

Responsabilidad del Estado por intervenciones de reasignación de sexo y adecuación genital temprana

JOHN ARTURO CÁRDENAS¹
JUAN DAVID VELÁSQUEZ²

RESUMEN

Los argumentos esbozados por los defensores y activistas de la comunidad LGTBI, y la reivindicación de los derechos de las personas con diferencias de desarrollo sexual, conducen a reflexionar sobre la aparición de un nuevo paradigma en la concepción binaria tradicional masculino-femenino. En el derecho colombiano, este debate se extiende al campo de la responsabilidad extracontractual del Estado a favor de aquellas personas que, durante su niñez, fueron intervenidas quirúrgicamente sin su consentimiento informado para la reasignación de sexo o modificación de sus genitales. Una vez identificados

- 1 Abogado litigante en responsabilidad del Estado, magíster en Literatura Colombiana de la Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia. Especialista en Derecho Contencioso Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Correo-e: johnarturo70@hotmail.com
- 2 Médico psiquiatra. Profesor titular, coordinador del Área de Salud Mental de la Facultad de Medicina de la Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia. Correo-e: juan.velasquez@upb.edu.co Fecha de recepción: 22 de febrero de 2017. Fecha de modificación: 20 de marzo de 2017. Fecha de aceptación: 30 de mayo de 2017. Para citar el artículo: CÁRDENAS, J. A., VELÁSQUEZ, J. D. "Responsabilidad del Estado por intervenciones de reasignación de sexo y adecuación genital temprana", *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 18, segundo semestre, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 287-323. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n18.12>

los fundamentos de la responsabilidad estatal, la presente investigación pone en evidencia la necesidad de adoptar medidas adicionales de reparación, más allá de lo económico, que involucren acciones concertadas del ejecutivo y del legislador con miras a garantizar la no discriminación, la no repetición y la dignificación de estas personas.

Palabras clave: Responsabilidad extracontractual del Estado, Tercer género, Reparación histórica, Reparación jurídica, Comunidad LGBTI, Desarrollo sexual.

State Liability for Sex Reassignment and Genital Variation Surgeries

ABSTRACT

Arguments by LGBTI advocates and the assertion of the rights of individuals with sexual development differences, point toward a growing debate on the existence of a new paradigm around the traditional binary concept of male-female genders. In Colombian Law, this discussion extends to the field of the State liability for sex reassignment or modifying genitals surgeries performed in minors, without their informed consent. Once identified the grounds for the State liability, this paper shows the need for additional measures of reparation, beyond the award of economic damages, by means of concerted actions of the executive and legislative branches, intended to prevent discrimination, repetition and to dignify these individuals.

Keywords: State Liability, Third Gender, Historic Reparation, Judicial Reparation, LGBTI Community, Sexual Development.

INTRODUCCIÓN

Cuenta Ovidio en *La metamorfosis* que Tiresias, el adivino ciego que aconsejó a los tebanos entregar el trono al matador de la Esfinge y más tarde comunicó a Edipo las revelaciones que lo condujeron a descubrir sus culposos crímenes, tuvo también como destino convertirse en mujer al separar dos serpientes en el momento de aparearse y, siete otoños más tarde, recuperar su condición masculina al repetir el mismo acto³. También narra cómo la náyade Sálmacis se enamora de Hermafrodito, hijo de Hermes y Venus y, al ver rechazado su amor, se abraza fuertemente a él fundiéndose así en un solo ser: "aunque luches

3 PUBLIO OVIDIO NASÓN, *Metamorfosis*, Ana Pérez Vega (trad.), Biblioteca Virtual Universal, 2003, pp. 46-47.

malvado, dijo, no aun así escaparás. Así, dioses, lo ordenéis, y a él ningún día de mí, ni a mí separe de él"⁴. Por su parte, cuenta Platón en *El banquete* que "en otro tiempo la naturaleza humana era muy diferente de lo que es hoy. Primero había tres clases de hombres: los dos sexos que hoy existen, y uno tercero compuesto de estos dos, el cual ha desaparecido conservándose sólo el nombre. Este animal formaba una especie particular, y se llamaba andrógino, porque reunía el sexo masculino y el femenino; pero ya no existe y su nombre está en descrédito"⁵. Se afirma que estos hombres concibieron la idea de escalar el cielo y combatir a los dioses, por lo que Júpiter los separó para disminuir sus fuerzas: "marcharán rectos sosteniéndose en dos piernas sólo, y si después de este castigo conservan su impía audacia y no quieren permanecer en reposo, los dividiré de nuevo, y se verán precisados a marchar sobre un solo pie, como los que bailan sobre odres en la fiesta de Caco"⁶.

Es posible seguir indagando en los anales de la literatura y de la antropología para buscar valoraciones de lo que a partir del siglo XVI se denominó hermafroditismo, aunque fue tal vez a partir de la interpretación de textos religiosos y/o de las concepciones darwinistas del sexo, que sostenían que la división macho-hembra de las especies indicaba que su comportamiento sexual está orientado, por naturaleza, a la reproducción y la conservación, que se empezó a estigmatizar a las personas con tendencias sexuales diversas o con aspecto físico diferente a los considerados "normales".

En Colombia, solo con la expedición de la Carta Política de 1991 comenzaría el camino para garantizar los derechos de la comunidad LGTB (lesbianas, gays, bisexuales y transgénero), aunque también las asociaciones internacionales incluyen en esta denominación a personas intersexuales, *queer*, travestis y *questioning* (LGTBI o LGTBQ). A manera de ejemplo, la Corte Constitucional desde 2007 se ha pronunciado sobre diversas leyes, encontrando que estas discriminaban a las parejas homosexuales. A través de su jurisprudencia, el alto tribunal les ha atribuido gradualmente las mismas prerrogativas que a las parejas heterosexuales en materia civil, penal, disciplinaria, derechos políticos y seguridad social en salud y pensión. Luego, en 2015, la Corte aceptó inicialmente que las parejas del mismo sexo pudiesen adoptar, siempre y cuando la adopción recayera sobre el hijo biológico de su compañero o compañera permanente, restricción que fue levantada en noviembre del mismo año, y en el mes de abril de 2016 aceptó que pudieran contraer matrimonio⁷.

4 Ibid., p. 64.

5 PLATÓN, *El banquete*, PATRICIO AZCÁRATE (ed.), Madrid, 1871, p. 320.

6 Ibid., p. 321.

7 Ver, entre otras, las sentencias C-075 de 2007, C-811 de 2007, C-336 de 2008, C-071 de 2015 y SU 214 de 2016.

Estas decisiones se refieren únicamente a parte de la comunidad LGTBI, siendo necesario analizar en el presente trabajo cuál es la situación de las personas con "diferencias de desarrollo sexual", y de las personas consideradas trans en general.

Este tema ha cobrado especial importancia gracias a la controversia suscitada a partir de la publicación de la cartilla titulada "Ambientes escolares libres de discriminación"⁸, implementada en cumplimiento de la sentencia T-478 de 2015, en la cual la Corte Constitucional instó al Ministerio de Educación Nacional a hacer una revisión de los manuales de convivencia de los colegios del país para verificar que los mismos sean respetuosos de la orientación sexual y la identidad de género de los estudiantes⁹. En su decisión, la Corte sostuvo que la sexualidad hace parte del entorno más íntimo de la persona, por lo cual los colegios no pueden prohibir de manera expresa o velada su expresión libre y autónoma, ello sin perjuicio de que los alumnos no están autorizados para violar los reglamentos de las instituciones educativas.

La cartilla resultó ser la Caja de Pandora que originó marchas de padres de familia convocados por sectores conservadores de la sociedad apoyados por la Iglesia católica y líderes evangélicos. El 16 de agosto de 2016 se convocó a la ministra de Educación, Gina Parody, a un debate de control político en el Congreso en el que fue posible constatar lo difícil que sería poder conciliar las posiciones en ciertos temas, como ocurre cuando la cartilla recomienda que las niñas que así lo deseen puedan usar pantalones y los niños, faldas; o cuando dice que debe evitarse la utilización de expresiones como "la preser-

- 8 Publicación auspiciada por el Ministerio de Educación Nacional en convenio con el Fondo de Población de Naciones Unidas (UNFPA), el Programa de Naciones Unidas para el desarrollo (PNUD) y el Fondo para la Infancia de Naciones Unidas (UNICEF). La cartilla consta de una presentación que responde a la pregunta de por qué hablar de orientaciones sexuales e identidades de género no hegemónicas en la escuela; el primer capítulo se denomina "¿Qué son y cómo comprender las orientaciones sexuales e identidades de género en la escuela?"; el capítulo II se denomina "Una escuela garante de derechos: actualizando los manuales de convivencia desde las orientaciones sexuales e identidades de género no hegemónicas"; el capítulo III se denomina: "Construyendo camino en los derechos: aspectos cruciales para la revisión y aplicación de la ruta de atención con enfoque de orientaciones sexuales e identidades de género no hegemónicas"; el capítulo IV se titula: "La escuela desde nosotras mismas: la comunidad educativa construyendo una escuela garante de derechos"; y un capítulo final: "Familias homoparentales, madres y padres no heterosexuales: una mirada a la diversidad de las familias que integran las escuelas".
- 9 Dicha sentencia se refirió al caso de Sergio David Urrego, un joven de 17 años de edad que sostenía una relación sentimental con un compañero de su curso, por lo que la institución educativa lo remitió a citas psicológicas, le iniciaron un proceso disciplinario por manifestaciones excesivas y/u obscenas de afecto y le informó que los padres de su compañero lo habían denunciado penalmente por acoso sexual. Posteriormente Sergio se retiró del colegio y a los pocos días decidió suicidarse. Después de esto, su madre impetró tutela en contra del colegio por las conductas de discriminación en contra su hijo, y en contra de otras instituciones por su conducta omisiva ante dicha situación.

vacación de la moral y de las buenas costumbres" como excusa para prohibir ciertas conductas, y cuando afirma que no se nace hombre o mujer sino que ello es una construcción.

Este debate se dio en el marco de un desconocimiento de conceptos básicos, en donde incluso varios miembros del Senado asimilaban la homosexualidad con la intersexualidad, refiriéndose a los primeros como enfermos o anormales. Por ende, si bien el tema genérico de los derechos de la comunidad LGTBI no constituye parte del objeto de estudio de la presente investigación, es necesario comenzar por aclarar que existen diferencias entre ambas nociones, siendo incluso paradójico ubicarlas dentro de un mismo concepto.

Solo luego de una exposición de un panorama general de las diferencias en el desarrollo sexual será posible abordar el tema de la responsabilidad del Estado y de las entidades encargadas de prestar el servicio de salud por las intervenciones tempranas de asignación de sexo y de adaptación genética, no solo desde la compensación económica, sino a partir de un marco general de protección de sus derechos.

En este orden de ideas se hará una delimitación de los conceptos de transsexualidad, transgenerismo, diferencias de desarrollo sexual, entre otros. Para esto se examinará cuál es la postura actual de la Corte Constitucional con el fin de evaluar si esta es coherente con los estándares internacionales de protección en la materia. Metodológicamente, este ejercicio implica hacer uso del argumento comparado y concretamente de algunos ejemplos en la legislación y jurisprudencia extranjera, en los cuales se decide acerca del reconocimiento de los derechos de estas personas. Con base en los resultados de este análisis se plantea una hipótesis de trabajo con relación a las fuentes de la responsabilidad del Estado que pudieran predicarse en el caso de las personas que han sido intervenidas quirúrgicamente de manera temprana con el fin de reasignar su sexo o readecuar sus genitales.

1. ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES

Cuando nos referimos al sexo, normalmente aludimos al conjunto de características biológicas que definen a los individuos como hombres o como mujeres; la sexualidad, en cambio, es un término más comprensivo. En este sentido, Gorguet Pi sostiene que existen vertientes esenciales alrededor de la sexualidad: un aspecto biológico y otro de orden social. El primero se encuentra vinculado, además de a la finalidad reproductiva, al impulso, al deseo o a la capacidad de respuesta sexual y de goce. El segundo aspecto está a su vez moldeado desde la infancia, "cuando se adquieren ideas y actitudes hacia el sexo determinadas por el entorno familiar y escolar, ya que estas varían acorde con el sistema de valores morales que regulan las distintas clases sociales y las diferentes culturas, por lo que la sexualidad carece de validez universal para definir el comportamiento

sexual¹⁰. Por consiguiente, esta autora define la sexualidad como la manera en que cada persona expresa sus deseos, pensamientos, fantasías, actitudes, actividades prácticas y relaciones interpersonales, siendo el resultado de factores biológicos, psicológicos, socioeconómicos, culturales, éticos, religiosos, espirituales y comunicativos¹¹. Así entendida, es posible indicar que existen múltiples expresiones del término, tantas como seres humanos. Se trata de “una construcción histórica que reúne una multitud de distintas posibilidades biológicas y mentales –identidad genérica, diferencias corporales, capacidades reproductivas, necesidades, deseos y fantasías– que no necesariamente deben estar vinculadas, y que en otras culturas no lo han estado”¹².

Es posible observar cómo ha variado durante el siglo XX la concepción acerca del papel sexual del hombre y de la mujer en los países que han recibido la influencia de la cultura occidental, al tiempo que sorprende ver aún medidas represivas y penales, fundadas en motivos religiosos, de una sexualidad libre y flexible que, en general, se concibe como un derecho fundamental, en virtud del cual el ejercicio del sexo como placer y el inicio de la sexualidad a una edad temprana no deberían ser para el Estado un problema de connotación moral, sino un asunto de salud pública. Siguiendo con este enfoque y desde el punto de vista estrictamente biológico, el sexo es un impulso natural de los seres que se reproducen sexualmente para preservar su especie, utilizando la atracción que se genera en períodos cíclicos propicios para la fecundación; pero, en el ser humano, el sexo adquiere una dimensión más profunda por medio de la sexualidad, gracias a la cual podemos simplemente buscar placer, evitar intencionalmente la reproducción y compartir la atracción a partir de sentimientos y emociones.

Los argumentos expresados por quienes luchan por los derechos de la comunidad LGTBI permiten hoy día reflexionar sobre las numerosas y variantes facetas que puede tener la sexualidad humana y la necesidad de protección de las mismas. En la esfera de lo íntimo, tal vez el goce del sexo desde una perspectiva que es compartida por la mayoría de la población es considerado como la norma y, desde este punto de vista, y por oposición, se señala como “anormales” a las otras maneras de lograr ese goce.

1.1. DIFERENCIAS DE DESARROLLO SEXUAL

El maestro Bonnet habla de diferentes criterios para determinar el sexo de una persona: 1) sexo genético (integrado por el cromosómico y el cromatínico, ambos determinados desde la fecundación ovular); 2) sexo endocrino (conformado

10 ILIANA GORGUET PI, *Comportamiento sexual humano*, Santiago de Cuba: Editorial Oriente, 2008, p. 14.

11 *Ibíd.*, p. 17.

12 *Ibíd.*, p. 17.

por el gonadal –constituido por testículos, ovarios, hipófisis y suprarrenales, en donde la gónada se orienta de acuerdo al sexo cromosómico, pero antes de diferenciarse existe un tiempo muerto indiferenciado, en el que pueden tener lugar desviaciones del desarrollo normal sexo-gonadal– y el extragonadal –incluye tiroides y epífisis, que intervienen en lo que a masculinidad o feminidad se refiere); 3) sexo morfológico (compuesto por los caracteres genitales –estos son los que indefectible e insustituiblemente intervienen en la realización de la cópula– y extragenitales –que cumplen un papel diferencial en cuanto a la persona y en el juego precopulatorio–, y el copulativo o dinámico –integrado por los distintos tiempos de la cópula, que no son exactamente iguales para el hombre y la mujer); 4) sexo psicológico (dado por el componente endógeno que corresponde a la tríada cromosómico-endocrino-morfológico, y por un componente exógeno constituido por lo socio-ambiental, que tiene su representación en la educación y en el vestir); y, 5) sexo jurídico (que queda fijado con la inscripción del individuo en ocasión de su nacimiento, en el Registro del Estado Civil y de la Capacidad de las Personas)¹³.

Como se sabe, el sexo genético se determina al integrarse el cromosoma del espermatozoide, que puede ser X o Y, al cromosoma del óvulo, que siempre será X, dando como resultado un varón (XY) o una mujer (XX). Por su parte, el sexo endocrino, en términos de Bonnet, realmente engloba los aspectos gonadal y hormonal del sexo. Se sabe en la actualidad que los gonocitos o células ontogénicas primitivas están genéticamente dotados de una potencialidad masculina o femenina y provocan la diferenciación de las gónadas en ovarios o testículos. En efecto, para Audí Parera, durante las seis primeras semanas de vida fetal las estructuras sexuales son idénticas en los dos sexos y consisten en el “ribete” gonadal o genital que dará lugar al testículo y al ovario, las células germinales que penetran en la gónada indiferenciada, y que darán lugar a espermatozoides y ovocitos, dos pares de conductos, denominados de Wolff y de Müller (los primeros darán lugar a los genitales internos masculinos y los segundos a los femeninos), los genitales externos constituidos por el tubérculo genital, los pliegues labioescrotales y uretrales y el seno urogenital¹⁴. En el mismo sentido, Díaz y Merchant señalan:

... el “paradigma de Jost” estableció que la diferenciación sexual determinante en la sexualidad del individuo depende de la actividad endocrina de los testículos. Aún muy temprano en el desarrollo, en la gónada embrionaria indiferenciada se establecen redes moleculares a partir de vías alternativas de expresión, las cuales determinan la formación de ovarios o testículos. En este sentido, en los mamíferos,

13 EMILIO FEDERICO PABLO BONNET, *Medicina Legal*, López Libreros Editores, 2.ª ed., 1980, pp. 1600-1602. Citado por GASTÓN FEDERICO BLASI, “Disforia de género. Una investigación sobre el cambio de sexo y un proyecto de ley”, *Revista Persona* n.º 20, agosto de 2003.

14 L. AUDÍ PARERA, *Fisiología de la diferenciación sexual*, p. 1.

el establecimiento del sexo cromosómico ocurre desde el momento de la fertilización y durante la vida fetal se establece el sexo gonadal¹⁵.

Es así como el individuo desarrolla gradualmente los tejidos testiculares u ováricos, los cuales producen las hormonas correspondientes: andrógenos en el varón y estrógenos en la mujer. Ahora bien, en este proceso pueden ocurrir problemas relacionados con el desarrollo de las gónadas, durante un tiempo en que no hay diferenciación alguna, y ello a su vez interviene en la masculinidad o la femineidad del individuo.

Cuando no ocurren estos problemas, el sexo morfológico externo es la base para que los médicos indiquen el sexo del recién nacido, circunscribiéndose la asignación del sexo a la formación del pene y el escroto en el hombre, y de la vagina en la mujer. Sin embargo, es importante anotar que los genitales internos también hacen parte de este concepto y son, en el hombre, la próstata, los testículos, los canales deferentes, la uretra, las vesículas seminales, el epidídimo, el conducto eyaculador y las glándulas de Cowper; en la mujer, el útero y las trompas de Falopio.

La doctora Lugo se refiere a los criterios para determinar el sexo biológico considerado "normal", y reflexiona sobre la intersexualidad y la sexualidad como un aspecto inherente al ser humano. Asimismo, hace referencia a la inmutabilidad del sexo genético, pero reconoce que es posible su manipulación, en los siguientes términos:

... se discute si los padres pueden, moralmente hablando, escoger el sexo de sus niños/as y hacer uso de las técnicas cada día más refinadas para lograrlo. Pero lo que no parece posible es que cada individuo que nace pueda elegir posteriormente su sexo. Algunas teorías científicas apuntan al sexo genético como el determinante de los otros componentes biológicos del sexo. También resulta para muchos el responsable último del sexo individual de cada persona¹⁶.

Tratándose del sexo psicológico, tenemos que este hace referencia a la percepción de cada individuo para vivir su existencia conforme a las características propias de la sexualidad masculina o femenina, como se dijo, dependiendo de la época y con las connotaciones culturales de cada geografía. Según la doctora Lugo:

15 V. DÍAZ y H. MERCHANT, "Bases moleculares de la determinación sexual en mamíferos", *Ciencia Ergo Sum*, 15(003), noviembre-febrero, 2008/2009, pp. 287-296, citados en ÉLIDA VARGAS BARRANTES, "Bases de la diferenciación sexual y aspectos éticos de los estados intersexuales", *Reflexiones*, n.º 92, San José de Costa Rica, 2013, p. 142.

16 ELENA LUGO, "Sexualidad ambigua y ambivalencia clínica. Comentarios sobre la ponencia de la doctora Alicia Sotelo Lago, 'Intersexualidad en situación'", *Boletín del Consejo Académico de Ética en Medicina*, vol. 1, n.º 1, 2002, p. 96.

De modo que la identidad sexual determinada por la genética y por la configuración de los órganos genitales tanto internos como externos está en consonancia –por lo general– con la identidad psicológica de la persona y su reconocimiento social en cuanto varón o mujer. Ya en este nivel se puede introducir el concepto de género, acentuando las expectativas que la cultura expresa en relación con lo que significa ser varón o mujer¹⁷.

Por último, el sexo legal o también denominado de asignación es el que se otorga al menor en el registro civil de nacimiento, derivándose de este último unos efectos civiles, sociales y legales.

Cuando se presenta alguna incongruencia entre algunos de estos criterios empezamos a hablar de anomalías o trastornos; pero no podemos dejar de lado que la medicina, como todas las ciencias, es dinámica, y lo que hoy vemos como una anormalidad mañana tal vez no lo sea.

Adicionalmente, hay que diferenciar tres conceptos: 1) identidad de sexo, 2) identidad de género y 3) orientación sexual.

Para Machargo, la identidad sexual

... consiste en el reconocimiento de su propio sexo y del carácter de atributo permanente del mismo. Inicialmente se trata de una identificación externa (vestimenta, pelo...), que un niño es capaz de hacer desde los dos años. Entre los dos años y medio y los tres, la mayoría de los niños reconoce su sexo, aunque todavía puede cambiarse al modificar o introducir algún elemento nuevo externo. De los tres a los cinco años se acentúa el conocimiento de la identidad y permanencia del sexo por encima de los cambios externos; generalmente llegan a la conservación del sexo entre los cinco y siete años¹⁸.

Aunque el concepto esbozado por Machargo tiene un componente subjetivo, la identidad sexual tiene un espectro más amplio, pues ella está condicionada también por las características biológicas sexuales de una persona que incluyen los cromosomas (XX mujer o XY hombre) y los genitales externos e internos.

La identidad de género, por su parte, hace referencia al componente psico-social, es decir, se refiere a la percepción que un individuo tiene sobre sí mismo en cuanto a sentirse hombre o mujer o de un género alternativo. Mientras que la identidad sexual es un punto de partida que empieza con la asignación del sexo al momento del nacimiento, la identidad de género es el afianzamiento de manera permanente de dicha identidad.

García Leyva hace una revisión de las tres corrientes teóricas que se han propuesto examinar el proceso de construcción del *self* de género de una per-

17 Ob. cit., p. 97.

18 JULIO MACHARGO SALVADOR, *Formación y desarrollo de la identidad sexual en la infancia y en la adolescencia*, Universidad de las Palmas de la Gran Canaria, p. 176.

sona, en relación con los roles y estereotipos dominantes en la sociedad: la sociobiológica, el constructivismo social y la psicodinámica. Para este autor, la primera, la sociobiología, plantea un origen biológico y trata de explicar el comportamiento de género con base en las distintas estrategias adoptadas por varones y mujeres, a lo largo de la evolución, para garantizar el éxito reproductivo de la especie. La segunda busca los orígenes de las diferencias de género en el ámbito socio-cultural. De acuerdo con este planteamiento, el género es una construcción del lenguaje, la historia y la cultura concreta en un tiempo y un lugar específicos. Por consiguiente, dentro de un mismo contexto cultural pueden coexistir distintas construcciones de género. Y la tercera propone que la génesis del género reside en el proceso de identificación primaria. Mientras el niño tiene su objeto de deseo en la madre y se identifica con el padre, la niña tiene su objeto de deseo en el padre y se identifica con la madre¹⁹.

Por último, la orientación sexual hace referencia al desarrollo del gusto sexual por personas del sexo opuesto (heterosexuales), por el mismo sexo (homosexuales) o por ambos (bisexuales)²⁰.

Ahora bien, se ha denominado intersexual a la persona en la que se presentan discordancias en las características biológicas sexuales y por lo tanto no cabe en las definiciones típicas de masculino o femenino, generalmente porque comparte aspectos de ambos. Según Sterling, los seis tipos más comunes de intersexualidad son: 1) hiperplasia andrenocortical congénita (antes llamada pseudohermafroditismo femenino), causada por una disfunción hereditaria de una o más de seis enzimas implicadas en la síntesis de hormonas esteroides. Esta se evidencia en la aparición, en el bebé XX (femenino), de una masculinización genital de leve a severa, que puede ser de nacimiento o posterior; 2) *Síndrome de insensibilidad a los andrógenos* (antes llamado pseudohermafroditismo masculino), en el que los bebés XY (masculino) presentan una feminización de los genitales (aparición de mamas y silueta femenina), dado que el cuerpo no se muestra receptor a la testosterona; 3) disgénesis gonadal, la cual se presenta en individuos, por lo general XY, cuyas gónadas no se desarrollan adecuadamente. Los rasgos clínicos son heterogéneos y puede darse por causas genéticas o de otra índole; 4) hipospadias, en donde diversas causas alteran el metabolismo de la testosterona. Los rasgos clínicos más definitorios se perciben en la uretra, pues esta no se abre al exterior por el extremo del pene, pudiendo abrirse en la parte inferior del glande (forma leve), en el tronco del

19 PATRICIA GARCÍA LEYVA, "Identidad de género: modelos explicativos", *Escritos de Psicología*, n.º 7, septiembre de 2005, p. 72.

20 Consideramos que pueden existir otras posibilidades, pues hay personas que bien pueden sentirse atraídas por personas con un sexo alternativo o indeterminado, o incluso por personas que tienen un sexo biológico y un género diferentes, o simplemente por hombres muy afeminados o mujeres con comportamientos muy masculinos, y estrictamente no cabrían en la triple definición anterior.

pene (forma moderada) o en la base (forma severa); 5) Síndrome de Turner, el cual es causado por la carencia del segundo cromosoma X en las mujeres, lo que impide que los ovarios se desarrollen. Aquí la estatura tiende a ser baja y los caracteres sexuales secundarios están ausentes; 6) Síndrome de Klinefelter en el que el varón posee un cromosoma X de más (XXY), por lo que se trata de una forma de disgenesia gonadal esterilizante que suele venir acompañada de un crecimiento mamario en la pubertad²¹.

Sin embargo, hay que aclarar que para algunos las hipospadias pueden ser la expresión física de un estado intersexual o simplemente una malformación que genera ambigüedad genital²². Del mismo modo, no todos los estados intersexuales generan ambigüedad genital, y hay personas en las que se presenta ambigüedad genital sin que ello sea estrictamente un estado intersexual, como por ejemplo en las personas de sexo genético, hormonal y gonadal masculinos que presentan un pene demasiado pequeño que no puede llegar a ser funcional o las mujeres que presentan un megaclítoris²³. No obstante, en los casos anteriores el protocolo para el tratamiento médico ha sido similar, por lo que nos referiremos a ellos bajo la denominación genérica de estados intersexuales o personas con diferencias de desarrollo sexual.

Sterling muestra cómo desde la Antigüedad los hermafroditas eran considerados seres monstruosos, pero a partir de fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX los escritos del biólogo Isidore Geoffroy Saint-Hilaire, creador de la teratología (estudio y clasificación de nacimientos irregulares), abrieron una perspectiva de intervención con el fin de normalizar los cuerpos. Con ello, varios investigadores empezaron a hacer diferenciaciones entre hermafroditas verdaderos y falsos, auténticos o espurios y se llegó a las intervenciones de asignación de género a partir del concepto de "sexo predominante/verdadero", definido inicialmente en términos de la apariencia de los genitales externos (teoría de James Young Simpson), luego en términos de las gónadas (teoría de Theodor Albrecht Klebs) y más tarde en términos del sexo cromosómico. No obstante, en los años cincuenta del siglo XX, Albert Ellis y el psiquiatra y sexólogo John Money de la Universidad Johns Hopkins de Estados Unidos reemplazarían la teoría del "sexo verdadero"²⁴.

21 ANNE FAUSTO STERLING, *Cuerpos sexuados. La política de género y la construcción de la sexualidad* (2000), Ambrosio García Leal (trad.), Barcelona: Melusina, 2006, p. 72.

22 M. MARÍN, CARLOS M., TIBISAY DEL C. ROJAS, "Aspectos etiopatogénicos del paciente con hipospadias", *Revista del Instituto Nacional de Higiene Rafael Rangel*, vol. 36, n.º 2, Caracas, 2005, p. 72.

23 F. J. PELAYO BAEZA, I. CARABAÑO AGUADO, F. J. SANZ SANTAELIFEMIA y E. LA ORDEN IZQUIERDO, "Genitales ambiguos", *Pediatría Atención Primaria*, 13(51), 2011, p. 431.

24 ANNE FAUSTO STERLING, ob. cit., pp. 54-57.

Money sostenía que el género del niño no depende de la base biológica y que los conceptos de masculino y femenino no tienen base biológica alguna. Sin embargo, el esquema psicológico del menor se desarrolla en consonancia con el cuerpo, por lo que en los casos de ambigüedad genital la intervención médica es urgente e imperativa, siendo necesario asignar quirúrgicamente y de manera temprana un sexo al menor, que normalmente resultaba ser el femenino, y consecuentemente los padres debían tratarlo sin ambigüedad alguna. Para Money, el elemento determinante para tomar la decisión sobre la asignación sexual es la futura apariencia y funcionalidad de los genitales, desde el punto de vista reproductivo y sexual²⁵.

La tesis de este autor es sin embargo fuertemente cuestionada hoy por organizaciones de derechos humanos, por defensores de la comunidad LGTBI y desde el mismo ámbito médico, por considerar que la razón verdadera para efectuar cirugías "correctivas" en los niños era el de resolver la "emergencia social" que generaba la existencia de bebés que rompían con la concepción cultural de hombre-mujer y con las estructuras religiosas y legales mayoritarias²⁶. Según Cheryl Chase, fundadora y directora de la Intersex Society of North America, Money fue validado porque en esa época era más sencillo producir quirúrgicamente una niña que un niño, sin importar que se perdiera el tejido genital sensitivo, ya que en esa época no se reconocía valor al placer sexual femenino²⁷.

Dentro de los cuestionamientos hechos a las tesis de Money encontramos los trabajos de Milton Diamond, quien en un artículo de 1959, titulado "Una evaluación crítica de la ontogenia de la conducta sexual humana", sostuvo que la identidad de género está determinada en el cerebro desde la concepción. Este autor hizo además un seguimiento al caso conocido hoy en la literatura médica como John/Johan y descubrió que las publicaciones de Money, que sostenían el éxito de su experimento y que sirvieron como sustento para que se siguiera practicando su modelo, estaban basadas en equivocaciones. Por ejemplo, Bruce Reimer nació en 1965 en Canadá y por una mala práctica médica en el proceso de circuncisión sufrió la pérdida de su pene. Sus padres acudieron entonces al doctor Money, quien a los 17 meses de edad le practicó una cirugía de reasignación sexual y pasó a llamarse Brenda, iniciando todo el tratamiento requerido. Sin embargo, Bruce siguió teniendo claras conductas masculinas y al llegar a la pubertad se negó a realizarse una cirugía para elaborar una vagina. Sus padres decidieron contarle la verdad y abandonaron

25 *Ibíd.*, pp. 66, 85-87.

26 Es abundante la literatura científica sobre este tema. Es posible encontrar escritos académicos en medicina, especialistas en género, feministas y defensores de los derechos de la comunidad LGTBI. Ver, de manera general, STERLING, *ob. cit.*, p. 65, 68; ELENA LUGO, *ob. cit.*, 106-107.

27 JUDITH BUTLER, *Des hacer el género*, Barcelona: Paidós, 2006, capítulo 3: "Hacerle justicia a alguien, la reasignación de sexo y las alegorías de la transexualidad", p. 97.

el acompañamiento de Money. El doctor Keith Sigmundson comentó el caso con Milton Diamond e iniciaron la investigación del mismo, la cual culminó con su divulgación en 1997, con el fin de que el error no se siguiera replicando. En un mismo sentido, el periodista John Colapinto publicó el libro *Tal como la naturaleza lo hizo*, obra en la que narra la vida de Bruce, llamado David en sus últimos años de vida, antes de suicidarse en el año 2004. Hoy en día, el paradigma médico ha variado hacia la postergación de estas cirugías al menos hasta la pubertad, con el fin de que la propia persona pueda dar su consentimiento informado. Ello, sin perjuicio de que se le asigne un sexo al menor de acuerdo con el género que tenga más probabilidad de adoptar.

En 2005 se reunieron representantes de varias asociaciones de pacientes y sociedades médicas y acordaron, en lo que posteriormente se llamó el consenso de Chicago, llamar cualquier situación intersexual "*disorders of sex development*" (DSD), quedando relegada la terminología según la cual se denominaba "hermafrodita" a toda persona con características físicas "ambiguas", y "pseudohermafrodita" a aquellas personas que tenían discordancias entre el sexo cromosómico y las gónadas y/o los genitales²⁸.

En el III Curso de actualización sobre desarrollo sexual diferente organizado en 2015 por la Sociedad Española de Endocrinología Pediátrica se abordó, entre otros, este tema. Y es que, según Audí y Fernández-Cancio, el Consenso de Chicago no proscribió el término "estados intersexuales" ya que se incluyó como "*intersex disorders*", situación que ha generado una tendencia, originada desde disciplinas como la sociología, la antropología y la psicología, así como por los grupos de activistas sociales, a criticar esta terminología médica, y así dar a entender que estas personas presentan anomalías. A partir de dichas posturas se ha generalizado el término de "variantes" o "diferencias del desarrollo sexual, "*different sex development*" (DSD)²⁹. Sin embargo, en este texto utilizaremos ambos términos como sinónimos, para ser fieles a las citas de los textos consultados.

1.2. TRANSEXUALIDAD

Transexuales son aquellas personas que presentan una discordancia entre su sexo psicológico y su sexo biológico, esto es, el hombre que se concibe como mujer o la mujer que se siente hombre. Según Farré Martí y Lasheras Pérez,

El transexualismo entró en la literatura médica en 1853 cuando Frankel describió el caso de Srefakind Blank, cuyo cuerpo examinó post-mortem. Blank se habría

28 LAURA AUDÍ y MÓNICA FERNÁNDEZ-CANCIO, "Mesa redonda. La atención integral a los DSDs desde la perspectiva médica. Terminologías, registros y proyectos colaborativos", *Revista Española de Endocrinología Pediátrica*, vol. 6, suplemento 2, 2015, p. 16.

29 *Ibíd.*, pp. 16-17.

suicidio ahogándose, cuando estaba a punto de ser arrestado por la policía. Desde pequeño aprovechaba cualquier oportunidad para disfrazarse de mujer. Acosado por la ley, sufrió prisión repetidas veces por su reiterado travestismo y su excesiva afición a la seducción de jóvenes muchachos a los que acostumbraba traspasar sus enfermedades venéreas³⁰.

Paulatinamente se fueron documentando estudios sobre el tema en los que se utilizaban términos como travestismo, invertidos sexoestéticos o eonistas, en honor del espía Eon, que vivió la última mitad de su vida como mujer, hasta que Caldwell introdujo el nombre de psicopatía transexual. Posteriormente en la monografía de Green y Money titulada "Transexualismos y reasignación de sexo" se hizo la primera descripción sistemática del síndrome³¹.

En 1952 el cirujano Christian Hamburger, en Copenhague, practicó la primera intervención quirúrgica de adaptación morfológica genital, que fue exitosa y alcanzó difusión internacional. El paciente, un ex soldado norteamericano de la Segunda Guerra Mundial, murió en 1989 como Cristina Jorgensen, y su historia se conoce no solo gracias a la publicación de su autobiografía en 1967, sino porque siempre aceptó e hizo pública su condición.

En el Manual Estadístico y Diagnóstico de los Trastornos Mentales de la Asociación Americana de Psiquiatría DSM V vemos que la disforia de género, tanto en niños como en adolescentes y adultos, se define como "una marcada incongruencia entre el sexo que uno siente o expresa y el que se le asigna, de una duración mínima de seis meses"; es importante resaltar que el sexo que se siente puede ser el opuesto al biológico o un sexo alternativo. No obstante, para los niños debe cumplir un mínimo de seis características y puede estar acompañado de un trastorno del desarrollo sexual, por ejemplo, un trastorno adrenogenital congénito como hiperplasia adrenal congénita o síndrome de insensibilidad androgénica³². Se considera en el presente estudio que, si una persona transexual opta por la readecuación quirúrgica al sexo sentido como

30 J. M. FARRÉ MARTÍ y M. G. LASHERAS PÉREZ, "Trastornos de la identidad sexual", en *Tratado de psiquiatría*, Editorial Aran, 2000, pp. 603-613.

31 *Ibíd.*

32 Asociación Americana de Psiquiatría. *Guía de consulta de los criterios diagnósticos del DSM-5*, trad. Burg Translations, Inc., Arlington: Asociación Americana de Psiquiatría, 2013, pp. 239-240. Para los niños, los criterios son los siguientes: 1. Un poderoso deseo de ser del otro sexo o de un sexo alternativo distinto del que se le asigna; 2. En los chicos y chicas, una fuerte preferencia para vestir ropas típicas del sexo opuesto al asignado; 3. Fantasías referentes a pertenecer al otro sexo; 4. Una marcada preferencia por los juguetes, juegos o actividades habitualmente utilizados o practicados por el sexo opuesto; 5. Una marcada preferencia por compañeros de juego del sexo opuesto; 6. Un marcado disgusto con la propia anatomía sexual y un fuerte deseo por poseer los caracteres sexuales tanto primarios como secundarios correspondientes al sexo que se siente. En relación con los adolescentes y adultos, deben cumplirse dos de estas características.

propio, debe dejar de considerársele como tal y tratarla social, legal y médicamente como ha escogido ser.

1.3. TRANSGENERISMO

Transgénero es un concepto general, no propio de la medicina, que se refiere a aquellos que viven como personas del género opuesto o diferente al que pertenecen biológicamente; o referido a las personas que constantemente transitan de un género al otro. Mas Grau muestra las diferencias entre transexualidad y transgenerismo. Mientras que la primera corresponde a un concepto médico para legitimar las intervenciones quirúrgicas sobre las personas que rechazan su género de asignación, el transgenerismo es un concepto desarrollado por las propias personas trans para desvincularse de la visión biomédica de sus cuerpos y para problematizar las categorías duales (masculino-femenino) que conforman el género y el sexo³³.

Resalta el autor que es paradójico que se acepte adecuar quirúrgicamente el cuerpo de un transexual cuando se considera precisamente que sufre un trastorno mental, y también hace hincapié en la imposibilidad de separarse totalmente de su sexo biológico, el cual se puede seguir manifestando en aspectos físicos como la presencia de la nuez de adán o la estructura ósea de las manos. Siguiendo este enfoque, el autor expone que la doctora en farmacología Virginia Prince (antes Charles Prince) acuñó el término transgenerista para diferenciarse de los transexuales y los travestidos, cuando decidió vivir como mujer conservando sus genitales masculinos. Cuenta también cómo Leslie Feinberg, en un panfleto fechado 1992, le dio su significación actual, al sostener que es necesario establecer una alianza que incluya a todas las personas marginadas que no se ajustan a las normas binarias de género, como los travestidos, transexuales, *drag queens*, *drag kings*, andróginos, hombres afeminados, etc. Afirma que, así como el gay se ganó un espacio de respeto y aceptación en contraposición al extrovertido afeminado, el transexual tiende a mirarse como una persona de mejor clase que el transgénero, precisamente porque busca insertarse en la lógica normal de lo masculino y femenino³⁴.

De otra parte, una interesante investigación sobre las diferencias entre mujeres transexuales y transgénero publicada en Chile por Nosedá Gutiérrez afirma que desde 1990 dentro de la comunidad LGBT se han diferenciado cuatro categorías de personas *trans*:

33 JORDI MAS GRAU, "Transexualidad y transgenerismo. Una aproximación teórica y etnográfica a dos paradigmas enfrentados", *Revista de Dialectología y Tradiciones Populares*, vol. LXX, n.º 2, julio-diciembre, Universidad de Barcelona, 2015, p. 486.

34 *Ibíd.*, pp. 492-493.

Dentro de lo trans se encontrarían muchas formas de ser persona trans, como son: transexuales, que desearían una cirugía de reasignación sexual; transgénero, que no desearían una cirugía de reasignación sexual; transformistas, que realizarían una actuación artística del género contrario por algunas horas, sin sentirse pertenecientes a dicho género; y personas intersex, nacidas con ambos sexos (Mums, 2008). Como se puede apreciar, lo trans es extenso y lo entenderemos en este estudio como el grupo que abarca a las cuatro categorías anteriormente expuestas, siendo que nos referiremos también a la transexualidad como ese todo³⁵.

Hay que aclarar que en el artículo se cita el DSM IV, que data de 1994, y la Clasificación Internacional de las Enfermedades de la Organización Mundial de la Salud, CIE 10, que data de 1992, época en la que la transexualidad se consideraba un trastorno de la identidad sexual, ubicándose en el mismo capítulo de las parafilias y los trastornos sexuales (como eyaculación precoz, trastornos del orgasmo, entre otros). Sin embargo, al revisar el DSM V de 2013 vemos que hoy se categoriza dentro del concepto de disforia de género, en un aparte diferente a las disfunciones sexuales y los trastornos parafílicos.

Noseda Gutiérrez parte de un estudio realizado en 10 mujeres, 5 transexuales y 5 transgénero, y hace las siguientes diferenciaciones: el transexualismo es la condición de una persona que no acepta su cuerpo y busca cambiar o remover el aspecto no deseado, el pene en el caso del estudio; la sexualidad para estas personas se torna frustrante por el hecho de tener un órgano sexual no deseado; en cambio, la mujer transgénero acepta su cuerpo y disfruta la doble dimensión placentera que puede generar tener mamas y pene. Estas personas, a diferencias de las transexuales, se aceptan como mujeres trans, esto es, mujeres que no pueden menstruar ni dar a luz, pero que tienen un órgano que las otras no tienen y lo pueden disfrutar, por lo que no caben dentro del concepto binómico y también son ajenas al feminismo porque este lo legitima.

Por último, partiendo del concepto de orientación sexual, es posible diferenciar las personas con diferencias de desarrollo sexual, los transexuales y los transgénero de los homosexuales, pues estas tres categorías bien pueden coexistir con orientaciones homosexuales, heterosexuales, bisexuales o cualquiera otra posible. Un hombre gay tiene una identidad de género masculina, pero es atraído por varones y lo es independiente de que sea afeminado o no. En el mismo sentido aplica para las lesbianas. Una mujer transexual (hombre-mujer) tiene una identidad de género femenina y, aunque pueda tener cualquier orientación sexual, nunca sería un hombre gay.

El concepto de transgénero incluye, como se indicó, a los travestistas y los transformistas. El travestismo es considerado, según el DSM V, como un

35 JANETH NOSEDA GUTIÉRREZ, "Muchas formas de transexualidad: diferencias de ser mujer transexual y de ser mujer transgénero", *Revista de Psicología de la Universidad de Chile*, vol. 21, n.º 2, diciembre, 2012, pp. 9-10.

trastorno parafílico³⁶ referido a aquellas persona que manifiestan excitación sexual derivada del hecho de vestirse con prendas del sexo opuesto, y que se manifiesta por fantasías, deseos irrefrenables o comportamientos que causan malestar significativo o deterioro en lo social, laboral u otras áreas importantes. En este orden de ideas, estas personas asumen temporalmente una identidad atribuida socialmente al sexo opuesto, si bien se sienten satisfechas con su identidad sexual biológica. Con frecuencia las demás personas las perciben como homosexuales, pero la mayoría son heterosexuales. Los transformistas, en cuanto a ellos, son personas que adoptan identidades del sexo opuesto en contextos de noche, festivos o de espectáculo. Pueden ser *drag queens* o *drag kings*, dependiendo de la imagen que desean proyectar como hombre o mujer. No son transexuales porque no desean cambiar de sexo, pueden tener cualquier orientación sexual, y nada se opone, desde la medicina moderna, a que tengan alguna condición intersexual; y, a diferencia del travestismo, el transformismo no es considerado un trastorno parafílico. Una vez aclarados estos conceptos, pasamos a examinar la manera en que son desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

2. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Varias sentencias de tutela en nuestro país se han referido a situaciones de personas con diferencias de desarrollo sexual, y de personas transexuales.

En la sentencia T-477 de 1995, la Corte se pronunció sobre el caso de un niño que sufrió la cercenación de sus genitales externos cuando tenía seis meses de edad, por lo que le fue practicada inicialmente una meatomía y posteriormente, con autorización dudosa de sus padres, que eran analfabetas, le fue asignado quirúrgicamente el sexo femenino cuando tenía seis años de edad. Posteriormente el menor se identificó con el rol masculino. En la acción de tutela se pretendía acceder a las intervenciones médicas para restablecer la identificación sexual masculina del menor. La Corte concluyó que los padres se encuentran legitimados para adoptar ciertas decisiones en relación con los tratamientos médicos de sus hijos, incluso, a veces, en contra de su voluntad. Para esto, ponderó además el principio de autonomía con el principio de beneficencia que debe regir la actividad médica y aclaró que aunque no es posible establecer reglas generales por las particularidades de cada caso, siempre debe tenerse en cuenta: 1) la urgencia del tratamiento; 2) el grado de afectación de la autonomía actual y futura del menor; 3) el alcance ordinario o invasivo de la práctica médica, y 4) la edad del niño³⁷. La Corte ordenó que se le prestara el tratamiento integral físico y psicológico requerido para la readecuación solici-

36 DSM V, p. 378.

37 Sentencia T-477 de 1995, pp. 28-31.

tada, previo consentimiento informado; adicionalmente, hacer la corrección registral con la asignación de sexo masculino y la remisión de copia del fallo a la Defensoría del Pueblo para que se le designara un abogado para iniciar el correspondiente juicio de responsabilidad civil por el daño sufrido debido a la "readecuación de sexo" practicada sin su consentimiento, dado que el consentimiento de sus padres no era válido y la cirugía que se le practicó a los seis años de edad no era urgente.

Aunque esta sentencia parecía sostener que en ningún caso pueden los padres autorizar el cambio de sexo de sus hijos, una decisión posterior de la Corte Constitucional abre la puerta para que opere el consentimiento de los padres. Mediante la sentencia de unificación SU-337 de 1999 se analizó el caso de una bebé a la que se le asignó sexo femenino, pero a la que cuando tenía tres años se le diagnosticó pseudohermafroditismo masculino, por lo cual se recomendó la extirpación de las gónadas y la remodelación del falo (clitoroplastia), de los labios y de la vagina, no obstante que los exámenes genéticos arrojaron un cariotipo 46 XY (masculino). El ISS por su parte se negó a hacer la intervención argumentando que la madre no podía autorizarla. La niña al momento del fallo de tutela tenía siete años de edad, motivo por el cual la Corte ordenó que se constituyera un equipo interdisciplinario para acompañar el proceso de toma de decisión de la propia menor "cuando goce de la autonomía suficiente para prestar un consentimiento informado sobre la cirugía y los tratamientos hormonales"³⁸. La Corte concluyó que, en las 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, previa asesoría de un grupo interdisciplinario de médicos, cirujanos, psiquiatras, psicólogos y trabajadores sociales que velen por la salud del menor. No obstante, aclaró que cuando la decisión de los padres no coincide con la del equipo interdisciplinario, estos pueden negarse a realizar la intervención si consideran que con ello se preserva el principio de beneficencia del menor.

Ahora bien, se considera que en el caso de mayores de 5 años debe prevalecer la decisión del propio menor, porque a esta edad ya se ha superado el umbral crítico de la identificación de género y por las consecuencias traumáticas que puede generar una intervención tan invasiva como el cambio de sexo.

La Corte en su fallo se refirió tanto a los "estados intersexuales" o "hermafroditismos" como a la "ambigüedad genital", por cuanto tienen tratamientos similares, pero dejó en claro que los padres siempre podrán dar el consentimiento sustituto cuando haya un riesgo para la vida o la salud de los menores. Aquí el debate recae exclusivamente sobre si la asignación temprana de género debe o no acompañarse de cirugías y tratamientos hormonales a menores, destinados a adecuar la apariencia de los genitales al sexo asignado, o si esas intervencio-

38 Sentencia SU-337 de 1999, p. 102.

nes médicas deben ser postergadas hasta que la propia persona pueda dar un consentimiento informado.

En líneas generales, el juez constitucional determinó lo siguiente: 1) es absolutamente claro que hay que mirar cada caso específico; 2) el perfil psicológico prevalece sobre el criterio estructural o biológico, ya que es el que permite de mejor forma el libre desarrollo de la personalidad; 3) los estados intersexuales o de ambigüedad genital dejan en entredicho la existencia de solo dos sexos; 4) el consentimiento debe ser informado, cualificado y persistente, esto es, debe haber la suficiente información en cuanto a los riesgos, beneficios y otros tratamientos médicos alternativos. Este proceso debe desarrollarse en conjunto con un equipo médico e interdisciplinario especializado³⁹; 5) por regla general, los padres son los responsables de expresar el consentimiento de sus hijos menores de edad; sin embargo, cuando tengan la madurez suficiente debe prevalecer la voluntad informada de estos; 6) si resulta evidente que la decisión del menor y de sus padres es contraria al principio de beneficencia, los médicos pueden negarse a realizar la intervención de reasignación de sexo.

La Corte se basó, para tomar su decisión, en que existe discusión sobre la caracterización de la ambigüedad sexual como una urgencia médica de tipo social y psicológico, dado que los conceptos médicos van desde la defensa de las intervenciones quirúrgicas y hormonales tempranas, con límites que van de los tres a los cinco años de edad, para facilitar la identificación sexual, hasta aquellos que sostienen que esas prácticas médicas deben postergarse hasta que la persona pueda dar libremente su consentimiento, lo cual no significa que no se le pueda asignar un género al menor y educarlo en tal sentido; ello unido a que no existen estudios empíricos concluyentes que apoyen una u otra postura científica.

Luego, en la providencia T-551 de 1999, la Corte Constitucional falló el caso de una niña de dos años de edad que padecía de pseudohermafroditismo femenino, esto es, masculinización de sus genitales. En dicha oportunidad, la Corte tuteló los derechos de la menor y ordenó la realización de la cirugía de manera urgente con los respectivos tratamientos adicionales necesarios. Esta sentencia amplió el concepto de consentimiento "informado, cualificado y persistente" y reconoció que, aunque es tema que deben regular los protocolos médicos y el legislador, en estos casos debe brindarse información muy depurada sobre el tratamiento y sobre otras opciones, lo que hace que la persona comprenda los riesgos y beneficios de las terapias y las otras posibilidades que existen, incluso la de no realizar intervención alguna. También se debe explicar que se le puede asignar un sexo al menor independientemente de la reasignación quirúrgica del sexo. Los plazos, por su parte, aseguran que la autorización sea "la

39 El consentimiento se puede obviar cuando se hace necesaria una intervención médica para preservar la vida, cuando la libertad de conciencia y de cultos ponen en peligro la propia existencia, por motivos de sanidad pública, entre otros.

expresión de una opción meditada, sólida y genuina", pero es necesario encontrar un punto medio para que puedan realizarse las intervenciones quirúrgicas, si ese fuere el caso, sin que el consentimiento sea producto de la crisis emocional del momento. Formalidades –como la autorización escrita– son útiles para mostrar la seriedad del asunto y asegurar el cumplimiento de los otros requisitos.

En sentencia T-692 de 1999, la Corte autorizó la cirugía a una menor de dos años que presentó al nacer problemas de ambigüedad genital, siempre y cuando se comprobara que la autorización paterna reunía las características de "consentimiento informado, cualificado y persistente".

En igual sentido, ante un caso muy similar se pronunció en sentencia T-1390 de 2000, aunque en esta oportunidad la Corte tuvo en cuenta que, según los conceptos médicos, la vida y la integridad del menor estaban en peligro.

Posteriormente, en la sentencia T-1025 de 2002 la Corte conoció el caso de un menor de ocho años de edad que presentó pseudohermafroditismo femenino. En efecto, al nacer se le asignó al menor el sexo masculino por la presencia de falo, aunque carecía de gónadas; exámenes posteriores dieron como resultado un cariotipo 46-XX (femenino) y la presencia de *útero y ovario*. La Corte concluyó que en dicho caso era procedente el consentimiento asistido, dando especial importancia a que la identidad de género del menor ya se encontraba intensamente orientada social, cultural y psicológicamente hacia el sexo masculino, por lo que no era válido someterlo a los efectos psicológicos traumáticos generados por su estado de indeterminación sexual.

Hay que aclarar, sin embargo, que cumplir los cinco años de edad no habilita automáticamente al menor para tomar una decisión, sino que pierde relevancia el consentimiento sustituto y la adquiere el consentimiento asistido del menor, esto es, con la participación de los padres, siempre y cuando la identidad de género del infante se encuentre acentuada social y psicológicamente y se cumpla con los demás requisitos del consentimiento. Ello porque, según la Corte, la intervención de la ciencia médica en el caso de los estados "intersexuales" tiene como fin definir un sexo, no cambiarlo, dado que la identidad sexual como elemento estructural de la identificación de las personas tiene dos vertientes, estática y dinámica: "independientemente de los caracteres anatómicos y fisiológicos de la persona (visión estática), el género adoptado por ésta (visión dinámica) determina la formación de su personalidad a partir de su actitud sicosocial y cultural"⁴⁰.

En el mismo sentido fueron falladas las sentencias T-1021 de 2003^[41] y T-912 de 2008^[42], en las que la Corte conoció sendos casos de menores con "herma-

40 Sentencia T-1025 de 2002, p. 29.

41 La Corte en este caso negó el amparo solicitado porque al momento del fallo ya se habían realizado las intervenciones quirúrgicas necesarias, aunque ordenó que se continuara suministrando la atención médica, terapéutica y psicológica requerida por el menor.

42 La Corte decidió que fuera el niño quien tomara la decisión sobre la procedencia de la cirugía, pues ya tenía cinco años cumplidos de edad.

froditismo verdadero" a quienes las entidades accionadas se negaron a realizar la cirugía respectiva para reasignar su sexo biológico.

Consideramos que en aquellos casos en que la decisión del menor que haya superado el umbral de los cinco años de edad coincida con la del equipo médico, pero no con la de sus padres, si resulta evidente que postergar los tratamientos quirúrgicos y hormonales lo afectará psicológica y socialmente, debería habilitarse un mecanismo expedito con la participación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o de los jueces de familia, para hacer que prime el principio de beneficencia.

Más recientemente, en la sentencia T-622 de 2014, la Corte decidió la tutela instaurada por una madre en favor de su hijo de 11 años de edad, quien fuera registrado al nacer como una niña, para efectos de que se le brindara la cirugía de reasignación de sexo, debido a que este nació con hermafroditismo masculino, pero su identidad sexual declarada era masculina. La Corte ordenó continuar de forma prioritaria el acompañamiento especializado con el fin de que los profesionales fijaran un diagnóstico, asistieran, orientaran y asesoraran al menor y a sus padres, y que posteriormente se consultara a estos acerca de la decisión final adoptada y, en caso de que fuera afirmativa y coincidiera con el concepto emitido por el equipo interdisciplinario, se realizara la cirugía y los tratamientos hormonales requeridos. Ello porque "el consentimiento expresado por el niño, sumado a la edad y madurez que tiene, no es un factor suficiente para que el juez constitucional ordene a una entidad de salud realizar la cirugía de adecuación o asignación de sexo".

Pareciera ser que se replantea la posición sentada en la sentencia SU-337 de 1999, dado que se cita el informe temático "Personas trans e intersex. Discriminación por motivo de sexo, identidad de género y expresión de género" de la Comisión Europea de Expertos, en el que se resaltan las conclusiones del Consejo de Ética alemán; la "Guía para Personal de Salud sobre Salud Sexual y Reproductiva y Prevención de la Violencia hacia Población LGTB" del Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires, Argentina; el Informe del 1 de febrero de 2013 del Relator Especial para las Naciones Unidas sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, y los principios 17 y 18 de Yogyakarta, entre otros.

En estos se precisa que, en los casos de modificación genital con fines de normalización estética o funcional, se viene abogando por que todos los Estados deroguen cualquier normatividad que permita la realización de tratamientos irreversibles e intrusivos que se apliquen o administren sin el consentimiento libre e informado del paciente, y que, especialmente cuando se trata de menores de edad, debe promoverse el principio de mínima intervención hasta tanto el menor pueda expresar su voluntad informada, salvo si hay riesgo para la vida o la salud de este.

Por último, queremos aclarar que el reconocimiento de los derechos de las personas con diferencias de desarrollo sexual tiene una connotación ab-

solamente diferente a la de los transexuales, puesto que en relación a los primeros el paradigma actual tiende a respetar su derecho a la autodefinición sexual mediante la moratoria o postergación de las intervenciones quirúrgicas y hormonales mientras no tengan la capacidad y madurez para decidir por ellos mismos, mientras que para los segundos se busca el respeto a su identidad y autoconcepción a partir de intervenciones quirúrgicas que ellos han pedido siendo mayores de edad y por medio de medidas legislativas que reconozcan su autopercepción de género.

Los padres de un bebé que nace con una diferencia de desarrollo sexual deben resolver asuntos nada sencillos: ¿cómo ha de nombrarse a la persona cuyo sexo no se ha definido?, ¿de qué color va a ser su ropa?, ¿con qué orientación ha de criársele?, ¿debe jugar con muñecas, con carritos o con ambos?, ¿cómo se inscribe en la guardería?, ¿debe estudiar en un colegio mixto?, ¿qué pasa si los padres tienen discrepancias en cuanto a la educación que se le ha de impartir en relación a este tema?, ¿qué hacer si no quiere ser hombre o mujer sino ambos?

En cambio, de acuerdo con la literatura médica arriba expuesta, una persona transexual tiene claro en su interior lo que es, y busca respuestas en la sociedad frente a su desubicación respecto del mundo normal: ¿qué implicaciones tiene el cambio quirúrgico de sexo en la edad para pensionarse, en los documentos de identidad, en el ingreso a la educación, en los matrimonios celebrados antes de la reasignación quirúrgica de sexo, en la filiación con los hijos concebidos o en el cumplimiento de penas privativas de la libertad?

3. ALGUNOS CASOS PARADIGMÁTICOS EN LA JURISPRUDENCIA Y LA LEGISLACIÓN INTERNACIONALES

El criterio jurídico o legal concreta los derechos que le son inherentes a la persona conforme a su definición legal como hombre, mujer o como persona de un género indeterminado. Por ejemplo, hoy en Colombia, ¿se puede dejar en blanco la casilla de identificación sexual de un niño con diferencias de desarrollo sexual?, ¿a qué centro de reclusión debe ir una persona que comete un delito cuando tiene genitales ambiguos o diferencias de desarrollo sexual?, ¿a qué edad se pensiona?, ¿con qué sexo registral puede contraer matrimonio?

3.1. EL CASO *M.C. v. AARONSON*

En el caso *M.C. v. Aaronson*⁴³, la jurisprudencia norteamericana conoció por primera vez un caso federal desde que empezaron las cirugías de normalización

43 Todos los antecedentes pueden consultarse en: <http://www.splcenter.org/get-informed/case-docket/mc-v-aaronson>

genital en la década de 1950, y aunque todavía no hay una decisión definitiva, puede marcar un hito para los derechos de las personas con diferencias de desarrollo sexual.

M.C. nació prematuramente en noviembre de 2004 y fue puesto al cuidado del Departamento de Servicios Sociales (SCDSS) de Carolina del Sur, dado que sus padres renunciaron a sus derechos parentales debido a su condición intersexual. A los dieciséis meses fue sometido a una *genitoplastia feminizante*, dado que se le diagnosticó un trastorno de desarrollo sexual (DSD) ovotesticular, anteriormente conocida como "hermafroditismo verdadero", situación que, sin embargo, no ponía en riesgo la salud y/o la vida del menor.

Una junta médica había determinado que no se podía saber la identidad de género que posiblemente desarrollaría M.C., pues tenía un ovotestis (gónada con tejido ovárico y testicular), además de un falo grande y niveles de testosterona muy elevados, pero también útero y una pequeña abertura vaginal debajo del falo.

No obstante, M.C. a los ocho años de edad ya se identificaba claramente como varón, por lo que sus padres adoptivos presentaron una demanda en contra del equipo médico que lo trató, encabezado por el doctor Lan AARONSON, en contra de los funcionarios del Departamento de Servicios Sociales que autorizaron la intervención quirúrgica, en contra de la Universidad Médica de Carolina del Sur y del Sistema de Salud de Greenville. En ella se alegó que la cirugía de normalización genital era médicamente innecesaria y le había ocasionado a M.C. dolor físico y emocional, esterilidad y la pérdida de la función sexual.

En la demanda se alegó que sus derechos al debido proceso fueron violados, según la Decimocuarta Enmienda, porque no hubo ningún intento de los acusados de obtener una audiencia para determinar los intereses de M.C., aunque los médicos sabían que sufriría deterioro permanente de la función sexual y que el riesgo de esterilidad estaba presente. Si se hubiera dado dicha audiencia habría sido posible postergar la cirugía hasta cuando M.C. hubiera tenido la capacidad para decidir.

Para los demandados, el derecho de M.C. debe definirse desde la premisa del estado de la ley en 2006, esto es, teniendo en cuenta si para dicha época los acusados sabían o debían saber si su conducta violaba un derecho.

Sostienen que en el caso de M.C. no hay claridad sobre la violación al derecho de procreación, teniendo en cuenta que el resultado de la cirugía no puede calificarse como una castración, sino como una esterilización potencial con pérdida de fertilidad masculina, considerando que M.C. tenía genitales ambiguos.

Los demandados médicos también reclamaron inmunidad cualificada porque trabajaban en un hospital estatal⁴⁴ y alegaron que la sostenida inmunidad

44 La doctrina de la inmunidad cualificada protege a funcionarios del gobierno de responsabilidad por daños civiles y busca darles el derecho para librarse de la situación y evitar la

no procede solo en aquellos casos en que la acción misma de que se trate o se enjuicia haya sido declarada ilegal a la luz de legislación preexistente; esto es, para que no opere la inmunidad, la ilegalidad debe ser evidente, inclusive en circunstancias de hecho novedosas.

Por su parte, los acusados del Departamento de Servicios Sociales (SCDSS) alegaron en su favor que dicha entidad tenía bajo su custodia a M.C. y tenía la autoridad para tomar todas las decisiones médicas por él; además sostuvieron que era innecesario acudir a una audiencia para establecer la posibilidad de postergación de cirugía, cuando M.C. era totalmente incapaz para tomar decisiones.

El juez de Distrito de Carolina del Sur que conoció el caso en primera instancia, sostuvo, con fundamento en antecedentes de la Corte Suprema de Estados Unidos, entre ellos el caso *Evans v. Chalmers*, que no procede la inmunidad cualificada cuando un demandante alega una violación de un derecho constitucional y este derecho está claramente establecido en el momento de la violación.

El juez se preguntó si los derechos de M.C. habían sido establecidos claramente en el momento de la cirugía genital y sostuvo que la esterilización a la que fue sometido viola, al menos, el derecho a la procreación.

También consideró que la esterilización forzada implica una violación al debido proceso con respecto a la libertad de tener hijos, además de que la naturaleza del derecho y la falta de un interés suficiente del gobierno en la privación de ese derecho no permite un consentimiento que satisfaga los requisitos del debido proceso.

Para el juez, la Decimocuarta Enmienda a la Constitución de Estados Unidos garantiza que ningún Estado puede "privar a cualquier persona de la vida, libertad o propiedad sin el debido proceso de ley", y dijo que "el requisito fundamental del debido proceso es la oportunidad de ser escuchado en un momento significativo y de manera significativa"⁴⁵.

Esta decisión fue apelada por los acusados ante la Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito, la cual revocó la decisión del juez de primera instancia y devolvió el proceso con instrucciones para ser desestimado. Para llegar a esta conclusión hizo caso a los argumentos de los abogados defensores, en el sentido de que, para la época de la intervención quirúrgica, en 2006, un funcionario razonable no tenía una advertencia de los precedentes existentes en

carga de un juicio porque investigaciones de este tipo pueden ser particularmente perjudiciales para un gobierno eficaz.

45 Decisión de 29 de agosto de 2013, juez David C. Norton, United States District Judge, Charleston, South Carolina, pp. 11-12, trad. libre. Disponible en: https://www.splcenter.org/sites/default/files/d6_legacy_files/downloads/case/order_denying_def._motion_to_dismiss_0.pdf

relación con que la operación de reasignación de sexo realizada a M.C. estaba violando un derecho constitucional claramente establecido.

No obstante, como dijimos antes, cursan otras demandas que aún se tramitan bajo la ley federal de Estados Unidos, estando aún pendiente una decisión definitiva.

3.2. OTROS CASOS EMBLEMÁTICOS

Australia fue el primer país del mundo en reconocer un tercer género gracias a una decisión judicial de 2013 que permitió a Norrie May Welbi⁴⁶ registrarse con un género "no específico", después de haber sido declarado inválido el registro que en tal sentido le había otorgado desde 2010 el Registro del Estado Civil de Nueva Gales del Sur. Esta persona nació 1989 como hombre y posteriormente se sometió a una operación de cambio de sexo, pero esto no logró resolver su situación de ambigüedad. Norrie empezó entonces su lucha para ser reconocido en su doble condición de hombre/mujer.

Alemania, por su parte, se convirtió en 2013 en el primer país europeo en reconocer que los padres podrán decidir legalmente entre tres posibles géneros de sus hijos al nacer: masculino, femenino e indeterminado⁴⁷. Y la Ley XI del 12 de abril de 2015, Ley de Identidad de Género, Expresión de Género y Características Sexuales⁴⁸, aprobada en Malta, es considerada la regulación más liberal de la Unión Europea sobre identidad de género, prohibiendo todo tipo de cirugías de normalización genital en menores intersexuales, conforme con los Principios de Yogyakarta.

En efecto, los Principios de Yogyakarta, aunque se refieren principalmente a la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, también pueden considerarse los pilares para la protección de los derechos humanos de las personas con diferencias de desarrollo sexual.

El documento redactado por expertos de diversos países reunidos, para el efecto, entre el 6 y 9 de noviembre de 2006, en la Universidad de Gadjah Mada, contiene 29 principios acompañados de recomendaciones dirigidas a los Estados y al sistema de derechos humanos de la ONU, a las instituciones nacionales de derechos humanos, a las organizaciones no gubernamentales, a las agencias financiadoras.

46 Puede consultarse en: <https://legnalenja.wordpress.com/2013/06/19/australia-legalizan-el-genero-sexual-neutro/>

47 ENRIQUE MULLER, "Alemania 'crea' un tercer sexo", *El País*, 18 de septiembre de 2013. Disponible en: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/08/19/actualidad/1376938559_453077.html [consultado el 08-09-2016].

48 El texto de la ley puede consultarse en: <http://justiceservices.gov.mt/DownloadDocument.aspx?app=lom&itemid=12312&l=1>

También exhorta a la Organización Mundial de la Salud (OMS) y al Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA) para que desarrollen directrices sobre una atención en salud que responda a las necesidades de las personas en lo concerniente a su orientación sexual o identidad de género, con pleno respeto por sus derechos y por su dignidad; y a diversas organizaciones profesionales, incluidas las del sector médico, para que revisen sus prácticas y directrices en pos de promover la implementación de los Principios.

Los Principios fueron presentados en marzo de 2007 ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en Ginebra y, aunque hacen parte del denominado derecho blando (*soft law*)⁴⁹, sirven de base para una interpretación en pro de la defensa de los derechos humanos de la comunidad LGTBI.

La mayoría de los principios no son más que la reiteración de los derechos humanos ya reconocidos universalmente para la población heterosexual, en diversos instrumentos, y su aplicación debería desprenderse de la realización simple del derecho a la igualdad; sin embargo, la práctica y la realidad han llevado a la necesidad de consagrarlos explícitamente.

Los principios reconocen los derechos, entre otros, a la vida e integridad personal⁵⁰; el derecho a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes; a la libertad e igualdad ante la ley; a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; a la seguridad social; el derecho a ser protegidos contra la trata de personas; a la privacidad en la familia, el domicilio, la correspondencia, la honra y la elección de revelar su orientación sexual; el derecho a no ser retenido arbitrariamente y a un debido proceso, en concordancia con el trato digno para las personas privadas de la libertad⁵¹.

49 Derecho blando o flexible es una expresión que se ha puesto de moda en el derecho anglosajón, y podríamos entenderlo como aquel que se considera menos obligatorio o vinculante debido a que carece de instrumentos jurídicos e instituciones legitimadas para imponer sanciones en caso de incumplimiento; en tal medida es relativamente vinculante puesto que de todas formas influye en la conciencia colectiva de una sociedad o de la comunidad internacional, la cual puede reprochar por el descrédito que implica no acoger estas normas.

50 Se establece que el derecho a la vida no puede ser violentado en consideración a la orientación sexual o identidad de género; se proscriben la pena de muerte por causa de orientación sexual o identidad de género y por actividades sexuales realizadas de mutuo acuerdo entre personas mayores de edad; para ello, los Estados derogarían todas las figuras delictivas que tengan por objeto prohibir la actividad sexual en este contexto y se abstendrán de imponer la pena de muerte a las personas sentenciadas por esta causa.

51 En este aspecto toma especial relevancia la obligación que deben adquirir los Estados para que se evite una mayor marginación de las personas detenidas y evitar que se las exponga al riesgo de sufrir violencia, malos tratos o abusos físicos, mentales o sexuales; además del acceso a la atención médica y el acceso a las visitas conyugales con independencia del sexo de su pareja.

En consecuencia, los Estados deberán actuar conforme con cada uno de los principios consagrados y deberán disponer de todas las actuaciones de tipo legislativo, administrativo, judicial y de política pública en general, para adecuar sus prácticas y su legislación y, al fin, su cultura, para que no sean incompatibles con estos postulados.

Expresamente, el principio 16, derecho a la educación, aboga por que los métodos, currículos y recursos educativos sirvan para aumentar la comprensión y el respeto de los estudiantes con orientaciones sexuales e identidades de género diversas, para que se garantice una protección adecuada contra todas las formas de acoso y hostigamiento escolares, y para que en los establecimientos escolares se administre la disciplina sin discriminación ni castigos basados en la orientación sexual y la identidad de género.

Este principio debe leerse en consonancia con el principio 18, protección contra abusos médicos, el cual dispone que los Estados deben:

[Adoptar] todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar que el cuerpo de ninguna criatura sea alterado irreversiblemente por medio de procedimientos médicos que procuren imponerle una identidad de género sin su consentimiento pleno, libre e informado, de acuerdo a su edad y madurez y guiándose por el principio de que en todas las acciones concernientes a niñas y niños se tendrá como principal consideración su interés superior.

Finalmente, queremos llamar la atención sobre el derecho que tiene toda víctima de una violación de los derechos humanos, por su orientación sexual o su identidad de género, al acceso a recursos judiciales eficaces y adecuados para obtener las reparaciones y resarcimientos a que tienen derecho, incluida la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, esto acorde con la tendencia actual en la materia.

Esta apertura, enhorabuena, al principio de justicia material ha sido producto de la influencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que hasta ahora no ha tenido oportunidad de pronunciarse de fondo sobre los temas de la identidad de género y la orientación sexual.

4. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE EN CIRUGÍAS DE REASIGNACIÓN DE SEXO O REMODELACIÓN GENITAL EN COLOMBIA

4.1. LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

Inicialmente, en materia de responsabilidad médica, la jurisprudencia del Consejo de Estado exigía probar la falla del servicio dado que la actividad médica involucra, en principio, una obligación de medios. En este orden de ideas la parte demandante debía demostrar el daño, el nexo causal y la falla en

el servicio. La parte demandada se exoneraba probando diligencia y cuidado debidos, una fuerza mayor, el hecho determinante de un tercero y culpa exclusiva y determinante de la víctima. Dicha postura fue morigerada con la teoría de la falla presunta del servicio, aplicando para el efecto el artículo 1604 del Código Civil, de suerte que la prueba de diligencia y cuidado debía aportarla quien hubiera debido emplearlos. En una etapa posterior, la teoría de la carga dinámica de las pruebas establecía cuál parte debía probar determinados hechos, pues los conocimientos especializados en una materia podrían hacer imposible a la parte demandante acreditar ciertas circunstancias necesarias para declarar la responsabilidad. No obstante, esto trajo algunos inconvenientes que implicaron de hecho la violación del debido proceso, pues en muchas ocasiones solo se sabía qué teoría se aplicaba en la sentencia.

Actualmente la jurisprudencia contencioso administrativa ha acogido nuevamente la teoría de la falla en la prestación del servicio médico asistencial cuya prueba corre a cargo de la parte demandante; sin embargo, se ha dado una especial relevancia a la prueba indiciaria, dado que el juez debe, cuando no sea posible obtener certeza del nexo etiológico, tener por configurada la responsabilidad cuando haya "un grado suficiente de probabilidad" que permita deducirlo.

Sin embargo, el Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012, acoge, en nuestro concepto, la teoría de las cargas dinámicas: "Artículo 167. *Carga de la prueba*. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen".

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de la prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Obviamente, hay muchos matices en casos de responsabilidad médica, pues no puede analizarse desde la misma óptica la responsabilidad en casos de obstetricia, en la atención de una urgencia vital o en el caso de intervenciones estéticas, por ejemplo⁵².

52 La jurisprudencia ha definido que el hecho del nacimiento no corresponde a una enfermedad sino a un proceso natural.

De otra parte, desde la sentencia del 24 de marzo de 2011^[53] se ha reconocido que en ciertos casos de responsabilidad médico-hospitalaria puede sostenerse un régimen de responsabilidad objetivo, sin que la actividad médica se considere una actividad peligrosa. Ello, según la corporación, puede ocurrir en los siguientes eventos: i) en virtud de la peligrosidad de la cosa, del procedimiento o del tratamiento empleado, siempre y cuando la herramienta riesgosa cause el daño de manera directa o por ella misma, pues si la lesión es producto de una ejecución irregular del acto médico, aunque medie un instrumento que represente peligro o riesgo, el caso específico estará regido por la responsabilidad subjetiva o culposa; ii) cuando respecto de un medicamento, tratamiento o procedimiento que implica o conlleva un progreso en la ciencia y, por lo tanto, se considera novedoso, se desconocen las consecuencias o secuelas a largo plazo del mismo; iii) cuando en el acto médico se emplean químicos o sustancias peligrosas (p. ej., eventos de medicina nuclear); iv) en supuestos de vacunas, porque se asume de manera implícita su eventual peligrosidad y reacciones adversas en los diferentes organismos; v) cuando el daño es producto de una infección nosocomial o intrahospitalaria; vi) cuando el daño se irroga por la cosa misma sin que medie el acto humano, circunstancias en las que, al margen del riesgo del elemento, la responsabilidad es de tipo objetivo.

Más recientemente, en sentencia del 29 de agosto de 2013^[54], con apoyo en la legislación francesa, la corporación estableció que el sistema de responsabilidad sin culpa que opera en los casos de infecciones nosocomiales descansa sobre tres pilares fundamentales: "el riesgo (las infecciones nosocomiales existen y cualquiera puede padecerlas), la igualdad (todas las personas son iguales y por ello todas tienen derecho a estar protegidas de igual forma) y la solidaridad (pese a que no se enfermarán todos, todos debemos hacernos cargo porque podría dañar a cualquiera)".

El mismo fallo trae a colación la doctrina y la jurisprudencia argentinas, que se dividen entre quienes sostienen que las infecciones intrahospitalarias comportan la concreción de un riesgo propio de la actividad asistencial, y quienes piensan que se basa en el deber de seguridad que se torna objetivo en tratándose de obligaciones tanto de medios como de resultado.

Para el Consejo de Estado colombiano, la modalidad de riesgo-álea es la más apropiada para imputar responsabilidad por los daños derivados de infecciones intrahospitalarias, pues "cierto tipo de actividades o procedimientos, pueden dar lugar, quizás con la ineludible mediación del azar o de otro tipo de factores imprevisibles, a la producción de daños sin que medie asomo alguno de culpa".

Adicionalmente, las infecciones nosocomiales no pueden ser calificadas como "casos fortuitos" porque no son ajenas a la prestación del servicio públi-

53 Consejo de Estado, Sección Tercera. Exp. 05001232400019960218101(20836).

54 Consejo de Estado, Sección Tercera. Exp. 25000232600020010134301 (30283).

co de salud y aunque irresistibles, no son imprevisibles, por lo que tampoco encajan dentro de los denominados "riesgos del desarrollo", que requieren ambos supuestos. Las infecciones nosocomiales son controlables y previsibles, al punto de que la tasa de incidencia de estas infecciones en los pacientes es un indicador de la calidad y seguridad de la atención.

De otra parte, se consideran riesgos del desarrollo, según el Consejo de Estado, "los daños que se consideren imprevisibles e inevitables de acuerdo con el estado de los conocimientos de la ciencia"⁵⁵.

Un ejemplo típico de los llamados "riesgos del desarrollo" es el caso de contagio con los virus causantes de la hepatitis C o el sida en momentos en que el estado de la ciencia no permitía contar con métodos eficaces para su detección.

Ahora bien, entraremos a analizar cómo puede configurarse la responsabilidad administrativa en los casos de intervenciones quirúrgicas y tratamientos hormonales para personas con ambigüedad genital o con diferencias de desarrollo sexual.

4.2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y ADMINISTRATIVA EN EL CASO DE INTERVENCIONES QUIRÚRGICAS A PERSONAS CON AMBIGÜEDAD GENITAL O CON DIFERENCIAS DE DESARROLLO SEXUAL

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su informe de 2015 sobre violencia contra personas LGTBI en América, trata específicamente un tema que denomina violencia médica contra personas intersex⁵⁶. Allí resalta que la realización de cirugías irreversibles de asignación de sexo y de "normalización" de genitales, sin el consentimiento informado en niños, niñas y adultos intersex, son una práctica estándar en los países del continente y se constituyen en una grave violación a los derechos de estas personas⁵⁷. Esto en consonancia con la posición que sobre el mismo tema asumió, en el informe de 2015, el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa.

La Comisión en su informe cita un documento del Relator de las Naciones Unidas para el Derecho a la Salud de agosto de 2009, que describe que estos procedimientos son dolorosos y de alto riesgo, sin que haya beneficios médicos comprobados. Adicionalmente, recomienda que los proveedores de servicios

55 La corporación cita en esta definición a DOMINGO BELLO JANEIRO, *Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria*, Madrid: Reus, 2009, p. 157.

56 Pp. 125-134. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf>

57 También resalta la esterilización involuntaria; el sometimiento excesivo a exámenes médicos, fotografías y exposición de los genitales; la falta de acceso a información médica e historias clínicas; los retardos en el registro de nacimiento; la negación de servicios o seguros de salud, entre otras.

de salud se esfuercen por posponer las intervenciones invasivas e irreversibles que no son de emergencia hasta que el paciente tenga la suficiente madurez para dar su consentimiento informado⁵⁸.

Esto tiene especial relevancia refiriéndose a los menores de edad. Según el informe de la CIDH, se ha establecido que dichas intervenciones solo podrían llevarse a cabo cuando el niño o niña intersex pueda manifestar directamente su consentimiento libre. La CIDH, a diferencia de la Corte Constitucional en la posición sentada en la sentencia SU-337 de 1999, toma partido en el debate científico en torno al tratamiento médico de la intersexualidad y hace eco a la posición de algunas organizaciones de los derechos de las personas intersex que sostienen que estas cirugías son cosméticas porque su propósito es hacer que los cuerpos se parezcan al estándar binario masculino- femenino, y que la verdadera urgencia es la imposibilidad de la sociedad de aceptar la "incertidumbre" sexual⁵⁹.

También resalta que en algunos países el consentimiento informado de la persona intersex ni siquiera es un requisito legal, y que bajo los conceptos de urgencia médica se han realizado intervenciones de "normalización" de los genitales en niños y niñas intersex, aun sin el consentimiento de los padres, sin el conocimiento sobre las implicaciones de los procedimientos o incluso con base en desinformación o coerción de los doctores que recomiendan tales procedimientos⁶⁰.

Acorde con esto, la CIDH hizo una serie de recomendaciones a los Estados, entre las cuales resaltamos: 1) revisar las clasificaciones médicas que patologizan a todas las personas intersex o todas las variaciones de las características sexuales; 2) hacer las modificaciones necesarias en materia legislativa y de política pública para prohibir procedimientos médicos innecesarios a personas intersex, cuando son realizadas sin el consentimiento libre e informado, sin que ello sea obstáculo para el registro del nacimiento ante las autoridades estatales pertinentes cuando se trate de menores de edad; 3) modificar los protocolos médicos para asegurar el derecho a la autonomía de las personas intersex con el fin de que puedan decidir por sí mismas si desean realizarse cirugías, tratamientos o procedimientos; 4) capacitar a la comunidad médica para proveer tratamiento adecuado y apoyo a las personas intersex y a sus familias; 5) llevar a cabo campañas educativas con el fin de acabar con la estigmatización a las personas intersex.

58 *Ibíd.*, pp. 128-129

59 *Ibíd.* Corte Constitucional. Sentencia SU-337 de 1999.

60 El informe hace referencia al caso salvadoreño donde, para las intervenciones quirúrgicas de "asignación de sexo" a niños y niñas intersex, no se requiere el consentimiento libre e informado de la persona, no obstante tengan la edad y capacidad para aceptarlas o rechazarlas. También cita el caso de Brasil, donde es práctica común que se realicen cirugías a niños y niñas intersex al momento del nacimiento.

La Comisión resalta el avance de países como Argentina, que ha promovido la autodeterminación de las personas intersex y el derecho al consentimiento libre, previo e informado y, además, incorpora las recomendaciones del Primer Foro Internacional Intersex⁶¹; también resalta la decisión de la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-622 de 2014, ya comentada, en la que se sostiene que son los niños y niñas intersex quienes deben decidir si desean o no someterse a una cirugía; no hace referencia a la sentencia SU-337 de 1999, lo que es sumamente significativo.

Con estos antecedentes puede sostenerse que, en los casos de readecuación genital temprana, la teoría del daño especial es adecuada para reparar los daños superlativos que para ciertas personas implicó una decisión que, a la postre, resultó inadecuada o errónea para su vida, independientemente de que haya mediado algún error, impericia, negligencia o retardo injustificado en el procedimiento médico, quirúrgico o en la etapa posoperatoria, caso en el cual se aplicaría la teoría de la falla en la prestación del servicio.

En efecto, la teoría del daño especial permite la imputabilidad jurídica al Estado en aquellos casos en los cuales la conducta de la administración es lícita, e inclusive, cuando no hay conducta de la administración. Se ha aplicado en casos de daños a cultivos de pan coger cuando hay fumigaciones con Glifosato dirigidas contra cultivos ilícitos, para indemnizar los daños a quienes prestan su servicio militar obligatorio, para reparar a las personas que sufren daños en tomas guerrilleras dirigidas contra instalaciones militares, cuando hay víctimas de minas antipersonales sembradas por la guerrilla, entre otros.

Esta tesis de responsabilidad tiene una raigambre estrictamente solidaria y su aplicación a los casos de intervenciones quirúrgicas de reasignación de sexo se sustenta en lo siguiente: 1) ha existido controversia médica sobre el tema desde los años 1960, cuando imperaba la teoría de John Money; 2) las personas que recibieron reasignación de sexo sin su consentimiento o con consentimiento sustituto parental pueden haber visto vulnerados de manera grave sus derechos a la autodeterminación, a la identidad sexual, a la integridad corporal y al libre desarrollo de la personalidad; 3) el daño sufrido por

61 Tuvo lugar del 3 al 5 de septiembre de 2011 en Bruselas. Dentro de las recomendaciones del foro está poner fin a las prácticas mutilantes y normalizadoras, como las cirugías genitales y tratamientos psicológicos, incluyendo el infanticidio y el aborto selectivo por causa intersex que se practica en algunas partes del mundo. El segundo foro se realizó en Estocolmo entre el 9 y el 11 de diciembre de 2012. Se hace especial énfasis en el consentimiento informado y la prohibición de cirugías invasivas en niños, a menos que sea para salvaguardar su vida. El tercer foro se reunió entre el 29 de noviembre y el 1 de diciembre de 2013 en Malta. Entre las declaraciones del foro, además de las ya anotadas, resaltamos la petición de despatologizar las variaciones de las características sexuales en todas las clasificaciones y guía médicas, y que la categoría de sexo no sea incluida en los datos registrales de las personas. Puede consultarse en: <http://www.transtienda.com/blog/noticias/declaracion-del-tercer-foro-intersex-internacional/>

estas personas era previsible, dado el debate científico que rodeaba el tema y no era irresistible, en la medida que se podía optar por no hacer ningún tipo de intervención invasiva; de ello se desprende que no se aplica la exoneración de la teoría de riesgo de desarrollo; 4) esta responsabilidad puede predicarse incluso respecto de las personas que desde hace décadas recibieron este tipo de intervenciones, puesto que de igual manera se les conculcaron sus derechos. Esto tiene fundamento en que: a) desde la Constitución Política de 1986 se reconoce la responsabilidad del Estado, en esa época bajo la óptica del artículo 19 CP; b) muchas de las personas intervenidas conocieron su verdadera situación en vigencia de la Constitución de 1991, lo que habilita que se aplique la teoría del daño antijurídico y todos los avances jurisprudenciales en materia de protección a los derechos humanos; c) desde el Segundo Foro Internacional Intersex se rescata el derecho a la reparación por el sufrimiento y la injusticia causados en el pasado, y d) hoy se sabe que el protocolo médico de John Money se trató realmente de un experimento científico que no tuvo un seguimiento real.

CONSIDERACIONES FINALES

Las personas con diferencias de desarrollo sexual han sido víctimas de todo tipo de discriminación social y vulneración de sus derechos, principalmente cuando han sido objeto de intervenciones invasivas para readecuar su sexo sin su consentimiento. La reivindicación de los derechos de estas personas ha llevado a replantear el paradigma médico según el cual, aunque se daba preeminencia a la funcionalidad de los genitales y la función reproductiva (criterio biologicista) al momento de tomar una decisión para la asignación quirúrgica del sexo, se sostenía al mismo tiempo que la psicología de una persona al momento de asignarle un género era totalmente moldeable.

Hoy parece claro que toda práctica quirúrgica invasiva de adecuación genital o reasignación de sexo debe contar con el consentimiento informado de las personas, y que en el caso de los menores de edad debe esperarse a que ellos mismos puedan tomar una decisión libre, consciente y genuina. El reconocimiento de los derechos de estas personas puede plantearse como el derecho a no ser intervenido quirúrgicamente sin consentimiento y ni siquiera con el consentimiento de los padres en el caso de los menores de edad, a diferencia de las personas transexuales cuyo derecho se mira desde la perspectiva del derecho a la intervención médica para adaptar el cuerpo físico al psíquico. Son, pues, dos caras de los derechos a la libertad, a la autodeterminación y a la integridad corporal.

Aunque ha habido grandes avances en el mundo y en nuestro país para reconocer los derechos de las personas homosexuales, apenas están en ciernes y no son siquiera tema de la agenda legislativa los derechos de las personas con diferencias de desarrollo sexual y de los transexuales en general. No obstante,

es posible señalar, a la luz de la jurisprudencia en materia de responsabilidad médica que se ha desarrollado en nuestro país, que las teorías de responsabilidad objetiva son adecuadas para indemnizar los perjuicios causados a aquellas personas que fueron sometidas a cirugías de cambio de sexo o readequación genital temprana que a la postre resultó ser la opción equivocada.

En efecto, no se requiere una culpa médica para que, en virtud de principios de justicia restaurativa, de equidad, de solidaridad y acorde a normas convencionales y constitucionales, se indemnice a estas personas por el daño superlativo que debieron soportar al ver vulnerado algo tan íntimo como su autodeterminación sexual. Ello sin desconocer que bien puede aplicarse la teoría de la falla en el servicio médico en los casos que ha definido la jurisprudencia, como en un mal procedimiento o errores de diagnóstico o tratamiento, entre otros.

Pero además se requiere un cambio de mentalidad y normativo, en el cual se armonice la realidad de estas personas con instituciones como el registro civil, el tema pensional y el régimen matrimonial; y también se debe despatologizar a quienes tienen una condición sexual diferente a la binaria tradicional de masculino y femenino.

Finalmente, consideramos que la Corte Constitucional debe reevaluar definitivamente la posición sentada en la sentencia SU-337 de 1999 en relación a la autorización parental sustituta para cirugías de reasignación de sexo o remodelación genital para menores de cinco años.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

Asociación Americana de Psiquiatría. *Guía de consulta de los criterios diagnósticos del DSM 5*, Arlington: Asociación Americana de Psiquiatría, 2013.

AUDÍ, LAURA y FERNÁNDEZ-CANCIO, MÓNICA. "Mesa redonda. La atención integral a los DSDs desde la perspectiva médica. Terminologías, registros y proyectos colaborativos", *Revista Española de Endocrinología Pediátrica*, vol. 6, suplemento 2, 2015, pp. 15-21. Disponible en: <http://www.endocrinologiapediatrica.org> [consultado el 03-09-2016].

BLASI, GASTÓN FEDERICO. "Disforia de género. Una investigación sobre el cambio de sexo y un proyecto de ley", *Persona*, n.º 20, agosto de 2003. Disponible en: <http://www.revistapersona.com.ar/Persona20/20Blasi.htm> [consultado el 08-02-2016].

BUTLER, JUDITH. *Deshacer el género*, Barcelona: Paidós, 2006, Capítulo 3: "Hacerle justicia a alguien, la reasignación de sexo y las alegrías de la transexualidad", pp. 89-113. Disponible en: http://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios_catedras/practicas_profesionales/825_rol_psicologo/material/descargas/unidad_2/optativa/deshacer_genero.pdf [consultado el 18-03-2017].

- COLAPINTO, JOHN. *As natura made him, the boy who was raised as a girl*, 2000, 2001. Disponible en: https://www.amazon.com/exec/obidos/ASIN/0060192119/sr=1-2/ref=sc_b_2/107-9043595-0959713#reader_0060192119
- FARRÉ MARTÍ, J. M. y LASHERAS PÉREZ, M. G. "Trastornos de la identidad sexual", en *Tratado de psiquiatría*, Editorial Aran, 2000, pp. 603-613. Disponible en: http://www.psiquiatria.com/tratado/cap_33.pdf. (01.02.2016)
- GORGUET PI, ILIANA. *Comportamiento sexual humano*, Santiago de Cuba: Editorial Oriente, 2008. Disponible en: http://tesis.repo.sld.cu/124/1/Iliana_Gorguet_PiLIBRO_.pdf [consultado el 01.08.2016].
- KIPNIS, KENNETH y DIAMOND MILTON. "Pediatric Ethics and the Surgical Assignment of Sex", *The Journal of Clinical Ethics*, vol. 9 (4), 1998, pp. 398-410. Disponible en: <http://www.hawaii.edu/PCSS/biblio/articles/1961to1999/1998-pediatric-ethics.html> [consultado el 14-04-2016].
- GARCÍA LEYVA, PATRICIA. "Identidad de género: modelos explicativos", *Escritos de Psicología*, n.º 7, septiembre de 2005, pp. 71-81.
- LUGO, ELENA. "Sexualidad ambigua y ambivalencia clínica. Comentarios sobre la ponencia de la doctora Alicia Sotelo Lago, 'Intersexualidad en situación'", *Boletín del Consejo Académico de Ética en Medicina*, vol. 1, n.º 1, 2002, pp. 95-107. Disponible en: <http://ppct.caicyt.gov.ar/index.php/bcaeem/article/view/4950/4567> [consultado el 15-03-2017].
- MACHARGO SALVADOR, JULIO. "Formación y desarrollo de la identidad sexual en la infancia y en la adolescencia", Universidad de las Palmas de Gran Canaria, 1990, pp. 171-184. Disponible en: http://acceda.ulpgc.es/bitstream/10553/4998/1/0235347_01990_0014.pdf [consultado el 13-03-2017].
- MARÍN M., CARLOS M. y ROJAS, TIBISAY DEL C. "Aspectos etiopatogénicos del paciente con hipospadias", *Revista del Instituto Nacional de Higiene Rafael Rangel*, vol. 36, n.º 2, Caracas, 2005, pp. 72-97. Disponible en: http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0798-04772005000200005 [consultado el 13-03-2017].
- MAS GRAU, JORDI. "Transexualidad y transgenerismo. Una aproximación teórica y etnográfica a dos paradigmas enfrentados", *Revista de Dialectología y Tradiciones Populares*, vol. LXX, n.º 2, julio-diciembre, Universidad de Barcelona, 2015, pp. 485-501. Disponible en <http://rdtp.revistas.csic.es/index.php/rdtp/issue/current>
- M.C. v. AARONSON, S. y POVERTY, L. Disponible en: <https://www.splcenter.org/seeking-justice/case-docket/mc-v-aaronson> [consultado el 16-04-2016].
- Ministerio de Educación, Fondo de Población de Naciones Unidas (UNFPA), Programa de Naciones Unidas para el desarrollo (PNUD) y Fondo para la Infancia de Naciones Unidas (Unicef), *Ambientes escolares libres de discriminación, Orientaciones*

sexuales e identidades de género no hegemónicas en la escuela. Aspectos para la reflexión, Bogotá, 2016. Disponible en: <http://es.slideshare.net/Jairo-Sandoval-Hernandez/cartilla-ambientes-escolares-libres-de-discriminacion>

NOSEDA GUTIÉRREZ, JANETH. "Muchas formas de transexualidad: diferencias de ser mujer transexual y de ser mujer transgénero", *Revista de Psicología de la Universidad de Chile*, vol. 21, n.º 2, diciembre, 2012, pp. 7-31. Disponible en: <http://www.revistapsicologia.uchile.cl/index.php/RDP/article/viewFile/25835/2713> [consultado el 04.02.2015].

PELAYO BAEZA, F. J.; CARABAÑO AGUADO, I., SANZ SANTAELFEMIA, F. J. y LA ORDEN IZQUIERDO, E. (2011). "Genitales ambiguos", *Pediatría. Atención Primaria*, 13(51), 2011, pp. 419-433. Disponible en: <file:///C:/Users/HP/Documents/366638732009.pdf> [consultado el 13-03-2017]

PLATÓN, *El banquete*, Madrid, ed. de Patricio Azcárate, 1871. Disponible en: <http://www.filosofia.org/cla/pla/img/azf05285.pdf> [consultado el 16-02-2016].

PUBLIO OVIDIO NASÓN. *Metamorfosis*, Ana Pérez Vega (trad.), Biblioteca Virtual Universal, 2003. Disponible en: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/89549.pdf> [consultado el 15-01-2016].

STERLING, ANNE FAUSTO. *Cuerpos sexuados. La política de género y la construcción de la sexualidad* (2000), Ambrosio García Leal (trad.), Barcelona: Melusina, 2006. Disponible en: <https://seminariolecturasfeministas.files.wordpress.com/2012/01/anne-fausto-sterling-cuerpos-sexuados-la-politica-de-genero-y-la-construccion-de-la-sexualidad.pdf>

VARGAS BARRANTES, ÉLIDA. "Bases de la diferenciación sexual y aspectos éticos de los estados intersexuales", *Reflexiones*, n.º 92, San José de Costa Rica, 2013, pp. 141-157. Disponible en: <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/reflexiones/article/view/8756>

JURISPRUDENCIA

Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 05001-23-24-000-1996-02181-01(20836), 24 de marzo de 2011.

Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 25000232600020010134301 (30283), 29 de agosto de 2013.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-477 de 1995.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-337 de 1999.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-551 de 1999.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-692 de 1999.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1390 de 2000.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1025 de 2002.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1021 de 2003.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-075 de 2007.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-811 de 2007.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-336 de 2008.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-912 de 2008.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 622 de 2014.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-071 de 2015.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-478 de 2015.