecho de su condición humana, para la

³⁹ FRANZO ZUALUAGA, Jorge Andrés. Dictamen de Lesiones Personales. Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Bogotá D.C: s.n, p. 2.

⁴⁰ PAPACCHINI, Ángelo. Filosofía y derechos humanos. p. 44; de forma similar, Nino, Carlos S. *Ética y derechos humanos*, p. 40. El concepto "bienes primarios" procede de John Rawls.

garantía de una vida digna. Son independientes de factores particulares como el estatus, sexo, orientación sexual, etnia o nacionalidad; y son autónomos o no dependen exclusivamente del ordenamiento jurídico vigente. *“Desde un punto de vista más relacional, los derechos humanos se han definido como las condiciones que permiten crear una relación integrada entre la persona y la sociedad, que permita a los individuos ser personas, identificándose consigo mismos y con los otros”*⁴¹.

*“Habitualmente, se definen como inherentes a la persona, irrevocables, inalienables, intransmisibles e irrenunciables. Por definición, el concepto de derechos humanos es universal (para todos los seres humanos) e igualitario, así como incompatible con los sistemas basados en la superioridad de una casta, raza, pueblo, grupo o clase social determinados”*⁴². Según la concepción iusnaturalista tradicional, son además atemporales e independientes de los contextos sociales e históricos.

Es importante diferenciar y no confundir los derechos humanos con los derechos constitucionales. Aunque generalmente los derechos humanos se suelen recoger dentro de los derechos constitucionales, no siempre coinciden. Para determinar qué derechos son "constitucionales" basta con recurrir al catálogo de derechos reconocidos por la Constitución Política de Colombia de 1991; el concepto de "derechos humanos" nace más bien en el ámbito de la Filosofía del Derecho.

Diversos autores han estudiado la relación entre ambos y concluyen que la misma es problemática. Las teorías iusnaturalistas consideran que la existencia de los derechos humanos es independiente de su reconocimiento como derechos constitucionales. Para algunos autores, como Francisco Laporta, existiría un pequeño número de derechos humanos básicos, de los que se derivarían los derechos constitucionales más concretos⁴³.

Mientras que para las teorías dualistas, que son las que otorgan importancia tanto al fundamento moral de los derechos como a su positivación, los conceptos de derechos humanos y derechos constitucionales tendrían un contenido equivalente. Luigi Ferrajoli considera, en su teoría del garantismo jurídico, que, siendo los derechos constitucionales o fundamentales los reconocidos en la Carta Magna de los Estados, los derechos humanos son aquellos que se reconocen a todos, independientemente de su ciudadanía y su capacidad de obrar. Ferrajoli propone

⁴¹ GIL DE LA TORRE, Héctor Morales. Introducción: notas sobre la transición en México y los derechos humanos», *Derechos humanos: dignidad y conflicto*, México: Universidad Interamericana.– 859 – 248 – X, 1996. p. 19. ISBN 968

⁴² THIERRY, Hubert; COMBACAU, Jean; SUR, Serge y VALLÉE, Charles. *Droit International Public*. Paris: Montchrestien, 1986. ISBN 978 – 2 – 7076 – 0236 – 7.

⁴³ LAPORTA, Francisco. *Ética y Derecho en el pensamiento contemporáneo*», Victoria Camps (ed.). *Historia de la ética, t. III, "La ética contemporánea"*, Barcelona: Crítica, 1989. p 293.

el siguiente ejemplo: La constitución de un país determinado puede otorgar derechos a sus ciudadanos pero que no necesariamente abarque a toda la población, por ejemplo, el derecho al voto, caso en el cual algunos ciudadanos pueden perder la calidad de ciudadanos en ejercicio, y por consiguiente, el derecho al voto. En ese caso se trataría de derechos constitucionales que se reconocen al ciudadano, pero no podrían ser derechos humanos si no se reconoce a todas las personas sean de la condición que sean.

Los Derechos humanos en Colombia, siguiendo la Declaración Universal de los Derechos Humanos, estos son inherentes a la persona, como ya se dijo antes, es decir, de ellos son titulares todas las personas por el hecho de ser personas, dejando de lado factores como la edad, el sexo, la raza. Son reconocidos y protegidos por la Ley y cuentan aplicación inmediata.

El orden jurídico interno de Colombia a través de la Ley 16 de 1972 incorpora al bloque de constitucionalidad el Pacto de San José de Costa Rica de 1969 aprobado en la Conferencia de los Estados Americanos. De esta manera el Estado Colombiano hace explícita la obligación del Estado consistente en garantizar la plena vigencia de los Derechos Humanos, elevándoles al rango constitucional.

Y frente a la reasignación del sexo, dadas las distintas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales, y teniendo en cuenta el Derecho Comparado, se presenta una fuerte tensión entre estos derechos, concretamente, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, derecho a la dignidad humana, derecho a autodeterminarse, derecho a la igualdad, derecho a la libertad y el derecho a la identidad.

4.2.1 Derecho a la dignidad humana. La dignidad humana hace referencia al valor esencial e intransferible de todo ser humano, independientemente de su condición social o económica, raza, religión, edad, sexo, etc. La dignidad humana constituye la base de todos los derechos.

La referencia a la dignidad humana esta siempre presente en los instrumentos fundacionales del derecho internacional de los derechos humanos nacido luego de concluida la Segunda Guerra Mundial. En tal sentido, se destaca ante todo la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que invoca en su Prólogo la “dignidad intrínseca (...) de todos los miembros de la familia humana”, afirmando luego que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (artículo 1º).

Posteriormente, el concepto de la dignidad humana fue recogido por los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966 y por diversos instrumentos que no avalaban prácticas evidentemente contrarias al valor esencial de la persona, como las discriminaciones, la esclavitud, la tortura, entre otras.

Asimismo, nuestra Constitución Política, hace referencia explícita al respeto de la dignidad humana como fundamento último de los derechos enumerados y como la finalidad esencial del Estado de Derecho⁴⁴.

La dignidad humana, contiene elementos subjetivos y objetivos. Los elementos subjetivos son los que corresponden al convencimiento de que las condiciones particulares de vida permiten alcanzar la felicidad. Y los elementos objetivos son los vinculados con las condiciones de vida que tiene la persona para obtener la felicidad. La ponderación de estos elementos constituye una parte importante de la evolución del derecho Constitucional, así como una de sus mayores discusiones, sobre todo a la hora de sopesar la Dignidad Humana con otros derechos fundamentales.

El decir “no es posible reasignar el sexo jurídicamente”, puede verse como una violación al derecho a la dignidad, pues suele pensarse que el Estado no está generando vida digna para una minoría. Pero tal aseveración es falsa puesto que, como se estudiará más adelante, la persona debe primero reconocerse a sí misma tal como es, para así hacer efectivos los elementos subjetivos del derecho a la dignidad, es decir, lograr la felicidad, sin recurrir a un cambio físico, psicológico y jurídico que la legislación Colombiana actualmente no contempla, y que muy probablemente no contemple por mucho tiempo más, pues prevé las graves implicaciones que generaría en materia civil, laboral y penal al estar dando cabida a que una persona determinada, por simple escogencia, altere la naturaleza del ser, escogiendo por sí, ser hombre o mujer en cualquier etapa de su vida.

4.2.1.1 Derecho a autodeterminarse. La autodeterminación hace referencia a la conducción de la vida propia. Según la Jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional⁴⁵, el derecho a autodeterminarse está estrechamente ligado con el derecho a la autonomía, que identifica a la persona como un ser que se autodetermina, se autoposee, se autogobierna, es decir, es dueña de sí y de sus actos.

“La autonomía es definida como la facultad que tienen las personas para actuar libremente y sin sujeción a una autoridad superior dentro de un marco de valores jurídico predeterminado”⁴⁶.

⁴⁴ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Artículo 1º: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

⁴⁵ Sentencia SU – 337 de 1999.

⁴⁶ Diccionario Enciclopédico Grijalbo. Op. cit., p. 196.

La Insigne Corte Constitucional, ha precisado que:

El concepto de autonomía de la personalidad comprende toda decisión que incida en la evolución de la persona en las etapas de la vida en las cuales tiene elementos de juicio suficientes para tomarla. Su finalidad es comprender aquellos aspectos de la autodeterminación del individuo, no garantizados en forma especial por otros derechos, de tal manera que la persona goce de una protección constitucional para tomar, sin intromisiones ni presiones, las decisiones que estime importantes en su propia vida. Es aquí donde se manifiesta el derecho de opción y es deber de las personas respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios⁴⁷.

Uno de los componentes más relevantes del derecho de autodeterminarse, es la responsabilidad. Entonces nos estamos refiriendo a un vivir que se hace cargo de sí, que reflexiona y analiza con responsabilidad lo que es más conveniente para lograr una vida bien llevada y que sea coherente con la verdad de la persona.

En virtud de este derecho, cualquier persona goza de las facultades necesarias para conducir su propia vida de la manera como le plazca a fin de lograr su propia felicidad. Pero al introducirle el elemento fundamental de la autodeterminación, es decir, la responsabilidad, aparece un gran punto de tensión: ¿Es responsable la decisión que toma una persona que, biológicamente hablando, nació con determinado sexo y en su vida adulta decidió cambiarlo para adquirir el sexo contrario para así sentirse feliz?

Se considera que la respuesta a esta pregunta, desde todo punto de vista es un no. No es responsable esa decisión cuando se toma arbitrariamente por el simple gusto de hacerlo aduciendo que de esa manera alcanzará la felicidad deseada puesto que está ejerciendo su derecho de autodeterminación. Tal como lo sostuvo el Juzgado Segundo de Familia del Circuito de Pasto en sentencia de primera instancia proferida el 31 de Mayo de 2005, al hacer referencia a que el sexo es algo determinado por la naturaleza y que no se ubica en la esfera de la voluntad humana, haciéndose imposible su modificación, pues el sexo constituye la esencia de la persona y la acompañará hasta el final de sus días⁴⁸.

Si bien toda persona goza de autonomía para tomar las decisiones que considere mejores para la conducción de su propia vida, ello no implica que en ejercicio de esa autonomía pueda tomar decisiones que afecten el orden social actual, dado que se afectaría la estabilidad de una sociedad y un sistema jurídico completo, y sus instituciones como el matrimonio, la familia y su conformación, entre otras, que serán objeto de estudio más adelante, en las implicaciones.

⁴⁷ Sentencia T – 542 de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁴⁸ Expediente No. 255 – 01.

4.2.1.2 Derecho al libre desarrollo de la personalidad. *“Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”*⁴⁹.

Es entonces en virtud de esta libertad, que la persona está en capacidad de darle una orientación a su existencia y de decidir sobre sus propios actos.

Este derecho supone el respeto por la identidad personal, una de cuyas manifestaciones es la apariencia personal que debe ser respetada, según el gusto de cada individuo. Además, el objetivo de este derecho es el de garantizar la libertad general de actuar, de hacer o no hacer lo que se considere conveniente. Pero así mismo, tiene dos limitantes: Los derechos de los demás y el orden jurídico.

Si hoy por hoy se presenta un caso en el cual se deba decidir sobre un cambio de sexo, en aras de tutelar o proteger el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, se asumirá la posición de no acceder a dicho cambio, salvo que se trate de ambigüedad sexual, pues al no acceder a tal petición no se está violando el derecho fundamental en comento. Para ser un poco más claros en este tema, nos permitimos retomar el caso antes mencionado, caso en el que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en el año 2005 conoció el asunto de un hombre que manifestaba haberse sentido y comportado socialmente siempre como una mujer⁵⁰, y que por ello tiempo atrás se había sometido a una orquideoctomía bilateral con el propósito de encontrar una identificación de género con el sexo femenino. Con posterioridad acude a la Justicia Ordinaria, para que mediante sentencia se reconozca su cambio de sexo y consecuentemente se ordene a la Registraduría del Estado civil la sustitución de su registro civil y demás documentos de Identificación protegiendo así sus derechos fundamentales, entre ellos, el libre desarrollo de la personalidad.

El a quo, confirmado por el ad quem, sostiene que no es posible acceder a dicho cambio de sexo solicitado, por los motivos ya antes expuestos, y sostiene además que con dicha decisión no se le están vulnerado sus derechos fundamentales, como el libre desarrollo de la personalidad, derecho que *“determina al ser como una individualidad, comporta un significado de dignidad humana y en esa medida es un derecho a la libertad; tal reconocimiento permite la posibilidad de desarrollar su vida, de obtener su realización, es decir, el libre desarrollo de su personalidad”*⁵¹. En este sentido el a quo afirma que al demandante nadie le ha

⁴⁹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Art. 16.

⁵⁰ Sentencia de 31 de Octubre de 2005. M.P. J. Guillermo Coral Chaves. Expediente No. 255 – 01. Conociendo del recurso de Apelación interpuesto contra la Sentencia proferida el 31 de Mayo de 2005 por el Juzgado Segunda de Familia del Circuito de Pasto.

⁵¹ Sentencia SU – 337 de 1999.

impedido que desempeñe el rol del mujer con el cual ha adquirido identidad de sexo, y que por el contrario, dicho rol si cuenta con reconocimiento dentro de su grupo social, razón por la cual, no se considera violado el derecho que nos ocupa.

Además atendiendo a las limitantes que el Derecho al libre desarrollo de la personalidad impone, consideramos que de dar viabilidad al cambio de sexo legalmente, se desestabilizaría el orden jurídico, por ejemplo en instituciones jurídicas como el matrimonio, pues es requisito fundamental la heterosexualidad de los consortes.

Bien puede un transexual o una persona determinada que desee cambiarse de sexo, asumir el rol del sexo deseado, con ello estaría haciendo efectivo su derecho al libre desarrollo de la personalidad. Pero no puede aspirar a que la Ley sea quien le otorgue las mismas cualidades y facultades naturales que tiene una persona que desde su nacimiento fue asignado con un sexo determinado, aduciendo violación a este derecho de carácter fundamental puesto que no se configura.

4.2.1.3 Derecho a la libertad⁵². La libertad es la facultad del ser humano de optar, a partir de una conciencia de raíz objetiva, aunque no sea universal, entre distintos comportamientos, actuaciones concretas o posibilidades de pensamiento.

En Colombia, es un fin del Estado asegurar, entre otros, la libertad del ser humano en todos sus ámbitos. Ello puede inferirse de la sola lectura del preámbulo de la Constitución Política: "*El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano (...) y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz (...)*". Así, la libertad, se convierte en uno de los pilares fundamentales del Estado Colombiano.

Ahora, si el ser humano es un ser con fines propios y estos fines sólo pueden ser realizados por decisión personal, necesita estar exento de la coacción de otros individuos y de la coacción de los poderes públicos que interfieran con la realización de estos fines. Esto es la libertad.

La libertad, desde el punto de vista jurídico, dice Recasens Siches, consiste en "hallarse libre de coacciones o ingerencias indebidas, públicas o privadas" abarcando una amplia gama de posibilidades como lo son: El ser dueño del propio destino, disfrutar de seguridad, libertad de conciencia, la libertad para contraer, o no, matrimonio, libertad para elegir ocupación, libertad para circular, inviolabilidad

⁵² Diccionario Enciclopédico Grijalbo. Op. cit., p. 1121.

de la vida privada, libertad de elección de domicilio, libertad de reunión o asociación, libertad de no ser obligado a participar en una reunión ni pertenecer a una asociación.

La libertad es tan intrínseca en la especie humana que como derecho inalienable puede ejercerse frente al resto de la humanidad sin más limitación que el respeto ajeno en su mismo derecho.

La condición a seguir los dictados del propio sentir y de la propia conciencia es prioritaria, pero en relación al tema de estudio que nos compete, no debe dejarse de lado la esencia natural de cada ser humano. Esto, porque invocando el derecho a la libertad, sería erróneo solicitar el cambio de sexo. Se es libre, pero se debe conocer los límites de esa libertad. El estado Colombiano los reconoce, y por ello, no acepta el cambio de sexo jurídicamente hablando.

Por ejemplo, el ser humano desde siempre soñó con volar como un pájaro, pero nunca tuvo las alas que se lo permitieran, por ello creó el avión y pudo volar. Pero no por haber volado solicitó que la Ley le reconozca su calidad de ave, pues su esencia es humana y no podrá cambiarla. Bien puede al volar sentirse como un pájaro, pero por más que trate de cambiar su esencia o su naturaleza, ésta lo acompaña hasta el fin de sus días.

4.2.1.4 Derecho a la Igualdad. El derecho a la igualdad hace referencia a aquel derecho inherente que tienen todos los seres humanos a ser reconocidos como iguales ante la ley y de disfrutar y gozar de todos los derechos que se le otorgan, sin importar su origen nacional, su raza, su credo o incluso su sexo.

El Estado Colombiano lo reconoce como fundamental, en la Constitución Política, así: *“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”⁵³.

De ahí que el derecho a la igualdad sea el derecho que tenemos todos los seres humanos a no ser discriminados por nuestras condiciones o creencias. Este derecho nace como consecuencia de los terribles rechazos que han tenido que

⁵³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Artículo 13.

enfrentar las minorías alrededor del mundo y eso que aún siguen siendo víctimas de rechazos. Algunos autores revelan por ejemplo, como en Estados Unidos, aunque haya una protección hacia las minorías existe la imposición del prototipo de que el hombre, blanco y heterosexual es el exitoso y el que la sociedad debe seguir para poder triunfar. Por esta razón las minorías se ven obligadas a cubrir aquellos símbolos que los caracterizan, ya que si no lo hacen son rechazados por estas demostraciones individuales de su condición⁵⁴.

En este sentido, el Estado debe propender por generar una igualdad tanto formal como material entre todos los habitantes del territorio nacional.

En aplicación de este principio, ¿Es posible autorizar el cambio de sexo para generar igualdad formal y material?.

La respuesta a esta pregunta puede ser un poco engañosa. Pues actualmente la Ley da algunos beneficios para parejas homosexuales⁵⁵, referentes a temas de seguridad social, reconocimiento de sociedad patrimonial para parejas del mismo sexo, tales como afectación a vivienda de familia y patrimonio de familia, y derecho de alimentos; y así bien pueden estas parejas estar conformadas por una persona que asuma un rol de género diferente al de su sexo de asignación y crianza. En un caso como este, es evidente que el Estado ha generado igualdad formal. Pero, ¿cómo crear igualdad material? ¿A caso dando cabida a que una persona pueda jurídicamente cambiarse de sexo? ¿Al cambiarse de sexo cambia también su naturaleza?.

Se cita nuevamente el ejemplo del hombre que quiso ser pájaro, y confirmamos nuevamente, que la esencia del ser humano lo acompaña hasta el final de sus días. No es igual nacer como hombre o como mujer, que nacer hombre y convertirse en mujer o viceversa. Si se nace como hombre, aunque estéticamente se vea como mujer, nunca se podrá concebir ni dar vida, como si lo puede hacer generalmente una mujer que por naturaleza es mujer. De la misma manera, si se es mujer, y se convierte en hombre, no podrá engendrar vida en ninguna mujer. Y esa unión que entre personas así se da, no pasará de ser una unión de personas del mismo sexo, pues aunque se cree una Ley que autorice el cambio de sexo, la esencia es la esencia, y esa no varía. Así lo ha sostenido el Juzgado Segundo de Familia del Circuito de Pasto, dentro del expediente 255 – 01, mediante sentencia del 31 de Mayo de 2005.

En este sentido, no se le puede exigir al Estado colombiano que autorice el cambio de sexo, con el firme propósito de crear igualdad material y formal, pues ni

⁵⁴ Posición de autores como Kenjy Yoshino en su artículo “The Pressure to Cover” y Ariel E. Dulitzky en su lectura “A region in Denial: Racial Discrimination and Racism in Latin America”.

⁵⁵ Sentencia C – 029 de 2009, sentencia C – 075 de 2007, y sentencia C – 811 de 2007.

siquiera la misma naturaleza contribuye a que dicha igualdad pueda existir. Es precisamente la naturaleza del ser, la que lo impide.

4.2.1.5 Derecho a la Identidad. La identidad es una respuesta a preguntas como ¿Quién soy? ¿De dónde vengo? ¿Qué soy? ¿Qué quiero ser?. Para formar la identidad personal, la persona debe autoconocerse, autoestimarse y saber qué es lo que quiere para sí.

“El derecho a la identidad personal es un derecho de significación amplia, que engloba otros derechos. El derecho a la identidad supone un conjunto de atributos, de calidades, tanto de carácter biológico, como los referidos a la personalidad que permiten precisamente la individualización de un sujeto en sociedad. Atributos que facilitan decir que cada uno es el que es y no otro”⁵⁶.

Se trata entonces, de un conjunto de rasgos personales que conforma la realidad de cada uno y se proyecta hacia el mundo externo haciendo que los demás reconozcan a la persona desde su “mismidad”, esto es, en su forma de ser específica y particular.

La individualidad sólo es posible cuando se exterioriza la personalidad auténtica del ser humano, de manera tal que éste pueda reconocerse a sí mismo como parte de la humanidad en general y simultáneamente, como un ser único y diferente de los demás. Esto es la identidad.

La identidad de una persona, esta conformada por la unión de diversos ítems que viabilizan individualizar casi totalmente a la persona, por ejemplo, el nombre, los apellidos, la genealogía, el sexo. De aquí que la Corte infiera que el derecho a la identidad está estrechamente ligado a derecho como la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad.

Por ello la persona debe sentirse a gusto con esos caracteres que le identifican, tales como su nombre, sus apellidos, y hasta su sexo. La persona, valga la redundancia, debe sentirse identificada con esos aspectos. Por ejemplo, desde los primeros años de vida a la persona la empiezan a llamar por sus nombres, de tal manera que con el transcurrir del tiempo, esa persona al escuchar aquellos nombres, sentirá que es a ella a quien se están refiriendo cuando los nombran.

Cosa distinta acontece con el sexo, pues se ha conocido de muchos casos en que las personas a pesar de ser tratadas como pertenecientes a determinado sexo, nunca se identifican con el mismo, sino que por el contrario, estiman y se comportan como si pertenecieran al sexo opuesto.

⁵⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 477 de 1995.

Si esto ocurriera con los nombres, sencillamente se procede a realizar la corrección en el registro civil, pues la determinación de los nombres, e incluso de los apellidos, fueron un acto discrecional de los padres cuando la persona nació. Pero la pregunta aquí es: ¿Se puede hacer lo mismo con el sexo, teniendo en cuenta que éste no fue escogido voluntariamente, sino que lo determinó la naturaleza?

La Corte Constitucional en su jurisprudencia ha dicho que “*El sexo constituye un elemento inmodificable de la identidad de determinada persona*”⁵⁷.

A diferencia de lo que ocurre con nombres o apellidos, el sexo es inmodificable, aún invocando el derecho a la identidad y a la identidad sexual. Esto porque a nuestro juicio, la persona, para ser identificada plenamente debe conservar el sexo con el cual llegó al mundo, pues constituye su esencia y como ya se dijo antes esa es inmodificable. Ahora bien, si la persona tiene claro esto, puede aun con su sexo de asignación y crianza, asumir el rol del sexo opuesto y así sentirse identificada. Nadie le prohíbe que lo haga, es más, el Estado, a través de los Derechos Humanos, la faculta para que lo haga y no se le vulneren sus derechos a la identidad, entre otros.

En la actualidad, salvo los casos de ambigüedad sexual, el sexo no puede ser reasignado, pues ello implicaría un cambio total en la legislación colombiana tanto civil, laboral como penal. Las implicaciones serían muy graves. Tendrían incluso que ser modificados muchos de los principios en que el Estado se fundamenta.

Es posible que estos casos relacionados con la voluntad propia, el transexualismo o las causas extremas, se empiecen a presentar con más frecuencia, y que para lograrlo, se invoquen derechos humanos como los antes tratados. Como queda claro, la interpretación está a cargo del juzgador, pero es notorio que Colombia aún está lejos de dar cabida al cambio de sexo, pues Poder Judicial estima que al hacerlo, se atentaría contra el orden social y contra toda la legislación vigente. De otro lado el Poder Legislativo, no ha regulado la materia, a penas empieza por estos tiempos dar beneficios para personas que ostentan una orientación homosexual, tales beneficios como pensiones de sobrevivientes, reconocimiento de sociedad patrimonial entre parejas del mismo sexo, derecho de alimentos. No se niega que en un futuro no muy lejano, Colombia exprese avances en esta materia. Pues la sociedad está en continua evolución y la legislación de los países cada vez tiende a ser más uniforme entre sí.

Pese a que la posición asumida por la Corte Constitucional es clara frente a que el cambio de sexo registral no procede en Colombia, más si lo que respecta al campo médico, adelantándose un poco en el tiempo, se establece lo que podría ser el procedimiento tanto médico como legal, para efectuar el cambio de sexo y la

⁵⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 477 de 1995.

consecuente corrección de todos los documentos de identificación de una persona.

4.2.1.6 Colisión de derechos humanos y fundamentales y juicio de ponderación. *“El juicio de ponderación en cuanto a técnica depurada de solución de conflictos entre principios y, especialmente entre colisión de derechos, puede ser utilizada como método siempre y cuando no se olvide que los derechos no son ilimitados ni absolutos cuya resolución supone una alta discrecionalidad judicial y aunque la discrecionalidad suponga la ausencia de una respuesta jurídica inequívoca para la resolución de un determinado supuesto, la ponderación se sujeta a estándares de racionalidad y justicia a la luz de los cuales se aprecian y sopesan las consecuencias de la elección”⁵⁸.*

Debe tenerse en cuenta que la finalidad de la ponderación no es la imposición o la sublimación de uno de los principios en concurrencia, sino la armonización de aquellos mediante el menor grado de lesión o afectación posible.

Así las cosas, al referirnos al tema de la reasignación sexual encontramos que existe una gran tensión entre derechos tales como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación, la igualdad, la identidad y la libertad versus la seguridad jurídica o el principio de la indisponibilidad del estado civil de una persona.

Dentro de la esencial y compleja compenetración existente entre los derechos de la persona, en la medida que todos ellos se refieren a un solo y mismo ser, se debe advertir la relación que existe entre la identidad personal, en cuanto interés subjetivo, y la necesidad del preeminente interés público representado por la exigencia de certeza en lo que concierne a la identificación del sujeto. Es así fácil apreciar cómo el derecho a la identidad personal se constituye como una situación jurídica subjetiva dentro de la cual deben contemplarse el interés personal y aquel otro de orden público y social.

Es de interés social la identificación estática de las personas para poderlas ubicar e individualizar dentro de la sociedad. Esta identificación se materializa a través de las partidas que, relativas a cada sujeto, aparecen en el registro civil.

Los datos que ahí figuran deben corresponder a la verdad personal para satisfacer la exigencia comunitaria de certidumbre en lo que concierne a la identificación del sujeto.

⁵⁸ ARAUJO RENTERIA, Jaime. Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM. 2010.

Por otra parte, el interés personal del sujeto es el que nos obliga a revisar el concepto de identidad como el reconocimiento esencial de la nueva situación de quien ha realizado una intervención tendiente a reafirmar el sexo que siente como propio. Exigiendo así que se de el reconocimiento social de su identidad personal con su nueva identidad sexual.

De esta manera, si se quiere realizar un juicio de ponderación entre los derechos en pugna cuando se quiere resolver un caso de reasignación sexual, debemos tener en cuenta que los adversarios del llamado cambio de sexo expresan que el derecho a la libertad personal, como todas las demás situaciones jurídicas subjetivas, supone en el sujeto, frente al derecho de los demás, un correlativo deber a su cargo. Ello en virtud de que no existen derechos subjetivos absolutos en tanto que siendo el derecho una experiencia de intersubjetividad, todo derecho subjetivo se presenta simultáneamente como un derecho-deber. En otras palabras, la libertad personal, esgrimida como fundamento del cambio de sexo, tiene muy claras limitaciones ya sea en el interés social, el orden público como en las buenas costumbres, pues la libertad consiste también en reconocer los límites.

“Siguiendo esta línea de pensamiento, hay quienes se oponen a que el derecho a la libertad y libre desarrollo de la personalidad se lleve a una adecuación del sexo somático al sexo psicológico argumentando que esta situación afectaría gravemente la seguridad jurídica de la identidad registral, en términos generales, que desde la óptica de la medida legal se trata de una involución psicosexual del sujeto, la misma que responde a una cuestión patológica o una desviación, que a una razón fisiológica”⁵⁹. Por ello, se sostiene, cualquier intervención quirúrgica que pueda efectuarse, por más perfecta que ella sea, no realiza jamás un verdadero y propio cambio de sexo.

De igual forma los opositores a la reasignación sexual recuerdan que en los países en los que no se ha legalizado la adecuación sexual a través de intervenciones quirúrgicas, se suele sostener que ellas son atentatorias en lo que concierne a la integridad física del sujeto (indisponibilidad del cuerpo humano), ya que causan en él una disminución permanente y grave y Sostienen que tal mutación no condice con las buenas costumbres que deben regir la convivencia humana.

Ahora bien, desde el polo puesto, es decir, desde el punto de vista de las personas que apoyan la reasignación sexual establecen: en primer lugar que la seguridad jurídica en los casos de reasignación sexual es discutible. Ya que la adecuación del registro civil a su nueva identidad sexual obedece a un hecho fáctico en el cual el reasignado quirúrgicamente cumple ahora el rol que socialmente es aceptado para las personas que nacieron con el sexo que al sujeto se le otorgó por reasignación, lo cual supone que sería ilógico obligar a una

⁵⁹ Ver anexo 3.

persona a vivir al menos jurídicamente con una identidad que no corresponde a su realidad.

“Las personas adeptas a la reasignación sexual afirman que mas que impedimentos jurídicos, existen pseudo impedimentos éticos que son altamente cuestionables pues la ética abarca el pensamiento no siempre igual de todas las comunidades. Así, lo que es antiético en un sector poblacional puede ser muy ético y hasta justo en otro”⁶⁰.

Aseguran que lo sensato, lo honesto, sería que se permita a aquella persona vivir de conformidad con el llamado profundo de su propio “yo”, ser auténtico, asumir plenamente su propia identidad personal no contribuyendo a su frustración existencial.

En cuanto a la indisponibilidad del cuerpo humano, establecen que esta no puede desligarse de la parte psíquica, de tal suerte que la integridad de la persona debe ser entendida desde ambas ópticas, resultando que el oponerse a que una persona se identifique jurídicamente con su nueva condición sexual presupondría una violación a la integridad psicofísica de la persona.

Finalmente esbozan que el cambio de sexo registral se justifica por cuanto no se trataría de una libre y arbitraria decisión de la persona, sino como una consecuencia de terapias hormonales y de intervenciones quirúrgicas dirigidas a secundar una tendencia natural, o para evitar efectos negativos sobre la salud, como por ejemplo, una grave neurosis, o sobre el comportamiento de la persona.

Teniendo en cuenta las dos posiciones planteadas y los argumentos que sustentan una y otra, al momento de ponderar los derechos en pugna encontramos que la contraposición de derechos tales como dignidad humana, la autodeterminación (autonomía), la igualdad (no discriminación), la identidad (identidad sexual) y la libertad (libre desarrollo de la personalidad) versus la seguridad jurídica o el principio de la indisponibilidad del estado civil de una persona en el momento y situación jurídica actual de Colombia, nos lleva a concluir que: Son precisamente razones de orden público las que limitan el cambio de sexo. Ellas se refieren a la necesidad social de certeza en cuanto a la identidad personal, y esto sólo se obtiene si se guarda concordancia entre la realidad y el sexo originario que figura en los registros del estado civil. Un cambio de sexo registral, atenta contra la certeza que se requiere en lo que atañe a la identificación personal.⁶¹

⁶⁰ Piénsese por ejemplo en la pena de muerte, la cual es legalmente admitida en algunos estados y absolutamente prohibida en otros estados de Estados Unidos.

⁶¹ Posición que se observa en Sentencia del 31 de Octubre de 2005. Proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Nariño y Putumayo. Sala Civil Familia. MP. J. Guillermo Coral Chávez.

En cuanto a la afectación a la dignidad de las personas, al contraponer el derecho a la dignidad humana contra el de seguridad jurídica. Sea el caso de una persona que quiere ser reasignada jurídicamente pues ya ha sido intervenida quirúrgicamente y se desempeña con su nuevo rol ante la sociedad pero encontrando que el cambio de sexo no ha sido permitido por razón a que esta situación conllevaría al desorden en la publicidad del estado civil como también inseguridad jurídica del ordenamiento actual.

Se entiende que dicha situación es ajustada a derecho, pues no se estaría vulnerando la dignidad humana de esa persona y de la minoría que representa porque la protección de la dignidad, entendiéndola como *“el derecho a ser reconocida como persona humana”*⁶², *“no puede desfasarse a tal punto que permita que el simple arbitrio de la persona pueda alterar su condición sexual en el registro civil, vulnerando así no solo la seguridad de la inscripción en el registro civil sino obligando a modificar cada uno de los estamentos en los que la nueva condición de identidad tendrían incidencia y que aun no han sido regulados hecho que generaría mucha incertidumbre sobre como afrontar cada implicación legal”*⁶³.

Ahora bien, tratándose del mismo caso anterior pero esta vez enfrentando el derecho a la autodeterminación (autonomía), con el de seguridad jurídica (indisponibilidad del estado civil), se encuentra que la autonomía de la persona como ya se dijo anteriormente, permite que la persona conduzca su vida de la manera que mejor le venga a fin de lograr su propia felicidad. Pero que este derecho no puede bajo ningún punto de vista llegar a afectar el orden social actual, pues el derecho a la autodeterminación encuentra límites que le impiden romper con el ordenamiento jurídico y social.⁶⁴

Por su parte, al contraponer el derecho al libre desarrollo de la personalidad (libertad), con el principio de indisponibilidad del estado civil (seguridad jurídica), tenemos que si bien la persona es libre de decidir sobre sus propios actos y darle una orientación a su existencia según su complacencia, es también cierto que este derecho se encuentra limitado por nuestro ordenamiento jurídico. Y que su limitación en ningún momento estaría encaminada a que la persona no pueda desempeñar el rol de identidad con el que ahora se identifica sino simplemente que la naturaleza con la que la persona nació y fue asignada registralmente no puede ser modificado por la simple voluntad de las personas.⁶⁵

⁶² LEGAZ y LACAMBRA. La Noción Jurídica de la Persona Humana y los Derechos del Hombre. 1960. p. 3.

⁶³ Piénsese por ejemplo en el Matrimonio o el Parentesco.

⁶⁴ Téngase en cuenta la Sentencia del 31 de Mayo de 2005. Proferida por el Juzgado Segundo de Familia del Circuito de Pasto.

⁶⁵ *Ibíd.*

Cosa similar sucede cuando le toca el turno al derecho a la igualdad (la no discriminación), el derecho que tenemos a no ser discriminados. En este caso se debe recordar que es el estado colombiano el garante de propiciar igualdad formal y material en todas las esferas sociales, rechazando e impidiendo toda clase de discriminación. Pero aquí nuevamente se llega a la misma conclusión:

El no permitir que una persona pueda alterar libremente su registro civil en cuanto a su mención sexual no vulnere los principios ni derechos de dicha persona. Pues la libertad, la igualdad como también los demás derechos analizados, encuentran en el ordenamiento actual y vigente un límite. Y este límite no podrá ser franqueado sino hasta que las condiciones sociales ameriten que se de una regulación normativa del caso.⁶⁶

Por el momento, las exigencias sociales y las herramientas normativas demandan que el cambio de sexo jurídicamente hablando es indisponible en casos como el planteado.

Por ultimo, al hacer alusión al derecho a la identidad (Identidad sexual), debemos entender que *“El derecho a la identidad supone un conjunto de atributos, de calidades, tanto de carácter biológico, como los referidos a la personalidad que permiten precisamente la individualización de un sujeto en sociedad. Atributos que facilitan decir que cada uno es el que es y no otro”*⁶⁷.

Pero este criterio establecido por la Honorable Corte Constitucional, en nada tergiversa el sentido de que la persona pueda ser identificada sexualmente con el sexo asignado al nacer, que constituye la esencia de esa persona y que de igual forma garantizaría el que no se deba tratar con temas no regulados por nuestra normatividad, la cual ha sido esbozada bajo el principio de la indisponibilidad del cambio registral del sexo de la persona. De igual manera, si la persona no se siente identificada con el sexo con el que nació, ella puede como ya se ha dicho, llevar el rol social del sexo de su preferencia⁶⁸, y hasta realizarse una intervención quirúrgica si lo ve conveniente gozando de la protección y amparo de nuestro estamento normativo, pero no por eso se le va a permitir que desestabilice la seguridad, la publicidad y la prueba que proporciona la no alteración del sexo en el registro del estado civil colombiano, actual y vigente.

⁶⁶ Ver anexo 7

⁶⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 477 de 1995.

⁶⁸ Sentencia del 31 de Mayo de 2005. Proferida por el Juzgado Segundo de Familia del Circuito de Pasto. Expediente 255 – 01.

4.3 PROCEDIMIENTO PARA LA REASIGNACIÓN DEL SEXO

Como bien se sabe, el proceso de asignación de sexo, por así decirlo, está conformado por dos requerimientos: Uno médico, que es el documento del nacido vivo; y uno legal que es el Registro en el Estado civil. Como es pertinente, para abordar el tema de la reasignación sexual, se hace conveniente, de igual forma, analizar tanto un procedimiento médico, como antecedente de uno jurídico, a fin de que los datos sujetos de modificación coincidan con la realidad de la persona.

4.3.1 Relación Médico – Paciente. De entrada, es menester advertir que todo procedimiento adelantado por la ciencia médica debe surtirse en armonía con la ética médica, regulada en Colombia por la Ley 23 de 1981.

La mencionada Ley, impone al médico, en la relación médico – paciente ciertos deberes éticos, tales como proteger primordialmente la salud del ser humano, respetar su vida a toda costa, protegerle del sufrimiento, mantener incólume su integridad, mantener la reserva profesional. Se establece que el médico será auxiliar de la justicia en algunos casos señalados por la Ley. Su trabajo se debe encausar a buscar siempre la verdad. Respetará la decisión de los pacientes cuando estos se rehúsen a seguir determinados tratamientos. Su actitud frente al paciente siempre será de apoyo. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que pueden afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente. Jamás someterá a sus pacientes a tratamientos experimentales ó que atenten contra la integridad de la persona. Los tratamientos deben propender por aliviar el sufrimiento ó cuando menos no hacerlo más intenso. Entre otras que generan que la relación se amplíe: Médico – paciente – sociedad.

Todos estos principios éticos son aplicables al caso de la reasignación del sexo, pues tal situación involucra al ser humano como ser social, el cual a través de un tratamiento médico pretende aliviar talvez su sufrimiento mental, por verse físicamente como no se siente internamente. Dicha pretensión tiene su fundamento en la decisión voluntaria de cambiarse de sexo, dando cabida a las causales para la reasignación del sexo, antes expuestas.

4.3.2 El Contrato médico. Esa decisión voluntaria es aceptada por el médico, y a partir de aquel momento nace la relación médico – paciente. Sin embargo, dicha relación también puede producirse unilateralmente por el médico en los casos de urgencia ó por terceros, según lo establecido en la Ley 23 de 1981. No obstante, el médico deberá responder por sus negligencias. De lo cual se infiere que la relación médico – paciente tiene implicaciones jurídicas, pues el objeto de la misma es la vida y la salud del ser humano y generalmente estos bienes van

precedidos de un acto jurídico como lo es un contrato consensual que genera obligaciones, que pueden ser de medio o de resultado, naciendo así un contrato del acto médico.

En Colombia, el incumplimiento o inobservancia de esas obligaciones generan responsabilidad de medio y no de resultado, por regla general. Es decir, el médico no está en la obligación de garantizar la salud del enfermo, pero si de brindarle todo su apoyo en procura de su mejoría. Excepcionalmente es de resultado como en aquellos casos de cirugías estéticas, donde el paciente piensa que va a obtener un resultado por la información deficiente que dan los facultativos; pues la información sesgada puede dar expectativas irreales y es la que genera la responsabilidad. La obligación contractual o extracontractual del médico respecto de la persona a quien va a tratar, es una prestación de servicios enmarcada en el consentimiento.

“El contrato médico de reasignación de sexo es un contrato de naturaleza Civil, pues el Código de Comercio lo excluye como mercantil”⁶⁹ por tratarse de la prestación de servicios propios de una profesión liberal. Como ya se dijo, es consensual. Y Como se verá más adelante, el cambio de sexo requiere de varias etapas que se efectúan por un periodo más ó menos largo de tiempo impidiendo que se ejecute instantáneamente, por eso, se lo clasifica como un contrato de tracto sucesivo. Y Es bilateral, pues las partes intervinientes son el médico y el paciente sujeto a cambio de sexo.

Para que este acto jurídico tenga plena validez, además, debe satisfacer las demás exigencias consagradas por el artículo 1502 del Código Civil. La persona que se someta a reasignación de sexo debe ser plenamente capaz. Entratándose de un incapaz por minoría de edad, por enfermedad mental absoluta, por inhabilidad negocial o por trastornos temporales, la autorización correrá por cuenta de sus padres, representantes legales, tutores.

“El consentimiento perfecciona el contrato”⁷⁰. Ese consentimiento debe ser expreso y preferiblemente por escrito, salvo que se trate de inminente urgencia, situación en la cual el médico está facultado para actuar sin el consentimiento del paciente, pero intentando obtener el consentimiento por algún miembro de la familia del paciente.

Para que el consentimiento sea válido, es decir, esté libre de vicios, el paciente o quien de el conocimiento debe conocer detalladamente sobre la intervención quirúrgica que se realizará, sus consecuencias, sus bondades y sus posibilidades de fracaso.

⁶⁹ CÓDIGO DE COMERCIO. Artículo 23. Numeral 5º.

⁷⁰ Ley 23 de 1981. Artículo 5º.

Dadas las causales que se pueden invocar para solicitar el cambio de sexo, el sujeto capaz de dar el consentimiento para reasignación sexual puede variar, por ejemplo, en los casos de nacimientos con ambigüedad sexual, el consentimiento lo otorgan los padres del recién nacido, previa información adecuada por parte de la junta médica. Si la reasignación sexual obedece a una causa extrema como puede ser la fuerza mayor, el caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima, primero deberá analizarse si el paciente tiene capacidad para suministrar el consentimiento o no. En caso negativo, y si existe una situación de urgencia, el consentimiento podrá ser el denominado por la Corte Constitucional como “Consentimiento Sustitutivo Parental”.

Siendo consecuentes con lo establecido por la Corte Constitucional en su jurisprudencia sobre la reasignación sexual, cuando quien pretende cambiarse de sexo es menor de cinco años, el consentimiento válido es el “sustitutivo parental”; pero si es mayor de cinco años y tiene capacidad para comprender su cuerpo y conciencia sobre el mismo, el consentimiento válido será el dado por él mismo denominado “consentimiento informado y persistente”. De aquí, que frente a la reasignación sexual de un incapaz, el consentimiento deba ser dado por su representante legal, cuando se requiera el de él.

La causa será lícita, cuando se trata de la carencia de salud por parte del paciente y por interés profesional y científico por parte del médico respetando siempre la ética médica.

El objeto del contrato es la reasignación hormonal y quirúrgica del sexo, se requiere de la diligencia y profesionalismo del médico. Por ello, el objeto es lícito por tratarse de la prestación de un servicio de atención médica.

Como cualquier contrato, sus cláusulas pueden ser de la esencia, de la naturaleza o accidentales. Serán de la esencia del contrato las referentes a la obligación médica y a la obligación por parte del paciente de cumplir con las prescripciones que el médico imparta. Serán de la Naturaleza del contrato, lo referente a actuar de buena fe y con la debida diligencia y la remuneración del servicio. Y podrán ser accidentales las que versen sobre los cuidados particulares específicos que se deban prestar al paciente y todas las demás que quede por fuera de las obligaciones propias del contrato médico.

4.3.3 Procedimiento médico. La ciencia médica se ha encargado de regular en parte el procedimiento que debe surtir para la reasignación sexual, también cuenta con un protocolo para el diagnóstico, el cual no es aplicado en Colombia⁷¹, y en tal sentido ha establecido unas fases para tal reasignación.

⁷¹ Manual Diagnóstico y Estadístico De Los Trastornos Mentales (DSM - IV).

En aquel protocolo de trastornos mentales, se establecen algunos criterios referentes a los desórdenes de la identidad de género, y enseña que algunos casos, estos desórdenes deben ser tratados mediante la reasignación el sexo. Dichos criterios que permiten la identificación de los trastornos de identidad de género son los siguientes:

- Identificación acusada y persistente con el otro sexo.
- Malestar persistente con el propio sexo ó sentimiento de inadecuación con su rol.
- La alteración no coincide con una enfermedad intersexual.
- La alteración provoca malestar clínicamente significativo o deterioro social, laboral o de otras áreas importantes de la actividad del individuo.

Estos criterios se pueden y deben determinar según la edad de las personas, distinguiendo entre niños o niñas y adolescentes y adultos.

En los niños y niñas el trastorno se puede evidenciar por existir, por ejemplo, diferencias marcadas y recurrentes por el rol de sexo contrario o sueños referentes a ser del otro sexo; preferencias marcadas por compañeros del otro sexo; deseos de ser del otro sexo o de participar en los juegos propios del sexo contrario; y preferencia por el travestismo. Los niños pueden llegar a manifestar que el pene o los testículos no son de su agrado o que hubiere sido mejor no tenerlos. Rechazan los juegos violentos. Las niñas prefieren orinar de pie, esperan en el futuro tener pene, no desean tener senos.

En adolescentes y adultos se presenta el deseo firme de pertenecer al otro sexo o que lo consideren del otro sexo. Pueden tratar de eliminar rasgos propios de su sexo mediante tratamientos médicos, quirúrgicos hormonales u otros tendientes a lograr el propósito de asemejarse al otro sexo. Incluso pueden pensar que nacieron con el sexo equivocado.

Este mismo protocolo ordenar determinar la orientación sexual de la persona con trastorno de identidad de género, para conocer si siente atracción por los varones, por las mujeres, por ambos ó por ninguno.

Una vez diagnosticada ó establecida la necesidad de la reasignación de sexo por desórdenes en la identidad de género, por decisión exclusiva de la ciencia médica, se puede proceder a la reasignación de sexo o también llamada "cirugía de cambio de sexo", la cual no sólo está conformada por el cambio del sexo biológico de la persona, sino que requiere además, de etapas hormonales, psicológicas, sociales y legales.

Colombia carece de un protocolo que regule esta materia y por tanto las etapas antes mencionadas no son aplicadas. Lo cual en muchos casos impide el éxito de la reasignación de sexo, razón por la cual personas que pretenden someterse al cambio de sexo, se ven obligadas a salir del país con rumbo a aquellos países en los cuales si existe un protocolo referente al tema. Tal como ocurre en España, en la comunidad autónoma de Cataluña, lugar donde existe el denominado “protocolo del paciente”. En él se establecen pasos o etapas conducentes al logro exitoso de la reasignación del sexo. Consideramos que Colombia podría legislar sobre la materia para que personas que se encuentren dentro de las situaciones planteadas, encuentren una solución a su difícil problema. Estamos seguros que Colombia muy pronto empezará a legislar sobre la materia de la reasignación del sexo, y adoptará medidas contempladas por el derecho constitucional de otros países, tal como se observará más adelante en lo referente al derecho comparado.

Los pasos que deben ser adoptados son la reasignación social, hormonal, quirúrgica, para así poder hablar de una reasignación legal.

La reasignación del sexo desde lo social, se refiere al proceso de adaptación al nuevo rol que la persona empieza a asumir. Se incorpora al individuo de forma lenta pero segura a este proceso que le permitirá asumir el rol del sexo reasignado como miembro de la sociedad. Una vez superada esta primera fase, se pasa a la fase de reasignación hormonal. Fase en la que mediante el suministro de hormonas pertenecientes al sexo reasignado se pretende suprimir características del sexo biológico y además desarrollar características del sexo reasignado.

“El consumo de hormonas sintéticas, como los estrógenos sintéticos, o de origen orgánico como los estrógenos naturales, permiten que las características físicas se alteren para cualquiera de los dos sexos. En el caso de los hombres si se consumen hormonas femeninas la grasa se redistribuye hacia caderas y pechos, la forma del rostro cambia y los rasgos físicos se feminizan. En algunos casos el consumo de hormonas femeninas, es decir, estrógenos, van acompañados de antiandrógenos”⁷². En el caso de las mujeres que consumen hormonas masculinas, desarrollan barba en el rostro, se intensifica la cantidad de vello corporal, mayor masa muscular y facciones más bruscas. Normalmente la hormona masculina, es decir, la testosterona, es inyectada pues puede causar daño a ciertos órganos si se consume por vía gástrica.

⁷² Un antiandrógeno o antagonista androgénico, es un grupo de fármacos que ejercen una acción antagonista o supresión hormonal capaz de prevenir o inhibir los efectos biológicos de los andrógenos u hormonas sexuales masculinas en las respuestas normales de los tejidos corporales a estas hormonas. Los antiandrógenos normalmente actúan bloqueando los receptores androgénicos, compitiendo con los sitios de unión en la superficie de las células, literalmente obstruyendo la función de los andrógenos.

Posterior a estas dos etapas, llega la reasignación quirúrgica con la cirugía de cambio de sexo, la cual, varía en hombres y mujeres. En el caso de hombres que pretenden quirúrgicamente cambiar su sexo al femenino, las técnicas consisten en construir una vagina, labios mayores y menores y clítoris, a partir de los tejidos del pene, prepucio y escroto. La técnica más conocida es la de construir la vagina con el tejido del pene. Pero, esta técnica no es adecuada si los tejidos no son suficientes, por lo que hay que usar otros injertos como la piel de la pierna, o eventualmente uso de parte del intestino grueso.

En Tailandia crearon una técnica que no usa el pene para construir la vagina sino el escroto. Y además, no corta tejidos totalmente, sino que deja las terminaciones nerviosas, logrando así sensibilidad total, lo cual no es posible en las otras técnicas.

En el caso de las mujeres que desean ser intervenidas quirúrgicamente para convertirse en hombres, las técnicas de creación de un pene son todavía rudimentarias y poco exitosas. La más exitosa ha sido crear un injerto de parte del peroné envuelto en piel del brazo durante un mes, y luego insertado en la entrepierna.

Dicha cirugía genital no implica la pérdida de las áreas eróticas sensitivas. Incluso, la influencia de los andrógenos genera que la sensibilidad erótica se aumente. Lo que respecta a la reasignación social y hormonal, puede ser revertido, mientras que lo concerniente a la reasignación quirúrgica no.

Para completar este proceso, se suele recurrir a cirugías estéticas para verse más masculinos o femeninas, según el caso.

Definitivamente, la relación médico – paciente se rige por un expreso acuerdo de voluntades, mediante el cual el médico queda comprometido, generalmente por una obligación de medios a empeñar todo su conocimiento, destreza y juicio clínico. Aunque ya la jurisprudencia nacional e internacional le ha asignado a ciertas áreas de la medicina la condición de obligación de resultados o fines. Para el caso de la reasignación del sexo, la obligación es de medios en lo que respecta a la reasignación hormonal, mientras que será de resultados, en lo referente a la reasignación quirúrgica.

Cabe anotar que 1931 fue el año en que se practicó la primera operación de cambio de sexo en Dinamarca realizada a un transexual llamado Einer Wegner que se convirtió en Lilly Elbe por el médico alemán F. Abraham. En 1933, la publicación de la autobiografía de Lilly Elbe dio mayor popularidad al fenómeno, pero el procedimiento se lo conoció definitivamente en 1953, con el informe presentado por el Dr. Cristian Hamburger sobre la operación de cambio de sexo practicada al soldado norteamericano Cristine Jorgensen, que fue convertido en mujer.

“Hoy en día, en Colombia, el pionero en esta materia de intervenciones quirúrgicas es el doctor Felipe Coiffman, quien se desempeña como profesor de cirugía plástica de la Universidad Nacional”⁷³. Él afirma que el único caso en el que la Registraduría acepta la corrección del registro civil de nacimiento por cambio de sexo de un ciudadano es cuando se trata de un transexual que se ha sometido a una operación quirúrgica para cambiar de sexo como requisito previo al procedimiento legal que se verá a continuación.

4.3.4 Procedimiento legal. Como último paso, una vez superadas con éxito las fases referentes a la reasignación social hormonal y quirúrgica, la persona requerirá que todos sus documentos se ajusten a su nueva identidad, es decir, se surta el procedimiento de reasignación legal, el cual incluye cambio de nombres y cambio de sexo en el registro del estado civil. El problema aquí radica en que dicho procedimiento no está reglamentado y por ello se surte según la interpretación que hagan, los funcionarios encargados de diligenciar lo que respecta al estado civil de las personas, quienes ante tal vacío normativo siempre solicitan una orden judicial que autorice el cambio de sexo en el Registro⁷⁴. El objetivo de esta fase es conseguir un nuevo documento nacional de identificación, el cual variaría con respecto al anterior en lo que respecta únicamente a los campos de nombres y sexo, pues los demás como el lugar y fecha de nacimiento, estatura o tipo sangre se mantendrán.

El cambio de los nombres no tiene mayor problema, pues está regulado por el Decreto 1260 de 1970 y por el Decreto 999 de 1988, dando la facultad de que la persona pueda modificarlos una vez sea mayor de edad, por una sola vez⁷⁵, y otorga también la posibilidad de que siendo menor de edad, sean sus representantes legales quienes puedan modificar su nombre.

El cambio de nombre deberá hacerse mediante escritura pública que deberá otorgarse en la Notaría en la cual se encuentra el acta de nacimiento de la persona. Este cambio, lo puede realizar cualquier persona con el fin de establecer su identidad personal, y no es de uso restringido de las personas que cambian de sexo. En otras palabras, el cambio de nombre procede por solicitud del interesado. Cosa diferente ocurre con el cambio de sexo, que requiere de una sentencia judicial en firme que ordene⁷⁶ al notario y al registrador, efectuar las correcciones necesarias en el registro civil de nacimiento, la posterior cancelación del

⁷³ [en línea] Disponible en Internet: http://www.semana.com/wf_InfoArticulo.aspx?IdArt=144 [citado 10 Agosto de 2010]

⁷⁴ Decreto 1260 de 1970. Artículo 95.

⁷⁵ Decreto 1260 de 1970. Artículo 94. Subrogado por el Artículo 6º del Decreto 999 de 1988.

⁷⁶ Decreto 1260 de 1970. Artículo 95.

documento nacional de identificación y el otorgamiento de uno nuevo con el nuevo nombre y sexo reasignado⁷⁷.

Dicha sentencia debe ser proferida por un Juez de Familia del Circuito por ser de su exclusiva competencia según lo dispuesto por el Decreto 2272 de 1989 en su artículo 5º, parágrafo 1º, numeral 18º: La cuerda procesal que se debe seguir es la de un proceso de jurisdicción voluntaria para que el juez determine se es viable o no, ordenar la reasignación legal que la persona solicita. Para llegar al total convencimiento, la prueba idónea sería la de oficiar a Medicina Legal para que realice un examen médico tanto físico y de laboratorio. El primero para determinar ocularmente la existencia de órganos genitales externos correspondientes con el sexo que pretende ser reasignado. Y el segundo, para que mediante cariotipo se determine la configuración cromosómica de la persona. El médico que realice dicho examen, expedirá un informe científico que establecerá el sexo con el cual se reconoció a la persona. Si ese sexo coincide con el mismo que se solicitó en la demanda, o incluso en una tutela, el juez que conoce del asunto fallará a favor declarando la reasignación legal del sexo de la persona y en consecuencia ordenará a la Notaría que corresponda, la corrección del registro civil en lo que respecta al sexo y/o al nombre del reasignado sexualmente.

“La sentencia que ordena la reasignación debe ser inscrita en el correspondiente folio de la oficina que inscribió el nacimiento, y el folio subsistirá hasta cuando se anote la defunción o la sentencia que declare la muerte presunta por desaparición”⁷⁸. En todo caso el pasado con la identidad anterior no se anula sino que se conserva como antecedente.

Y también ordenará a la Registraduría Nacional del Estado civil para que siendo coherentes con nuevo registro del estado civil, cancele el documento nacional de identificación que identificaba al ahora reasignado y en consecuencia expida uno nuevo que se refiera a su nuevo sexo. En este punto, el juez mediante la sentencia estaría legislando, pues las causales para la cancelación del documento nacional de identificación están consagradas en la *“Ley 28 de 1979 en su artículo 66”⁷⁹* y no contempla la reasignación sexual como una de ellas.

Una vez cumplidas todas etapas, la Registraduría Nacional del Estado civil expediría una nueva cédula de ciudadanía que identifica a la persona con su nuevo sexo. Es aquí cuando queda plenamente documentada e identificada la persona que ha sido sujeto de la Reasignación del Sexo en Colombia.

⁷⁷ Ver anexo 1.

⁷⁸ Decreto 1260 de 1970. Artículo 6º y 10º.

⁷⁹ Causales: 1). Muerte. 2). Múltiple Cedulación. 3). Menor de edad Cedulado. 4). Extranjero sin carta de naturaleza con Cédula Colombiana. 5). Pérdida de Ciudadanía.

4.4 LEGISLACIÓN SOBRE REASIGNACIÓN SEXUAL EN EL MUNDO

Sin duda alguna, la legislación y la jurisprudencia de la mayoría de países en el mundo, empieza a abrir las puertas al cambio de sexo legal. Y la primera puerta que se abre en esta materia es la de aceptar que existen personas que pueden no sentirse identificadas con su sexo, y ello puede manifestarse por su ambigüedad sexual, su condición de transexuales, travestis, homosexualidad, ó por alguna otra causa extrema.

En África, por ejemplo, en la mayoría de sus países la homosexualidad sigue siendo un delito que se castiga con pena privativa de la libertad e incluso con pena de muerte como en Sudán, Somalia y Mauritania. Aunque también hay países en los que es completamente legal. Pero en ninguno de ellos se registran leyes referentes al cambio de sexo.

Asia no se queda atrás, de la misma forma en la mayoría de países la homosexualidad aun es considerada como delito que se castiga con pena privativa de la libertad e incluso en algunos países subsiste la pena de muerte por ello, como en los Emiratos Árabes, Arabia Saudita, Yemen e Irán. Sin embargo también hay países asiáticos que admiten la homosexualidad y en razón de esa mente abierta a la igualdad, crearon formas de eliminación de discriminación por motivos de sexo u orientación sexual, y han llegado incluso a admitir legalmente el cambio de sexo. Entre esos países encontramos a Israel, que admite la homosexualidad, no permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, pero si respeta los que se hayan celebrado en el extranjero e incluso permite que estas personas puedan adoptar, y permiten el cambio de sexo legal.

Encontramos también el caso de Nepal, país en el que desde 2007 la homosexualidad es legal y en virtud de ella se puede pertenecer a lo que su Corte Suprema ha denominado "Tercer Género". Incluso se expiden desde ese mismo año tarjetas de identificación en las que se inscribe el tercer género. Esto considerando que las personas con un tercer género, diferente al masculino o femenino, también son ciudadanos y ciudadanas de Nepal y que también son personas naturales que debenn poder disfrutar de sus derechos de acuerdo con su propia identidad. Es responsabilidad del Estado crear un ambiente apropiado y adoptar el marco legal necesario para garantizar el disfrute de dichos derechos. No puede entenderse que sólo 'los hombres' y las 'mujeres' puedan gozar de los derechos mencionados y que otras personas no puedan hacerlo sólo porque tienen una identidad de género y una orientación sexual distinta. Este avance se logró por vía jurisprudencial.

En Japón los transexuales si pueden optar por el cambio de sexo, así como también en Corea del Sur y Taiwán.

*“Llegando a Europa, todos sus países admiten legalmente que un hombre o una mujer puedan ser homosexuales. Incluso algunos países admiten las uniones entre personas del mismo sexo, como Dinamarca, Finlandia, Groenlandia, Islandia, Letonia, Lituania, Reino Unido, Alemania, Eslovenia, Siza, entre muchos otros. De hecho, muchos de estos países admiten el matrimonio entre estas personas y también permiten el cambio de sexo, por ejemplo, Rumania, Rusia, Turquía y Ucrania donde se requiere previo a la reasignación legal, una reasignación quirúrgica. Dinamarca fue el país en que se realizó por primera vez una cirugía de cambio de sexo en 1931. E incluso España legisló sobre el tema y en 2007 promulgó la Ley de identidad de género, mediante la cual cualquier transexual puede cambiarse de sexo sin requerir de una cirugía previa o de un procedimiento judicial, pero la norma establece unos requisitos como que a la persona se le haya diagnosticado disforia de género y haber recibido tratamiento hormonal durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado”⁸⁰. Con la publicación de este texto normativo también entró en vigor una disposición que permite a las mujeres lesbianas casadas que puedan ser madres de los hijos *in vitro* de su esposa, sin necesidad de adopción. De esta manera, las mujeres lesbianas casadas podrán dar su consentimiento para que el encargado del registro civil determine a su favor la filiación respecto del nacido.*

En Oceanía existen algunos países en que la homosexualidad en hombres es todavía ilegal, como en Nauru, Palaos, Islas Cook, Tonga y Tuvalu. Sólo Australia y Nueva Zelanda admiten las uniones entre personas del mismo sexo pero no el matrimonio, y admiten la posibilidad del cambio de sexo legal.

En América la Homosexualidad aún sigue siendo delito en hombres en Jamaica, Guyana y en Belice, y totalmente ilegal en Barbados y en Trinidad y Tobago.

Canadá es uno de los países más liberales, por no decir el más liberal de América, pues acepta la homosexualidad, las uniones civiles y los matrimonios entre personas del mismo sexo, también les permite adoptar y está legalmente reglamentado lo referente al cambio de sexo.

Le seguiría México, que acepta estos puntos pero dependiendo del territorio Nacional del que se trate, y por ello actualmente se presentó la iniciativa de Ley de identidad de género. Estados Unidos también acepta la homosexualidad pero no regula lo referente al cambio de sexo.

En América Central*, ningún país reconoce las uniones ni los matrimonios entre personas del mismo sexo, en consecuencia, no esta permitida la adopción para

⁸⁰ [en línea] Disponible en Internet: http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Entra/vigor/Ley/Identidad/Genero/elpepusoc/20070317elpepusoc_1/Tes. [citado 13 Agosto de 2010]

estas personas. Así mismo, tampoco existen leyes referentes a la identidad y expresión del género, ni al cambio de sexo. Lo mismo ocurre en el Caribe y las Antillas⁸¹, recordando que en Puerto Rico en el año 2009 las propuestas para la "Defensa del Matrimonio" que querían invalidar el reconocimiento legal de todas las relaciones del mismo sexo, fracasó en Senado y por ello las personas homosexuales solteras pueden adoptar.

En Suramérica, se han dado muchos avances en relación al cambio de sexo.

Por ejemplo en Argentina, se reconoce la unión civil en algunas jurisdicciones del país⁸², pero a partir de Julio del año 2010 se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo y la adopción. Desde hace ya mucho tiempo las personas podían cambiarse de nombre libremente, pero por ejemplo, siendo hombre no se podía fijar nombre de mujer sino existía previamente una cirugía de cambio de sexo. Posterior a ello, mediante jurisprudencia, se permitió tal cambio sin necesidad de haberse practicado una cirugía de cambio de sexo ó reasignación quirúrgica. Actualmente Argentina cuenta con una ley específica sobre el tema denominada "Ley de identidad de género", que busca asegurar el reconocimiento de la dignidad la singularidad y del proyecto de vida de las personas transexuales, así como también promover su integración y el respeto de sus derechos humanos.

Por otro lado, da lugar a la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre. Con estos fines esa misma Ley ordena la creación de la "Oficina de Identidad de Género" que tendrá por objeto, un ámbito de consejería y acompañamiento para las personas transexuales. Gracias a esta Ley, mediante un trámite netamente administrativo toda persona podrá solicitar la rectificación registral del sexo y cambio de nombre cuando su identidad de género sea contradictoria con dicha inscripción. La obtención de la rectificación registral del sexo y cambio de nombre obligará a la persona a solicitar la emisión de un nuevo documento nacional de identidad en el Registro Nacional de las Personas que acredite dichos cambios, conservándose el número original. Una vez dispuesta la rectificación registral del sexo corresponderá al Registro Civil de la jurisdicción donde fue asentada el acta de nacimiento, emitir nueva partida de nacimiento acreditando dicho cambio con una referencia que indique la ubicación de la partida anterior a la rectificación.

En Brasil, se reconoce la unión civil entre personas del mismo sexo en Río Grande del Sur desde el 2004. La Jurisprudencia de Brasil en los últimos tiempos ha sido inclinada a favorecer a personas homosexuales y ha autorizado cambios de sexo.

⁸¹ Anguila, Antigua y Barbuda, Aruba, Bahamas, Barbados, Islas Vírgenes Británicas, Islas Caimán, Cuba, Dominica, República Dominicana, Granada, Haití, Jamaica, Montserrat, Puerto Rico, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas y Trinidad y Tobago.

⁸² Buenos Aires, Río Negro y en las ciudades de Villa Carlos Paz y Río Cuarto en la provincia de Córdoba.

En Chile se puede cambiar de sexo siempre y cuando exista previamente una cirugía de cambio de sexo, sin embargo, últimamente la jurisprudencia ha sido favorable al cambio de nombre sin necesidad de una cirugía. *“Ecuador reconoce las uniones civiles entre personas del mismo sexo, pero está constitucionalmente prohibido el matrimonio homosexual. Así mismo Guyana Francesa también admite las uniones civiles de parejas del mismo sexo”*⁸³.

Colombia con la Ley 54 de 1990 reconoce la unión marital de hecho entre personas de distinto sexo. A partir de 2007, la Corte Constitucional mediante sentencias como C – 075 de 2007, C – 811 de 2007 y la C – 029 de 2009, reconoce a parejas del mismo sexo los beneficios que la Ley 54 de 1990 otorgó a parejas de distintos sexos, en lo referente a seguridad social en materia de pensiones de sobrevivencia, derecho de alimentos, reconoce el surgimiento de sociedad patrimonial y beneficios patrimoniales como afectación a vivienda de familia y patrimonio de familia. No permite el cambio de sexo. Únicamente permite el cambio de nombre.

Sin duda alguna el país suramericano que mas ha trabajado a favor de los derechos de estas personas, bien sean homosexuales, travestis o transexuales, es Uruguay. En este país es legal para hombres y mujeres ser homosexual, también reconoce uniones de hecho, el matrimonio entre personas del mismo sexo ya se propuso, no obstante, la adopción por parte de esta clase de personas está permitida y las personas transexuales pueden cambiar legalmente su sexo gracias a la ley de identidad de género y cambio de sexo promulgada en 2009, y que permite únicamente a los mayores de edad acceder al trámite para el cambio de sexo que consiste en presentar una demanda judicial con un informe de un equipo técnico del registro de estado civil especializado en identidad de género, donde conste que la disonancia entre nombre y género persistió durante al menos dos años. No requiere haberse sometido a cirugía de cambio de sexo previa.

Como se puede ver con este breve pero sustancioso recorrido por la legislación mundial sobre la reasignación sexual, son muchos los países que empiezan a ser liberales en esta materia. Pero aun encontramos países que pueden ser calificados como retrógrados por no aceptar siquiera la homosexualidad como una condición natural de algunas personas. Sin duda alguna, en virtud del derecho comparado, podremos ver muy pronto en Colombia, dada la fuerte demanda, leyes que regulen el cambio de sexo de forma muy similar a como lo regulan países como España, Uruguay y Argentina. Muy pronto veremos a Colombia crear su propia “Ley de identidad de género y cambio de sexo”.

⁸³ [en línea] Disponible en Internet: www.wikipedia.com agosto de 2009. [citado 11 Agosto de 2010]

5. IMPLICACIONES LEGALES DE LA REASIGNACIÓN DEL SEXO.

El ser humano, en su condición de persona, se convierte en sujeto de derechos y obligaciones derivadas de su actuar y proceder en la vida normal, que tienen repercusiones en la vida jurídica. El cambio de sexo legal como tal por caracterizarse por la ausencia de regulación y al no ser reconocido por Colombia, genera ciertos efectos en la vida civil, laboral y penal. Pero así mismo, tal como lo hemos sostenido con anterioridad, consideramos que así como los países del mundo poco a poco han ido dando acogida a diversos avances en contra de la discriminación por razón de sexo y orientación sexual, llegará el día en que Colombia también tolere legalmente que una persona pueda cambiar su sexo. Es menester entonces analizar también, las implicaciones que ello generaría también en la vida civil, laboral y algunas consecuencias penales que de ello se derivarían para las personas reasignadas sexualmente con carácter legal.

5.1 EN EL ÁMBITO PRIVADO

En términos generales, la vida civil o privada, jurídicamente hablando, es el conjunto de principios y normas jurídicas que regulan las relaciones más generales y cotidianas de la vida de las personas, considerando a las personas en cuanto a tal, como sujeto de derecho. Y en este sentido haremos un recorrido por la vida normal jurídica de una persona, por ejemplo, ¿Qué implicaciones trae la reasignación sexual en este momento y qué implicaciones traerá cuando Colombia lo regule?, por ejemplo, ¿Qué pasa con el registro civil de una persona reasignada sexualmente? ¿Puede modificar sus documentos de identificación?, ¿Tiene acciones para ello?, ¿Puede contraer matrimonio? ¿Qué pasa si después de haber contraído matrimonio uno de los cónyuges decide cambiarse de sexo? ¿Cómo puede conformar su familia? ¿Pierde los lazos que lo unen con su familia? ¿Cambia su parentesco con su familia? ¿Siendo madre, puede ser llamada “padre”? ¿Una persona puede tener dos padres o madres al tiempo?.

5.1.1 En el Estado civil, su registro y sus acciones. *“El estado civil es un conjunto de situaciones jurídicas a partir de las cuales se relacionan las personas con su familia de procedencia o con la que han formado, y con elementos de la personalidad jurídica que son fundamentales en sí mismos”⁸⁴*. Es así como el estado civil se constituye como un atributo fundamental de la personalidad, ya que ésta se encarga de identificar, entre otras funciones, a las personas, y se erige con un derecho constitucional, por medio del cuál se defiende que toda persona, sin

⁸⁴ CLARO SOLAR, Luís. Explicación de Derecho Civil Chileno y Comparado. Volumen I. Tomo 4. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1978. p. 11.

distinguir su condición, pueda ser sujeto de derechos y contraer obligaciones. La Corte Constitucional también ha definido el estado civil de esta manera:

“El estado civil es un conjunto de situaciones jurídicas que relacionan a cada persona con la familia de donde proviene, o con la familia que ha formado y con ciertos hechos fundamentales de la misma personalidad”⁸⁵.

Igualmente, el decreto 1260 de 1970 en su artículo 1º, señala que el estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y la sociedad, determina su capacidad para ejercer derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible. Por tanto, cada acto o hecho debe ser inscrito en el correspondiente registro.

El estado civil, presenta como características principales que es un atributo de las personas naturales; es uno solo e indivisible; es irrenunciable; no se puede transigir sobre él, pues esto implicaría renuncia; es imprescriptible ya que la persona nace, vive y muere con estado civil; es permanente; es intransferible pues no se puede vender la filiación por ejemplo; los juicios que versen sobre este aspecto no puede ser sometido a trámite arbitral.

Los elementos que constituyen el estado civil son fundamentalmente la filiación, el sexo, el nombre, la edad, el estar casado o no, entre otros elementos de carácter irrenunciable, intransferible e imprescriptible. La ley está encargada de su determinación tal y como se encuentra consagrado en el último inciso del Artículo 42 de la Constitución; y éste debe estar consignado y publicado en el registro civil. En este sentido, el estado civil, como atributo de la personalidad, es lo que permite saber de dónde proviene una persona, cuál es su origen, saber si es casado o no, conocer si es pariente por consanguinidad o civil, e incluso determinar la relación de afinidad con los parientes de la pareja. Así mismo, evidencia la edad, el sexo (varón o mujer), entre otros.

El estado civil presenta como fuentes de sí, la Ley, la voluntad de las partes (por ejemplo el matrimonio), la ocurrencia de un hecho (como la muerte), y una providencia judicial (por ejemplo un divorcio).

En este sentido, cuando Colombia acepte el cambio de sexo como legal, dicho cambio podría implicarse en el estado civil, teniendo como fuentes de ello, la misma Ley que lo autoriza o la sentencia que lo reconoce, pero también podría tener como fuentes el transexualismo, y la propia voluntad, que hoy en día es exclusiva en casos de ambigüedad sexual; y la ocurrencia de un hecho, como una causa mayor, un caso fortuito, el hecho de un tercero o por la culpa exclusiva del reasignado.

⁸⁵ Sentencia T – 963 de 2001.

“Es precisamente el estado civil, el punto más importante en lo referente a la reasignación sexual, pues el ideal es que posterior a una reasignación social, hormonal y quirúrgica, venga una reasignación legal que implique la cancelación de los documentos de identificación y la expedición de unos nuevos donde conste el nuevo sexo. Pero la lucha aquí será bastante larga, pues el estado civil no puede ser modificado por las personas a su arbitrio ya que las leyes que lo regulan son de orden público”⁸⁶. Se requerirá entonces de una providencia judicial que lo ordene o una ley que regule el tema. Cosa que está lejos de ocurrir, pero no es imposible que llegue a suceder.

Y será ese el caso en que una persona reasignada sexualmente se vea obligada a defender su estado civil de reasignado, mediante acudiendo a las acciones consagradas para proteger el estado civil. Estas acciones tienen por objeto las cuestiones relativas al nacimiento, defunción, matrimonio o nulidad de éste, filiación, reconocimiento, emancipación, tutela, adopción, divorcio y ausencia, o atacar el contenido de las constancias del registro civil para que se anulen o rectifiquen.

En estas acciones, ha de partirse del supuesto de que, se trata de un procedimiento contencioso dirigido contra quien vaya a tener el carácter de demandado que, normalmente será la persona que está vinculada con el actor en el estado civil de que se trate.

En este sentido, las acciones del estado civil son de tres clases: Las de reclamación, las de impugnación y las de rectificación o corrección.

Las acciones de reclamación tienen por objeto atribuirle a las personas su verdadero estado civil del cual se han visto privadas o cuando se persigue que se reconozca un estado civil a la persona que correspondiéndole no se le reconoció. Las acciones de impugnación tienen por objeto imposibilitar que a una persona se le atribuya un estado civil que no le corresponde y del cual puede beneficiarse; ó de perseguir la destrucción de una calidad de la que goza falsamente. Aquí encontramos las acciones de impugnación de la paternidad y maternidad, a manera de ejemplo.

Y las acciones de rectificación que buscan la corrección de algún error cometido en la inscripción, que da lugar a un cambio del estado civil o a algún elemento esencial del registro del estado civil.

El reasignado sexual, actualmente intenta siempre la acción de rectificación a través de la vía judicial por intermedio de un proceso de jurisdicción voluntaria, en caso de no haber sido aceptado por el Notario correspondiente. Pero al no existir regulación sobre el tema, y tal vez por miedo a sentar precedente e incluso a ser

⁸⁶ CÓDIGO CIVIL. Artículo 16.

tildados de prevaricadores, los jueces tampoco han accedido a dichas pretensiones referentes a “rectificar el sexo”, pues esto es visto como algo hasta gracioso, dado que el sexo es algo que depende exclusivamente de la naturaleza, en cabeza de la genética, y no corresponde al ser humano escoger si se es hombre o mujer. Lo que si se ubica en la esfera de la voluntad humana, es escoger si a pesar de ser hombre o mujer se quiere o no vivir y desempeñarse como tal.

No cabe duda alguna, que cuando Colombia acepte el cambio de sexo, esta será la acción que una persona reasignada sexualmente deba adelantar.

Sintetizando, Colombia lleva un registro público con los datos personales básicos de sus ciudadanos, entre los que se incluye el estado civil. A este registro se le denomina registro civil, y en él se inscriben los nacimientos, la filiación, el nombre y apellido de las personas, los fallecimientos reales o presuntos y los matrimonios y uniones libres. El registro civil es el único documento público que prueba el estado civil de una persona ante su familia, la sociedad y el Estado.

En razón de ello, cuando se acepte la reasignación de sexo en Colombia, una persona bajo estas circunstancias deberá modificar ese registro de su estado civil en lo referente al sexo y dicha modificación debe quedar también anotada bajo las características propias del estado civil.

“Y para la alteración de inscripciones relativas al estado civil de las personas, está establecido que éstas una vez autorizadas pueden ser modificadas, pero solo en virtud de una decisión judicial en firme o por disposición del interesado”⁸⁷. Como ya se había dicho con anterioridad, dependiendo de lo que se desea corregir, podrá efectuarse mediante solicitud escrita ó mediante escritura pública. En todos aquellos casos que no sea posible la corrección, mediante otorgamiento de escritura pública se deberá acudir a la vía judicial para que mediante sentencia se ordene la corrección del registro del estado civil. Igualmente cuando la corrección implique cambio de estado civil, por ejemplo el cambio de sexo. Pero es aquí donde la Jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, de Tribunales Superiores de Distrito y de Juzgados de Familia de Colombia, ha sido enfática al manifestar que el sexo, tal como quedó registrado en el “nacido vivo” y posteriormente en el registro del estado civil no se puede modificar por su sustento biológico que es decidido por la naturaleza y que desborda las esferas de la voluntad humana.

5.1.2 En el matrimonio, la unión marital de hecho y el divorcio. Con la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991, se introdujeron diversos, notorios e importantes avances en cuanto a la protección de la institución familiar, en relación

⁸⁷ Decreto 1260 de 1970, Artículo 89. Modificado por el Decreto 999 de 1988, Artículo 2º.

con el régimen anterior, pues se le ha dado un lugar reconocido, privilegiado y significativo a la familia como elemento fundamental de la sociedad.

Sin embargo, la identificación de la institución familiar se hace difícil y complicada ya que ni siquiera con la Constitución de 1991 ó con el surgimiento de leyes o Decretos posteriores se ha podido dar una definición satisfactoria para todos los estamentos sociales que identifique su concepción. No obstante, de algo podemos estar seguros: Nuestra Carta Magna es estricta en cuanto a identificar el carácter monógamo y heterosexual de familia, y dado que Colombia no acepta el cambio de sexo legal, asumimos entonces, que al producirse un matrimonio, donde uno de los consortes halla sido reasignado quirúrgicamente, este conservaría legalmente el sexo con el que nació, y por consiguiente, lo que se produciría sería un matrimonio entre personas pertenecientes al mismo sexo.

En este sentido la Corte Constitucional se ha pronunciado en repetidas ocasiones sosteniendo que es un derecho exclusivo de las parejas heterosexuales, el conformar una familia a través de vinculo matrimonial.

“Sin lugar a dudas, como ya es sabido, la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a protección especial por parte de la sociedad y del Estado”⁸⁸. A este respecto la legislación internacional ha sido firme en establecer que el Estado debe reconocer el derecho del individuo a fundar una familia; así mismo, debe reconocer el derecho de la familia a recibir protección por parte del Estado y generar igualdad entre sus miembros como manifestación del principio de igualdad entre el hombre y la mujer.

Entonces se hace importante diferenciar el derecho a fundar una familia del derecho a contraer matrimonio, como una de las formas de constituir una familia.

“El primero de ellos tiene que ver con la posibilidad de formar una comunidad de vida con otra persona y con los hijos e hijas. El matrimonio, en cambio, es sólo una forma de constituir familia”⁸⁹. Por ende, el derecho a formar una familia puede ejercerse de diversas formas. En Colombia, se reconoce la unión marital de hecho como otra forma de familia. En este aspecto Colombia mediante su jurisprudencia sostuvo durante mucho tiempo que la unión marital de hecho, al igual que el matrimonio, requería del principio de heterosexualidad, es decir, que quienes pretendían unirse debían pertenecer a diferentes sexos. Actualmente dicha línea jurisprudencial cambió radicalmente cuando el Alto Tribunal Constitucional mediante Sentencia C – 075 de 2007 permitió a las parejas del mismo sexo que cumplan con las condiciones legales para las uniones maritales de hecho, que

⁸⁸ CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Artículo 42.

⁸⁹ La otra forma de constituir familia es por la decisión libre y responsable de conformarla, denominada en Colombia como Unión Marital de Hecho.

quedaran amparadas por la presunción de sociedad patrimonial y por ende por el régimen de protección patrimonial.

Muchos equivocadamente piensan que la Corte lo que permitió fue la constitución de familia entre personas del mismo sexo por vía de la unión marital de hecho; situación que es totalmente equivocada, pues lo que la Corte hizo fue dar igualdad respecto a los derechos patrimoniales existentes en las parejas conformadas por personas de distintos sexos.

En virtud de la aplicación extensiva de la Ley 54 de 1990 armonizándola con sentencias como la C – 055 de 2007, la C – 811 de 2007 y la C – 029 de 2009, las parejas del mismo sexo tienen derecho al reconocimiento de sociedad patrimonial y a su disolución cuando se termina la unión. Y en el mismo camino, se otorgaron derechos referentes a patrimonio de familia, afectación a vivienda familiar y alimentos⁹⁰.

De aquí puede concluirse respecto a la unión marital de hecho de parejas conformadas por personas reasignadas, que estas uniones se estarían dando entre personas del mismo sexo desde el punto de vista legal en Colombia, lo cual no está expresamente permitido. Pero consideramos que la Corte al otorgar tales beneficios a las parejas conformadas por personas pertenecientes al mismo sexo, tácitamente está reconociendo dicha situación como una alternativa para que dos personas de un mismo sexo puedan formar su familia.

En tal sentido, esta sería la salida que pueden encontrar las personas reasignadas sexualmente para constituir familia actualmente sin que se vea afectado el ordenamiento jurídico vigente. Pues el matrimonio es una alternativa con la que no cuentan, tal como se explicó antes, involucra exclusivamente la heterosexualidad de los contrayentes.

Para comprender claramente las implicaciones que conllevaría un matrimonio entre personas que han sido reasignadas sexualmente, bajo el entendido que dicha reasignación no ha sido reconocida legalmente, se hace el siguiente análisis:

“El derecho a contraer matrimonio lo puede ejercer todo hombre y toda mujer bajo dos restricciones: La edad mínima, el mutuo consentimiento y las formalidades preestablecidas, pues se trata de un contrato solemne”⁹¹. Ese matrimonio se realiza para cumplir unos fines: vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente. Como se ha explicado antes, las personas reasignadas quirúrgicamente son estériles, por ello, esos fines no serán efectivizados en su totalidad, dado que no podrán procrear. Salvo que la pareja recurra a la adopción que reemplaza de

⁹⁰ Sentencia C – 0336 de 2008.

⁹¹ CÓDIGO CIVIL. Artículo 113.

forma ficta la procreación. El problema aquí radica en que una persona homosexual no puede adoptar, y debería recurrir a aparentar su heterosexualidad siendo persona soltera, o incluso casada, para poder adoptar. Pero el adoptado posiblemente no tenga el hogar mejor deseado, pues como lo dice el doctor Álvaro Chávez, no sabrá cual de los dos bigotudos es la mamá (ver anexo 3).

Siendo coherentes con la Constitución de 1991 y con la Ley 25 de 1992, entre otras disposiciones, es factible sostener que cualquier persona puede contraer matrimonio tanto civil como canónico o religioso con efectos civiles, haciendo esta elección de manera responsable y conciente. Es decir, cualquier persona puede escoger si contrae matrimonio o no. La ley faculta a los consortes para contraer matrimonio civil directamente o por interpuesta persona, mediante poder especial, ante los funcionarios competentes del estado.

La capacidad de autodeterminarse en el matrimonio demanda que exista ausencia de coacción, donde el vínculo que se genere entre los contrayentes sea libre, incondicional y vinculante.

Tanto el matrimonio canónico como el matrimonio tipo, surten efectos civiles. Una de las diferencias entre estas dos clases de matrimonios es que el matrimonio tipo puede ser disuelto a través del divorcio, mientras que el canónico es de carácter indisoluble ante la Iglesia, pero mediante el divorcio sus efectos civiles pueden cesar. De tal forma que en ambos casos sus implicaciones jurídicas se rigen por la ley civil. Y es el legislador quien debe propender para que el contrato del matrimonio se adapte a las nuevas necesidades y visiones de un Estado Social de Derecho y a los nuevos principios promovidos por nuestra carta política.

Entratándose del matrimonio tipo, este debe cumplir una serie de requisitos, cuya inobservancia puede conducir a ineficacia matrimonial. Pues la Ley establece tres clases de requisitos: Requisitos dirimientes o de fondo, requisitos de forma y requisitos impeditivos.

a. Requisitos de fondo o dirimientes: Estos requisitos tienen que ver directamente con la esencia del matrimonio. Su inobservancia conduce a ineficacia por inexistencia ó nulidad. Pueden ser generales y especiales. Los generales son los establecidos para todo contrato por el artículo 1502 del Código Civil, como capacidad, consentimiento, causa y objeto lícito.

La capacidad puede ser plena, cuando el contrayente ha superado los 18 años de edad, y puede ser semiplena cuando se trata de púberes, caso en el cual se requerirá de una autorización expresa y escrita de sus representantes legales para que puedan contraer matrimonio. El consentimiento, al ser un entrecruce de voluntades, estas voluntades deben estar exentas de cualquier vicio como error, fuerza y dolo para ser válido. La causa lícita en el matrimonio hace referencia al

cumplimiento de los fines objetivos del matrimonio⁹², es decir las personas se casan para vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente. El objeto lícito hace referencia a la voluntad de unirse en matrimonio.

Los requisitos de fondo especiales son aquellas exigencias particulares que al momento del matrimonio deben estar presentes o que, por el contrario, deben estar ausentes. Así, deberán estar presentes al momento del matrimonio testigos hábiles, se requiere por lo menos haber llegado a la pubertad, debe realizarse en presencia de un funcionario competente y los contrayentes deben ser de diferentes sexos. En este entendido, si el día de hoy se presenta una persona que manifiesta haber sido reasignada sexualmente y que pretende contraer matrimonio, éste incurriría en ineficacia matrimonial, pues Colombia no acepta que una persona nacida con determinado sexo pueda legalmente convertirse en una persona del sexo contrario.

b. Requisitos de Forma: Estos requisitos tienen que ver directamente con las formalidades para que el matrimonio sea válido, su inobservancia conduce a ineficacia por nulidad, por ejemplo, se requiere de una solicitud ante el juez competente⁹³ o ante el notario⁹⁴, publicación de un edicto en la cartelera del juzgado por 15 días o por 5 días si es ante notario, que no se presenten oposiciones u objeciones, se requiere que el funcionario competente señale fecha para celebrar el matrimonio en un lugar donde tenga jurisdicción, los contrayentes pueden o no estar presentes, caso en el que se casarán mediante poder especial, se requiere de dos testigos presenciales si el matrimonio es ante juez, se debe firmar un acta matrimonial e incluso debe estar presente el secretario del juez si es el caso.

c. Requisitos Impedientes: La inobservancia de estos requisitos no conduce a inexistencia ni a nulidad, sino a sanciones disciplinarias o de tipo patrimonial. Por ejemplo, el permiso expreso y escrito de los padres del menor de edad que pretende casarse, inobservancia que puede generar desheredamiento para quien se case y revocación de donaciones por causa de aquel matrimonio.

Una vez el matrimonio ha cumplido exitosamente con todos estos requisitos, será válido, y en consecuencia surtirá efectos con respecto a los cónyuges, a los hijos e incluso patrimoniales.

“Con respecto a los cónyuges, nacerán obligaciones y deberes de carácter coercitivo como la fidelidad recíproca, el socorro y la ayuda mutua y la

⁹² CÓDIGO CIVIL. Artículo 113.

⁹³ CÓDIGO CIVIL. Artículo 128.

⁹⁴ Decreto 2668 de 1988.

*cohabitación*⁹⁵. Con respecto a los hijos, se genera la presunción de paternidad⁹⁶, se da la posibilidad de legitimar hijos comunes y en consecuencia se genera la obligación de asistencia alimentaria. Con respecto al patrimonio, concomitante al matrimonio nace la sociedad Conyugal, ó sociedad patrimonial de hecho en caso de unión marital de hecho.

Estos efectos no se generarían entratándose de matrimonios de personas reasignadas, pues la Ley considera que al no existir heterosexualidad, el matrimonio no es válido, no surte efectos ni entre los “cónyuges”, mucho menos para con sus hijos, pues no los podrán tener de manera natural, y así mismo, no nace la sociedad conyugal. Lo único que podría generarse como ya se dijo antes sería una sociedad patrimonial entre la pareja conformada por miembros del mismo sexo, siempre que cumplan con lo que se exige para conformar uniones maritales de hecho, según la Ley 54 de 1990.

Como ya se explicó anteriormente, el matrimonio con personas reasignadas, es un matrimonio entre personas de un mismo sexo, por ello, pasaría por alto las exigencias contempladas como requisitos de fondo o dirimientes especiales, al no surtirse entre personas de diferentes sexos, pues una de las condiciones positivas para contraer matrimonio es que entre los contrayentes exista diferencia de sexos, es decir el matrimonio debe celebrarse “... entre un hombre y una mujer...”, según lo estipula el artículo 113 del Código Civil.

Es importante analizar también el caso en que un transexual se cambia el sexo y se inscribe en el registro del estado civil, pues en ese caso, se le debe reconocer el ejercicio de todas las prerrogativas de su sexo reasignado, al hombre ó a la mujer nueva.

Este aspecto sería mucho más fácil de concebir, si en Colombia se reconociera el matrimonio entre personas del mismo sexo biológico, así como se lo ha permitido con el paso de tiempo en muchos países como Uruguay por ejemplo, que reconoció en su legislación lo cambiante que es la sociedad. Lo anterior bajo el entendido que los problemas jurídicos que pueden plantear los transexuales no son muy distintos de los que plantean los homosexuales.

Ahora bien, en atención a todo lo expuesto sobre el matrimonio, no es difícil inferir que la resignación legal, puede estar actualmente contenida dentro de alguna o algunas de las causales de ineficacia matrimonial, bien sea por inexistencia o nulidad, como se explicará más adelante.

⁹⁵ CÓDIGO CIVIL. Artículos 176 y 178.

⁹⁶ Ley 1060 de 2006.

5.1.2.1 Reasignación sexual como causal de Inexistencia. No existe Ley específica ó artículo constitucional que se refiera expresamente a la ineficacia matrimonial por inexistencia, pero favorablemente, la doctrina⁹⁷ se ha ocupado de tocar este tema y ha dicho que la inexistencia se da por la inobservancia de requisitos matrimoniales de fondo, generando que el matrimonio no exista y en consecuencia no surta efectos. En tal sentido ha determinado cinco causales para que un matrimonio sea considerado como inexistente, a saber:

- ✓ *Falta de diferencia de sexos entre los contrayentes*⁹⁸.
- ✓ *Ausencia absoluta de funcionario para la celebración del matrimonio.*
- ✓ *Ausencia absoluta de consentimiento de los contrayentes al momento de la celebración del matrimonio*⁹⁹.
- ✓ *Ausencia absoluta de testigos presenciales.*
- ✓ *No validación de matrimonios in extremis ó mortis causa.*

Como es evidente, al no aceptar Colombia en su legislación, el cambio de sexo legal, la reasignación del sexo como tal, se configuraría dentro de la primera causal expuesta, en caso de presentarse un matrimonio en el cual uno de los contrayentes haya sido reasignado quirúrgicamente respecto al sexo.

El matrimonio es ese caso resultaría completamente inexistente, pues está violando preceptos constitucionales¹⁰⁰ y legales¹⁰¹, dado que Colombia avala los matrimonio únicamente celebrados entre un hombre y una mujer, y no matrimonios celebrados entre un hombre y un hombre que aparenta ser mujer o entre una mujer y una mujer que aparenta ser hombre.

Si en un futuro Colombia da cabida a la reasignación del sexo legal, podría modificar el artículo 42 de la Constitución y el 113 del Código Civil, dejándolos así:

Artículo 42: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de dos personas de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”.

⁹⁷ NARANJO OCHOA, Fabio. Derecho Civil Personas y Familia. Décima Edición. Colombia: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda, 2003. p. 275.

⁹⁸ *Ibíd.*, p. 279.

⁹⁹ *Ibíd.*, p. 280.

¹⁰⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Artículo 42.

¹⁰¹ CÓDIGO CIVIL. Artículo 113.

Artículo 113: “El matrimonio es un contrato solemne por el cual dos personas se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”.

Como se puede ver, al hacer estas modificaciones también se estaría dando cabida a que no solo los reasignados puedan conformar familia normalmente, sino que también se permitiría el matrimonio entre personas del mismo sexo.

De tal manera que para evitar lo segundo, sin modificar la estructura actual de los artículos en mención, bien podría el legislador o el judicial sentando precedente, dar reconocimiento a que una persona pueda cambiar de sexo legalmente, pues así los cónyuges figurarían en la vida civil y en el respectivo registro civil con un sexo distinto, y no cabría jurídicamente la inexistencia, ya que en el momento de celebrarse el matrimonio su sexo estaría definido y así figuraría en el acta de nacimiento.

La inexistencia del matrimonio declarada por esta causal acarrearía como consecuencias que los “cónyuges” no lleguen a ostentar dicha calidad. Frente a los hijos, estos se entenderán como extramatrimoniales y no operaría la presunción de paternidad ni se legitimarían hijos comunes; y frente a los efectos patrimoniales podemos decir que no nacería sociedad conyugal.

5.1.2.2 Reasignación sexual como causal de Nulidad. La Nulidad debe ser vista como una sanción provocada por la inobservancia de requisitos formales frente al matrimonio. Las nulidades matrimoniales son taxativas¹⁰², algunas son subsanables, mientras que otras no. La declaratoria de nulidad matrimonial produce efectos únicamente desde el momento en que se declara y hacia delante. Las causales de nulidad matrimonial son las siguientes:

- ✓ Error en la persona.
- ✓ Fuerza, miedo ó raptó.
- ✓ Incapacidad de los contrayentes.
- ✓ Incompetencia del Juez o Inhabilidad de los testigos¹⁰³.
- ✓ Falta de consentimiento de personas bajo interdicción judicial.

¹⁰² CÓDIGO CIVIL. Artículo 140.

¹⁰³ Ley 57 de 1887. Artículo 13. Numeral 1º.

- ✓ Matrimonio entre parientes cercanos^{104 105}.
- ✓ Existencia de vínculo matrimonial vigente.
- ✓ Matrimonio entre adoptante o su esposa y adoptivo.
- ✓ Cuando uno de los contrayentes ha matado o hecho matar al cónyuge con quien esta unido en un matrimonio anterior.

La reasignación del sexo, puede verse involucrada de manera directa en la causal denominada “error en la persona”, pues el contrayente considera, por ejemplo, que se está casando con una mujer, pero desconoce que esa apariencia de mujer la tiene porque se sometió a rigurosos tratamientos quirúrgicos, psicológicos y hormonales, siendo realmente un hombre. En este caso el cónyuge engañado podrá alegar que desconocía tal situación y solicitar así la nulidad del matrimonio.

Entre los efectos que se generan a causa de la declaratoria de nulidad del vínculo matrimonial encontramos que cesa todos los derechos y obligaciones reciprocas entre los cónyuges. Entre los efectos patrimoniales encontramos que se produce la disolución de la sociedad conyugal. Y frente a los hijos, en caso de haberlos adoptado, pues naturalmente no podrán procrear, las obligaciones y derechos seguirán intactas y la patria potestad, al menos de entrada, seguirá siendo compartida.

5.1.2.3 Reasignación sexual como causal de Divorcio. Pero también podrá darse el caso en que con posterioridad a la celebración del matrimonio, uno de los cónyuges proceda a efectuarse la reasignación del sexo quirúrgicamente. Aquí también puede el otro consorte solicitar la nulidad del vínculo argumentando que pensó haberse casado con una persona que se identificaba con el sexo que aparentaba en ese entonces y que desconocía que en realidad aquel o aquella se identificaba sexualmente con el sexo contrario.

Aquí se abre también la posibilidad de que el “cónyuge engañado” pueda solicitar la disolución del vínculo matrimonial, o sea, el divorcio, invocando la segunda causal, referente al incumplimiento de los deberes conyugales, pues esa persona reasignada quirúrgicamente no podrá procrear. Esta causal, pertenece a las denominadas “causales sanción y subjetivas”, que son aquellas que requieren de

¹⁰⁴ Ley 57 de 1887. Artículo 13. Numeral 1º.

¹⁰⁵ Cuando los contrayentes están en la misma línea de ascendentes y descendientes ó son hermanos.

la culpa de uno de los cónyuges para que se produzca el divorcio, que resultará siendo una sanción para ese cónyuge culpable de aquel.

Ahora bien, en el caso de pensar en la adopción, como reemplazo ficto de la procreación, debe tenerse en cuenta que parejas homosexuales no pueden adoptar en Colombia.

Una vez la reasignación del sexo sea regulada en Colombia, podría ser estructurada como tal, como una causal nueva de divorcio pues se entiende que cuando la pareja heterosexual contrajo matrimonio lo hizo a conciencia de la mencionada heterosexualidad. Ese cambio de sexo destruye o desmorona la idea de lo que se conocía por familia.

5.1.3 En la filiación. La filiación es aquel vínculo jurídico que une a determinada persona con su padre o con su madre: paternidad y maternidad correspondientemente¹⁰⁶. Da lugar a un estado civil de por sí indivisible, indisponible e imprescriptible¹⁰⁷ para cuya protección fueron consagradas las denominadas acciones de impugnación y reclamación de estado.

La filiación genera una relación de parentesco entre un ascendiente y su descendiente en primer grado, el cual se fundamenta en tres situaciones particulares¹⁰⁸. A saber:

- ✓ El hecho fisiológico de la procreación.
- ✓ La ficción jurídica de la adopción.
- ✓ La inseminación artificial.

Se distinguen tres clases diferentes de filiación: Matrimonial, extramatrimonial y adoptiva.

La filiación matrimonial se fundamenta en la procreación y en el matrimonio. En este sentido la filiación matrimonial se da cuando una persona nace bajo la vigencia del matrimonio de sus padres ó cuando después de haber nacido, sus padres contraen matrimonio (legitimación). En caso de impugnación, se impugna la paternidad o la maternidad. En términos de la Ley 1060 de 2006, se debe distinguir si el presunto padre está vivo o muerto al momento de la impugnación, pues en caso de aún estar con vida, podrán impugnar la filiación el presunto hijo en cualquier tiempo, el presunto padre, la madre, o quien acredite sumariamente

¹⁰⁶ MONROY CABRA, Marco Fidel. Derecho de Familia. Bogotá: Librería Jurídica, 1992. p 60.

¹⁰⁷ Decreto 1260 de 1970. Artículo 1º.

¹⁰⁸ PARRA BENÍTEZ, Jorge. La Filiación en Derecho de Familia. Colombia: Leyer, 2008. p. 9.

ser el padre o la madre biológicos dentro de un término no superior a 140 días contados a partir del día en que supieron de la no paternidad. Si el presunto padre ya está muerto, los titulares de la impugnación son: El presunto hijo, quien podría impugnar en cualquier tiempo; la madre y el verdadero padre en un término superior a 140 contados a partir del día en que conocieron del hecho; los herederos y los ascendientes del presunto padre dentro de los 140 días siguientes a la muerte del presunto padre.

La maternidad también puede ser impugnada. Tal impugnación tendrá como objeto probar que no existió parto, o que existió suplantación del recién nacido.

El presunto hijo puede impugnar la maternidad en cualquier tiempo; el marido de la presunta madre, la supuesta madre y los verdaderos padres podrán impugnar en un término no superior a 140 días siguientes al día en que hallan sabido que la presunta madre no es la madre biológica. Cuando la presunta madre ya ha fallecido, podrán impugnar la maternidad sus herederos y sus ascendientes entro de los 140 días siguientes a la muerte de la presunta madre¹⁰⁹.

La filiación extramatrimonial se predica respecto de aquellas personas que nacieron por fuera del matrimonio. El recién nacido debe ser reconocido. Por tanto es caso de impugnación, se impugna el reconocimiento¹¹⁰ que puede ser voluntario o provocado. El voluntario se registra en el acta de nacimiento, por escritura pública, en testamento ó por manifestación expresa y por escrito ante un juez. El provocado tiene por objetivo citar al presunto padre para que él manifieste si es el padre o no¹¹¹. Para provocar el reconocimiento de la paternidad se debe tener en cuenta que se configure al menos una de las causales establecidas para ello¹¹²: Rapto y violación; seducción; Confesión de ser padre; relaciones sexuales durante la época probable de la concepción; trato personal y social entre padre y madre durante épocas de embarazo y parto; y posesión notoria del estado de hijo.

Y la filiación adoptiva es definida como el lazo que une a un padre o madre adoptante con su hijo o hija adoptiva.

Ahora bien, una vez explicada la filiación, la pregunta es la siguiente: ¿Con la reasignación de sexo se modifica o se mantiene la filiación?

¹⁰⁹ Para el caso del marido de la supuesta madre, la madre supuesta, la verdadera madre, el verdadero padre, el hijo y terceros perjudicados, téngase en cuenta los Artículos 216, 217, 335 y 337 del Código Civil Colombiano.

¹¹⁰ Ley 153 de 1887, artículo 158. Ley 75 de 1968, artículo 5º.

¹¹¹ Ley 45 de 1963 modificada por la Ley 75 de 1968 y Ley 721 de 2001.

¹¹² Ley 75 de 1968. Artículo 6º.

Pues bien después del análisis realizado, resulta poco difícil afirmar que el vínculo que une al hijo con su madre o con su padre no se modifica por el hecho de la reasignación de sexo. Pues tal cambio no altera los fundamentos de la filiación, es decir, por el hecho de cambiarse de sexo quirúrgicamente, no se cambia la procreación, la adopción o la inseminación que se haya hecho hace años.

Tampoco se modifica la denominación de “padre” ó “madre”, por ejemplo, llega a nuestra memoria aquel caso de una mujer estadounidense que se cambió de sexo y se convirtió en hombre, y que con posterioridad quedó en embarazo. Los principales periódicos del mundo titulaban la noticia como “primer hombre embarazado en el mundo”. Tal titular se quebraba cuando el lector analizaba que tal “hombre” quedó en embarazo por la circunstancia de haber nacido y siempre haber sido mujer; situación que no varió por el tratamiento hormonal al que se sometió. De aquí se puede concluir que este hombre sería la madre del menor, a pesar de aparentar ser hombre y que por ende pudiese ser llamado papá.

Por ello afirmamos que la denominación de de “padre” ó “madre” actualmente en Colombia no varía, pues ante este país, la persona no puede cambiar de sexo. Y al no cambiar de sexo se mantendrá su denominación de “el padre” ó “la madre”. Cosa totalmente distinta ocurriría si Colombia aceptara la posibilidad legal de que una persona libremente pueda cambiar de sexo, pues al aceptar eso, su denominación si cambiaría. Esto sin duda sería algo gravísimo, imagine usted el caso de un niño que toda su vida conoció a un hombre como su padre y a una mujer como su madre, y que de un día al otro, tenga dos madres: una biológica y la otra, en virtud del cambio de sexo de su padre.

Aunado a lo anterior, se sometería a los hijos de las personas reasignadas a cargar con el peso de la inaceptación social que en Colombia es muy marcada ya sea por la falta de desarrollo cultural como también por la posición conservadora que se refleja en nuestro ordenamiento jurídico y en los preceptos morales.

Una solución sería la tomada en los países bajos, en los cuales el cambio de sexo se inscribe en el acta de nacimiento del hijo, de modo que los hijos saben en que situación sexual se encontraban sus progenitores al momento de concebirlos y cual es la situación actual, es decir su transformación sexual, en este momento.

Pero esta solución solo resolvería parte del problema en Colombia, esto sin mencionar que para su inclusión se debe hacer una propuesta legislativa demasiado pretenciosa, al tratar de corregir solo errores jurídicos para evitar la posible desestabilización de la seguridad y publicidad del estado civil de las personas en cuanto a la mención del sexo. Pero el problema psicológico y posibles traumas psiquiátricos que conllevarían a los hijos de una persona reasignada en nuestro entorno social son muy grandes y de mucho peso para ser desconocidos al momento de reglar una situación como la planteada.

Colombia hoy por hoy no está ni social ni jurídicamente preparada para aceptar todas las consecuencias que conlleva la reasignación sexual de una persona. Una solución que creemos viable quizás en el futuro sería el que a una persona que tenga hijos antes de su reasignación sexual se le impida hacer el cambio en el acta de estado civil, de modo que su género se conserve aun a pesar de haber sido intervenida quirúrgicamente. Pues si bien esto no cambiaría el grave problema que soportarían los hijos ante tan insólita situación, por lo menos reduciría en gran parte el impacto que se causaría en un menor que de la noche a la mañana apareciera con dos madres o con dos padres al mismo tiempo.

5.1.4 En el parentesco. El parentesco se entiende como ese conjunto de vínculos o lazos que unen a la persona a una familia o a un linaje determinado. Ó como bien lo define el Dr. Jorge Arango Mejía: *“Es la relación legal que existe entre dos o más personas desde el punto de vista de la familia”*¹¹³.

El parentesco ha sido clasificado jurídicamente como parentesco por consanguinidad, por afinidad y parentesco civil.

El parentesco por consanguinidad es aquel que se da por los lazos de sangre, o de aquellas personas que descienden de la misma raíz o tronco común. Por su parte el parentesco por afinidad es el que se da con los consanguíneos de la persona con la que se tiene relaciones íntimas en virtud de una relación o con la que se esta o se ha estado casado¹¹⁴. Y finalmente el parentesco civil, es el que surge con motivo de la adopción y se da entre adoptante y adoptivo, consanguíneos del adoptante y del adoptivo y parientes del adoptante y el adoptivo.

*“Por otra parte se debe mencionar que el parentesco se establece en grados o líneas. Los grados son se cuentan según el número de generación y cada grado se establece entre dos personas”*¹¹⁵. *“Las líneas son una serie ordenada de personas que descienden de la misma raíz o tronco común. La línea puede ser directa, por ejemplo con los padres; o colateral”*¹¹⁶, por ejemplo con los hermanos.

En cuanto a los efectos que produce el parentesco tenemos que nacen derechos tales como la patria potestad, el derecho a suceder, el derecho a alimentos, el derecho a la inmunidad penal familiar.

¹¹³ ARANGO MEJIA, Jorge. Derecho Civil Personas. Bogotá: Universidad Nacional. 1995. p 60.

¹¹⁴ CÓDIGO CIVIL, Artículos 47 y 48.

¹¹⁵ CÓDIGO CIVIL. Artículo 37.

¹¹⁶ CÓDIGO CIVIL. Artículo 44.

De igual manera nacen obligaciones como el deber de educar y criar y cuidar a los hijos y prohibiciones como la de contraer matrimonio con parientes cercanos y no celebrar contratos estatales con parientes cercanos. Así mismo, el parentesco permite que se configuren delitos como el incesto y al abandono de hijos.

En cuanto a la reasignación de sexo, el que una persona sea reasignada sexualmente no cambia las obligaciones, derechos e impedimentos que se generan del parentesco, dado que estas obligaciones, derechos e impedimentos se hacen sin distinción de sexo, simplemente en virtud del parentesco existente.

Quizás lo único que se alteraría es la denominación de la persona en relación con el rol de género, así por ejemplo el hombre reasignado sexualmente y convertido en mujer, que se desempeña socialmente como mujer, no será tratado como el hermano sino como la hermana; pero este sigue teniendo los mismos derechos y deberes sin importar si es hombre o mujer pues lo importante aquí es el grado de parentesco, como ya se dijo antes.

Pero ante los ojos de la Ley, esa denominación nunca cambiará pues no se tolera que una persona libremente pueda cambiar de sexo. Es más, ni siquiera cuando Colombia acepte el cambio de sexo legal, variarán las implicaciones respecto del parentesco, pues este se mantiene.

5.1.5 En la adopción. Con la entrada en vigencia del Código para la Infancia y la Adolescencia¹¹⁷, se entiende a la adopción como una medida de protección integral para los menores¹¹⁸. Como una medida que intenta darle una familia a un niño o niña con pleno uso de sus derechos y deberes, dejando atrás concepciones anteriores a la ley 1098 de 2006 en cuanto concebían a la adopción no como una medida garantista para el menor sino en el entendido del prohijamiento.

Según lo establece el Código Civil, es una fuente de parentesco *“mediante la cual la ley estima que el adoptante, su mujer y el adoptivo se encuentran entre sí respectivamente, en las relaciones de padre, de madre, de hijo”*.¹¹⁹

¹¹⁷ Ley 1098 de 2006.

¹¹⁸ Ley 1098 de 2006. Artículo 61. “La adopción es, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno filial entre personas que no la tienen por naturaleza.”

¹¹⁹ CÓDIGO CIVIL. Artículo 47.

La adopción es un acto solemne y requiere la intervención de un juez para que la autorice. También se requiere que una vez autorizada, sea inscrita en el respectivo registro civil del adoptado¹²⁰. En cuanto a los requisitos indispensables que se deben cumplir para poder validamente adoptar a un menor¹²¹, se tiene que el adoptante debe ser persona capaz¹²², haber cumplido 25 años de edad y tener al menos 15 años más que el adoptable.

Así las cosas es obvio que la adopción produce efectos jurídicos¹²³ entre los cuales encontramos que con la adopción el adoptante y el adoptivo adquieren los respectivos derechos que tiene cualquier padre y cualquier hijo, estableciéndose entre ellos parentesco civil que surte hoy en día los mismos efectos que el parentesco por consanguinidad. Así mismo, a diferencia de lo que ocurría en el pasado, con la adopción se rompen todos los vínculos de parentesco que el adoptivo tenía con su familia biológica.

Existen casos, que con frecuencia suelen darse, en los cuales uno de los cónyuges decide adoptar a los hijos del otro cónyuge por su imposibilidad de constituir familia naturalmente ó bien porque han decidido conformar su familia con los hijos de su cónyuge. En tales casos, no se rompen los vínculos consanguíneos que el adoptado tiene con su familia biológica.

En Colombia también está permitida la adopción por parte de personas solteras, con el cumplimiento de los mismos requisitos que debe acreditar una pareja, como es la edad de los adoptantes, la diferencia de edades entre adoptantes y adoptivos, no tener antecedentes penales, y así mismo, se analizan aspectos personales, familiares, sociales y económicos de quien pretende adoptar, con el fin de apreciar si tal adopción será benéfica para el menor ó si por el contrario no es conveniente.

“La figura de la adopción, en cuanto a las parejas conformadas por personas reasignadas sexualmente, es de vital importancia porque se podría pensar que se convierte, en últimas, en la única forma mediante la cual podrían crear vínculos de parentesco con un menor.”¹²⁴ Pues según la ciencia médica una vez se realiza la

¹²⁰ Decreto Ley 1260 de 1970. Artículos 22 y 23.

¹²¹ Debe entenderse a un menor de edad como regla general ya que la excepción se encuentra consagrada en la ley 1098 de 2006, Artículo 69 el cual estipula que “podrá adoptarse al mayor de edad, cuando el adoptante hubiere tenido su cuidado personal y haber convivido bajo el mismo techo con él, por lo menos dos años antes de que este cumpliera los dieciocho años.”

¹²² CÓDIGO CIVIL. Artículo 1504.

¹²³ Ley 1098 de 2006. Artículo 64.

¹²⁴ Vínculo padre e hijo

reasignación quirúrgica, el o la paciente reasignados quedan imposibilitados para procrear.

El problema radica en que Colombia, tal como se ha advertido anteriormente, no admite la posibilidad legal de que una persona pueda cambiarse de un sexo al otro, y en consecuencia las parejas en las cuales uno de sus miembros ha sido reasignado quirúrgicamente, no pasa de ser una pareja conformada por personas del mismo sexo, tal como lo prescribe el Código de la Infancia y la Adolescencia al establecer que la adopción sólo la pueden realizar un hombre y una mujer. Y consecuentemente, no podrían adoptar, pues se considera que sería impactante y nocivo para un menor el hecho de tener que crecer y vivir con dos padres o con dos madres.

De esta manera las parejas reasignadas sexualmente no podrán constituir familia. Y muchas veces tendrán que ocultar realidades para lograr constituir una familia, por ejemplo, ocultar su propia verdad haciéndose pasar por personas solteras. Y una vez surtido todo el proceso de adopción, llevar al menor adoptado a vivir en lo que ellos en realidad tienen como familia. Esto es aun más grave.

No cabe ninguna duda alguna, que cuando la reasignación sexual sea acogida por Colombia, la adopción será la única forma en que las personas reasignadas sexualmente puedan constituir su propia familia, esto en razón a que ninguna persona reasignada sexualmente es capaz de procrear con su nuevo sexo, por la carencia de las estructuras sexuales internas que no pueden ser objeto de replicación. Así se conservarían para las parejas reasignadas, los mismos efectos que se promulgan a parejas heterosexuales en la regulación ordinaria en materia de adopción, como es la edad mínima del adoptante, la diferencia de edades entre adoptante y adoptivo, el hecho de no tener antecedentes penales, y así mismo, contar con la suficiente aptitud personal, familiar, social y económica para adoptar y darle al adoptivo un nivel adecuado de vida.

5.1.6 En la patria potestad, custodia, cuidado personal y visitas. La patria potestad se refiere a aquellos derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar así el cumplimiento de sus deberes como garantes de estos. Contemplando un conjunto de derechos de carácter moral como son la autoridad del padre y la obediencia de los hijos en consonancia con derechos de orden material como son la administración de los bienes de los hijo.

Se debe entender por custodia la medida de protección que garantiza la educación, la crianza de los hijos¹²⁵ y que cumple con una finalidad formativa.

¹²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 931 de 2001.

“Se supone que la custodia de los hijos pertenece a los padres¹²⁶ y solo será posible que terceros¹²⁷ tengan la custodia de los hijos si se demuestran inhabilidades físicas o morales por parte de ambos padres, prefiriéndose entregar la custodia de los menores a los consanguíneos mas próximos en casos así.

“La custodia de un hijo se pierde cuando se decreta la emancipación judicial y esta puede ser decretada por situaciones tales como: el maltrato habitual, el abandono, por causa de ser encarcelado con pena privativa de la libertad mayor a un año o por depravación que lo incapacite¹²⁸.

Debemos mencionar que la patria potestad es una de las bases de la familia y por ello se le da el carácter de orden publico, por lo tanto sus principios fundamentales no pueden ser variados por la voluntad de los padres, esta fuera del comercio y no puede cederse o transferirse en su totalidad; esta a cargo de los padres y esta figura responde a la necesidad de proteger a los hijos. Así mismo la patria potestad comprende la representación legal del hijo no emancipado y la administración del usufructo de sus bienes. En cuanto a la representación de los padres para con los hijos, esta puede ser general u ordinaria, especial, directa, indirecta

General u ordinaria, que es la que tienen los padres respecto a los hijos en todo sentido y especial, que es la que tiene que ver exclusivamente con el patrimonio del hijo, y directa e indirecta, siendo la representación directa la que hace mención a los hijos impúberes; y la representación indirecta que es la que recae sobre hijos relativamente incapaces ó púberes, en actos que requieren de la ratificación de los padres en ejercicio de la patria potestad. Cabe aclarar que en caso de declararse nulo el matrimonio, el ejercicio de la patria potestad corresponde conjuntamente a los padres y que se producen los mismos efectos frente al divorcio sin perjuicio de lo que disponga el juez en la sentencia.

Los padres por regla general y en atención a la figura de la patria potestad son quienes administran los bienes del hijo sobre los cuales tienen usufructo y la administración corresponde a un curador si estos bienes han sido recibidos por donación, herencia, legado o bajo la condición de no ser administrados por los padres¹²⁹. De igual forma el código civil permite que los padres administren los bienes de los hijos sobre los cuales no tengan usufructo¹³⁰.

¹²⁶ CÓDIGO CIVIL. Artículo 253.

¹²⁷ *Ibíd.*, Artículo 254.

¹²⁸ *Ibíd.*, Artículo 315.

¹²⁹ *Ibíd.*, Artículo 305.

¹³⁰ *Ibíd.*, Artículo 296.

“Por otro lado y al referirnos a las causales de suspensión de la patria potestad encontramos por ejemplo, a la larga ausencia, la demencia, o la incapacidad de administrar tan siquiera sus propios bienes”¹³¹.

“Por otro lado no debemos olvidar que la figura de la regulación de visitas se creó para de forma equilibrada permitir que los padres separados para ejercer la patria potestad sobre sus hijos”¹³²

En cuanto a la emancipación¹³³ del los hijos diremos que esta es la que da termino a la patria potestad, y que esta puede ser: voluntaria, la realizada por instrumento publico en que los padres declaran emancipar al hijo adulto y este consiente en ello; legal, en caso de muerte real o presunta de los padres; por el matrimonio del hijo; por el decreto que da la posesión de los bienes del padre desaparecido o porque el hijo ha cumplido la mayoría de edad.

Por lo antes expuesto, se considera que la reasignación sexual no repercute en cuanto a las obligaciones y deberes que tienen los padres frente a los hijos reasignados o de los padres reasignados frente a sus hijos, es decir, ni implica la configuración de una causal para suspender la patria potestad al padre o la madre reasignada. Por cuanto al momento de la concepción de los hijos los roles de padre y madre ya estaban establecidos y no hay duda en ello, pese a que posteriormente se haya realizado la reasignación sexual. Pero consideramos que va a ser de gran impacto dicha reasignación sexual, si los hijos son menores, y entre más pequeños sean, más impactante va a ser el hecho de tener que decir, por ejemplo, “mi papá es una mujer!”.

Así por ejemplo, en caso de que una madre después de concebir a su hijo, se haya realizado una reasignación sexual. Ella seguirá haciendo las veces de madre del menor, dado que en nuestro ordenamiento jurídico nadie puede tener dos padres. Esto nos lleva al mismo problema que tratamos en el capítulo de la filiación, ya que si admitimos que una persona en nuestro entorno jurídico y legal pueda ser reasignada sexualmente, tendríamos que aceptar o que esta pueda tener la calidad de un sexo frente a la sociedad y otro frente a sus hijos o por el contrario que sus hijos tengan dos padres o dos madres.

Y la solución factible para solucionar este dilema sería que en el futuro cuando se regule la reasignación sexual, ésta sólo pueda ser factible en los casos en que el sujeto objeto de la reasignación no haya tenido hijos, para evitar el choque emocional que en ellos puede producirse y generar secuelas para toda su vida.

¹³¹ *Ibíd.*, Artículo 310.

¹³² Sentencia T – 500 de 1993.

¹³³ ARIAS LONDOÑO, Melba. Derecho de Familia. Guía Jurídico Práctica. Colombia: Legis, 1998. p. 125.

5.2 EN EL ÁMBITO LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Al tratar de explicar las incidencias que conllevarían la reasignación sexual en nuestro ordenamiento jurídico en materia laboral debemos primero referirnos, así sea someramente, a la situación jurisprudencial laboral actual referida a personas que conforman pareja con alguien de su mismo sexo. Ya que al no ser regulada la reasignación sexual en Colombia, en caso de encontrar una pareja entre personas reasignadas, estaremos encontrando una pareja conformada por personas del mismo sexo.

En este sentido cabe decir que los mayores avances frente a parejas conformadas por personas del mismo sexo se han dado en cuanto al régimen de seguridad social en salud y pensiones. Es el caso de la sentencia C – 075 de 2007 proferida por la Honorable Corte Constitucional, en la cual se modificó de manera muy importante el precedente constitucional frente a las parejas conformadas por personas del mismo sexo, otorgándoles ciertos beneficios patrimoniales que antes no tenían, al permitir que si cumplen con las condiciones legales para las uniones maritales de hecho, quedan amparadas por la presunción de sociedad patrimonial y por ende por el régimen de protección patrimonial.

Con posterioridad, en la sentencia C – 811 de 2007 proferida por la Corte Constitucional, se demandó el artículo 163 de la Ley 100 de 1993¹³⁴, argumentando que se violaban los derechos a igualdad¹³⁵ y a la dignidad humana¹³⁶, pues el artículo demandado, no permitía que las parejas del mismo sexo accedieran como beneficiarios al sistema seguridad social en salud. Se dijo en la demanda que la "cobertura familiar" excluía a las parejas del mismo sexo; la Corte Constitucional declaró exequible este artículo de manera condicionada incluyendo así a los miembros de parejas del mismo sexo. Para la Corte Constitucional el déficit de protección en materia de seguridad social es más grave y palpable que en materia patrimonial, según la Corte *"el perjuicio que se deriva de la exclusión de la pareja homosexual de la cobertura del régimen de seguridad social en salud es de mayor gravedad que el que generaba la exclusión de la pareja homosexual de las normas sobre régimen patrimonial"*¹³⁷ teniendo en cuenta que el "compromiso no es el de la integridad patrimonial de la pareja, sino de la integridad física de sus miembros, de la conservación de la salud y, por supuesto, en última instancia, de la conservación de la vida".

¹³⁴ Plan obligatorio de salud.

¹³⁵ Artículo 13 CN.

¹³⁶ Artículo 1 CN.

¹³⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 075 de 2007. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.

Así las cosas la Corte constitucional señaló en esta oportunidad en relación con la sentencia C- 075 que *“la sala estableció que los principios de protección que inspiraron dicho fallo resultan aplicables al caso del artículo 163 de la ley 100 de 1993, pues la norma acusada en esta ocasión presenta un déficit de protección en contra de las parejas del mismo sexo que dependen económicamente de su pareja y, sin embargo, no tienen posibilidad de ingresar al sistema de seguridad social en salud en el régimen contributivo. Esta situación conlleva un desconocimiento de la dignidad de la persona humana y del principio de igualdad de trato que resulta discriminatorio. Por otro lado, señaló que, dado que el sistema de seguridad social en salud prevé la inclusión de por lo menos un beneficiario por cada afiliado cotizante, la inclusión de del miembro de la pareja homosexual no tiene por qué afectar la estabilidad financiera del sistema. Finalmente la Corte consideró que en el caso de las parejas conformadas por personas del mismo sexo, resultarían aplicables las consideraciones consagradas en la sentencia C – 521 de 2007 (Magistrado ponente: Clara Inés Vargas Gonzáles), mediante la cual la corporación al estudiar otro aparte del artículo 163 de la ley 100 de 1993, estableció que el acceso de la pareja homosexual al régimen de salud no exige una convivencia mínima de dos años, sino que puede otorgarse mediante declaración ante juez o notario en la que conste que la pareja efectivamente convive y que dicha convivencia tiene vocación de permanencia”*¹³⁸.

Así las cosas, ahora si en una pareja homosexual solo uno de los dos trabaja, puede afiliarse al otro como beneficiario a su empresa prestadora de salud (EPS) y esta no puede negarse a recibirlo. Antes de este fallo este era un derecho exclusivo de las parejas heterosexuales; esto quiere decir que ahora quien trabaja puede pedir que atiendan a su pareja sin que ésta pague por aparte su salud, puesto que no tiene empleo.

Debemos igualmente mencionar lo establecido por la sentencia C- 336 de 2008¹³⁹ en la cual se establece que las parejas conformadas por personas del mismo sexo, al igual que las heterosexuales, también tienen derecho a los beneficios derivados de la protección social en materia de pensión de sobrevivientes, pues el no hacerlo, generaría una flagrante violación a los artículos 13 y 48 de la Constitución. En esta oportunidad la Corte dijo: *“La no inclusión de parejas del mismo sexo, entre las personas beneficiarias de la pensión de sobrevivientes implica una discriminación por razón de esa libre opción de vida, con lo cual se vulnera la dignidad de los miembros de esa pareja e implica por ende, una carga desproporcionada e innecesaria que resulta inconstitucional”*¹⁴⁰. Por estas razones

¹³⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Comunicado de prensa de 03 de octubre de 2007, referente a la sentencia C- 811 de 2007, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹³⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 336 de 2008 Magistrado ponente, Clara Inés Vargas.

¹⁴⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Presidencia. Comunicado de prensa 17.

la Corte estimó que el beneficio que otorgan las disposiciones legales a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas heterosexuales, debe ser ampliada a las parejas del mismo sexo, por cuanto no existe un fundamento razonable y objetivo suficiente para explicar un trato desigual al que vienen siendo sometidas las personas que en ejercicio de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libre opción sexual, han decidido conformar una pareja con una persona del mismo sexo.

Ahora bien, entratándose de personas reasignadas sexualmente y partiendo de la idea de que en nuestro ordenamiento jurídico, la implementación legal de dicha situación es inviable por ahora, diríamos que el vacío de los derechos de las parejas en las cuales una de ellas ha sido reasignada, serían los mismos que los desarrollados para parejas homosexuales.

Entonces en Colombia tendrían reconocimiento de derechos patrimoniales como también el reconocimiento de derechos en salud y pensiones. Lo anterior advirtiendo que cada día las altas Cortes establecen más y más derechos para las parejas homosexuales, entendiendo que la sociedad es cambiante.

Cabe aclarar que, llegado el momento en que en Colombia se acepte la reasignación sexual, todas estas disposiciones jurisprudenciales sólo serán de aplicación en parejas conformadas por personas de un mismo sexo, y dejarán de ser aplicables para las reasignadas, pues ellas, conforme a Derecho, se regirán por las disposiciones legales establecidas actualmente para personas heterosexuales.

En cuanto a la alteración del régimen laboral individual que conllevaría la reasignación sexual de una persona, entendiendo que en nuestra legislación la reasignación sexual no ha sido regulada, cabe decir que sería muy arriesgado suponer sus efectos sin tener en consideración problemas que se han suscitado en países que han regulado el tema.

Así por ejemplo encontramos que la falta de documentos oficiales para personas reasignadas sexualmente en México, que admite la reasignación en algunos estados, hace que sus nuevas identidades lleven a que muchas personas reasignadas deban desempeñar trabajos que no corresponden a su profesión. Este es un hecho discriminatorio muy importante de resaltar pues alrededor del mundo y especialmente en México¹⁴¹, pese a que el reasignado o reasignada sexual tengan un título universitario, incluso maestrías y doctorados, terminan realizando labores de afanadoras, de estilistas o dedicándose al trabajo sexual, como si la modificación de los genitales modificara su capacidad cerebral.

¹⁴¹ [en línea] Disponible en Internet: <http://dgec.df.gob.mx/apoyo>. [citado 13 Agosto de 2010]

También se da el caso de empleadores que se niegan a incluir en su plantilla laboral a transexuales. Pero la discriminación no se da sólo en México, hace nueve años, una noticia dio la vuelta al mundo en el aeropuerto de Durban, en Sudáfrica: La activista oaxaqueña Amaranta Gómez fue obligada a cambiar su ropa y apariencia femenina por una más masculina para poder ingresar al país¹⁴².

Y en España la situación no es muy diferente respecto a las mujeres transexuales que sufren un gran rechazo social, familiar y laboral. Una transexual no es menos capaz, sus capacidades laborales no se ven diezmadas por el proceso de cambio. Pero a pesar de ello nadie quiere contratarlas. Muchas mujeres transexuales terminan practicando la prostitución.

Sin amargo cabe rescatar que actualmente España ha demostrado grandes avances desde que el Consejo de Ministros aprobó el proyecto de ley de identidad de género¹⁴³ al cual ya se ha hecho referencia antes, y el cual permite a los transexuales cambiar su nombre y su sexo en todos los documentos, acabando así con un gran número de situaciones de discriminación y marginalidad laboral¹⁴⁴.

Visto lo anterior, diremos que Colombia cuando regule la reasignación sexual debe sin lugar a dudas propender porque no se aplique discriminación laboral de ningún tipo, ni en el trato ni en la remuneración. Que el hecho de que una persona haya sido objeto de reasignación sexual no sea causa para que se de el despido o la terminación de la relación laboral. Pero principalmente que en Colombia se reconozca y garantice la libertad de identidad sexual y de género.

5.3 EN EL ÁMBITO PENAL

Uno de los puntos más importantes a la hora de negar la reasignación legal de sexo, es que dicho cambio puede también obedecer a causas ilícitas, es decir, una persona puede pretender cambiar su sexo, al igual que su nombre, para evadir responsabilidades de diferente tipo, bien sea civil, penal, laboral, disciplinaria, política y así esquivar obligaciones que lleva impuestas, llevando dicha conducta a configurarse también como un delito.

Por ejemplo, en el caso de pretender esquivar las órdenes contenidas en una sentencia judicial, el reasignado sexual, podría estar incurriendo en un delito tipificado por nuestra legislación penal, concretamente en fraude a resolución

¹⁴² [en línea] Disponible en Internet: <http://semanal.milenio.com/node695> [citado 10 Agosto de 2010]

¹⁴³ Ley 03 del 15 de marzo de 2007. Reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

¹⁴⁴ La ley 03 de 15 de marzo de 2007, que entró a regir en España desde el 17 de marzo de 2007.

judicial¹⁴⁵. Ahora bien, si mediante la reasignación está pretendiendo inducir a error a un funcionario público para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la Ley, incurriría en Fraude Procesal¹⁴⁶.

En esta clase de delitos, podría fácilmente pensarse que la persona contra la cual se ha iniciado una acción no es la indicada, y que por el contrario debe tratarse de otra. Pues sería algo raro demandar a un hombre y llegado el momento de recibir pruebas, por ejemplo, encontrarse con una mujer. O por ejemplo, en un proceso ejecutivo de alimentos en el cual se solicitaron como medidas cautelares, el embargo y el secuestro de los bienes del deudor, llegada la diligencia de secuestro, que el deudor formule oposición al secuestro manifestando, en razón de su sexo, ser persona diferente a la del demandado o deudor.

También podría presentarse el caso en que alguna persona que haya sido condenada por algún delito, se encuentre prófuga de la justicia y en tal lapso de tiempo se someta a una reasignación de sexo cambiando su identidad, generando así, que al momento en que la justicia por algún motivo le capture, la persona ahora reasignada pueda argumentar a su favor en razón del sexo, que se trata de persona distinta a la que la justicia está buscando en ese momento y así evadir su responsabilidad penal.

Ahora bien, es necesario saber diferenciar el momento en que se pasa del simple deseo de pertenecer al otro sexo, del momento en que ese deseo queda aunado también al deseo de evadir sus responsabilidades. Puesto que también puede darse, que si bien la reasignación se efectuó en personas condenadas penalmente, estas no lo hayan hecho para evadir su responsabilidad, sino simplemente por ajustar correctamente su identidad sexual, pero que las circunstancias coinciden de tal forma que pareciera ser por ambos motivos, resaltando más el segundo.

Es necesario advertir que con el solo hecho de cambiarse de sexo, una persona no estaría incurriendo en ningún delito por sí mismo, hasta el momento en que se aproveche de esa circunstancia para cometer uno.

Así mismo, existen tipos penales donde el sexo de la persona juega un papel preponderante en lo que respecta al sujeto pasivo de la conducta, como puede ser el caso de delitos como el aborto, el aborto sin consentimiento, el parto preterintencional, o las circunstancias de agravación punitiva previstas para algunos delitos como la desaparición forzada y el secuestro extorsivo, por ejemplo, casos en los cuales la pena será mayor si se comete sobre una mujer que esté embarazada.

¹⁴⁵ Ley 599 de 2000. Artículo 454.

¹⁴⁶ *Ibíd.*, Artículo 453.

Como puede apreciarse con esta breve ilustración, una persona reasignada sexualmente podría convertirse, según ciertas circunstancias especiales, en sujeto activo o en sujeto pasivo de una conducta criminal. Y por ello precisamente no es conveniente reconocer aun la reasignación de sexo en Colombia, pues también se hará necesario crear un tipo penal que castigue el cambio de sexo con causa ilícita.

6. CONCLUSIONES

El vacío normativo en cuanto a la reasignación sexual obedece en parte a que el sexo no es objeto de una definición jurídica. Por ello los jueces recurrirán a los médicos para que estos determinen cuál es el sexo del sujeto expuesto a una reasignación sexual, pero la posición de los médicos es compleja y en muchos casos contradictoria.

Los médicos son los únicos y exclusivos responsables de asignar el sexo a un recién nacido, y su posición es una posición estrictamente biológica, llegando a la definición de sexo por Cariotipo. (Ver anexo 2).

Una definición cariotípica (genética) del sexo, desconocería situaciones como las de algunas personas intersexuadas que viven una identidad sexual que corresponde a su apariencia externa y a su sexo psicológico pero que es contraria a su sexo cromosómico.

Algunos investigadores alguna vez contemplaron la idea de colocar en el acta de nacimiento el hecho de que la persona goza por ejemplo de sexo cromosómico masculino pero de sexo psicológico femenino; pues según un sector de la ciencia médica existe un tercer sexo, un polimorfo entre sexo masculino y femenino, pero que jurídicamente hablando, no es tenido en cuenta con el simple argumento de que esta situación podría atentar contra la seguridad jurídica que garantiza la existencia de sólo dos sexos.

La anterior teoría ha sido desechada también por las personas sujeto de reasignación sexual, pues ellos quieren la completa identificación con alguno de los dos sexos y no tener que formar parte de un híbrido por así decirlo.

Estos son pequeños pasos temblorosos que da la ciencia médica para poder llegar a un acuerdo con la ciencia jurídica y con los derechos de las personas que pretenden ser reasignadas sexualmente de una manera legal.

Colombia tiene un problema doble, en primer término el tema es muy complejo desde el mismo marco de su formulación porque no se sabe a ciencia cierta cuántos temas abarca, esto va desde la pugna de derechos como la indisponibilidad del estado civil e indisponibilidad del cuerpo humano, hasta criterios meramente médicos como el tratamiento escuetamente biológico o por el contrario uno más amplio de lo que debe entenderse por cambio de sexo.

Y en segundo lugar, el grave problema de aceptación social y garantías reales que se pueden otorgar a una persona reasignada (Ver anexo 5).

Así primero tenemos un grave debate sobre si se deben o no permitir a diestra y siniestra las reasignaciones sexuales y bajo qué condiciones esta sería posible.

Por el otro, una vez resuelto lo anterior se entra a pugnar entre qué derechos y qué alcance se le puede dar normativamente hablando a un reasignado sexual para no romper con las bases morales, socioculturales y de seguridad jurídica de nuestro ordenamiento.

Debemos preguntarnos si se pueden cambiar las leyes que se refieren al estado civil de una persona, como cualquier otra ley. Y si no se puede, qué alcance tiene el principio de indisponibilidad del estado civil y del cuerpo humano o tratando de llegar un poco más allá: ¿Hasta dónde se le puede permitir a una persona que disponga de su cuerpo, y que dicha disposición tenga acogida legal?

Ahora bien, está en manos de los médicos el establecer el sexo del recién nacido y son ellos los que realizan la cirugía de reasignación sexual y el tratamiento hormonal para el mismo. Por ello, es que la posición de la ciencia médica colombiana tiene gran importancia al momento de regular normativamente el cambio de sexo y debe entenderse que la gran mayoría de médicos está de acuerdo con el entendimiento cariotípico del sexo de modo que el fenotipo sexual del sujeto quedaría relegado a un segundo plano, acto que obstaculiza enormemente el tema, pues la reasignación sexual va más allá de la simple orden de un juez o de la reasignación quirúrgica practicada por un profesional de la salud. Conlleva la obligación de conciliar y armonizar las posiciones legales, jurídicas, biológicas, sociales, médicas y culturales.

Desde la perspectiva de la psicología y la psiquiatría, cabe decir que las mismas se encuentran reacias a cambiar la posición conservadora que han llevado hasta el momento actual. Ni siquiera para un profesional de la salud mental, el tema de la aceptación de personas reasignadas sexualmente deja de ser difícil de abordar (Ver anexo 3), predominando la idea de que la regulación de la reasignación sexual y su implicación jurídica en diferentes campos como la filiación, la adopción, el matrimonio, el empleo, la seguridad social, es muy fuerte, lo cual se convierte en el principal obstáculo para regular normativamente el cambio de sexo de las personas. En primera medida por el desorden y la posible discriminación de las que serían objeto las personas reasignadas, e incluso hasta sus familiares y amigos más cercanos. (Ver anexo 3). Pero también porque dar un paso tan significativo requiere de tiempo y de madurez jurídica que sólo se adquiere con el avance progresivo a las exigencias sociales.

Hace apenas algunos años la discriminación a personas que formaban pareja con alguien de su mismo sexo era muy marcada, pero con el transcurso del tiempo, y de forma progresiva, Colombia empieza a asumir una nueva posición frente a las parejas homosexuales; de igual forma tratar de dar un salto tan significativo como sería el pleno reconocimiento y regulación normativa de la reasignación sexual,

sería como querer entrar a la secundaria sin jamás haber adquirido los conocimientos que son propios de la escuela primaria.

Se debe propender por el respeto de la identidad sexual que cada persona tenga, sin que por ello sigamos en el grave error de permitir que por simple capricho se trate de desnaturalizar la condición genética de la persona para cumplir con sus deseos.

Por el contrario, se sostiene que el sexo de una persona es genéticamente identificable de tal forma que no hay espacio para dudar a cerca de cuál es el que le corresponde a cada persona. Las demás son convicciones volitivas que no conllevarían a traumas psicosociales en caso de no accederse a la petición de cambio de sexo legal, pues en tal caso, más que la voluntad de la persona prima el orden público, que en el tema en cuestión se refiere al registro del estado civil.

En tal sentido, debe entenderse la importancia que acarrea el estado civil y el registro de ese estado civil de una persona, pues es el que establece la situación jurídica a una persona en lo referente a su situación civil.

El acta de nacimiento es muy importante, pues es el origen de la mención del sexo en los demás documentos, pero sólo es el primer paso con el cual se da cabida a la suscripción del acta de nacimiento de estado civil, paso de vital importancia, pues intentar su modificación necesitaría de decisión judicial en firme que lo ordene. (Ver anexo 1).

Estas modificaciones al registro del estado civil se pueden realizar mediante la acción de rectificación o corrección del registro, que se ha establecido en nuestra legislación como un proceso de jurisdicción voluntaria y que tiene como fin la corrección de un error que se ha cometido en la inscripción, dando lugar así, a un cambio del estado civil. Dicha acción será la idónea para acudir a la justicia solicitando se ordene el cambio de sexo en el registro civil de nacimiento, una vez en Colombia, se acepte la reasignación sexual, como una opción legal.

Entre los fines del registro civil encontramos que este sirve como prueba y que garantiza la publicidad de los actos y declaraciones que afectan o constituyen el estado civil de una persona. La importancia de estos fines impiden que la personas en principio puedan disponer libremente de estos atributos; de manera que es por medio de una declaración judicial, basada en un dictamen pericial médico, que el juez ordena a la Registraduría y la Notaría que se proceda con la reasignación legal y expida la nueva documentación.

Pero todo este trámite, aparentemente bien establecido, y sobre el cual no existen dudas por parte de la Registraduría (Ver anexo 1), carga el peso de no estar reglamentado y su aplicación obedece a simples criterios de interpretación por parte de los funcionarios de dicha entidad. Puesto que la Registraduría no está en

capacidad de ordenar la reasignación sexual, dado que ellos sólo obedecen la orden impartida por un juez. El problema surge cuando se trata de ver en qué casos y bajo qué marco normativo el juez de la república toma dicha decisión, que sin lugar a dudas, algún día no muy lejano tomará.

Es aquí donde se encuentra el meollo del asunto, pues el juez de la república no tiene las herramientas jurídicas suficientes para tomar una decisión concreta respecto al tema, pues al existir el vacío normativo, el juez corre el riesgo de incurrir en un prevaricato si con su interpretación aparentemente discrecional llegare a permitir a determinada persona la legalidad de la reasignación sexual.

Es factible que esto se de en un futuro no muy lejano, y nos atrevemos a afirmar que serán los jueces quienes emitan juicios a partir de interpretaciones de textos jurídicos por comparación con legislaciones extranjeras que hoy en día ya regulan el tema. Ello con el firme objetivo de garantizar la igualdad material entre los seres humanos y generar la posibilidad de que cualquier persona en razón del principio de autodeterminación y autonomía personal, pueda escoger su mejor forma de vivir y así gozar también del derecho a la identidad sexual.

El día en que un juez colombiano falle a favor de la reasignación del sexo, debe analizar el contexto social y el momento histórico en el cual nos estemos desarrollando y así mismo preguntarse si Colombia está lista para llevar a cabo un paso tan significativo como es la reglamentación del cambio de sexo y todas las consecuencias jurídicas que ello implica, su impacto en instituciones tales como la familia, o temáticas tan complejas como el divorcio, la adopción y en resumidas cuentas, todos los derechos y garantías que un reasignado sexual merecería.

Y es aquí donde podemos inferir también que el legislativo no se ha equivocado tan grandemente, como de entrada lo pudimos llegar a suponer, al no reglamentar el tema; pues de nada serviría reglamentar una situación jurídica que sería socialmente inaceptable y de qué serviría otorgar derechos en forma teórica si en la práctica social esto se haría insostenible. (Ver anexo 5).

Los tiempos han cambiado vertiginosamente, y es más que evidente que las generaciones actuales y las venideras son cada vez más tolerantes a la consagración y reconocimiento de derechos a personas reasignadas sexualmente, de modo que lo que hasta el momento se entendía como una situación que desestabilizaría la seguridad jurídica del estado civil de una persona al permitirle que pueda ser reasignada sexualmente, próximamente se estará entendiendo como un salto al reconocimiento de nuevos derechos y garantías.

Es precisamente en ese punto donde se presenta un nuevo choque: La posición de la Iglesia, que es la más conservadora que existe (Ver anexo 4). En sus

estamentos demuestra su incomprensión del tema y además su abnegado rechazo a debatir abiertamente sobre este tipo de casos.

Llama mucho la atención que la Iglesia católica resalte la necesidad de aceptarnos tal y como somos, y el reconocimiento de la dignidad humana por encima de todo.

Se supone que en la casa de Dios se da cabida a cualquiera que quiera seguirlo, pero así mismo establece, que no aceptaría en ella el matrimonio de personas de un mismo sexo, pues Dios creó a la pareja como “hombre y mujer”. (Ver anexo 4). La Iglesia afirma que no se han hecho estos supuestos ni siquiera hipotéticamente, porque nunca se han presentado. Pero bajo nuestro punto de vista no es quizás tanto que este hecho no se de, sino que la Iglesia es tan cerrada que con la sola idea toma su postura inquebrantable y deja de lado cualquier debate. De lo contrario se podría ir en contra de la Ley de Dios, el cual ya tomo posición, el sagrado vínculo del matrimonio sólo sería posible entre hombre y mujer, según la posición de la iglesia.

Pero si de algo no cabe duda, es que sería molesto en el entorno social en el que vivimos el dejar que instituciones tradicionalmente reguladas como la adopción o el matrimonio de repente y sin previo aviso sean modificadas en caso de aceptarse legalmente el cambio de sexo.

La población masculina como femenina no acepta, ni toleran al menos en forma generalizada, las implicaciones legales que la reasignación sexual conlleva. Así, podemos reafirmar nuestra postura en cuanto a que en Colombia no es posible aun implementar una regulación del tema sin antes permitir que nuestro entorno social gradualmente evolucione y cambie de posición.

Se vislumbra que nuestro entorno está paulatinamente apuntando hacia el cambio y hacia la aceptación y garantía de derechos a personas reasignadas sexualmente. Pero el arriesgarse a regular jurídicamente el tema de la reasignación sexual dándole un procedimiento exacto y reglamentado, es algo que aun no se puede hacer porque ni social, ni jurídicamente existen garantías que demuestren que dicha regulación sería llevada a cabalidad sin un ápice de discriminación.

Por ahora, el tema ha sido resuelto, por vía de acciones (Ver anexo 6), que resultan ser el mecanismo idóneo para proteger la vulneración de derechos fundamentales como el de libre desarrollo de la personalidad y el de identidad sexual. Claro que deben existir mecanismos alternos y más efectivos para viabilizar y resolver los problemas que la ausencia de acciones propias para la reasignación sexual acarrea; pero estos se deben dar cuando la sociedad tome poco a poco mayor conciencia y mejor aceptación para con todas las repercusiones que la reasignación sexual conlleva.

Lo anterior a manera de posición final. A continuación establecemos los puntos más importantes que abordamos a lo largo de la investigación, los cuales consideramos, son los puntos que concluyen el tema de la Reasignación de sexo en Colombia:

La identidad sexual o de género es la que en últimas lleva a que una persona decida vivir el rol de sexo contrario al suyo.

El sexo se forma desde la concepción, pero se perfecciona durante la infancia y la adolescencia y depende de factores internos y externos, como el medio social que la persona viva.

Genéticamente pueden darse anomalías o trastornos que causen la ambigüedad sexual en personas. Ellas tendrían la posibilidad de ser reasignadas quirúrgica, hormonal, social y legalmente con el objetivo de fijar su identidad sexual.

Para proceder a realizar una cirugía de readecuación sexual en personas hermafroditas, se requiere de su consentimiento expreso, siempre que hayan llegado a un punto tal en que tienen conciencia sobre su cuerpo y pueden definir sus propios intereses. De lo contrario bastará con el consentimiento que sus padres otorguen, aunque este no es el mejor camino.

Es el médico el único que puede establecer el sexo de una persona a su nacimiento. Dicha determinación se consigna en un documento médico denominado “nacido vivo”, el cual sirve de antecedente para el registro del estado civil del recién nacido.

Las causas que pueden dar origen a una reasignación sexual legal podrían ser la ambigüedad sexual, la transexualidad, la voluntad propia, una fuerza mayor o caso fortuito, el hecho de un tercero o un accidente ocurrido por culpa exclusiva de la víctima.

La dignidad humana, la autodeterminación, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad, la igualdad y la identidad sexual, son los principales derechos que una persona reasignada sexualmente podría invocar con el fin de que la justicia acepte su cambio de sexo y le de la posibilidad de obtener documentos legales que lo acrediten con su nuevo sexo.

La reasignación sexual incluye diferentes etapas como una reasignación quirúrgica, una reasignación hormonal, una reasignación social y por último, lo anhelado, una reasignación legal.

Dichas etapas tienen implicaciones en la vida de la persona reasignada e incluso en la vida de las personas que la rodean o que lleguen a rodearla. Por ejemplo,

mientras no se regule la materia, un matrimonio celebrado por la persona reasignada será totalmente inexistente.

El cambio de sexo no implica cambio en la filiación ni en el parentesco de las personas.

Una vez regulado el tema legalmente en Colombia, las parejas conformadas por personas reasignadas, podrán adoptar con el cumplimiento de los requisitos legales que hoy en día se exigen para parejas heterosexuales.

El cambio de sexo puede obedecer a una causa ilícita, como evadir responsabilidades de carácter civil, laboral, penal.

7. RECOMENDACIONES

Se debe crear regulación normativa referente a leyes antidiscriminatorias a favor de personas que padezcan disforia de genero; bien sea esta producida por transexualismo u orientaciones sexuales como el homosexualismo o el bisexualismo, como análogamente se ha hecho con otros grupos antes marginados por motivos de raza o credo religioso.

Tal normatividad debe propender principalmente por generar igualdad a esta población marginada, respetando derechos fundamentales tales como: dignidad humana, autonomía personal, autodeterminación, igualdad, identidad y libertad (libre desarrollo de la personalidad).

La regulación debe tener en cuenta el impacto que puede causarse en instituciones e instrumentos normativos, los cuales deben ser modificados de tal suerte que no se vulnere la seguridad jurídica y la indisponibilidad del estado civil. Así por ejemplo se podrá evidenciar como la reasignación del sexo puede configurarse como una nueva causal de divorcio y como una causal de nulidad e incluso como una causal para solicitar la cancelación de los documentos de identificación para con posterioridad solicitar la expedición de unos nuevos que acrediten a la persona con su sexo reasignado.

Así mismo, al reglamentarse la reasignación de sexo, deberán tenerse en cuenta algunos límites referentes a aquellas personas que ya han conformado familia y han procreado, pues de permitirse que estas personas reasignen su sexo, podríamos encontrarnos frente a nuevos problemas, tales como que un hijo cuente con dos padres o con dos madres. Posiblemente la solución frente a estos casos sería no admitir que tales personas reasignen su sexo, pero sí permitirseles que desempeñen el rol de género deseado.

Sin duda alguna, la regulación de este tema estará a cargo de la jurisprudencia en un primer momento, pues es precisamente la justicia, el escenario principal donde debuta el devenir de la sociedad. Con posterioridad, dadas las consecuencias que de tales decisiones judiciales se deriven, se hará necesario que sea el legislativo el que se encargue de regular la temática en cuestión.

Esperamos que esta investigación pueda servir como una obra de consulta en múltiples escenarios como el judicial y el académico. Sería fabuloso retomar esta obra en diez años y compararla con la normatividad vigente en tal momento para apreciar los grandes avances, que sin temor a equívocos, se habrán presentado frente al tema.

BIBLIOGRAFÍA

AGREDA MPNTENEGRO, Esperanza. Guía de Investigación Cualitativa – Interpretativa. San Juan de Pasto. Centro de Estudios Superiores María Goretti. 2004. 232 p.

APORTA, Francisco. “Ética y Derecho del Pensamiento Contemporáneo”. 1989.

ARANGO MEJIA, Jorge. “Derecho Civil y Personas” Bogota: Universidad Nacional, 1995. 300 p.

ARIAS LONDOÑO, Melba. Derecho de Familia. Guía Jurídico Práctica. Colombia: Legis, 1998. 180 p.

CAMPS, Victoria. “LA Ética Contemporánea”. Tomo III. Editorial Crítica. Barcelona: s.n. 2008. 200 p.

CARBONNIER, Jean. “Droit Civil”. Editorial Thémis. 18 ed. Tomo I. París: PUF, 1992. 160 p.

CLARO SOLAR, Luis. Explicación de Derecho Civil Chileno y Comparado. Volumen I. Tomo IV. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1978. 400 p.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. 1991.

DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. 1948.

Decreto 999 de 1988.

Decreto 1171 de 1997.

Decreto 1260 de 1970.

Decreto 2272 de 1989.

Diccionario Enciclopédico Grijalbo. Grijalbo Mandori S.A. Barcelona. 1995.

Diccionario Enciclopédico Salvat. Tomo XI. SAAT Editores. 1974.

E. COLEMAN, L. GOOREN y ROOS, Michel “Teorías sobre la transposición de género”. Madrid. Cátedra. 1990. 385 p.

FRAZO ZULUAGA, Jorge Andrés. Dictamen de Lesiones Personales. Bogota: D.C: Instituto Nacional De Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2002. 400 p.

GÓMEZ PIEDRAHITA, Hernán. "Derecho de Familia". Bogota: Temis S.A. 1992. 185 p.

GÓMEZ SIERRA, Francisco. Constitución Política de Colombia. 19 ed. Bogotá: Leyer, 2004. 298 p.

HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam. "El Concepto de Persona en los Derechos Humanos. Bogotá: Universidad de la Sabana, 1991. 350 p.

J. MONEY. "El Proceso de Sexuación desde la biología". En: Actas el IV Congreso Latinoamericano de Sexología y Educación Sexual. Tomo I. Buenos Aires: s.n, 1988. 490 p.

Ley 03 del 15 de Marzo de 2007. "Ley de Identidad de Genero". Ley vigente en España.

Ley 23 de 1981.

Ley 28 de 1979.

Ley 45 de 1963.

Ley 57 de 1887. "Código Civil"

Ley 75 de 1978.

Ley 100 de 1993.

Ley 599 de 2000. "Código Penal".

Ley 721 de 2001.

Ley 1098 de 2006.

Ley 1306 de 2009

Ley 962 de 2005.

LÓPEZ – GALIACHO PERONA, Javier. "La Problemática Jurídica de la Transexualidad". Madrid: Mac Graw-Hill, 1998. 210 p.

MASTERS, William H. ; JOHNSON, Virginia.E. Y KOPMY, Robert C. "La Sexualidad Humana". Colombia: Grijalbo, 1987. 185 p.

MORALES GIL DE LA TORRE. Introducción: Notas sobre la transición en México y los Derechos Humanos”. Derechos humanos: Dignidad y Conflicto. México: Universidad Interamericana, 1996. 300 p.

NARANJO OCHOA, Fabio. Derecho Civil Personas y Familia. Décima Edición. Colombia: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2003. 185 p.

NIETO, José Antonio. “Transgénero/Transexualidad: de la crisis a la reafirmación de deseo”. Madrid: Talasa, 1998. 258 p.

PARRA BENÍTEZ, Jorge. La Filiación en Derecho de Familia. Colombia: Leyer, 2008. 360 p.

Periódico. EL ESPECTADOR. Colombia.

_____. El TIEMPO. Colombia

Sentencia del 31 de Mayo de 2005. Proferida por el Juzgado Segundo de Familia del Circuito de Pasto.

Sentencia del 31 de Octubre de 2005. Proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Nariño y Putumayo. Sala Civil Familia. MP. J. Guillermo Coral Chávez.

Sentencia C – 336 de 2008. Corte Constitucional.

_____. 521 de 2007. Corte Constitucional. MP. Clara Inés Vargas Gonzáles.

_____. 811 de 2007. Corte Constitucional.

Sentencia SU – 337 de 1999.- Corte Constitucional.

Sentencia T – 477 de 1995. Corte Constitucional

_____. 542 de 1992. Corte Constitucional. MP. Alejandro Martines Caballero.

_____. 500 de 1993. Corte Constitucional.

_____. 551 de 1999. Corte Constitucional. MP. Alejandro Martines Caballero.

_____. 594 de 1993. Corte Constitucional.

_____. 692 de 1999. Corte Constitucional. MP. Carlos Gaviria Díaz.

_____. 963 de 2001. Corte Constitucional.

_____. 1021 de 2003. Corte Constitucional. MP. Jaime Córdoba Triviño.
Decreto 1555 de 1989.

_____. 1025 de 2002. Corte Constitucional. MP. Rodrigo Escobar Gil.

THIERRY, Hubert; COMBACAD, Jean; SUR, Serge y VALLEE, Charles. Droit International Public. Paris: Montherstein, 1986. 400 p.

WEEKS, Jeffrey. "El malestar de la Sexualidad". Madrid: Talasa, 1985. 158 p.

ZANNONNI, E. Concepto de sexo. Factores. Transexualismo. Comentario a la Sta. De la Cámara Nacional Civil. Buenos Aires: s.n., 1989. 180 p.

NETGRAFIA

www.saludymedicinas.com.mx/nota.ast?id=2047

www.seep.es/privado/download.asp?=/publicaciones/2001eih/cap1/pdf.

www.sexualidad.es/index.php/identidad_sexual

www.unicolombia.edu.co/saludsexual/index.php.

www.wikipedia.com

ANEXOS

Anexo A. ENTREVISTAS REALIZADA A LA REGISTRADORA DEL MUNICIPIO DE PASTO: DOCTORA ROSÁNGELA ESTUPIÑÁN CALVACHE.

1. Entrevistador: ¿Qué son las tarjetas de registro?

Entrevistada: Se refiere al título V del Decreto 1260 de 1970, que es el que reglamenta todo el procedimiento para llevar a cabo el registro civil, en este título V nos hace referencia del modo como se realiza el registro civil. En el artículo 18 se establece que el mismo se lleva a cabo a través de unas tarjetas las cuales nos las proporciona el Estado. Es el Gobierno quien dispone de esos formatos y el funcionario de la Registraduría es el encargado de diligenciar todos los datos teniendo en cuenta las exigencias legales que deben contener esas tarjetas.

Es importante que la persona que acude a la Registraduría o a la Notaría para llevar a cabo el registro civil, lleve los documentos base para la obtención del mismo, esto es, el certificado de nacido vivo o una constancia expedida bien sea por el médico o por la enfermera donde se llevo a cabo el nacimiento del menor, o en caso contrario dos (2) testigos, que es otro mecanismo reconocido por la ley para llevar a cabo el registro civil de nacimiento.

2. Entrevistador: ¿Cómo se surte el proceso de registro e inscripción de un recién nacido en el registro de estado civil, qué componentes se registran y cuáles son susceptibles de cambios, aclaraciones, correcciones o modificaciones y cómo se hacen los mismos?

Entrevistada: Las características del registro civil de nacimiento de cada persona, dice la ley, que debe ser único y definitivo. En consecuencia todos los hechos y actos concernientes al estado civil deben inscribirse en el correspondiente folio de la oficina de inscripción de nacimiento y el folio suscrito hasta cuando se anote la defunción o la sentencia que declare la muerte presunta por desaparecimiento.

Teniendo en cuenta los elementos que debe contener todo registro, dice la norma, que el registro civil de nacimiento inicialmente debe contener nombres completos del menor, la identidad, los datos básicos biográficos, el nombre de sus padres y obviamente, las respectivas firmas de los acudientes que es lo que finalmente legaliza el acto del registro civil.

3. Entrevistador: En términos generales se dice que el sexo es una de las condiciones del estado civil que no puede ser modificado, ¿Por qué el sexo no se puede modificar con posterioridad?

Entrevistada : El registro civil debe contener el sexo del menor que se va a registrar y para tales efectos el funcionario se basa en el contenido o en la información que suministra bien sea el médico en el momento del nacimiento con

el certificado de nacido vivo, o los testigos en caso de que el menor no se lleve a la Registraduría acompañado de un certificado de nacido vivo, entonces el dato respecto a sexo que el funcionario de la entidad toma es, bien sea, el que está enunciado o registrado en el certificado de nacido vivo ó el que bajo juramento se entiende prestado con las mismas firmas que depositan los testigos en el registro manifiesto. Entonces ese es el dato respecto a sexo que toma el funcionario de la Registraduría.

El mismo puede ser cambiado, cuando el menor ya tenga mayoría de edad y lo realice mediante un proceso judicial, eso ya dentro de la etapa probatoria las autoridades competentes determinaran si se podrá realizar un cambio de sexo, pero hasta tanto la Registraduría no cuente con una sentencia en firme que nos ordene a nosotros hacer ese cambio, la entidad no lo podrá hacer porque simplemente no tenemos la competencia para ello.

4. Entrevistador: En el caso de los hermafroditas, ¿Cómo se hace la asignación de sexo para cumplir los fines de registro?

Entrevistada: Ese caso es muy parecido al de la pregunta anterior, el funcionario de la Registraduría no puede determinar el sexo, pues nosotros nos basamos en la información que se deposita en el certificado de nacido vivo o en la información que nos proporcionen los acudientes, ó los testigos en caso de que no contemos con los otros dos elementos. Pero autónomamente el funcionario de la Registraduría no puede determinar el sexo. Ya cuando la persona sea mayor de edad acudirá ante una autoridad competente que será quien determine su situación después de haber agotado una etapa probatoria y que a través de sentencia se le ordene a la entidad el cambio de sexo, solamente ahí nosotros podríamos proceder a un cambio de sexo, pues de lo contrario no tendríamos la autonomía como lo manifestamos anteriormente.

5. Entrevistador: ¿Qué pasa cuando hay algún error en la asignación de sexo, error cometido por funcionarios de aquí de la Registraduría?, ¿Cómo una persona puede hacer esa corrección?

Entrevistada: Cuando se demuestra que es por error del funcionario de la Registraduría, lo primero que se debe hacer es un trámite que es completamente gratuito y donde no se tiene que agotar ningún procedimiento judicial. Únicamente debe acudir hasta las instalaciones de la Registraduría o ante la Notaría, porque este trámite también se surte ante Notaría, es una función de las Notarías la de llevar a cabo el registro civil de nacimiento, de tal manera que adjuntando el certificado de nacido vivo de un médico de Medicina Legal, con el certificado que ellos expiden se puede hacer el cambio totalmente gratuito por parte del funcionario de la Registraduría o la Notaría.

6. Entrevistador: Sabemos que son muchos los países que han tenido grandes avances en cuanto al tema de la reasignación sexual y el cambio de sexo, siendo un boom que ha generado gran impacto, más aun si se tiene en cuenta que no es un tema nuevo, es un tema que se viene tratando desde hace muchos años pero que en Colombia apenas se ha comenzado con el abordaje del mismo, tema que en muchos países ya es un tema resuelto. Por lo tanto, ¿Usted cree que Colombia está en condiciones de generar este tipo de igualdades para las personas reasignadas sexualmente? ¿Cree que existen garantías y aceptación social con las personas reasignadas?

Entrevistada: Bueno, hasta el momento el procedimiento jurídico que se ha establecido respecto a asignación de sexo para llevar a cabo el registro civil, yo considero que es muy oportuno respecto a la época, pero también y como todo esta en constante evolución, como la tecnología, y todo es cambiante, yo considero que sí, que es conveniente que nosotros vallamos tomando medidas y cambios a fin de que se pueda realizar de manera mas práctica la asignación o la reasignación sexual. Pero es el mismo tiempo quien lo irá determinando.

Pero yo considero que hasta el momento el procedimiento que se está llevando a cabo para asignación de sexo en lo que tiene que ver con registro civil es el adecuado. Pero como le digo, no descarto la posibilidad de que haya un método mucho más flexible y adaptado al momento y a la época. Como todo es cambiante, yo considero que las normas también deben cambiar y deben acoplarse a esos cambios a esas modificaciones.

7. Entrevistador: ¿Qué fallas encuentra usted en el proceso de reasignación sexual en el trámite que estrictamente se lleva dentro de Registraduría?

Entrevistada: Considero que el trámite es el correcto, puesto que nosotros no tenemos la autonomía para determinar el sexo de una persona, pues de esto se encargan las autoridades competentes.

En caso de que exista un cambio físico de la persona, serán las autoridades judiciales quienes determinen si es un cambio físico real o no, pues hay una etapa probatoria donde se pedirán los documentos necesarios para que esto se compruebe, y una vez nosotros tengamos ese dictamen de esas autoridades, nosotros inmediatamente procedemos. Yo considero que es lo correcto y más legal hasta el momento.

8. Entrevistador: ¿Es común que en Nariño se realicen procesos de reasignación sexual?

Entrevistado: No, son muy pocos los casos que se han presentado, si no estoy mal, hace unos dos años y medio se presento un caso de reasignación de sexo. Reasignación que fue aceptada porque en el ciudadano se dio el cambio físico,

porque realmente se presento el cambio físico, entonces inicialmente a través de una acción de tutela y después en otras instancias el juzgado ordeno a través de sentencia a la Registraduría que hiciera la reasignación de sexo. Pero tengo entendido que fue porque realmente existió el cambio físico en el ciudadano.

Anexo B. ENTREVISTAS REALIZADA A LA DOCTORA LEONORA ARGOTE, MÉDICA E INVESTIGADORA ENCARGADA DE SEMINARIOS Y TALLERES DE IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA RUAP – ND PARA LA ASIGNACIÓN SEXUAL DE LOS MENORES RECIÉN NACIDOS DEL MUNICIPIO DE PASTO.

1. Entrevistador: Cuando una persona llega al mundo, ¿Quién es el encargado de hacerle la asignación de sexo?, ¿Cómo se surte esa asignación?

Entrevistada: Cuando un nacido vivo es recibido directamente en una institución de salud, la asignación de sexo la hace el médico.

2. Entrevistador: ¿Qué documento es el que certifica que una persona ha nacido y que se encuentra viva?

Entrevistada: Dentro de nuestra legislación existe el nuevo sistema que se llama el RUAP ND. (Registro Único de Afiliación de Nacido Vivo y Defunción), que significa ROAP, Registro Único de Afiliación de Nacido vivo y Defunción.

En cuanto a nacido vivo existe el registro de nacido vivo que lo certifica el médico y donde existe una de dos variables: Si es masculino o si es femenino; no admite indeterminado.

3. Entrevistador: ¿Usted cree que sería conveniente que en la legislación colombiana se aceptara un tercer sexo?

Entrevistada: No, yo considero que no, porque existe laboratorio clínico donde a través de un cariotipo se puede determinar si hay alguna confusión clínica para que se determine el sexo y este procedimiento se lo hace en ocho (8) días.

4. Entrevistador: En aras de ratificar y complementar conceptos ¿Qué es un cariotipo?

Entrevistada: Es donde se determina a través de un estudio genético si el sexo de un recién nacido es masculino ó femenino.

5. Entrevistador: ¿Qué parámetros biológicos se emplean para determinar que un recién nacido es un hombre o una mujer ó que el recién nacido pertenezca al sexo masculino o femenino?

Entrevistada: El médico tiene la capacidad de determinar a través del estudio clínico el sexo, y a través del estudio de laboratorio se da la confirmación del sexo.

6. Entrevistador: ¿Cómo se determina el sexo de un hermafrodita?

Entrevistada: Igual, o sea, la legislación es igual para todos, el médico recibe el niño y el certificado de nacido vivo de acuerdo al estudio clínico determina de acuerdo a las características si es masculino o femenino y si existe alguna duda entonces pide el cariotipo.

7. Entrevistador: Sabemos que en algunas legislaciones extranjeras permiten que sean los padres, o que sea el médico o que con posterioridad sea la misma persona la que se asigne su sexo. ¿En Colombia quién es el encargado exclusivo de realizar la asignación de sexo?

Entrevistada: El médico, solamente el médico.

8. Entrevistador: ¿Qué puede hacer una persona cuyo sexo psicológico no coincide con el sexo de asignación y crianza?

Entrevistada: Si existe una alteración psicológica, se debe tratar. Yo considero que el sexo está determinado genéticamente. Pero la ciencia ha permitido actualmente que se pueda quedar como masculino o femenino escogiéndolo libremente.

9. Entrevistador: ¿Médicamente cómo se surte el proceso de reasignación de sexo, qué procedimiento se lleva a cabo?

Entrevistada: El procedimiento que se surte es legal, ó sea, nosotros como médicos no lo hacemos.

10. Entrevistador: En caso de que un transexual, un heterosexual o en los casos de bisexualidad, alguno de ellos se presente a su consultorio y le pida que le realice una cirugía de reasignación de sexo, ¿Usted la realizaría?

Entrevistada: No. Pues eso es cuestión de genotipo no de fenotipo. Eso es fenotipo y el médico no puede hacerlo, simplemente sería cuestión de gustos diría yo. Por ejemplo un transexual no significa que no tenga su sexo definido, tiene su sexo definido entonces lo que tiene es otro tipo de alteración psicológica. Y el médico no puede decirle usted puede ser mujer o usted puede ser hombre.

11. Entrevistador: ¿Cree que esta responsabilidad recae sólo en la parte legal? ¿Cree que esta mal reglamentado, que debería dársele más ó menos discrecionalidad al médico?

Entrevistada: No, yo considero que eso está definido por la Ley, en cuanto a que el médico determina si es masculino ó femenino por medio del examen biológico. Lo demás ya es cuestión de gustos si posteriormente el ser humano quiere determinarse como mujer u hombre, entonces la Ley lo determinará.

12. Entrevistador: ¿Un reasignado sexual puede procrear con el sexo reasignado?

Entrevistada: No, por ejemplo si es un hombre el reasignado, jamás podrá concebir porque no tiene útero ni los anexos sexuales para hacerlo. Y lo mismo pasaría con una mujer quien genéticamente no está constituida para procrear como hombre con su sexo reasignado.

**Anexo C. ENTREVISTAS REALIZADA AL MÉDICO PSIQUIATRA DOCTOR
ÁLVARO CHAVEZ, ESPECIALISTA EN MEDICINA LEGAL Y RESPETABLE
MIEMBRO DE LA SOCIEDAD PSIQUIÁTRICA COLOMBIANA, CON MÁS DE 20
AÑOS DE EJERCICIO PROFESIONAL.**

1. Entrevistador: ¿Qué implicaciones acarrea para una persona el haber sido sujeto de reasignación sexual?

Entrevistado: Hay que partir en primera instancia del significado del sexo. El sexo tiene una ubicación a nivel biológico externo en sus genitales; pero definitivamente el sexo tiene una aplicación en la parte cerebral. Es decir, nuestra sexualidad no es genital, nuestra sexualidad es cerebral. Cuando hablamos de reasignación tenemos que mirar en qué edad se ha hecho tal reasignación, porque si la persona ya tiene una conciencia lógica que ha cursado con un sexo bien sea femenino o masculino, sería un trauma inmenso que involuntariamente se le asigne otro sexo.

Esa persona experimentaría un trauma, por ejemplo, conocí un caso de un niño que le mordieron los genitales las ratas porque por su pobreza lo dejaban encerrado y las ratas accedieron sus genitales, como también se encontraron mordeduras de perros en ellos; entonces se tomo la decisión de reasignarle el sexo biológico a un sexo femenino.

El problema radica, en que su cerebro viene y sigue siendo masculino, entonces el trauma que se genera en ese momento es inmenso. Pues es quitarle la identidad sexual, que en última instancia es un camino para hacerlo funcionar, pero funcionar biológicamente, pero intelectual y mentalmente el individuo ya está asignado con un sexo diferente.

Entonces un hombre que es hombre, pasa a ser mujer por un accidente que tuvo. Y realmente desde mi punto de vista creo que se debe cuestionar la reasignación de sexo. Porque eso sería organizar un camino a un disfrute somero de lo que es el disfrute sexual en una reasignación. Porque su cerebro sigue pensando con el sexo que la persona traía anteriormente al accidente o a la circunstancia que lo lleva a la reasignación.

2. Entrevistador: ¿Qué implicaciones acarrea para la salud mental de una persona el que no se sienta identificada con su género?, y, ¿Qué pasa cuando una persona que no siente identidad de género no puede ser reasignada biológicamente?

Entrevistado: La secuela más lógica de no tener una identidad sexual es la ansiedad, y la ansiedad desde todo punto de vista es una enfermedad, que aparentemente al escuchar la palabra, esta es somera, es decir, sólo se entiende como unos simples nervios que la persona pueda tener; pero en el fondo la ansiedad es una enfermedad muy grave, muy severa que puede empezar con lo

que se entiende como el trastorno generalizado de ansiedad y puede terminar en pánico, enfermedad gravísima, que el individuo cree morirse y además de eso en un estrés constante frente a su propia vida.

Esta ansiedad es generada en el inconformismo que la persona tiene. Una persona conforme, por su parte, puede estar tranquila y estar funcionando con un estrés normal social; pero una persona inconforme, en todo y más en su sexo, es una persona que vive en una completa angustia, en un inconformismo que día a día va generando mayores problemas mentales e intelectuales al punto de llegar a lo que se llama "la psicosis".

Las psicosis son enfermedades en las que el individuo se aparta del contexto del mundo real y pasa a vivir un mundo de irrealidad.

3. Entrevistador: ¿Es posible que mediante la reasignación de sexo la persona adquiera identidad de género con el sexo reasignado?

Entrevistado: Depende de la edad, la persona y de la voluntad.

Hay personas que nacieron hombres y quieren ser mujeres pero realmente su edad y su decisión, es bajo una autonomía propia en busca de una satisfacción sexual, no tanto de una identidad sino más bien de una satisfacción sexual.

Tenemos el caso de travestis, que primero son hombres pero que luego psicológicamente y socialmente empiezan a buscar un camino hacia la sexualidad femenina. Ellos buscan una reasignación, buscan una operación de genitales y se transforman en mujeres. Pero entonces, esa fue una decisión o una determinación voluntaria y la voluntad no produce traumas pero si eso se hace involuntario eso si va en contravía del psiquismo que está determinado por la conciencia del ser humano.

4. Entrevistador: Situaciones tales como el travestismo, el homosexualismo, el bisexualismo, ¿Qué son psiquiátricamente hablando?, ¿Son acaso patologías psiquiátricas?

Entrevistado: Sobre eso existe gran cantidad de teorías, de tesis, de escuelas, de adeptos y otros no adeptos; es decir, eso es un maremágnum que no lo podemos definir ni usted ni yo; ni siquiera en los foros en los que hemos participado. Pero mi posición ha sido clara, aun cuando a veces ha sido muy criticada porque a veces ha habido personas homosexuales en los auditorios. Yo he planteado que todos esos puntos de vista deben ser respetados al máximo. Sin embargo, cuando de conceptos se trata, mi concepto es muy claro: Lo que va contra natura, desafortunadamente, tiende al fracaso.

La pareja humana fue creada como hombre y mujer, entonces si hablamos desde la genitalidad, sólo existen hombres y mujeres. Sin embargo, las variables pueden generar satisfacciones y es en este punto donde cada uno tiene que ver su propia satisfacción. Y esta satisfacción de cada uno no la podemos enmarcar ni en una norma ni en un código sino en la individualidad de la pareja.

Y el segundo punto, pienso yo el más grave, es que el homosexual emparejado desea ser hoy una familia y entonces yo, como hace poco lo sostuve en un foro digo: Ese hijo ¿A cuál de los bigotudos reconoce como su mamá?, porque ¿Cuál es la mamá y cuál es el papá? Ya que el objetivo de la pareja hacia un hijo es, aparte de la concepción económica en el desenvolvimiento social, está el prodigar la imagen paterna y la imagen materna a ese hijo.

¿Cuál de los dos homosexuales sean hombres o mujeres, es el que le brinda la identidad masculina y la identidad femenina? Y es aquí donde nos hacemos la pregunta ¿Para qué ese hijo tiene ese tipo de padres? Es que acaso ¿Le estamos haciendo un bien a la sociedad con hijos que tienen padres con una serie de trastornos y anomalías?

Y con estas preguntas viene de la mano la pregunta ¿Cuál es la corriente que nos determina si es enfermedad, si es sociopatía, si es un problema netamente familiar o de formación sexual? Yo considero que tiene de todo un poco. De todo un poco porque hay homosexuales con una genética de base, es decir con genes que han partido hacia la homosexualidad. Por ejemplo, hay hombres que tienen mayor cantidad de hormonas femeninas y tienden a ser afeminados y con unos caracteres físicos femeninos.

Hay otros que se forman por la sociedad y otros que se forman por su desenvolvimiento familiar dentro del desarrollo psicosexual. Por ejemplo, el niño que tiene cinco hermanas mujeres entonces solo observa a estas cinco mujeres cómo se visten, cómo se comportan, cuáles son sus gestos, cuáles son sus ademanes, entonces ese niño tiende a imitar a la mujer y a admirar a la mujer.

Entonces fíjese que existe un sinnúmero, una amplia gama de etiologías u orígenes para este tipo situaciones que nosotros como médicos los llamábamos antes trastorno y hoy en día se llaman, las disfunciones sexuales entre las cuales aparece muchas otras situaciones aparte del homosexualismo, como el travestismo, las pedofilias, las zoofilias y una cantidad de alteraciones que el ser humano tiene.

5. Entrevistador: ¿Qué implicaciones conlleva el que una persona hermafrodita sea asignada sexualmente con el sexo equivocado, es decir, con el sexo que no era el propio?

Entrevistado: Ahí nuevamente viene lo de la edad y en este caso sumémosle lo de los estudios internos orgánicos que esa persona debe tener. Porque los genitales externos pueden ser hermafrodita, significa eso genital vagina, genital pene, pero internamente puede ser destinado a ser mujer o a ser hombre.

Si eso se detecta a tiempo la corrección es una sola: Los genitales internos dicen hacia dónde nos vamos. Si nos vamos a que sea hombre o nos vamos a que sea mujer. Si tiene útero y ovario nos inclinaremos a que sea mujer, si no los tiene y por el contrario tiene unos testículos aunque sea en el canal inguinal o un tanto vivos, no atrofiados, será un hombre.

Dependiendo de esa edad y si no ha habido un desarrollo frente a ese hermafroditismo frente a su comportamiento social, esa persona es fácil de corregir. Porque no ha existido una determinación ni de placer ni de contacto social.

Pero si esto lo tratamos de corregir cuando la persona ha tenido las dos experiencias: La masculina como la femenina. Ahí si se entra en un problema y se puede llegar a decir hasta de pronto ¿Y si lo dejamos así?, porque usted disfruta más en las dos partes, y si ese es su disfrute recuerde que el disfrute no es normatizable.

Si ya hay un gozo si ya hay un placer sexual pese a que tiene esa supuesta anomalía orgánica., debíamos respetar ese hermafroditismo. Pero si no lo hay entonces se debe corregir hacia donde yo le estoy planteando se debe apuntar.

Ahora si, ¿Qué secuela mental puede tener? Le he hablado de angustia y ahora le hablo de depresión que es una hermanita de la angustia. Para conformar un síndrome que en primera instancia se llama síndrome ansioso depresivo que puede llegar a terminar en otras psicopatías que pueden ser de mayor compromiso mental hasta separarse del contexto de la realidad dando lugar a las famosas psicosis, donde el individuo queda ajeno a su problema y se esconde en una enfermedad mental de muy difícil tratamiento además.

6. Entrevistador: En cuanto al caso que usted nos refirió de un menor que por haber perdido sus órganos genitales masculinos, fue reasignado sexualmente y recibió su asesoramiento psiquiátrico, ¿Para tal tratamiento al reasignado sexual se tomaron en cuenta documentos como la historia sexual, el de identidad sexual o de rol sexual? ¿O en que tipo de documentos se apoyó para dar viabilidad al caso?

Entrevistado: Ese caso fue llevado en el Hospital Departamental de Nariño, que hoy a evolucionado a ser un hospital universitario lo que demandaría tener un mayor acervo académico.

En el tiempo que sucedió este hecho, un niño del barrio Cantarana del municipio de Pasto, que por su pobreza lo dejaban encerrado en una habitación y a lado había un perrito que aparentemente lo cuidaba y le dejaban comida al perrito. La comida fue tomada por las ratas de su habitación y de paso en la comida incluyeron los genitales del niño.

A este niño se lo estudió y en ese tiempo, aproximadamente 10 ó 12 años, creo un tanto cortos en cuanto a la determinación de este tipo de problemas, se definió procurarlo volver mujer.

Hoy en día y retrospectivamente yo diría que ese fue un grave error, porque el niño pudo haber funcionado como niño desde el punto de vista genético y no a los ocho años cuando ya hay mucho de identidad sexual, ponerle falda y volverlo mujer.

Pienso que eso pudo ser un error, mi intervención fue muy corta, hablando con su familia. Pero encaminada a que ellos deben aceptar este grave problema y que si aparece alguna dificultad en su hijo, acuda prontamente a los organismos de salud.

Perdimos el caso, nunca más volvimos a saber nada ellos, nunca más volvieron, es decir, algunas veces las personas en esa concepción errónea piensan que el sexo es solo genitalidad olvidando que el sexo, como lo dije en un principio, es cerebralidad. Siendo el cerebro quien determina la parte sexual. Entonces una vez definida su parte genital u orgánica el resto ya no les interesa. Entonces el caso se perdió.

Otro caso similar fue el de los genitales de un niño por mordedura de perro, igualmente se nos perdió el caso.

Lo ideal fuera un abordaje que se llama biosicosocial, dentro de un punto de vista incluso fenomenológico, que implica involucrar a sus seres queridos, involucrar al paciente, involucrar al entorno, que bueno que fuera. Porque resulta que desde el barrio es donde empieza con el apodo: “El capado”, “el mordido”, “el que era hombre y se volvió mujer” ó viceversa.

Todo esto llega a marcar intelectualmente a un niño, entonces que bueno que fuera que en estos casos hubiese equipos interdisciplinarios o multidisciplinarios con el que hagamos un abordaje colectivo para que el bien de esa pobre criatura que en el fondo viene a ser una víctima de las circunstancias.

7. Entrevistador: La reasignación sexual en Colombia legalmente no ha sido desarrollada, existiendo así un vacío normativo evidente. ¿Usted cree que Colombia desde todos los entornos culturales y sociales está capacitada para

brindarle a las personas reasignadas sexualmente la misma cantidad y calidad de derechos que se le brindan a las personas heterosexuales?

Entrevistado: Lo ideal es encontrar el respeto, respeto aunque no se comparta determinados momentos de evolución de una reasignación.

Porque hay unas que son forzadas por las circunstancias, las que hablábamos, las accidentales pero las que posteriormente se hacen por el deseo simplemente de tener una concepción diferente de lo que es su sexo, pasan a ser incómodas y difícilmente aceptables.

En un foro en el que estábamos, incluso entre ellos un sacerdote muy conocido el padre Gallardo, habían maestros que defendían la homosexualidad y se paró uno de ellos y dijo: "Pues yo no entregaría un hijo mío a un homosexual" y eso tuvo mayor votación.

Esto no quiere decir que el tenga la razón, pero que era como que cada uno entregue su concepción académica, social, intelectual, frente a una situación de homosexualidad.

Nuestro país sí necesita una legislación que permita que exista ese respeto, que exista la aceptación pero igual que quien sufre, padece, tiene o está en esa condición igualmente respete al que está al lado.

Ese es el punto difícil de lograr, cuando aparece el respeto del uno a veces está contra el irrespeto del otro y viceversa.

Como en este caso hay pasiones, las pasiones ni Dios las ha podido controlar. Entonces las pasiones desbordan y cuando esto sucede la pregunta es ¿Cuál Constitución?, porque la Constitución no está en el lecho nupcial ni la Constitución está en el placer. Entonces las leyes de Colombia a veces se olvidan de la pasión del ser humano y el ser humano es un ser netamente pasional, sino mire el homicidio pasional. El amor, la venganza, la ira son pasiones, el sentimiento maternal o paternal son pasionales y ¿Cuáles son las leyes que hacen que los papás seamos verdaderamente padres? Quizás existan leyes que determinan una cuota alimentaria pero no hay leyes para los afectos y las pasiones.

Por eso su pregunta es muy importante, sin embargo para lo que sería la solución creo que no estamos preparados y por otro lado nadie y por eso permítanme felicitarlos, nadie se ha percatado de que necesitamos una legislación frente a estos hechos y que no dejemos rueda suelta para que planteemos, es que ese homosexual mató, o era un travesti el que mató. Y esto como que le agrava el que mató, mientras que lo que importa es que mató y lo hizo una persona respetable en su condición.

Anexo D. ENTREVISTAS REALIZADA AL SACERDOTE PADRE IDELFONSO BENAVIDES, CANCELLER DE LA DIÓCESIS EPISCOPAL DE PASTO Y RECTOR DE LA IGLESIA CATEDRAL DEL MUNICIPIO DE PASTO NARIÑO.

1. Entrevistador: ¿Cuál es la posición de la Iglesia católica frente a la reasignación sexual?

Entrevistado: Parto de un principio que para nosotros es fundamental, toda vida es sagrada y viene del Señor, desde la misma concepción, desde el vientre de la madre, siempre se la ha defendido porque es un don de Dios.

Es un regalo de Dios, desde el nacimiento de un ser vivo y las etapas naturales de un hombre: La niñez, la adolescencia, la adultés son muy importantes y respetables hasta el momento de la muerte, por mandato divino. Por salvaguardar este principio la Iglesia siempre ha estado frente a la defensa de la vida.

El ser humano nace, independientemente de si es hombre o mujer, nace con todos sus derechos y deberes ante la Ley de Dios. El hombre ó la mujer, como seres humanos, como ciudadanos y la vida de cada ser humano, de igual manera el sexo, de las personas es muy respetable.

Nosotros partimos del principio de respeto a la dignidad humana, y nosotros no intentamos estar apoyando ningún tipo de mentalidades que intenten manipular la vida u otras situaciones que atentan contra el ciclo vital del ser humano.

La Iglesia siempre lo ha dicho, el respeto a la dignidad está por encima de todo, el ser humano es un ser sagrado por venir de Dios y por ello no puede disponer de aquellas cosas que por su misma naturaleza ya ha sido dispuesto por Dios como lo es el sexo de la persona.

2. Entrevistador: ¿Usted como sacerdote y autoridad eclesiástica, estaría dispuesto a casar a una persona reasignada sexualmente?, ¿Cree que la Iglesia católica esta dispuesta a abrirle paso a instituciones tales como el matrimonio a personas reasignadas sexualmente?

Entrevistado: Este tipo de reflexiones han estado en diálogo precisamente con la alta jerarquía, se dice que son los tribunales eclesiásticos basados en dictámenes de los peritos en esta materia, quienes toman estas decisiones.

Partamos de la razón de ser del sacramento del matrimonio, recordando que Tenemos siete sacramentos y uno de ellos es el matrimonio y como bien lo sabemos la base fundamental de nosotros es la sagrada escritura, y desde allí dice el Señor: “Por eso el hombre dejará a su padre y a su madre y la mujer de igual manera y se unirán los dos y formaran una sola carne”. Y el Señor lo dice muy claro, el hombre y la mujer.

Desde la misma concepción los padres tienen expectativas sobre el sexo del hijo, el papa y la mama en esta situación quizás no pongan mayores dificultades, pero lo que respecta a la Iglesia, hasta ahora no ha dado pasos todavía precisamente para este tipo de casos.

Yo como sacerdote llevo once años y medio y no me ha tocado ningún caso como ese y creo que en nuestra diócesis de Pasto tampoco. Pero seguramente cuando nos toque este tipo de situaciones debemos tener muy en cuenta este principio, que no es negociable, ya que es un principio divino que viene de la sagrada escritura.

No te puedo decir en este momento si yo la voy a casar o no la voy a casar, porque esto viene de la jerarquía y esto igual todavía se está estudiando; pero que estas personas tienen dignidad, derechos y deberes los tienen de igual manera.

Hoy en día la diversidad de género ha sido un tema tan controversial incluso tan polémico, a tal punto que ha habido malas interpretaciones de diferentes instancias. Y la Iglesia en ese sentido es muy prudente, porque para dar un paso tiene que primero recibir la sabiduría divina para luego decidir en ese tipo de situaciones.

Pero en ningún momento, creo yo, que podemos rechazar a este tipo de personas, para que ellas se puedan acercar al Señor. Y vuelvo y repito no podría decir si yo las caso o no las caso, porque eso viene de las instancias superiores, precisamente de los tribunales eclesiásticos que hay en la Iglesia y por ordenanza de la jerarquía de la Iglesia.

3. Entrevistador: De los siguientes casos, ¿En cuáles cree que sea conveniente que se realice la reasignación sexual y cuales no: hermafroditismo, transexualismo, homosexualismo y bisexualidad?

Entrevistado: Esa pregunta yo no te la puedo responder de manera tan tranquila, toda persona debe sentirse feliz, debe sentirse bien por lo que realmente es. Nosotros siempre defendemos, no el querer ser o el quehacer de la persona, sino más bien lo que viene de la vida natural. Siempre nosotros defendemos a capa y espada y el Señor siempre defiende la vida natural, la que la naturaleza siempre ofreció a todo ser vivo, pero en ningún momento yo te puedo decir si el hermafrodita, si el homosexual, si el bisexual, o el transexual esté o no o para lo otro. Creo que ninguna persona puede decidir por otra persona su identidad.

La identidad es tan respetable, que ni siquiera la persona misma puede decidir de su propia vida, es el Señor, para nosotros es Dios mismo el que decide sobre la vida de uno. Creo que la felicidad de todo ser humano es vivir y ser parte de este mundo y esta sociedad.

Quizás el inconformismo de este tipo de personas va por otro lado, de pronto del no sentirse feliz por ser de esta manera o de la otra, por no tener identidad, por sentirse inconforme ante lo que es; pero esto da pié realmente a no querer hacer la voluntad del Señor.

Desde la parte religiosa, ética y moral nosotros creemos de esta forma, es decir, la vida, la identidad, la sexualidad es tan bonita que igual la debemos administrar de manera sabia y muy prudente.

Pero vuelvo y lo repito a estas personas la Iglesia no las ha repudiado, ante este tipo de personas la Iglesia en ningún momento ha colocado barreras en los templos para que ellas no puedan entrar, ni puedan elevar una oración ante el Señor; en ningún momento.

Ellos son seres humanos y nosotros respetamos lo que ellos son, y los invitamos a que empiecen la búsqueda de la felicidad en el Señor; más no buscar la felicidad en los cambios de sexo o en los transplantes. Buscar la felicidad respetándose a uno mismo y siendo feliz como uno es.

4. Entrevistador: En muchos países alrededor del mundo se han dado grandes avances en cuanto a la consagración y garantía de derechos a personas reasignadas sexualmente. ¿Usted en su condición de líder moral y espiritual cree que Colombia en su entorno social está capacitada para consagrar y garantizarle derechos a las personas reasignadas sexualmente?

Entrevistado: Hay muchos países que se han adelantado en este tipo de reflexiones y creo que Colombia está reflexionando ya en este tipo de temas y creo que va a dar pasos especialmente en el respeto a este tipo de personas y a sus derechos.

Colombia no esta fuera de la reflexión y de hacer respetar a estas personas, pero nuestra sociedad es aun machista, vivimos en una sociedad donde aun hay discriminación, aun hay intolerancia a estas personas, aun dentro de la familia está mal visto, por ejemplo, que un hijo sea homosexual o una hija lesbiana.

Creo que desde las leyes este tema se puede tratar y proponer nuevos acuerdos para con estas personas, pero la misma sociedad, la misma familia, las mismas instituciones educativas creo que les falta mayor sensibilidad para con estas personas y este tipo de temas.

A Colombia le falta muchísimo en educación, en sensibilización, en trabajar la parte ética y moral; saber los principios cristianos, los principios que el evangelio enseña. Entonces creo que Colombia llegará a tomar alguna posición pues no puede ser ajena a la realidad. En Colombia hay muchos casos de estos, pero si se

debe analizar bien y tratando de respetar los derechos y deberes que el Señor nos confía a nosotros.

5. Entrevistador: ¿Cree usted que una persona reasignada sexualmente puede llegar a ser parte del sacerdocio haciendo uso de su nueva condición?

Entrevistado: Hasta ahora nunca se ha dado en la historia, pero digo que en la Iglesia desde el mismo evangelio, para poder servir al Señor siempre ha habido comunidades que dan cabida a todo tipo de personas.

En concreto, como he dicho no se ha presentado ese caso, no ha habido la primera oportunidad, de igual manera en comunidades religiosas no las ha habido; creo yo que para tratar de admitir a estas personas tiene que haber una reflexión mas profunda por parte de los jerarcas, reflexión profunda no tanto en decir si una persona puede o no servir a Dios sino en cuanto a las reglas ya establecidas en la institución. Que el sacerdote tiene que ser hombre, y será la Iglesia la que debe estudiar sus normas internas para ver si se debe agregar algún artículo o parágrafo.

Pero por el momento no está establecido entre las leyes de la Iglesia el que estas personas puedan entrar ya sea como sacerdotes o como religiosas.

Anexo E. ENTREVISTAS REALIZADAS A CIUDADANOS DEL COMÚN RESIDENTES EN EL MUNICIPIO DE PASTO (NARIÑO), CON EL OBJETIVO DE DETERMINAR EL GRADO DE ACEPTACIÓN QUE TIENE EN LA SOCIEDAD LA IDEA DE LA REASIGNACIÓN SOCIAL. EL FORMATO APLICADO FUE EL SIGUIENTE:

LOS RESULTADOS SE ANALIZAN A CONTINUACIÓN DISCRIMINANDO EL SEXO DE LOS ENCUESTADOS Y LOS RANGOS DE EDADES DE LOS MISMOS: RANGO 1: 18 a 25 años; RANGO 2: 25 a 45 años; RANGO 3: 45 años ó más. TOTAL PERSONAS ENTREVISTADAS: 18 (9 Hombres y 9 Mujeres).

UNIVERSIDAD DE NARIÑO FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS SAN JUAN DE PASTO. ENCUESTA: TESIS “LA REASIGNACIÓN SOCIAL EN COLOMBIA”. 2010.	
Nombre: _____	
Edad: _____	
Profesión u ocupación: _____	
Sexo: Masculino _____ Femenino _____	
Estado civil: _____	
Nivel de estrato social: _____	
Religión: _____	
1. ¿Contraería matrimonio con una persona que nació siendo mujer y mediante una cirugía se convirtió en hombre, ó viceversa?	
SI _____	NO _____
2. ¿Estaría de acuerdo con que una persona Reasignada sexualmente (cambiada el sexo), adoptara a un menor?	
SI _____	NO _____

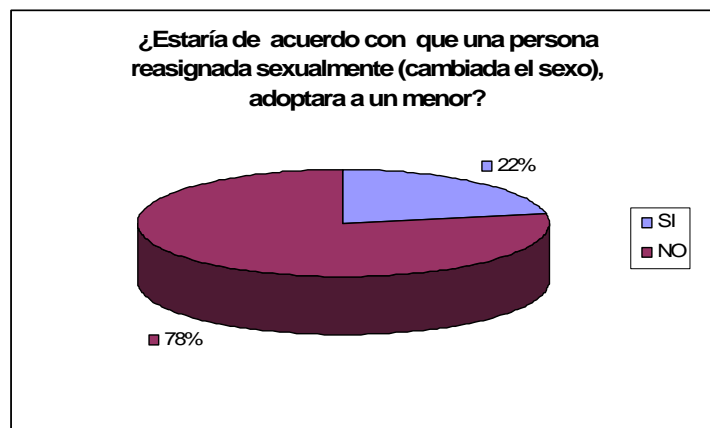
INFORME EN RELACIÓN AL SEXO.

MUJERES.

PREGUNTA 1.

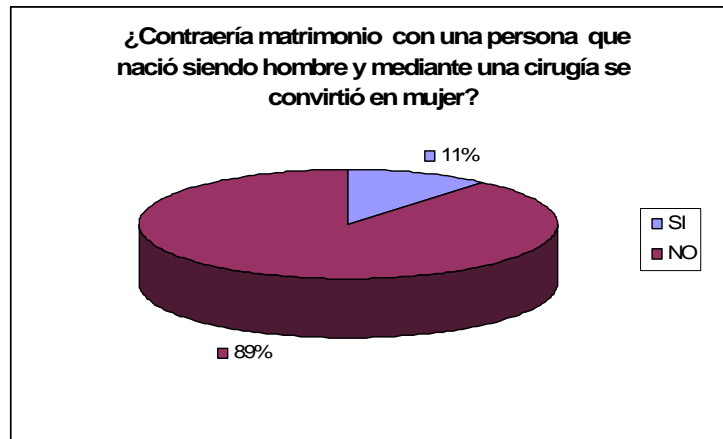


PREGUNTA 2.

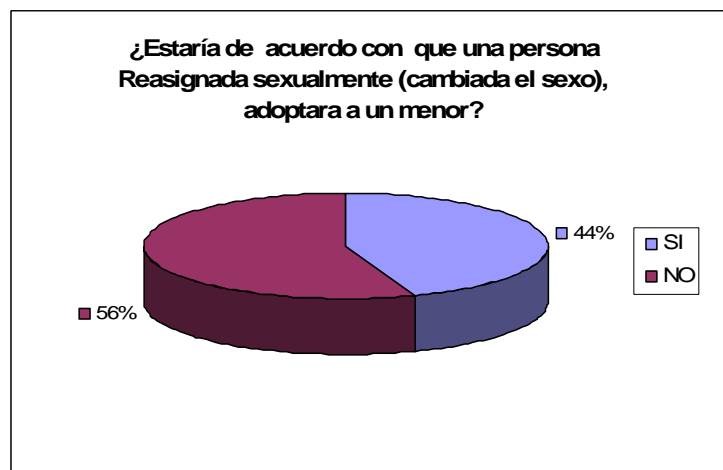


HOMBRES.

PREGUNTA 1.



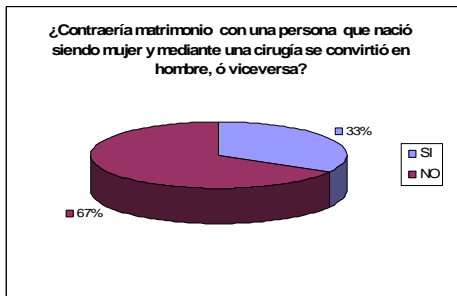
PREGUNTA 2.



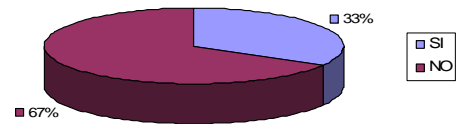
INFORME POR RANGOS DE EDAD.

RANGO UNO: 18 a 25 años.

PREGUNTA 1.



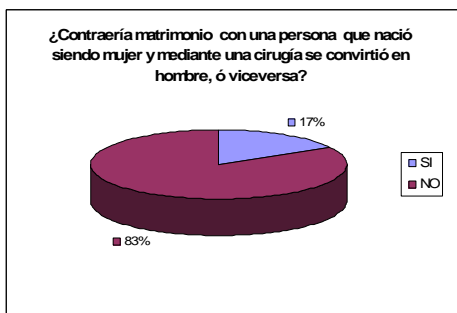
¿Estaría de acuerdo con que una persona reasignada sexualmente (cambiada el sexo), adoptara a un menor?



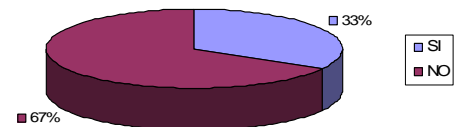
PREGUNTA 2.

RANGO DOS: 25 a 45 años.

PREGUNTA 1.



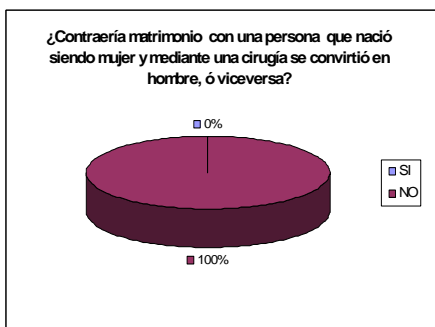
¿Estaría de acuerdo con que una persona reasignada sexualmente (cambiada el sexo), adoptara a un menor?



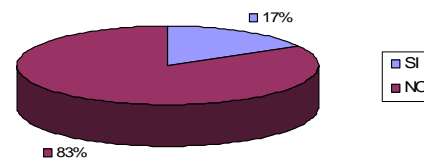
PREGUNTA 2.

RANGO TRES: 45 AÑOS Ó MÁS.

PREGUNTA 1.



¿Estaría de acuerdo con que una persona reasignada sexualmente (cambiada el sexo), adoptara a un menor?



PREGUNTA 2.

INFORME GENERAL: POBLACIÓN TOTAL.

PREGUNTA 1.



PREGUNTA 2.



Resultados Encuestas.

Al encuestar personas al azar dentro de nuestro entorno social y al analizar las respuestas otorgadas a las preguntas realizadas, encontramos que

mayoritariamente tanto la población masculina como femenina no aceptan ni toleran al menos en forma generalizada, las implicaciones legales que la reasignación sexual conlleva. Así, podemos reafirmar nuestra postura en cuanto a que en Colombia no es posible aun implementar una regulación del tema sin antes permitir que nuestro entorno social paulatinamente evolucione y cambie de posición.

Lo anterior se hace visible por ejemplo en el caso de los hombres encuestados, cuando de los nueve solo una persona dijo que no tendría problema en casarse con alguien reasignado sexualmente; en cuanto a si estaban o no de acuerdo con que se permita la adoptar a una persona reasignada, solo tres personas dijeron estar de acuerdo.

El caso de las mujeres no fue muy distinto al de los hombres, pues de las nueve encuestadas solo dos de ellas afirmaron que no tendrían problemas en casarse con una persona reasignada sexualmente. Y al preguntárseles sobre si estaban de acuerdo con que a un reasignado sexual se le permitiera poder adoptar, igualmente solo dos de ellas estuvieron de acuerdo con aquella situación.

En términos generales solo el 16.6 % de las personas encuestadas se casaría sin problema alguno con alguien reasignado sexualmente. Lo que nos deja con un arrasador 83.4% de las personas que no tolerarían dicha situación.

Y en cuanto al derecho de una persona reasignada para adoptar, solo un 27.7% cree que estaría bien el permitirlo. Consecuentemente un 72.3 % lo imprueba.

Anexo F. ENTREVISTAS REALIZADA AI DOCTOR JORGE NAVIA, JUEZ TERCERO DE FAMILIA DEL CIRCUITO DE PASTO.

1. Entrevistador: ¿En qué caso considera usted que el sexo de una persona puede ser jurídicamente modificado?

Entrevistado: En primer lugar, habría que decir que el ser humano como una integridad, como un ser social y jurídicamente titular de derechos, amerita un tratamiento muy delicado, mucho más si estamos tratando temas tan álgidos como lo es este tipo de cosas. La asignación sexual pertenece a la órbita personal de cada ser, de cada quien.

Frente a la pregunta habría que decir que, habría lugar a realizar la asignación de sexo sólo bajo ciertas circunstancias; es decir, solo bajo ciertos hechos muy puntuales, muy concretos. En últimas, se busca que esa reasignación sexual le permita a la persona redireccionar su proyecto de vida, ser feliz y sentirse una persona realizada.

En esencia, en esos casos, si hay una acción de tutela, o cuando procede el consentimiento de los padres dada la corta edad de la persona involucrada: un niño, que no tiene la capacidad para autodeterminarse ni los elementos de juicio para tomar una determinación de tanta gravedad. Se debe tomar la decisión judicial siempre teniendo en cuenta que con ella se permita a la persona, realizar su proyecto de vida, rehacerla o si se quiere redefinir su orientación sexual.

2. Entrevistador: ¿Usted está de acuerdo con que una persona pueda reasignarse sexualmente, aun en los casos en que el cambio obedece únicamente al simple deseo de la persona?

Entrevistado: Si es una persona mayor de edad, la cual goza de un consentimiento ilustrado, conciente y si ha habido el acompañamiento y asesoramiento adecuado para estos casos por un equipo interdisciplinario, yo lo veo con buenos ojos y considero que esa persona tiene derecho a reasignar o redefinir su sexo. Todo para que, como lo dije hace un minuto, la persona pueda rehacer su proyecto de vida desde el punto de vista de sus inclinaciones y preferencias sexuales pues esta es la única manera en que el ser humano puede realizarse y ser feliz.

3. Entrevistador: ¿En la jurisdicción ordinaria qué acciones tiene una persona, por ejemplo, un hermafrodita o un transexual, para que pueda ser jurídicamente reasignado sexualmente?

Entrevistado: A mi juicio se deben tener en cuenta los derechos fundamentales: La identidad de la personalidad jurídica de cada quien, como titular de una serie

de prerrogativas que le reconoce el Estado Social de Derecho para orientar su vida desde el punto de vista de sus inclinaciones sexuales.

Ese derecho a la identidad, a la personalidad jurídica, al libre desarrollo de la personalidad es lo que permeabiliza su situación. Y en algún momento determinado ampararse en ese y otros derechos como el derecho a la igualdad y otros derechos que están directamente involucrados en su realización como ser humano para que pueda pedir a través de una acción de tutela, cuando las circunstancias lo ameriten y contando además con un procedimiento médico muy preciso y con un acompañamiento interdisciplinario, pueda pedir la reasignación.

Quiero enfatizar que para una persona que es neófita en las disciplinas de psicología, de medicina, de genética, de sociología humana, esa persona tenga un asesoramiento de personas idóneas en esas disciplinas.

Entonces una persona como la que me haz mencionado, tendría que estar acompañada de un equipo interdisciplinario para que sea orientado e ilustrado y luego pueda tomar una determinación pertinente, y no solo hacer la intervención quirúrgica como tal, sino que necesita el acompañamiento post quirúrgico para que su aspecto emocional y psicológico pueda ser asistido de tal manera que se encuadre correctamente a la vida social.

4. Entrevistador: ¿Aparte de la acción de tutela, una persona que busca ser reasignada sexualmente tiene algún otro mecanismo jurídico para propugnar por esto?

Entrevistado: Bueno, hablemos por ejemplo de un trabajador, quien quizá pueda invocar el derecho a alguna prestación social por razones de su trabajo. Pero en este momento no lo veo muy claro. Creo que en muchísimos casos, en la gran mayoría de casos la persona tendría que acudir al amparo constitucional. Entre otras cosas, porque se conoce que las EPS involucradas o comprometidas con estos procedimientos por ser costosos, le niegan de entrada cualquier asistencia quirúrgica de este tipo. Así, considero que a la persona le quedaría hacer uso de la acción constitucional de amparo.

5. Entrevistador: ¿A su juicio qué implicaciones jurídicas tendría en el ámbito civil el que una persona sea reasignada sexualmente, por ejemplo, en figuras tales como el matrimonio, el divorcio, la procreación o la adopción?

Entrevistado: Existe una relación directa entre lo uno y lo otro, entonces una persona que se redefine o asigna un nuevo sexo, naturalmente eso va a tener implicaciones en otras determinaciones posteriores del ámbito personalísimo como las que se acaba de mencionar en la pregunta, es algo que va concatenado lo uno con lo otro.

Creo que tomando el ejemplo de una persona hermafrodita de sexo masculino que al redefinir su condición sexual, su sexo pasa a ser reasignado, para efectos de matrimonio habría que médicamente, psicológicamente, socialmente y familiarmente si se comporta como el nuevo ser que es, ser tratado como tal.

6. Entrevistador: Así las cosas, ¿Usted está de acuerdo con que una persona reasignada sexualmente pueda por ejemplo casarse o adoptar un niño?

Entrevistado: Si, si estoy de acuerdo, porque considero que con el asistimiento interdisciplinario la persona alcanza unos niveles de identificación y lo que se busca es eso: Que el ser humano se identifique con lo que siente, con lo que es frente a la comunidad; y si se comporta, en el ejemplo que estamos dando, ya no como un hombre sino como una mujer que se siente y se presenta así, ante la sociedad y la familia podría desempeñar esos roles como pareja, en su nueva condición.

7. Entrevistador: ¿Usted nos podría hablar un poco sobre el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional frente a los hermafroditas?

Entrevistado: La Corte básicamente lo que ha dicho es que en los casos de hermafroditas lo que se trata no es de escoger libremente el sexo, de manera caprichosa si se quiere decir, sino de redefinir realmente lo que esa persona de manera prioritaria o primordial es.

Genéticamente, psicológicamente, si la persona tiene dos sexos, ella no puede escoger uno de manera arbitraria. Lo que se le permite es que redefina su sexualidad con base en unos patrones preponderantes, que son determinantes para que haya identidad, identidad con lo que siente con lo que es la persona y como se comporta en su rol social y familiar.

8. Entrevistador: Entendiendo que son muchos los países que actualmente presentan avances frente al tema de la reasignación sexual, tema que no es nuevo en países como Francia, Estados Unidos o España. ¿Usted cree que Colombia está en este momento socialmente en condiciones de brindar derechos y garantías a una persona reasignada sexualmente?

Entrevistado: Creo que la evidencia y la realidad han demostrado que no estamos preparados. Se han visto caso de intolerancia y de hecho muchas personas que viven estas situaciones lo han padecido, las noticias dan cuenta de esto casi a diario.

**Anexo H. ENTREVISTAS REALIZADA A LA DOCTORA ÁNGELA OSEJO,
MAGISTRADA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
NARIÑO Y PUTUMAYO – SALA CIVIL FAMILIA.**

1. Entrevistador: ¿En qué casos considera usted que el sexo de una persona puede ser jurídicamente modificado?

Entrevistada: Considero que el sexo de una persona puede ser modificado cuando se trata de personas hermafroditas, que se sienten identificadas con un sexo y que no aparece en el registro civil.

2. Entrevistador: ¿Usted está de acuerdo con que una persona pueda reasignarse sexualmente, aun en los casos en los que el cambio obedece únicamente al deseo de la persona?

Entrevistada: Habría que analizar, si es un deseo caprichoso estimo que no. Pero si es un deseo de identidad con un determinado sexo, estimo que si.

3. Entrevistador: ¿Qué parámetros tendría esa diferenciación entre una reasignación caprichosa y la no caprichosa, es decir, en que se basaría dicha diferenciación?

Entrevistada: No es caprichoso si la persona cumple con el rol social: Modales y forma de ser contrarios a los establecidos de forma estándar. Lo explico, si en un cuerpo de hombre aparecen todas las expresiones de una mujer, es decir, no hay armonía entre el cuerpo y la mente, en ese caso se puede determinar mediante las pruebas pertinentes que corresponde mas a una mujer o en el caso contrario a un hombre.

Pienso que, el derecho debe tomar esos casos para el estudio ante el legislador con una correspondiente normatividad que regule esas situaciones.

Entonces creo que caprichosamente no, pero que si se podría. El mismo termino caprichos indica que se trata de algo porque si, sin una justificación de ser, no hay una razón.

Por que de lo contrario se crearía inseguridad jurídica porque en un momento determinado aparecería en su registro como sexo masculino y en otro tiempo aparecería su sexo como femenino.

3. Entrevistador: En la jurisdicción ordinaria, ¿Qué acciones tiene una persona, por ejemplo, el caso de un hermafrodita o de un transexual, para que pueda ser jurídicamente reasignado sexualmente?

Entrevistada: En principio pensaría en la alteración del estado civil con la acción pertinente, que no esta regulada, no hay regulación. Por eso dije anteriormente que esa realidad social necesita ser regulada, pero por el momento no la hay y seguramente, pienso yo, si se presentara una demanda de ese tipo, con fundamento en normas constitucionales o de rango superior, en mi sentir, si se podría resolver el caso.

Pero en el momento como para decir, una vía ordinaria para esa situación, no la hay, no existe. Los supuestos fácticos que regula la alteración del estado civil son otros: no se refiere a sexo, sino a la parte general, cambio de nombre etcétera. Pero si considero que se podría resolver el caso por normas superlegales.

De la misma forma, se podría intentar el amparo por vía de acción de tutela en el rango constitucional, porque se estarían violando derechos fundamentales como por ejemplo, el libre desarrollo de la personalidad.

4. Entrevistador: ¿A su juicio que implicaciones jurídicas tendría en el ámbito civil, el hecho de que una persona sea reasignada sexualmente, por ejemplo, en figuras tales como el matrimonio, el divorcio, la procreación o la adopción?

Entrevistada: Creo que si partimos de la aceptación de que hay personas, por ejemplo los hermafroditas u otras personas, que teniendo un cuerpo de hombre o de mujer no correspondan a su mente femenina o masculina, yo no le veo problema ni veo mayores implicaciones en el ordenamiento jurídico, porque estimo por ejemplo, que una pareja de personas del mismo sexo, si llegaran a adoptar un niño, los roles estarían diferenciados y uno de ellos haría de papá y el otro de mamá.

En cuanto al matrimonio, sabemos que en países avanzados si esta permitido, entonces no veo implicación alguna al respecto. En el divorcio igualmente, pues si se permite el matrimonio se debe permitir la terminación del vínculo por medio del divorcio.

Ahora, si hay un matrimonio hombre – mujer pero resulta que dentro del matrimonio le hagan una reasignación, tendría como implicaciones el que no hay regulación alguna, hasta el momento no están reguladas, sería un evento.

Otro evento sería si se casan por ciertos motivos o circunstancias, no por lo que normalmente se casan las parejas: el amor, formar una familia, etcétera. Sino porque pueden haber otros intereses de por medio, hay un matrimonio y además esta engañado de la tendencia sexual que tenga uno de ellos hasta el punto que tenga que hacerse la reasignación, entonces yo creo que habría una causal de nulidad. Porque el matrimonio como esta consagrado actualmente es entre un hombre y una mujer.

En cuanto a la adopción, yo pienso que si se permite el matrimonio y a este se le da el objetivo de fundar una familia, con ese entendido podrían adoptar. Y los roles: el uno hace el rol de mujer y el otro el de padre.

Digo de los roles que pueden asumir porque el género es cultural, pero con un cambio de paradigma podría suceder. Eso no quiere decir que en la actualidad se pueda porque como es cultural, un niño que sea adoptado por una pareja de este tipo, va a ser objeto de discriminación, por parte de los compañeros, es decir, de la misma sociedad. Entonces los parámetros culturales de la sociedad son los que tienen que cambiar para llegar a adoptar. Primero la realidad social, luego la regulación. Creo que ese sería el único problema, pues los estudiosos en aspectos psicológicos, psiquiátricos, por la formación cultural, tienen entendido que el desarrollo de un niño es con la imagen de una autoridad paterna y una autoridad materna y desde ese punto de vista, dudo que eso se cambie en la actual realidad social.

5. Entrevistador: ¿Usted nos podría hablar un poco sobre el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional frente a los hermafroditas?

Entrevistada: Frente a ese tema, hay una línea jurisprudencial que permite la reasignación con los respectivos aspectos biológicos y jurídicos, que elijan el sexo con el que se siente acorde la persona y que igualmente su registro civil, etcétera, este acorde con eso. Si hay abundante jurisprudencia que admite la reasignación en estos casos.

6. Entrevistador: Entendiendo que son muchos los países que actualmente presentan alcances frente al tema de la reasignación sexual, tema que no es nuevo en países como Uruguay, Argentina o España, ¿Usted cree que Colombia está en este momento en condiciones de brindar derechos y garantías a una persona reasignada sexualmente?

Entrevistada: Pienso que en este momento el rol fundamental sería el del poder judicial, que es el que administra justicia. Si empieza a emitir fallos que admitan, la regulación legal va a ser posterior retomando la vía jurisprudencial.

Eso hace que cambie culturalmente la sociedad, es un paso que se tiene que dar, y lentamente vamos a llegar a una regulación, quizá como la que ustedes proponen. Pero, cabe decir que por el momento si tenemos instrumentos jurídicos para decidir esos casos, porque en el universo jurídico no hay casos sin solución.

Los espacios que no están regulados los llena la interpretación del juez, entonces los jueces son los que tienen el rol preponderante y en la medida en que salgan fallos y se elaboren las líneas jurisprudenciales la sociedad va a entender, va a ser un proceso pedagógico.