

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ**

**ESCUELA DE POSGRADO**



**"LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS INTERVENCIONES DE REASIGNACIÓN SEXUAL EN INFANTES INTERSEX NO CONSENTIDAS"**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGISTRA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

**AUTORA**

Brenda Ibette Alvarez Alvarez

**ASESOR**

Magno Abraham García Chávarri

Agosto, 2020

## RESUMEN

La diversidad es un elemento que atraviesa a la humanidad desde nuestros inicios. Sin embargo, a lo largo de los años, se viene sosteniendo como verdad absoluta la existencia de solo dos manifestaciones corporales posibles respecto de sus características sexuales: hombres y mujeres. Toda persona que no encaja en ese estándar es catalogada como “enferma”, “monstruosa”, “anormal”, por lo que sus cuerpos deben ser intervenidos y adecuados a los modelos esperados y deseados.

Este trabajo aborda como tópico de discusión la validez constitucional del sometimiento a intervenciones quirúrgicas irreversibles, tratamientos hormonales y psicológicos de reasignación sexual a infantes intersex no consentidas o a través de autorización parental. Para este fin, en el primer capítulo se profundiza en la diversidad de las características sexuales del cuerpo: la intersexualidad. Se analiza la categoría sexo como un constructo social y cultural, se describe el modelo patologizador y las intervenciones médicas de reasignación de sexo en infantes intersex. Del mismo modo, se aprecia el estado de la cuestión y el abordaje de la intersexualidad en niños en el Perú.

En el segundo capítulo, se analiza la jurisprudencia constitucional sobre el reconocimiento y violación de los derechos fundamentales de niños intersex sometidos a intervenciones médicas y la regulación normativa del abordaje de la intersexualidad en infantes. En el tercer capítulo se realiza el balance sobre la validez constitucional de las intervenciones quirúrgicas de reasignación practicadas en infantes intersex no consentidas a partir del análisis del principio-derecho a la dignidad, autonomía, igualdad, interés superior de los niños e integridad.

Esta investigación se desarrolló a partir de la revisión de bibliografía especializada desde las ciencias sociales, médicas y jurídicas; además de jurisprudencia de distintas instancias de justicia que abordaron las controversias constitucionales materia de estudio.

Finalmente, la conclusión principal de este trabajo es que las intervenciones médicas realizadas sin el consentimiento de los niños intersex constituyen injerencias arbitrarias y discriminatorias en sus derechos fundamentales y por tanto son inconstitucionales.

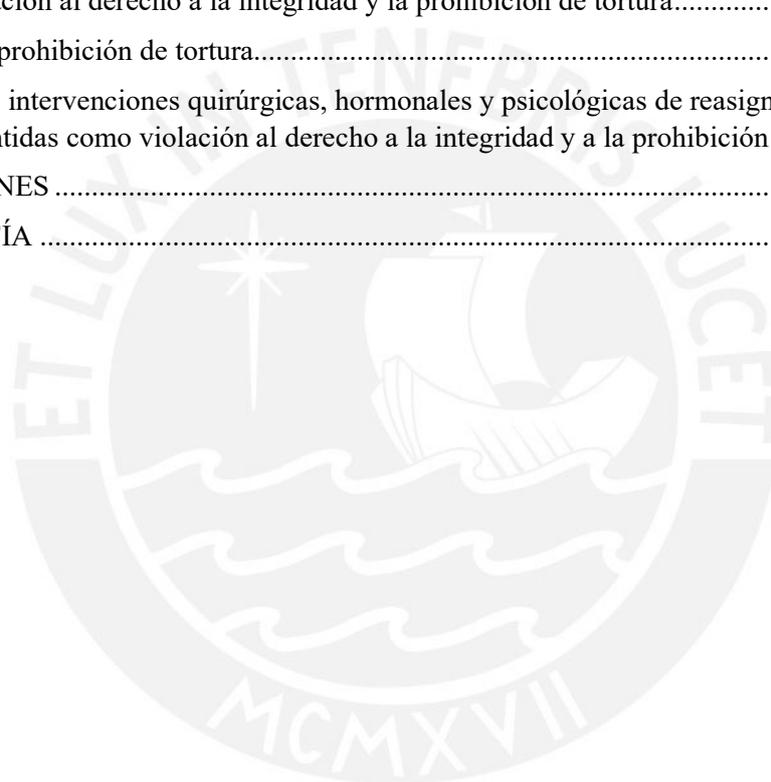
---

<sup>1</sup> En el desarrollo de la tesis se empleará la terminación e como alternativa de lenguaje inclusivo. Las razones son señaladas en la página 6.

# ÍNDICE

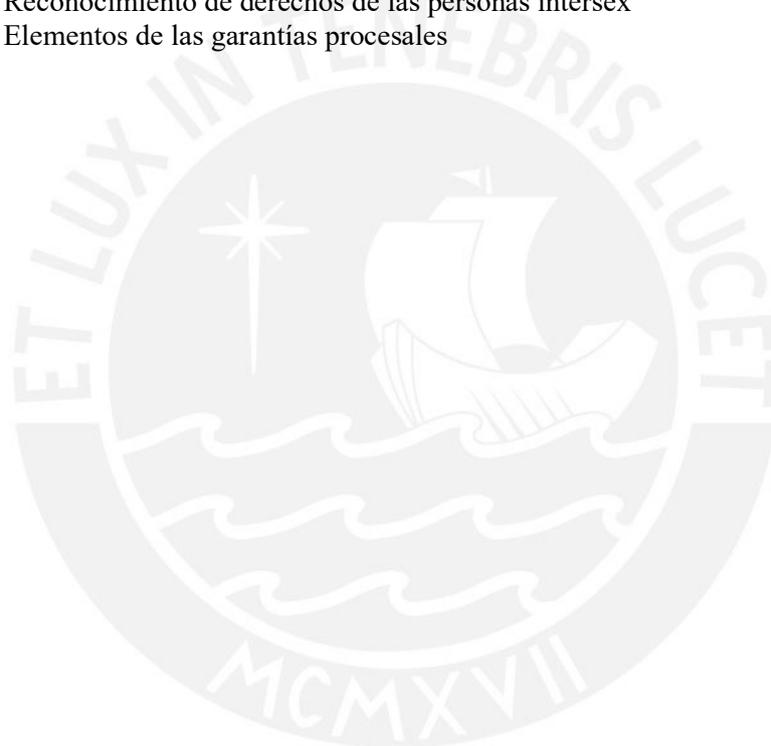
RESUMEN.....	ii
LISTA DE TABLAS .....	v
LISTA DE GRÁFICOS .....	vi
INTRODUCCIÓN .....	1
CAPÍTULO 1: LA INTERSEXUALIDAD Y SU REALIDAD EN EL PERÚ .....	9
1.1. Concepto y alcances de la intersexualidad.....	9
1.1.1. La diversidad de las características sexuales del cuerpo humano: la intersexualidad .	9
1.1.2. La construcción cultural del sexo.....	14
1.1.3. Las intervenciones médicas de reasignación de sexo en infantes intersex .....	19
1.2. Las implicancias del binarismo de sexo en el derecho .....	24
1.3. El estado de la cuestión de la intersexualidad en el Perú.....	27
1.3.1. Marco jurídico nacional .....	30
1.3.2. Abordaje médico de la intersexualidad en el Perú.....	31
CAPÍTULO 2: LA INTERSEXUALIDAD EN EL DERECHO COMPARADO Y SU DESARROLLO LEGISLATIVO .....	37
2.1. La intersexualidad en la jurisprudencia constitucional.....	37
2.1.1. Jurisprudencia referencial sobre el debate de los derechos de las personas intersex.	39
2.1.2. Jurisprudencia que aborda controversias jurídicas relevantes sobre intervenciones quirúrgicas de sexo a niños intersex.....	42
2.1.3. Análisis de la jurisprudencia que aborda controversias jurídicas sobre intervenciones quirúrgicas a niños intersex.....	57
2.2. Regulación normativa de la intersexualidad .....	62
2.2.1. Antecedentes legislativos a la normativa sobre intersexualidad: Leyes de Identidad de Género .....	62
2.2.2. Antecedentes a la generación de marcos normativos sobre derechos de personas intersex.....	69
2.2.3. Regulación normativa de Europa, África y Oceanía.....	75
2.2.4. Regulación normativa latinoamericana.....	82
2.2.5. Etapas de la protección jurídica específica de los derechos de las personas intersex	85
CAPÍTULO 3: ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LAS INTERVENCIONES DE REASIGNACIÓN SEXUAL NO CONSENTIDAS EN INFANTES INTERSEX .....	88
3.1. La vulneración del principio – derecho a la dignidad y la asignación sexual binaria: persona como fin y no como medio para el sostenimiento del status quo del sistema sexo - género binario .....	89
3.1.1. El principio – derecho a la dignidad .....	89
3.1.2 Principio de inviolabilidad de la persona y las intervenciones de reasignación de sexo en infantes intersex sin su consentimiento.....	91

3.2. Vulneración del derecho a la igualdad y las intervenciones quirúrgicas a infantes intersex no consentidas .....	94
3.2.1. El derecho a la igualdad.....	94
3.2.2 El derecho a la igualdad: de la no discriminación al no sometimiento.....	95
3.2.3. Las intervenciones quirúrgicas de reasignación de sexo no consentidas como trato diferenciado y vulneración del principio de no sometimiento .....	100
3.3. La vulneración del derecho a la autonomía y el derecho a brindar consentimiento en las intervenciones de reasignación de sexo en infantes intersex .....	110
3.3.1. El derecho al consentimiento informado .....	111
3.3.2. La reasignación del sexo, la identidad de género y el interés superior de los niños como límite a la responsabilidad parental.....	119
3.4. Vulneración al derecho a la integridad y la prohibición de tortura.....	132
3.4.1. La prohibición de tortura.....	133
3.4.2. Las intervenciones quirúrgicas, hormonales y psicológicas de reasignación de sexo no consentidas como violación al derecho a la integridad y a la prohibición de tortura ...	136
CONCLUSIONES .....	146
BIBLIOGRAFÍA .....	150



## LISTA DE TABLAS

Tabla 1.	Expresiones más conocidas de intersexualidad	11
Tabla 2.	Reporte de nacimientos de bebés intersex de enero de 2007 a julio del 2017 a nivel nacional	28
Tabla 3.	Clasificación de Prader para Ambigüedad Sexual	32
Tabla 4.	Clasificación de Quigley	33
Tabla 5.	Análisis de la Guía del INS para diagnosticar y tratar “anomalías de diferenciación sexual”	35
Tabla 6.	Normas europeas representativas sobre el derecho a la identidad de género de las personas trans	66
Tabla 7.	Normas latinoamericanas sobre la garantía del derecho a la identidad de género de las personas trans	68
Tabla 8.	Reconocimiento de derechos de las personas intersex	87
Tabla 9.	Elementos de las garantías procesales	116



## LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1. Registro de nacimientos de bebés intersex en Perú (2007-2016).....	29
Gráfico 2. Clasificación de Prader para Ambigüedad Sexual.....	33



## INTRODUCCIÓN

Mogkadi Cáster Semenya, atleta sudafricana dos veces campeona olímpica de las pruebas de 800 metros planos, desde el año 2009 viene librando una batalla en los tribunales deportivos generada por los estereotipos del binarismo sexogenérico. Tras conseguir la medalla olímpica en el Campeonato Mundial de Atletismo de Berlín (2009), las atletas que compitieron con ella cuestionaron su victoria alegando que Cáster Semenya no era mujer. Como consecuencia de esta controversia fue sometida a pruebas largas y humillantes de “verificación de sexo” en Sudáfrica y en la Asociación Internacional de Federaciones de Atletismo (IAAF por sus siglas en inglés).

Estas pruebas se establecieron como obligatorias a partir del siglo XX para todas las mujeres atletas que decidieran competir en los niveles denominados como de alto rendimiento (Moreno 2013: 111). Los resultados de estas pruebas indicaron que Cáster Semenya era intersex. Ella no tenía órganos reproductivos “femeninos” (ovarios y útero). Poseía testículos no descendidos y niveles de andrógenos superiores a los considerados como estándares para “mujeres” (Moreno 2013:108). En otras palabras, Cáster Semenya es una mujer intersex.

Esto no sería problemático si no se generase una “controversia” jurídica y médica sobre los parámetros de determinación del sexo en el atletismo femenino. En abril de 2018, a razón de este caso, la IAAF modificó sus reglamentos e incluyó nuevos estándares de elegibilidad para la clasificación femenina de atletas con características sexuales intersex para eventos de 400 metros por milla, incluidos 400 metros, carreras de obstáculos, 800 metros, 1500 metros, carreras de una milla y eventos combinados en las mismas distancias (IAAF, 2018). Esta modificación obliga ahora a que las atletas intersex cumplan con los siguientes requisitos para ser elegibles como competidoras:

- (a) debe ser reconocida por ley como mujer o como intersexual (o equivalente);
- (b) debe reducir su nivel de testosterona en sangre a menos de cinco (5) nmol / L durante un período continuo de al menos seis meses (por ejemplo, mediante el uso de anticonceptivos hormonales);
- y
- (c) debe mantener su nivel de testosterona en sangre por debajo de cinco (5) nmol / L continuamente (es decir, si está en competencia o fuera de competición) durante el tiempo que desee seguir siendo elegible (IAAF 2018: s/n)

Cáster Semenya cuestionó estas nuevas reglas ante el Tribunal Arbitral de Deporte (TAS) por considerarlas discriminatorias con sus características sexuales, su raza y por estar dirigidas específicamente a ella. En mayo del 2019, el TAS avaló los estándares de elegibilidad de la IAAF y sostuvo que a pesar de que eran discriminatorias no dejaban de ser fundamentales para conservar

las cualidades del atletismo femenino (El País, 2019). Por lo que la atleta se quedaría fuera de la carrera olímpica pues decidió no modificar sus niveles de testosterona.

El Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas sostuvo que estos estándares son una clara violación a las normas y principios internacionales referidos a la igualdad y no discriminación y el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (ONU, 2019). Esta instancia también cuestionó la legitimidad de las pruebas en las que se basa esta decisión por encontrarlas no razonables ni objetivas. Además, indicó que refuerzan los estereotipos de género nocivos, el racismo, el sexismo y la estigmatización, y atentan contra la dignidad, la intimidad, la integridad física y la autonomía corporal de las mujeres y las niñas (ONU, 2019). La Asociación Médica Mundial se sumó al rechazo y consideró que dichos procedimientos eran antiéticos pues obligaban a las atletas intersex a tomar medicamentos injustificados, no por necesidad médica, sino para que se les permita competir (2019).

De la evidencia científica disponible se advierte que “los niveles de testosterona no se correlacionan con un desempeño superior en el atletismo” (Karkazis y Jordan-Young, 2019). Del mismo modo, tampoco existe evidencia suficiente que permita afirmar que la testosterona sea la “hormona masculina”, aunque, en el ámbito médico, pareciera ser una verdad incuestionable. Sin embargo, se afirma con aparente objetividad la relación directa entre de la testosterona, la masculinidad y el mayor desempeño físico (Karkazis y Jordan-Young, 2019).

Este caso reabre la discusión pública sobre los estándares de la corporalidad humana permitida bajo las normas del binarismo del sexo-género. ¿Qué son lo femenino y lo masculino? ¿Cuáles son las fronteras entre la feminidad y la masculinidad? ¿Quién las determina? ¿Qué tan justo es obligar a alguien a modificar su cuerpo para ser aceptada como mujer? ¿Qué tan válido es intervenir un cuerpo para ajustarlo a las convenciones sociales de lo que es entendido como femenino?

En los últimos años, la pregunta sobre qué es ontológicamente la verdad sobre la sexualidad humana ha rondado con insistencia mis pensamientos. Por años, esa verdad –que aún sigue representándose de forma hegemónica– estuvo limitada a una historia confesional que narraba que las personas fuimos hechas de polvo y barro y que, casi la mitad de la población, las mujeres cisgénero<sup>2</sup>, nos desprendimos de la costilla de un hombre cisgénero por obra y gracia de un ser divino. En este relato, este ser solo creo dos expresiones de humanidad: hombre y mujer. Con características anatómicas diferenciadas y quienes, además, solo podrían relacionarse afectiva y sexualmente entre sí para garantizar la supervivencia de la especie. A modo de confesión personal,

---

<sup>2</sup> Cuando la identidad de género de la persona corresponde con el sexo asignado al nacer. El prefijo “cis” es antónimo del prefijo “trans” (CIDH, 2015).

debo mencionar que, por años, creí en esa historia, pues el núcleo de la formación que recibí tanto en el ámbito privado como en el público (escuela, universidad, etc.) han refrendado e instituido esa historia hasta constituirla como una “verdad absoluta”.

Una verdad sin lugar a cuestionamientos y cuya evidencia sobre su veracidad radica en la creencia social de la Biblia, interpretada y reinterpretada en la voz de las autoridades religiosas de turno. Una verdad que se hizo ley, ciencia, cuerpo, psiquis y que se apoderó de aquello denominado como “lo natural” en el Occidente. Esta verdad se impuso como orden social y para garantizar su permanencia en el tiempo, ha sido necesario afirmar sus postulados en las normas jurídicas, sociales y en las prácticas médicas. Es así que la sexualidad se instituye como un campo de disputa donde todo aquello que sale de los parámetros de este paradigma binario se excluye o se le constriñe a encajar.

Es por esta razón por la que, en el campo de las ciencias biomédicas, ha sido la patologización la herramienta para castigar a estas disidencias normativas. Tal es el caso de la homosexualidad, que dejó de ser considerada una enfermedad en la década de los noventa; la transgeneridad; y la intersexualidad, las cuales continúan siendo patologizadas. Este esquema es denominado por Saldivia (2017) como el *modelo patologizador del género*. Un modelo que convive aún con el modelo de la criminalización de las diversidades sexogenéricas, como es el caso de algunos países del Caribe donde la homosexualidad y transgeneridad son todavía consideradas delito.

Este modelo no solo ha patologizado y criminalizado a las orientaciones sexuales<sup>3</sup> no normativas (homosexualidad, bisexualidad, pansexualidad y otras), las identidades de género<sup>4</sup> no normativas (las identidades trans binarias o no binarias); también lo ha hecho con aquellas personas que experimentan una corporeidad con características sexuales que difieren del estándar corporal del

---

<sup>3</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos la ha definido como “la atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a las relaciones íntimas y/o sexuales con estas personas. La orientación sexual es un concepto amplio que crea espacio para la auto-identificación. Además, la orientación sexual puede variar a lo largo de un continuo, incluyendo la atracción exclusiva y no exclusiva al mismo sexo o al sexo opuesto. Todas las personas tienen una orientación sexual, la cual es inherente a la identidad de la persona”(2017:18-19).

<sup>4</sup>La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido a la identidad de género como “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar –o no– la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales. La identidad de género es un concepto amplio que crea espacio para la auto-identificación, y que hace referencia a la vivencia que una persona tiene de su propio género. Así, la identidad de género y su expresión también toman muchas formas, algunas personas no se identifican ni como hombres ni como mujeres, o se identifican como ambos” (2018:16-17).

binarios masculino y femenino: personas que, mayoritariamente, han decidido llamarse así mismas como intersex.

Referirnos a personas intersex, en términos de Cabral y Benzur<sup>6</sup>, es:

englobar a todas aquellas personas cuyo “cuerpo sexuado de un individuo [una persona] varía en relación al standard de corporalidad femenina o masculina culturalmente vigente [...] a aquellas que involucran mosaicos cromosómicos (XXY, XX0), configuraciones y localizaciones particulares de las gónadas – (la coexistencia de tejido testicular y ovárico, testículos no descendidos) como de los genitales. Por ejemplo, cuando el tamaño del pene es “demasiado” pequeño y cuando el clítoris es “demasiado” grande de acuerdo a ese mismo standard del que antes hablaba, cuando el final de la uretra está desplazado de la punta del pene a uno de sus costados o a la base del mismo, o cuando la vagina está ausente (2013:32).

A este punto, es importante mencionar que esta categoría no es representativa de todo el universo de personas con características sexuales no normativas, ya que incluso algunas lo consideran “inadecuada y profundamente ofensiva” (Karkazis 2008: 18). En conclusión, cuando nos referimos a las personas intersex no lo hacemos a un cuerpo en singular, abarcamos una multiplicidad de expresiones corporales cuyas características sexuales difieren de los parámetros binarios (Cabral y Benzur 2013: 32).

En el escenario binario, la intersexualidad ocupa el lugar de lo enfermo, lo que debe ser “curado” y adecuado a las características sexuales médica y jurídicamente permitidas” (Saldivia 2010:103). Es por esta razón por la que al nacer estas personas, y sin mediar evidencia médica que demuestre que dichas diferencias ponen en riesgo su vida o su bienestar, son sometidas sin su consentimiento a una serie de intervenciones médicas, que consisten en “cirugías irreversibles e invasivas, esterilizaciones involuntarias, mutilaciones genitales, exámenes médicos excesivos, dolor crónico, trauma permanente, insensibilidad, uso recurrente de aparatos de dilatación o administración de hormonas” (CIDH 2015: 129). Con fines exclusivamente cosméticos.

Este tipo de intervenciones son consideradas urgentes por la medicina hegemónica sin que exista evidencia sostenida que dé cuenta de su beneficio o necesidad. Son realizadas en los primeros

---

<sup>5</sup> El binarismo o binarización, según Zelada y Neyra, es el paradigma “que argumenta la existencia de dos únicos sexos/géneros (hombre-masculino y mujer-femenino) y asume el cumplimiento de los roles socialmente esperados del sexo/género solicitado”(2017:98).

<sup>6</sup> Criterio que también ha sido recogido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 24/17 que la describe como “todas aquellas situaciones en las que la anatomía sexual de la persona no se ajusta físicamente a los estándares culturalmente definidos para el cuerpo femenino o masculino. Una persona intersexual nace con una anatomía sexual, órganos reproductivos o patrones cromosómicos que no se ajustan a la definición típica del hombre o de la mujer. Esto puede ser aparente al nacer o llegar a serlo con los años”(Corte IDH 2018:16). Adicionalmente la Corte hace una pertinente acotación “La condición de intersexual no tiene que ver con la orientación sexual o la identidad de género: las personas intersexuales experimentan la misma gama de orientaciones sexuales e identidades de género que las personas que no lo son” (Corte IDH 2018:16).

años de vida de las personas intersex sin su consentimiento o con el consentimiento de sus padres y madres. Las denuncias de los impactos negativos y los daños que viven las personas intersex por estas prácticas no han sido cuestionadas por el derecho, sino todo lo contrario, han encontrado respaldo y legitimidad en esta disciplina. Al respecto nos preguntamos ¿qué motiva a que estas prácticas se mantengan en el tiempo y cuenten con todo el respaldo jurídico?

Abundantes estudios desde las ciencias sociales han encontrado que la determinación del sexo se presenta como una necesidad sujeta a matrices y entendimientos subjetivos establecidos por el paradigma del género (Saldivia 2010: 103). Por ello, “a pesar de que los doctores pueden tomar en cuenta factores biológicos, frecuentemente la asignación sexual al nacer es el resultado de consideraciones culturales como el ‘correcto’ largo del pene o la ‘correcta’ capacidad de la vagina” (CIDH 2015: 30). Esto da cuenta que el sexo, tal y como lo conocemos, no se corresponde con la materialidad biológica humana, sino que es una construcción social que constriñe la diversidad corporal.

Bajo esta óptica binaria se ha establecido un estándar corporal también binario que no reconoce las múltiples expresiones biológicas posibles del cuerpo humano. Para mantener este paradigma, la ciencia médica, con el fin de “corregir” y/o “normalizar” los cuerpos que no se ajustan al *estándar* (las personas intersex), ha desarrollado una serie de intervenciones de reasignación sexual tempranas, invasivas, irreversibles, dañinas y no consentidas. Frente a ello, ¿debe el derecho constitucional reforzar este paradigma o más bien debe cuestionarlo y plantear una propuesta que garantice la diversidad humana? Considero que se trata de lo último.

Si bien a través de la historia el derecho ha jugado un rol fundamental en legitimar una sola forma de ver el mundo. En las últimas décadas se ha abierto un camino de transformación de la disciplina jurídica como una herramienta emancipadora cuyo fin es la afirmación de la dignidad humana por encima de lo establecido por ciertos paradigmas sociales que resultan represivos, arbitrarios y perfeccionistas. Desde esta aproximación, analizaré la legitimidad constitucional de los procedimientos médicos a los que son sometidos los infantes intersex sin su consentimiento con la finalidad de adecuar sus cuerpos al binarismo de género. En el desarrollo de este trabajo se tratará de dar respuesta a algunas interrogantes con el objetivo de contribuir en la construcción de un constitucionalismo no perfeccionista, que defienda la dignidad y autonomía personal en el marco de un Estado Constitucional de Derecho. Que coadyuve además a la erradicación de situaciones de injusticia estructural a la que son sometidas miles de personas que se encuentran en los márgenes del binarismo sexogenérico.

Como consideración ética en el abordaje del tema de tesis, la redacción de este trabajo optará por evitar usar las palabras para referirnos a les niñes intersex. Ello en la medida de, que, al ser el

lenguaje un artefacto para hacer ver, hacer hablar y funciona acoplado a determinados regímenes históricos de enunciación y visibilidad (Espinoza 2018), a través de este también se asigna de forma arbitraria el sexo. En virtud de ello, conociendo que el hecho generador de diversas violaciones de derechos fundamentales de las personas intersex es la asignación arbitraria del sexo (binario) decidimos no emplear “*terminaciones generizadas*” de las palabras representadas en a(o), as(os) (Saldivia 2017:33).

Algunas personas intersex, como Mauro Cabral, han decidido usar el asterisco en las terminaciones de las palabras ya que a su verso, “el uso del asterisco (\*) no multiplica la lengua por uno, no divide la lengua en dos, en tres (...) porque a diferencia de la arroba no terminará siendo la conjunción de una a y una o (...) porque a diferencia de la x no será leído como tachadura, como intersex” (2009: 14). A pesar de compartir este postulado, emplearé la e en las terminaciones de las palabras para evitar asignar un género a las personas intersex. La e deber ser entendida de forma agenerizada. Acudo a este entendimiento debido a que el uso del asterisco (\*) limita la accesibilidad a la lectura del documento a las personas con discapacidad visual. Asimismo, en la redacción de este trabajo se emplea la palabra infante para referirnos a a las personas en sus primeros años de vida con el único afán de evitar asignarles un sexo a través del lenguaje. Recorro a este término, además, pues en su raíz latina (*infantis*, «el que no habla»), hace alusión a la falta voz y escucha de sus decisiones respecto a la asignación de sexo.

Mi aproximación al tema de investigación considera como punto de partida “la epistemología de la localización” propuesta por Donna Haraway (1995), que me invita transparentar desde qué lugar investigo y construyo la argumentación que contienen estas páginas. Por tal motivo, se me hace necesario revelar que escribo desde el *no lugar*. Escribo desde un cuerpo sexuado y desde la asignación arbitraria del sexo/género binario en mi nacimiento. Soy una mujer cisgénero y pansexual<sup>7</sup>. He experimentado las normas heterocisnormativas que han criminalizado socialmente mis afectos y el ejercicio pleno de mi libertad. Enfrento diariamente a la abyección del paradigma jurídico por no ser heterosexual. Sin embargo, no soy una persona intersex y mi cuerpo no ha sido sexonormalizado quirúrgicamente.<sup>2</sup> Por lo que quizás esta tesis no recoja todas las injusticias generadas por la matriz del binarismo heterocisnormativo y no logre reflejar de forma satisfactoria las necesidades de les niñas intersex. En tal sentido, respecto de quienes pretendo enunciar, mi posicionamiento es privilegiado y mi acercamiento tiene límites en la tarea de lograr una real e integral comprensión de las vulneraciones a los derechos fundamentales que suponen las intervenciones médicas no consentidas. No obstante, aspiro a generar un análisis

---

<sup>7</sup> Orientación sexual que describe la capacidad de sentir atracción afectiva, sexual y emocional por personas de un género diferente al suyo o de su mismo. Género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas (CIDH 2015: 13 y 14).

desde una “visión crítica consecuente con un posicionamiento crítico en el espacio social” (Haraway 1995: 20).

De otro lado, la elaboración de este trabajo parte de la revisión de bibliografía especializada de las ciencias sociales, médicas y jurídicas. Además analiza jurisprudencia de las instancias judiciales que abordaron controversias sobre la reasignación quirúrgica de sexo en niños intersex. Se omite aquellas que, si bien abordan problemáticas de reasignación de sexo, no involucran intervenciones médicas quirúrgicas. Esta revisión, doctrinal, normativa y jurisprudencial, se realizó a través de buscadores electrónicos en revistas jurídicas indexadas, repositorios jurisprudenciales de las Cortes, principalmente de la Corte Constitucional de Colombia, repositorios normativos sanitarios, base de datos y revisión doctrinal especializada.

Para la revisión estadística sobre los nacimientos de personas intersex, se solicitó información al Ministerio de Salud, al amparo a la Ley de Acceso a la Información Pública, Ley N° 27806, a partir de los códigos diagnósticos asignados a las características corporales que difieren del binario desde el modelo patologizador. Esta información es referencial puesto que las cifras brindadas por esta institución, si bien son cifras a nivel nacional, no reportan la real incidencia de nacimientos de personas intersex, ya sea por una deficiencia en el sistema de registro nacional, porque en muchos casos la diversidad corporal no es advertida, o debido a que los diagnósticos no dan cuenta del universo real de los cuerpos intersex.

Es importante mencionar que existe una deficiencia en el desarrollo doctrinal nacional, regional y mundial en la materia pues el tema no ha sido aún abordado con profundidad desde la perspectiva constitucional. La literatura abundante identificada ha sido la biomédica desde un abordaje patologizador no ajustado a un análisis de protección de los derechos fundamentales por lo que solo ha sido tomada en cuenta aquella más significativa. El pronunciamiento constitucional más “garantista” en la materia, a nivel mundial, fue el emitido por la Corte Constitucional de Colombia (SU-337 de 1999) y, a partir de ese pronunciamiento, se han escrito artículos de análisis constitucional, los cuales no son abundantes, pero que han sido fuente citada en este trabajo. Desde el derecho constitucional la principal teórica en la materia en América Latina es Laura Saldivia, por lo que sus reflexiones han sido punto de partida, inspiración y aliento en la elaboración de esta tesis.

**El primer capítulo** examina los marcos conceptuales para entender a qué nos referimos cuando hablamos de diversidad corporal en las características sexuales o de intersexualidad, la construcción cultural de la categoría sexo como origen de los problemas de la violación de los derechos fundamentales de estas personas. Del mismo modo, de forma descriptiva, se señalan las principales prácticas médicas de reasignación de sexo sin consentimiento en infantes intersex. En

la parte final del capítulo, nos aproximamos a conocer el estado de la cuestión sobre los nacimientos de personas intersex en el Perú, así como los estándares médicos patologizadores que se aplican en la política sanitaria nacional.

**El segundo capítulo** presenta, en primer lugar, una revisión y análisis de la jurisprudencia comparada colombiana y australiana que aborda como tema central de discusión jurídica que aborda este trabajo. Se extraen las reglas jurídicas que estos pronunciamientos han construido sobre la necesidad y urgencia de las intervenciones quirúrgicas de reasignación de sexo en niños intersex, sobre la validez del consentimiento sustituto paterno o materno en estas intervenciones y la validez del consentimiento del niño como requisito para la procedencia de estas intervenciones. En segundo lugar, se realiza un breve recorrido por los avances normativos en la región y el mundo sobre reconocimiento y garantía de los derechos de las personas intersex.

**En el tercer capítulo**, a la luz de los principios de dignidad de la persona humana, el derecho a la igualdad, a la autonomía, el derecho a la identidad y la integridad, se realiza un análisis sobre la inconstitucionalidad de las prácticas de reasignación de sexo no consentidas. En ese capítulo se postula que, si bien el derecho ha servido y sirve como dispositivo de disciplinamiento de los cuerpos, es también desde el derecho que, a partir de una *perspectiva queer (cuy-r)*<sup>8</sup> aplicada a la regulación normativa de la sexualidad<sup>9</sup>, es posible generar marcos normativos y estándares interpretativos que garanticen una vida en dignidad para todas las personas. Específicamente, para la niñez intersex y para quienes desafían las normas del sistema sexo género binario.

---

<sup>8</sup> Zelada siguiendo a Figari, usa el término “cuir” (o “cuy-r”) a queer para reflejar la connotación hispana de un término que desde hace tiempo ha dejado de “sentirse” y “re-sentirse” solo en su sentido anglófono.

<sup>9</sup>Lo cual “implica plantear un modelo inclusivo desde al menos cuatro ejes o categorías: (1) la expresión de género, (2) las características sexuales, (3) la identidad de género y (4) la orientación sexual” (Zelada 2018: 165).

## CAPÍTULO 1: LA INTERSEXUALIDAD Y SU REALIDAD EN EL PERÚ

*“Desde que tengo 15 años no dejo de hacerme la misma pregunta. No me pregunto, como podría pensarse, por qué nací con este cuerpo. Me pregunto, lo que sería más que previsible, por qué ocurrió lo que ocurrió. Por qué me hicieron esto.*

*No.*

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

*(Mauro Cabral 2009:102)*

### 1.1. Concepto y alcances de la intersexualidad

#### 1.1.1. La diversidad de las características sexuales del cuerpo humano: la intersexualidad

Pocas veces en la historia hemos discutido lo que creemos incuestionable, específicamente cuando se ha tratado de las representaciones corporales vinculadas a la sexualidad. Uno de los primeros cuestionamientos en la cultura occidental fue planteado por el movimiento de defensa de los derechos reproductivos de las mujeres, quienes cuestionaron la reproducción y maternidad como un imperativo para las mujeres. Posteriormente, la heterosexualidad también fue cuestionada con las demandas de reconocimiento de derechos a las personas de orientaciones sexuales no normativas (lesbianas, gays, bisexuales, pansexuales, entre otras).

Cuando, quizá, se pensaba que en este ámbito nada más podría ser puesto en cuestión, se abrió paso la voz de individuos cuyos cuerpos han sido históricamente vigilados, castigados y forzados. Las ciencias médicas y el derecho han sido herramientas para constreñir estos cuerpos al paradigma sexogenérico binario. Cuerpos cuyas diferencias en sus características sexuales, bajo este mandato, se constituyen en sentencias de muerte o de muerte en vida.

Desde los abordajes hegemónicos de la biomedicina vigentes hasta este momento, se explica que los factores que contribuyen en la asignación del sexo de las personas pueden catalogarse en:

- 1) el sexo genético o cromosómico – XY o XX;
- 2) el sexo gonadal (referido a las glándulas reproductivas sexuales): testículos y ovarios;
- 3) el sexo morfológico interno (determinado luego de los tres meses de gestación-vesículas seminales/próstata o vagina/útero/trompas de falopio);
- 4) el sexo morfológico externo (genitales): pene/escroto o clítoris/labia;
- 5) el sexo hormonal: andrógenos y estrógenos;
- 6) el sexo fenotípico (características sexuales secundarias): pelo facial o en el pecho o senos;
- 7) el sexo

asignado y el género de crianza; 8) la identidad sexual (Fausto-Sterling 2006; Saldivia 2007; Chase 2013)

Desde este enfoque, la interacción y confluencia en mayor o menor medida de estos ocho factores entre características sexuales primarias, aquellas que se encuentran presentes en el nacimiento (De Bruyn 2017:7) y secundarias, aquellas que se desarrollan en la pubertad (De Bruyn 2017:7), son empleados como mecanismos para la determinación del sexo .

Como podemos advertir, dichos factores están organizados y estructurados desde la lógica binaria de lo femenino o masculino con sus respectivas características atribuidas. Un ejemplo de ello es que el cariotipo XY representa, desde la representación binaria, lo masculino y el cariotipo XX a lo femenino. Por lo que, si se da el nacimiento de un bebé y se identifican características atribuibles a lo masculino, se entiende que deben confluir en su cuerpo las siguientes características sexuales: ser cariotipo XY, tener testículos, vesícula seminal, próstata, tener pene de tamaño aceptable y escroto, con la M de sexo masculino en el documento de identidad, aceptar la identidad de género asignada, sentir atracción sexual hacia las mujeres al crecer, entre otros aspectos. Pero la corporalidad y sexualidad humana es mucho más compleja y diversa que estos parámetros. Así:

En primer lugar, los patrones de cromosomas pueden variar, lo que significa que el sexo genético de una persona no es siempre claro. En segundo lugar, los cromosomas no son el único elemento que determina el sexo biológico de una persona. Hasta aproximadamente la séptima semana de embarazo, los genitales del feto son indistinguibles. Las formas en que los genitales externos e internos se desarrollan en el útero, y en el que las características sexuales secundarias se desarrollan durante la infancia y la pubertad, dependen [además] de los tipos y cantidades de hormonas que el cuerpo de cada persona produce, y en la receptividad del cuerpo para esas hormonas (De Bruyn 2017:7),

En algunos casos, estos factores no correlacionan o no se corresponden, puesto que “existen personas que nacen con variaciones en las características sexuales físicas, incluyendo características genéticas, hormonales o anatómicas atípicas (...) variaciones en la anatomía sexual que van más allá de las concepciones culturales de cómo deben ser los cuerpos femeninos y masculinos” (CIDH 2015:30). En otros términos, existen personas que, “en relación a su sexo cromosómico, gonadal o anatómico, no pueden ser clasificadas de acuerdo a las normas médicas sobre los cuerpos llamados ‘masculinos’ o ‘femeninos’” (Consejo de Europa 2015: 16). Estas variaciones “pueden incluir el número y los patrones de los cromosomas sexuales (por ejemplo, XXY o XO), las diferentes respuestas de los tejidos a las hormonas sexuales (por ejemplo, tener un ovario y un testículo, o gónadas que contienen tanto tejido ovárico como testicular) o un balance hormonal distinto” (Consejo de Europa 2015:17). Dichas condiciones, en la amplia mayoría de casos, no supone una afectación a la salud. Sin embargo, dichas condiciones son tratadas como “enfermedades congénitas que causan un desarrollo atípico de cromosomas, las gónadas y / o sexo anatómico” (Tamar-Mattis 2013:92).

En virtud de ello, desde de la biomedicina se denomina a estas características como “trastorno del desarrollo sexual” (De Bruyn 2017:6). Esta denominación ha sido extensamente rechazada debido a que este término puede implicar que sus cuerpos tienen un problema que debe ser arreglado (De Bruyn 2017:6). No obstante, el nombre que las organizaciones de personas cuyas características sexuales corporales varían del estándar han elegido para nombrar su corporalidad la palabra **intersex** o **intersexualidad**. Por lo que “cuando decimos intersexualidad (o intersex), nos referimos a todas aquellas situaciones en las que el cuerpo sexuado de un individuo varía respecto al estándar de corporalidad femenina o masculina culturalmente vigente” (Cabral y Benzur 2013: 31).

Estas variaciones o tipos más comunes de intersexualidad y de los cuales se tiene más información, son los siguientes:

**Tabla 1. Expresiones más conocidas de intersexualidad**

Nombre	Características corporales	Descripción
<p><b>Hiperplasia adrenocortical congénita</b></p>	<p>“Virilización de una persona XX Clítoris alargado, apertura de la uretra en la base de los genitales. Presencia de ovarios, útero, trompas de Falopio. En la pubertad se presentan características que se conceptualizan como pertenecientes a los hombres: voz aguda, vello fácil, etc. Infertilidad. Poca o ninguna menstruación”. (Escabi-Montalvo y Toro-Alfonso 2006).</p>	<p>En les bebés XX causa una masculinización genital de leve a severa, que puede ser de nacimiento o posterior (Fausto-Sterling 2006)</p> <p>Algunas formas afectan drásticamente el metabolismo salino y ponen en peligro la vida si no se trata con cortisona (Escabi-Montalvo y Toro-Alfonso 2006; Rodriguez et.al 2017).</p>
<p><b>Síndrome de insensibilidad a los andrógenos</b></p>	<p>“Presencia de vagina sin cervix, testículos descendidos completa o parcialmente en área pélvica. El estrógeno que producen los testículos puede estimular el crecimiento del busto. No hay menstruación. No son fértiles Carencia de vello púbico o en las axilas Clítoris alargado o pene pequeño” (Escabi-Montalvo y Toro-Alfonso 2006)</p>	<p>“Personas con código cromosómico XY, pero resistente a andrógenos. (Fausto-Sterling, 2006). “El cuerpo es ciego a la presencia de testosterona, ya que las células no pueden captarla y usarla. Se desarrollan testículos que producen la hormona mulleriana inhibidora (HMI), la misma que inhibe los ductos mullerianos. El feto carece de útero, trompas de falopio, cervix y la parte superior de la vagina” (Fausto-Sterling, 2006). No se desarrolla el epidídimo, los vasos deferentes y la vesícula seminal (Escabi-Montalvo y Toro-Alfonso 2006).</p>

<b>Disgénesis gonadal</b>	“Atresia vaginal, ausencia de vagina Extrofia cloacal” (Lee et.al., 2013).	“Se refiere a personas la mayoría 46 XY o 45X cuyas gónadas no se desarrollan” (Lee et.al.,2013).
<b>Hipospadias</b>		“La uretra no se abre al exterior por la punta del pene. En las formas leves la abertura está justo debajo del glande, en las formas moderadas está en el tronco del pene y en las severas en la base” (Fausto-Sterling, 2006).
<b>Síndrome de Turner</b>	“Los ovarios no se desarrollan Estatura baja Características sexuales secundarias ausentes” (Escabi-Montalvo y Toro-Alfonso 2006)	“Personas 45X o XO Una forma de disgénesis gonadal en personas aparentemente mujeres”(Fausto-Sterling, 2006). .
<b>Síndrome de Klinefelter</b>	“Los testículos producen bajas cantidades de testosterona. No se desarrolla durante la pubertad vello fácil o corporal Poco desarrollo muscular Presencia de pene y testículos pequeños Desarrollo de busto” (Escabi-Montalvo y Toro-Alfonso 2006)	Personas con código cromosómico 46XXY (Fausto-Sterling, 2006; Escabi-Montalvo y Toro-Alfonso, 2006)

Fuente: Fausto-Sterling (2006); Escabi-Montalvo y Toro-Alfonso, (2006); Lee et.al.(2013); De Bruyn (2017); Carpenter (2018). Elaboración propia

Las personas intersex siempre han existido. Se estima que la frecuencia de nacimientos personas intersexuales varían de un (1) cada mil (1,000) y dos mil (2,000) nacimientos (cifra que incluye solo aquellas personas que pueden ser identificadas como intersexuales en el nacimiento) (De Bruyn 2017; Tamar Mattis 2013).

Existen en nuestro imaginario pero representadas de modo incorrecto, ya que “cuando se aborda la intersexualidad, existe una inmediata asociación con el hermafroditismo” (Cabral y Benzur 2013:31). El “hermafroditismo” se concebía, y aún se sigue concibiendo, como un estado intermedio entre el hombre y la mujer. Este término es peyorativo y caracteriza a las personas con variaciones en sus características sexuales como monstruosas (Carpenter, 2018), “híbridas, impostoras, pervertidas sexuales, y criaturas desafortunadas para la literatura médica” (Reis 2007:536). Término además rechazado por la mayoría de activistas y sus familias.

Es neurálgico comprender que el término intersex es un término “campana [o paraguas] que incluye a diversas personas con «variaciones en sus características sexuales»” (Sardá-Chandiramani 2015: 19). Esto encuentra explicación en que “se sabe que las variaciones de las características sexuales son heterogéneas, con al menos cuarenta variaciones conocidas diferentes; también existe un amplio acuerdo de que una proporción significativa de personas

nacidas con variaciones en las características sexuales no tienen un diagnóstico claro o específico” (Carpenter, 2018). Sin embargo, el abordaje desde las ciencias médicas no es el mismo, “los médicos nunca han incorporado completamente el término intersexual en su vocabulario, por lo que la palabra ha sufrido una falta de especificidad en el mundo médico” (Reis 2007: 537). Ello, a pesar de que en las comunidades científicas se viene debatiendo sobre intersexualidad.

En el ámbito médico, aún podemos advertir la presencia de categorías decimonónicas. Tal es el caso de la Clasificación Internacional de Enfermedades<sup>10</sup> de la Organización Mundial de la Salud que, para caracterizar a las personas intersex, usa el rótulo de “hermafroditas verdaderos y pseudohermafroditas” (Fausto-Sterling 2006:71). Por su parte, el Consenso Europeo sobre manejo de trastornos intersexuales considera a la intersexualidad como “anormalidades en el sexo” (Lee et.al 2013:1). Es a partir del Consenso que desde la medicina se opta por denominar a la intersexualidad como “*trastorno en el desarrollo sexual*” o “*desorden en el desarrollo sexual*”. Esta denominación ha sido rechazada por las personas intersex, “pues consideran este lenguaje peyorativo e inapropiado, además patologiza innecesariamente características a menudo benignas” (Carpenter, 2018).

Quienes promueven el uso del término “*trastornos en el desarrollo sexual*” consideran que este pone “la atención sobre los factores genéticos o endocrinos subyacentes que causan el desarrollo sexual prenatal” (Reis 2007:537). Esta posición no es compartida por las personas activistas, siendo el centro de la controversia la palabra “*trastorno*”, ello en razón de que mantiene la patologización de la diferencia en las características sexuales e implica la necesidad de “arreglar”, “corregir” o “normalizar en la medida de lo posible haciendo que los cuerpos encajen con la percepción médica de lo normal” (Scherpe 2018:2). Por otro lado, la denominación “*desorden*” supone que “un cuerpo necesita ser empujado y empujado hasta encajar perfectamente en las categorías binarias reconocibles de mujer y hombre” (Reis 2007:539).

En suma, la presencia de variaciones en las características sexuales se aborda en las ciencias médicas desde un enfoque patologizante. Pese a que ninguna condición amerita una atención médica, es tratada como una enfermedad que debe ser “curada” con el objeto de corregir el cuerpo, a pesar de que estas, con excepción de algunos casos de hiperplasia adrenocortical congénita (Escabi-Montalvo y Toro-Alonso, 2006), no representan situaciones de riesgo a la salud o la vida de las personas. Esta perspectiva si bien es criticada, ejemplifica el abordaje histórico de la diferencia desde la medicina, que así “como ocurriera con la homosexualidad, y como sigue ocurriendo con las identidades trans, las variaciones que presentan las características sexuales

---

<sup>10</sup> Esta lista elaborada por la Organización Mundial de la Salud, mantiene en la lista de enfermedades a los estados intersexuales bajo el Código Q56, bajo el rótulo de sexo indeterminado y pseudohermafroditismo. Ver: <http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2016/en#/Q50-Q56>

actualmente se clasifican como patologías o trastornos” (Consejo de Europa 2015: 31). Este enfoque y los tratamientos médicos en los que deriva, son incompatibles con la garantía efectiva y eficaz de los derechos fundamentales en el marco de un Estado Constitucional de Derecho; están, sin embargo, normalizados por los estrictos parámetros de la sexualidad normativa binaria.

Respecto a la terminología, la redacción de esta investigación empleará el término intersexualidad o intersex para referirnos a cualquier variación en las características sexuales corporales disruptivas con el parámetro binario (masculino/femenino). Si bien no es un término pacífico y representativo de todas las corporalidades no normativas, debido a que “las experiencias del género y el cuerpo sexuado son profundamente personales y, por lo tanto, inevitablemente varían de persona a persona” (Scherpe 2018:2). Elijo esta palabra, no por mera exquisitez semántica, sino debido a que es el término de uso más amplio entre las personas activistas afectadas directamente por las intervenciones biomédicas y psicojurídicas no consentidas producto del abordaje patologizador.

Es decisivo resaltar que cuando nos referimos a las variaciones de las características sexuales o estados intersexuales son aspectos distintos de la orientación sexual. Siendo la orientación sexual “la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por las personas” (CIDH 2015: 31), ella no depende de las características sexuales del cuerpo. De igual forma, las características sexuales se distinguen de la identidad de género la cual se define como “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida)” (CIDH 2015: 32). En conclusión, las características sexuales si bien interactúan con la orientación sexual y la identidad de género, son aspectos absolutamente distintos.

### **1.1.2. La construcción cultural del sexo**

A menudo las discusiones sobre sexo y género parten de cuestionamientos reduccionistas sobre la dicotomía entre razón y naturaleza. Esta diferenciación ontológica entre la mente y el cuerpo históricamente ha implicado relaciones de subordinación y jerarquía política, jurídica, económica, social y psíquica; donde la mente no solo somete al cuerpo, sino que eventualmente juega con la fantasía de escapar totalmente de su corporeidad. Asimismo, la mente es asociada culturalmente con la masculinidad y el cuerpo con la feminidad (Butler 2002: 64).

La afirmación que hizo Simone de Beauvoir en el Segundo Sexo<sup>11</sup> “no se nace mujer (ni hombre), se llega a serlo”, produjo un cuestionamiento a una verdad que se pretendía mantener, desde la ciencia, el derecho y la religión, como absoluta. Muchas interrogantes surgen a raíz de esta simple pregunta: ¿qué determina que aquellas personas nacidas con genitales llamados vulva devengan en dulces, confiables, menos corruptibles, predispuestas para la reproducción, cuidado y sean de emotivamente más sensibles?, ¿qué determina que personas nacidas con genitales denominados pene sean fuertes, líderes, resistentes entre otras características?, ¿es en realidad el cuerpo (las gónadas, genitales externos, hormonas, cromosomas y otros factores fisiológicos) quien dicta nuestro destino y nos determina cómo ser y cómo no ser?

Pocas veces en la historia se ha puesto en duda lo que se cree incuestionable, sobre todo cuando las representaciones corporales vinculadas con la sexualidad se refiere. No obstante, lo que ahora entendemos como “sexo” en clave binaria, definido por la Real Academia de la Lengua Española como “la condición orgánica, masculina o femenina, de los animales y las plantas”, ha sido producto de una evolución conceptual, política y representativa. No siempre el sexo y el cuerpo fueron concebidos de esta forma. Thomas Laqueur indica que desde la antigüedad y hasta antes del siglo XVII el cuerpo humano era conceptualizado y representado bajo el modelo del “unisexo”. Este paradigma, según el autor, planteaba la existencia de un solo sexo: el masculino. Esto se manifestó por ejemplo en la reproducción del esqueleto humano, como expresión única de humanidad, que fue enteramente masculina debido a que “el hombre era la medida de todas las cosas y la mujer no existía como categoría ontológica distinta” (1994:120).

Desde esa perspectiva, los cuerpos que no eran masculinos fueron considerados como cuerpos masculinos imperfectos carentes del calor vital, en la medida que “el calor que en el hombre adquiere una forma perfecta, en la mujer es el causante de la retención, en el interior, de las estructuras genitales visibles en el hombre” (García 1999: 224). El cuerpo masculino se erigió como el paradigma de la perfección y referente en la construcción de la sociedad del momento. El pene fue el símbolo del estatus del sexo verdadero (Laqueur 1994: 235). En consecuencia, el único sexo legítimo e instaurado como paradigma desde el cual se interpretó el mundo era el masculino.

A partir de ese modelo, y pese a los hallazgos de las particularidades en la anatomía de los cuerpos femeninos, el clítoris fue identificado como el pene femenino, el útero como el escroto femenino, y las expresiones anatómicas entendidas como femeninas eran leídas como expresiones de “hombres invertidos”(Laqueur 1994: 135). Esto representó, según Laqueur, “un orden jerárquico

---

<sup>11</sup> Esta obra fue escrita en el año 1949, su nombre en francés es “*Le Deuxième Sexe*” y es considerada uno de los ensayos fundacionales de la teoría feminista de la igualdad. Simone aborda en este libro diversos aspectos que explican la situación de exclusión y subordinación social, política y económica de las mujeres (cisgénero).

y macrocósmico más o menos estable de un orden social intensamente marcado por el género (...) como una suerte de certificado que concede ciertos derechos y privilegios”(1994: 205).

Desde inicios del siglo XVIII se gesta el quiebre de este modelo generado por una política cultural/simbólica impulsada por distintos acontecimientos sociales y quiebres epistemológicos como el surgimiento de la sociedad mercantil (Foucault, 2000), la modernidad, el capitalismo y la instauración de la política de sometimiento y disciplinamiento corporal. Así:

El cuerpo humano entra en un mecanismo de poder que lo explora, lo desarticula y lo recompone. Una "anatomía política", que es igualmente una "mecánica del poder", está naciendo; define cómo se puede hacer presa en el cuerpo de los demás, no simplemente para que ellos hagan lo que se desea, sino para que operen como se quiere, con las técnicas, según la rapidez y la eficacia que se determina. La disciplina fabrica así cuerpos sometidos y ejercitados, cuerpos "dóciles (2000:126)

Además, este cúmulo de procesos hizo necesario “inventar una estética de la diferencia sexual porque la jerarquía política entre hombres y mujeres comienza a ser cuestionada”(Preciado 2008: 63). Por su parte, Laqueur sostiene que, a partir de los nuevos descubrimientos de la anatomía femenina, “la ciencia otorgó una sustancia material, aceptable en términos de la nueva epistemología, a las categorías de "hombre" y "mujer", consideradas como sexos biológicos opuestos e inconmensurables” (1994:266). Así, se da paso “*al sistema de oposiciones*” (Preciado 2008), o, en términos de Laqueur, el “*modelo de los dos sexos*” (1994).

En adelante el sexo femenino fue considerado como una estructura anatómica diferente de la masculina y ya no la inversión de esta. Lo masculino representó lo no femenino y lo femenino lo no masculino. Dando lugar así al sistema binario del género. Es en ese contexto que surge el concepto “sexo” anclado al determinismo biológico, tal y como lo conocemos hoy, como un mecanismo de disciplinamiento y, por excelencia, “el campo de batalla de los roles del género se traslada a la naturaleza, al sexo biológico”(Laqueur 1994:263). Desde esa perspectiva, las diferencias corporales se alegaron a favor y en contra en los distintos escenarios: políticos, eróticos, jurídicos, económicos y culturales.

Bajo las consideraciones del determinismo biológico, cuando se hace referencia al sexo, este se asocia al término natural: *al ser, lo que está determinado* (Butler 2002:57). Aquello indiscutible, rígido e inmutable, que no es pasible de ser decidido por la persona, que se explica por su sola existencia: la anatomía. Sexo que además expresa la división de la humanidad en dos únicas expresiones corporales posibles: hombre o mujer, dependiendo de distintos factores que serán valorados como atributos distintivos entre uno y otro de forma excluyente. El hombre que nunca será mujer y la mujer que nunca será hombre. Así, “a cada uno su identidad sexual primera,

profunda, determinada y determinante; los elementos del otro sexo que puedan aparecer tienen que ser accidentales, superficiales o, incluso, simplemente ilusorios”(Foucault 2007:13).

En suma, la idea del *sexo* se formó gradualmente como un producto histórico del Estado moderno. En la Edad Media esta noción no revestía de tal rigidez. A las personas nacidas con características sexuales diferentes del estándar binario, personas intersex, no se les forzaba a tener un solo sexo, se consideraba que sencillamente tenían dos y que podían elegir el sexo que desearán según su interés (Foucault 2007:12).

El siglo XVIII fue determinante para equiparar sexo con anatomía y para dotar al sexo de propiedades intrínsecas y leyes propias. Poco a poco el sexo conformó una unidad artificial que agrupó elementos anatómicos, funciones biológicas, conductas, sensaciones y placeres (Alcántara 2017: 185). En el siglo XIX, precisamente en el año 1868, indica Preciado, que estas normas de la “verdad sexual única” llegaron a un punto culminante con “ la patologización de la homosexualidad y la normalización burguesa de la heterosexualidad” (2015:64). Entonces las prácticas no heterosexuales pasan de ser simples conductas sexuales a ser castigadas, perseguidas y curadas. En el siglo XX, como producto de la Segunda Guerra Mundial, aparece el término *género (gender)*, entendido como la masculinidad y la feminidad. Nace como oposición a la rigidez del sexo y se presenta como lo plástico pasible de ser moldeado y construido (Preciado 2015: 83)<sup>12</sup>. El género se describe como asociación instantánea a lo cultural y lo que es posible de ser construido: al deber ser, en términos de Butler, el libre albedrío (2007: 57). Aquello que se construye como ideal que, en clave binaria, será lo que debe ser y a la vez no: lo femenino y lo masculino heterosexual. Una suerte de destino de correspondencia que las personas deben cumplir según corresponda: ser mujer =vagina= femenino, ser hombre = pene= masculino. La hipótesis de un sistema binario de géneros sostiene de manera implícita “la idea de una relación mimética entre género y sexo, en la cual el género refleja al sexo o, de lo contrario, está limitado por él” (Butler 2007: 54).

En conclusión, tanto el sexo como el género no son simples derivados del sexo anatómico o biológico. Son una construcción sociocultural, una representación. O mejor aún, sostiene Preciado, “el efecto del cruce de las representaciones discursivas y visuales que emanan de los diferentes dispositivos institucionales: la familia, la religión, el sistema educativo, los medios de

---

<sup>12</sup> Preciado sostiene que es John Money, el psicólogo de la Universidad John Hopkins encargado del tratamiento de bebés intersexuales, quien utiliza por primera vez la noción de *gender* en 1947. Posteriormente, con la colaboración Ehrhardt y Joan y John Hampson, desarrolla su teoría, que logra implementar de forma experimental en bebés, la posibilidad de modificar hormonal y quirúrgicamente el sexo de bebés cuyos órganos genitales y/o cromosomas no puede clasificar como femenino o masculino (2015:83).

comunicación, la medicina, la legislación; pero también del lenguaje, el arte, la literatura, el cine y la teoría” (2015: 85).

Así, el cuerpo se manifiesta como un medio pasivo sobre el cual se inscriben significados culturales, se atribuye características, estándares adoctrinadores de normalidad: parámetros estéticos, el género, entre otros. El cuerpo es un mero instrumento (Butler 2002: 58). Un ejemplo de ello es el disciplinamiento del cuerpo en razón de la estética. Se acepta el cuerpo lánguido. Se lo construye como el deseable y, como contraparte, se excluye el obeso. El género aplicado al cuerpo produce el cuerpo sexuado en clave binaria. Es por ello por lo que, según sostiene Butler, el sexo siempre ha sido género (2007: 58).

El sexo es en sí mismo norma. Es una práctica reguladora que produce los cuerpos que gobierna (Butler 2002); cuya fuerza reguladora, según Butler, “se manifiesta como una especie de poder productivo, el poder de producir – demarcar, circunscribir, diferenciar-los cuerpos que controla” (2002: 18). Por consiguiente, las normas reguladoras del sexo obran de una manera performativa para constituir la materialidad de los cuerpos y, más específicamente, para materializar el sexo del cuerpo, para materializar la diferencia sexual en aras de consolidar el imperativo heterosexual (Butler 2002: 18). No hay ningún motivo para clasificar a los cuerpos humanos en los sexos masculino y femenino a excepción de que dicha clasificación sea útil para las necesidades económicas de la heterosexualidad y que ello le proporcione un brillo naturalista a esta institución (Butler 2007: 227). Salvo para el disciplinamiento de los cuerpos y la instauración de un orden social.

El proceso de construcción del cuerpo sexuado supone entonces asumir un sexo a partir de la reiteración de los parámetros de la norma. Esto se explica por ejemplo en la afirmación de los estereotipos sobre lo que implica ser mujer o varón a lo largo de la vida, la diferenciación de los colores en oposición (rosado vs. azul), los roles, el deseo, el cuerpo, entre otros aspectos. Así, “la formación de un sujeto exige la identificación con el fantasma normativo del “sexo” y esta identificación se da a través de un repudio que produce un campo de abyección, un repudio sin el cual el sujeto no puede emerger” (Butler 2002:19-20).

De este proceso, que Butler denomina regulación de las prácticas identificatorias<sup>13</sup>, surge el imperativo del rechazo y la acción de la fuerza disciplinadora que recae en todo cuerpo que rompe con la estructura normativa del sexo. Esto implica incluso en muchos casos la domesticación del

---

<sup>13</sup> Sostiene Foucault que los años 1860-1870 constituyen precisamente una de esas épocas en las que con mayor intensidad se practica la búsqueda de la identidad en el orden sexual: sexo verdadero de los hermafroditas, pero también identificación de las diferentes perversiones —su clasificación, caracterización, etc— en una palabra, el problema del individuo y de la especie en el orden de las anomalías sexuales (2007:16).

cuerpo a través del quirófano. Tal como en el caso de bebés intersex, cuyos cuerpos son mutilados y anulados con el objetivo de adecuarlos a la norma binaria de lo femenino o masculino.

Comenzando el siglo XXI inicia el cuestionamiento del modelo de la dualidad del sexo como únicas expresiones de humanidad. Abriéndose paso a la construcción de un nuevo modelo que cuestiona el binario, la parcialización de la ciencia y su rol en el disciplinamiento de los cuerpos a favor de un determinado paradigma. Carpenter siguiendo a Holmes, lo ha denominado como el modelo del “tercer sexo” (2018a:491).

No obstante, este nuevo modelo hecha mano de la diversidad de las características sexuales para respaldar el reconocimiento legal de las identidades de género no binarias en los registros civiles en las figuras como el “tercer casillero”. Tal es el caso de Malta, Nueva Zelanda, Australia y Alemania que agregaron el tercer recuadro de sexo en los certificados de nacimiento. Esta perspectiva no deja de presentar puntos críticos debido a que refuerza el supuesto que las identidades de género necesitan coincidir con los cuerpos para ser validadas (Carpenter 2018a:492).

Este nuevo planteamiento que se va asentando institucionalmente en los países de Europa no termina por comprender la diversidad de las características corporales y los problemas que enfrentan las personas intersex debido a las categorías de sexo legal a las que se les impone ceñirse. Desde esa aproximación, es importante indicar que concebir a la intersexualidad como un tercer sexo es erróneo, debido a que “no refleja la heterogeneidad de las identidades y cuerpos intersexuales, se interrumpe el conocimiento de niñas y adultos con variaciones intersexuales y sus familias. En lugar de facilitar la autodeterminación, asociar la intersexualidad con cualquier clasificación de sexo legal limita esa capacidad” (Carpenter 2018a:492).

### **1.1.3. Las intervenciones médicas de reasignación de sexo en infantes intersex**

El binario hombre y mujer como únicas posibilidades de existencia corporal instituido por el sistema heteronormativo ha sido un mandato casi incuestionado. Así, por ejemplo, la asignación de sexo (hombre/mujer) en el nacimiento de un bebé se realiza sobre la base de la valoración visual de su anatomía, principalmente de sus genitales. Para esta asignación, desde la medicina, se construyeron parámetros basados en percepciones culturales sobre la longitud adecuada de los genitales para la determinación de su sexo.

Bajo este entendimiento, los cuerpos intersex han de ser “arreglados” hacia uno u otro extremo del binario de acuerdo con el mejor pronóstico identificado por la valoración médica. Este cúmulo

de tecnologías es lo que Carpenter (2018a) llama “*el modelo médico de la normalización de los cuerpos intersex*” que entraña en sus postulados la patologización de las características sexuales no normativas.

Los primeros desarrollos de protocolos y técnicas para la transformación de los cuerpos intersex desde la intervención quirúrgica surgieron por primera vez en la Universidad Johns Hopkins durante los años 1920 y 1930 (Chase 2013: 50); siendo los postulados de la maleabilidad de la identidad de género de Jhon Money el punto de partida para las intervenciones tempranas. Debido a que Money consideraba que la identidad de género, tanto como la adquisición de una lengua, se construye de forma acumulativa con el tiempo, por lo que recomendó que la asignación de género y sexo debía realizarse hasta antes de los dieciocho meses de edad (Karkazis 2008:7).

A partir de ese momento, la mutilación genital, las vaginoplastías y cliterectomías no consentidas en infantes se institucionalizaron como las prácticas médicas hegemónicas en las ciencias de la salud para el abordaje de la intersexualidad (Carpenter 2018a: 488). Dando inicio a lo que Dreger (1999) denominó “The Age of Surgery” o “la era de la cirugía”, en la que el papel protagónico recae en el médico por ser quien hace y crea el sexo en las corporalidades intersex. Hasta antes de 1950, la intervención médica en la intersexualidad no era una práctica habitual (Karkazis 2008: 7).

Según documenta Fausto-Sterling, en un bebé de genotipo XY “un falo de 2 cm es preocupante, mientras que por debajo de 1,5 cm de longitud y 0,7 de grosor debe optarse por una reasignación de género” (2006:79). Este parámetro fue construido a partir de dos evaluaciones funcionales del falo con base a expectativas culturales: 1) capacidad para orinar de pie y 2) la penetración vaginal en el coito heterosexual (Fausto-Sterling 2006:79). Estas funciones sociales deben cumplirse, según el tamaño del genital, satisfactoriamente para determinar si un bebé es niño o niña. Para cumplir estas expectativas se emplean tratamientos hormonales y quirúrgicos (vaginoplastía y dilatación vaginal) las cuales pueden requerir reiteradas operaciones en los primeros años de vida (Fausto-Sterling 2006; Saldivia 2017; Chase 2013). En el caso de un bebé de fenotipo XX, los parámetros longitudinales del clítoris considerados normales “varía entre 0,2 cm y 0,85 cm” (Fausto-Sterling 2006: 81). Por lo que un clítoris que supere la longitud permitida es generalmente reducido a través de cirugías genitales innecesarias (cliterectomías) y sexualmente dañinas (Fausto-Sterling 2006: 82).

Sendas investigaciones coinciden en que estas prácticas médicas y su incorporación en los protocolos médicos no cuentan con respaldo de sólida evidencia científica que de cuenta de sus beneficios en la salud física, mental y sexual de las personas (Lee et. al 2006; Tamar-Mattis 2013; Meyer-Bahlburg 2014; Bartz & Feder 2015; Carpenter 2018a). Muy por el contrario, los

fundamentos de estas intervenciones encuentran razón en creencias o “preocupaciones” vinculadas con la vigilancia social de los mandatos del género como la reducción de la confusión de género para los niños y sus padres, la aceptación social e integración de los niños, “su felicidad” (Tamar-Mattis 2013:93) y el beneficio de la apariencia normal, aspecto considerado como gravitante para el desarrollo psicosocial de un bebé (Baratz & Feder 2015:123).

No obstante, el impacto negativo de estas prácticas médicas está ampliamente documentado en distintos estudios e investigaciones sociales. Tamar-Mattis las describe de la forma siguiente:

Vaginoplastia, un procedimiento llevado a cabo para crear una abertura vaginal o para alargar una vagina que es inadecuada para el coito, tiene muchos riesgos y complicaciones, incluyendo la formación de cicatrices en el introito y el crecimiento de tejido anormal (“neoplasia”), requiriendo la intervención repetida. La dilatación vaginal regular se impone a menudo en el niño después de la vaginoplastia. La introducción repetida de un objeto sólido en la vagina de un niño ha sido descrita como extremadamente dolorosa, altamente traumática, y comparable al abuso sexual en términos de la experiencia del paciente. La reducción del clítoris es un procedimiento cosmético utilizado para reducir el tamaño de un clítoris que se considera demasiado grande. Que conlleva un riesgo significativo de pérdida o deterioro de la función sexual. “Las mujeres adultas que tienen cirugía del clítoris sufrida en el informe de la infancia reduce la sensación sexual y la función sexual más pobre, en comparación con los controles normales y también para las mujeres con clitoromegalia sometidos a cirugía no consentida”.

Otros riesgos de la cirugía genital-normalizador incluyen cicatrices y la incontinencia. En un estudio, de “57 adultos 46XY DSD que tuvieron cirugía genital, dieciséis 47,1% estaban satisfechos con los resultados funcionales, 47,4% con la excitación del clítoris y 37,5% con la vida sexual en general; 44,2% tienen ansiedades sexuales, el 70,6% tuvo problemas con el deseo y el 56,3% informó dispareunia [relaciones sexuales dolorosas]” (2013:93).

Un punto a resaltar es que la intervención quirúrgica y hormonal viene acompañada de lo que Fausto-Sterling sarcásticamente denominó “*el arreglo psicológico*”, propuesto por John Money. Este arreglo postula “que el esquema psicológico infantil se desarrollaba en consonancia con su imagen corporal, por lo que la cirugía genital temprana era importante” (Fausto-Sterling 2006: 85).

Money, sostenía que “el sexo asignado y el sexo inculcado eran un mejor pronosticador de la identidad de género y la orientación sexual de un hermafrodita” (Fausto-Sterling 2006: 88). Llegando a esta conclusión a razón del caso llamado John/David Reimer, un bebé de 7 meses, no intersexual, quien perdió sus genitales tras una mala praxis médica. Money, bajo su postulado de la maleabilidad de la identidad sexual, aconsejó a su padre y madre a reasignar el sexo de John de masculino a femenino. La propuesta fue aceptada por sus familia. John fue intervenido quirúrgicamente, le asignaron el sexo femenino y el nombre de Joan (Brenda Reimer). A Joan le socializaron como mujer en su infancia y adolescencia.

Money informó que la puesta en marcha de su teoría fue exitosa ya que Joan se identificaba con el sexo femenino, jugaba con muñecas. Aún cuando John no era una niña intersex, se tomó como evidencia concluyente de que un niño con características sexuales atípicas podría criarse como un niño o una niña, y que la cirugía de normalización genital ayudaría al desarrollo de una identidad normativa de género (Tamar-Mattis 2006:22).

Años más tarde se supo que el experimento de Money fue un completo fracaso. John/David Reimer nunca asumió ser Joan/Brenda. Él arrancaba sus vestidos, indicaba con insistencia a su psiquiatra que era un niño con cabello largo y vestido de niña, vivía sumido en depresión y pensamientos suicidas reiterados. Después de tanto sufrimiento sus padres le relevaron la verdad sobre los procedimientos a los que fue sometido y a la edad de 14 comenzó a vivir como un niño tomando el nombre de David (Tamar-Mattis 2006). Él formó una familia pero finalmente, a sus treinta y cuatro años (34), se quitó la vida luego que su caso se diera a conocer públicamente.

A pesar del fracaso de los postulados de Money sobre el modelado ambiental de la identidad de género y su refuerzo binario, su teoría permanece vigente en la práctica médica hegemónica de abordaje de la intersexualidad y la transgeneridad, gozando de un “consenso de aprobación que raras veces se encuentra en la ciencia” (Chase 2013: 51). Esto se advierte, por ejemplo, en el *Manual de Diagnóstico y Estadística de Trastornos Mentales* (DSM) y en la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades (CIE-10)<sup>14</sup>. Ambos instrumentos sirven como lineamientos para el “disciplinamiento médico científico de los cuerpos en una de las dos categorías sexo/género aceptadas” (Saldivia 2017: 140). Debido a que patologizan y orientan una acción de corrección o normalización de las diferencias corporales y las identidades de género no binarias. Así también, uno de los protocolos médicos más importantes, el *Consenso sobre el manejo de Desórdenes Intersexuales* de la Sociedad Europea de Endocrinología Pediátrica indica que “los factores que influyen en la asignación del género incluye el diagnóstico, la apariencia de los genitales, las opciones quirúrgicas, la necesidad de terapia de reemplazo hormonal permanente, el potencial para la fertilidad, los puntos de vista de la familia y, a veces, circunstancias relacionadas con prácticas culturales” (Lee *et. al.* 2013:288).

En este punto es importante mencionar si bien la patologización de las diversidades sexuales ha sido una práctica recurrente en la biomedicina, ha ido perdiendo legitimidad debido a que se viene transparentando el papel que cumple como mecanismo de disciplinamiento de los cuerpos “desviados”. De tal modo, se tiene mayor claridad de sus mecanismos de actuación y del poder

---

<sup>14</sup> La CIE 10 clasifica las identidades de género no binarias como “trastornos de la identidad de género” y le asigna el código F65, y a las características corporales sexuales no binarias las cataloga en el capítulo XVII que aborda las Malformaciones congénitas, deformidades y anomalías cromosómicas y las denomina “anomalías cromosómicas, no clasificadas en otra parte”, y le asigna el código Q90-Q99. Véase: <http://ais.paho.org/classifications/Chapters/pdf/Volume1.pdf>

que goza en la regulación de las poblaciones y organismos a través de su capacidad de profundizar en el cuerpo, produciendo técnicas, conocimientos, hechos, conceptos, taxonomías y categorías (Karkazis 2008: 10). Así, define qué es lo natural y antinatural, “pesar de todos los cuerpos son naturales en el sentido más amplio, la formulación de la medicina de algunas personas como intersex no es natural, creando en su lugar una categoría culturalmente distintivas” (Karkazis 2008:11).

Carpenter sostiene que “la tendencia ha sido despatologizar los códigos asociados con las minorías sexuales, debido a los estándares en derechos humanos así como la evidencia de baja calidad y los fundamentos sociales que justificaron su existencia” (2018:2). Uno de los cambios transcendentales en ese ámbito es que en el nuevo CIE- 11, presentado en junio de 2018, se elimina completamente la patologización de la homosexualidad. Sin embargo, este enfoque despatologizador de la diferencia no logra abarcar a las identidades de género y las variaciones características sexuales no normativas, las cuales siguen siendo consideradas como trastorno o desorden. La nueva CIE-11, que entrará en vigencia en enero de 2022<sup>15</sup>, apuesta por legitimar la patologización de las personas intersex, cuyas variaciones corporales son calificadas como “trastornos del desarrollo sexual” (DSD) en un lenguaje que insiste en denominarlas como “pseudo-hermafroditas”, término que a menudo es criticado como peyorativo” (Carpenter, 2018).

En el análisis de los protocolos médicos, la evidencia clínica en la que se sustentan los beneficios de la reasignación sexual temprana en bebés intersex no consentida son cuestionables. Por un lado la que existe es insuficiente, y, por otro, las conclusiones en las que se respaldan son “erróneas y engañosas que hacen necesaria una interpretación más extensa y un debate crítico” (Bartz y Feder 2015:1763). Adicionalmente, algunos prestadores de servicios se muestran inseguros sobre la decisión correcta en algunos casos y las familias de los niños en algunos casos muestran su insatisfacción frente a la información que reciben (Karkazis *et.al* 2010:789).

La justificación de la Sociedad Europea de Endocrinología Pediátrica sobre la práctica temprana de la reasignación quirúrgica del sexo en bebés intersex se fundamenta en “razones cosméticas” y en vista de que alivia la angustia parental y mejora los lazos entre la criatura y sus progenitores (Lee *et.al* 2013: 289). Sin embargo, como punto a resaltar, este protocolo también da cuenta de los riesgos en la salud de las intervenciones quirúrgicas practicadas en edades tempranas como por ejemplo, en el caso de clitoroplastia, “se identifica problemas relacionados con disminución en la sensibilidad sexual, pérdida de tejido clitoral y problemas cosméticos”(Lee *et. al.* 2013:

---

<sup>15</sup> La CIE-11 se presentó en la Asamblea Mundial de la Salud de mayo de 2019 para su adopción por los Estados Miembros, y entrará en vigor el 1 de enero de 2022. Véase: [https://www.who.int/es/news-room/detail/17-06-2018-who-releases-new-international-classification-of-diseases-\(icd-11\)](https://www.who.int/es/news-room/detail/17-06-2018-who-releases-new-international-classification-of-diseases-(icd-11))

294). Asimismo, se identifica “aversión al sexo y la falta de excitabilidad” (Lee *et. al.* 2013: 293), como también el riesgo de desarrollar tumores gonadales (Lee *et. al.* 2013: 294).

Las principales voces que han denunciado la crueldad de las reasignaciones de sexo en infantes intersex sin consentimiento han sido las propias personas sometidas a estos procedimientos como Charyl Chase, fundadora de la Sociedad Intersex de Norte América (ISNA) y Mauro Cabral, activista intersex argentino. Debido a estas denuncias, en el último Informe sobre situación de los derechos humanos de las personas LGTBI (2015), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha calificado como violaciones generalizadas a los derechos humanos “las cirugías irreversibles de asignación de sexo y de normalización de genitales, esterilización involuntaria; sometimiento excesivo a exámenes médicos, fotografías y exposición de los genitales; falta de acceso a información médica e historias clínicas; retardos en el registro de nacimiento; negación de servicios o seguros de salud, entre otras” (2015:125)

En conclusión, los parámetros de determinación de sexo y la necesidad de la reasignación temprana y no consentida del sexo en bebés intersex obedecen a los mandatos culturales de género. Estos procedimientos no se sustentan en la conservación de la salud o la prevención de daños irreparables, sino en el mantenimiento de las normas sociales. El modelo médico de normalización de los cuerpos intersex encuentra su razón de ser “en las ansiedades sociales sobre el matrimonio, la heterosexualidad y la insistencia en los cuerpos normativos” (Reis 2007:539).

## **1.2. Las implicancias del binarismo de sexo en el derecho**

A pesar de que los cuerpos intersex han existido a través de la historia, la binariedad, como norma social, ha sido sostenida por el derecho y la ciencia médica sobre todo a partir de la Modernidad. Esta mirada de la humanidad, ha leído realidades corporales desde ese parámetro y ha intervenido en ellas a fin de “normalizar” todo aquello que se presentara como disruptivo. Maffía sostiene que las creencias en las que se asienta este sistema, que conforman un punto de vista conservador y patriarcal sobre la sexualidad humana, son tres: a) los sexos son solo dos: masculino y femenino, b) las relaciones sexuales tienen como fin la procreación y c) la familia es una unidad natural (2003:5). Creencias que además han que ha sido legitimadas desde la filosofía, la medicina, el derecho y la religión dogmática.

En el derecho, el abordaje de la intersexualidad no es reciente. En 1843, en Conecticut, se registró el caso de Levi Suydam, persona intersex que interpelló a la sociedad norteamericana. Levi solicitó ejercer su derecho al voto para darle la victoria al partido conservador en un proceso electoral local. Los opositores a este partido cuestionaron el voto de Levi. Su argumento se centraba en que a Levi no le correspondía el derecho al voto ya que este era exclusivo de los varones. Y, debido

a que Levi era intersex, era “*más hembra que macho*”. La junta electoral, para dilucidar esta controversia, solicitó que un médico analizara a Levi, quien, tras observar un falo y unos testículos, certificó la masculinidad de este. Sin embargo, unos días después, el médico se percató que Levi menstruaba regularmente y tenía un orificio vaginal (Fausto-Sterling 2006:47).

Un examen histórico de la intersexualidad, hasta principios del siglo XIX, permite notar que inicialmente quienes decidían sobre la reasignación de sexo en personas intersex eran los juristas (Fausto-Sterling, 2006). Esta decisión se circunscribía a la operativización del modelo de dos sexos (Laqueur, 1994), asunto determinante para la época, ya que el ser catalogado como hombre o mujer definía el *status jurídico* y, con ello, hacía a la persona merecedora o no del reconocimiento de su ciudadanía. Esta reasignación de sexo, como sostiene Fausto-Sterling, se realizaba sobre la base de la evaluación del “*sexo que prevaleciere*”, desde la valoración visual de las características primarias de los cuerpos sometidos a examen.

Como vemos, el binarismo no ha sido ajeno al derecho. El derecho, incluso, ha colaborado, y lo sigue haciendo, en su reproducción y justificación (Maffia 2010:60). Esto se traduce, por ejemplo, en postulados incluidos de modo recurrente en la mayoría de textos constitucionales: reconocimiento jurídico exclusivo de las uniones entre “varones y mujeres” heterosexuales. Como en el caso peruano, cuyo artículo 5<sup>16</sup> de la Constitución Política reconoce que las uniones de hecho, figura de protección jurídica de parejas, es aquella sostenida entre un varón y una mujer.

Al respecto, Fausto-Sterling (2006:24) sostuvo que los debates sobre la intersexualidad son indisolubles de la controversia sobre la homosexualidad. Por ello, no se puede asumir los desafíos que plantea una mirada de los sexos biológicos más allá del binarismo, sin abordar el cuestionamiento a la heterosexualidad como norma. Un ejemplo que plantea esta vinculación es el caso Corbett vs. Corbett de 1970<sup>17</sup>, en el que un juez británico declaró nulo el matrimonio de una persona transexual por considerar que la vagina que los cirujanos le habían construido era demasiado pequeña para hacer posible la penetración.

En el derecho, la categoría “sexo” ha sido entendida desde el enfoque del determinismo biológico basado en el binarismo de género. Aunque en las últimas décadas los ordenamientos jurídicos, ya sea a través de la vía jurisprudencial o legislativa, vienen ampliando sus entendimientos sobre la sexualidad humana. Este entendimiento se mantiene dentro de los parámetros del binarismo del sexo. Un ejemplo de ello son las normas procedimentales para el reconocimiento de la identidad

---

<sup>16</sup> Artículo 5° de la Constitución Política del Perú: La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.

<sup>17</sup> Corbett v. Corbett (o también Ashley). Sentencia del juez Ormrod. Febrero de 1970. Disponible en: <http://www.pfc.org.uk/caselaw/Corbett%20v%20Corbett.pdf>

de género de las personas trans suelen solicitar como requisito cirugías genitales (como la vaginoplastia). Estos procedimientos que, suponen la mutilación de los genitales, implican la adecuación del cuerpo al paradigma binario y se comporta como una moneda de cambio para acceder, en el ámbito judicial, al cambio de sexo y los prenombrados en el documento de identidad (Zelada & Neyra, 2017).

En el Perú, la asignación del sexo es un requisito indispensable en los procedimientos legales de reconocimiento de la personalidad jurídica. En estos parámetros, la intersexualidad se constituye como un imposible jurídico, ya que no existe posibilidad de reconocerla por fuera del binario. Así, las categorías hombre y mujer están asidas por ciertas características que, además de arbitrarias, determinan cómo debe ser un cuerpo para que el género funcione. Estas características se basan, principalmente, por el tamaño máximo del clítoris (Clasificación de Prader) y el tamaño mínimo del pene (Clasificación Quigley). El cuerpo normativo solo permite elegir entre la F (femenino) o la M (masculino) para que se incluya en el registro de nacimiento.

El Tribunal Constitucional del Perú, en el caso Karen Mañuca Quiroz Cabanillas, indicó que el sexo es la identificación que se asigna al recién nacido y que lo ubica en el género masculino o femenino<sup>18</sup>. Lo mismo ha sucedido con la Corte Constitucional Colombiana que, a pesar de abrazar un desarrollo jurídico de avanzada en la materia (este análisis se desarrolla en el segundo capítulo), los fallos que abordan controversias jurídicas sobre personas intersex lo hacen desde una concepción binaria. Ha sostenido, incluso, que la indeterminación de sexo, es decir la posibilidad de concebir a la persona humana, fuera de ese parámetro, constituiría una afectación a la integridad de la persona.

Dicho lo anterior, el ordenamiento jurídico peruano integra *el modelo de los dos sexos* (Laqueur) y concibe a su ciudadanía en clave binaria y heterosexual: femenino (mujer con vagina)/ masculino (hombre con pene). Esto último se refleja con claridad en la protección normativa que brinda a las parejas a través de las instituciones del matrimonio (artículo 234) y concubinato (artículo 326), reconociendo únicamente a las parejas heterosexuales (varón y mujer) (Fernández 2014:108). Esta concepción se ha constituido en una suerte de interés público<sup>19</sup> por el carácter relevante que el Estado le ha atribuido. Prácticamente, lo ha priorizado al incluirlo entre los fines que este persigue permanentemente. Lo cual es contrario a los fines de un Estado Constitucional

---

<sup>18</sup> Tribunal Constitucional del Perú. EXP. 2273-05-PHC/TC. KAREN MAÑUCA QUIROZ CABANILLAS. 20 de abril de 2006. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02273-2005-HC.html>

<sup>19</sup> En su definición constitucional “el interés público es simultáneamente un principio político de la organización estatal y un concepto jurídico. En el primer caso opera como una proposición ético-política fundamental que informa todas las decisiones gubernamentales; en tanto que en el segundo actúa como una idea que permite determinar en qué circunstancias el Estado debe prohibir, limitar, coactar, autorizar, permitir o anular algo (TC EXP. N.º 0090-2004-AA/TC: Fj4).

de Derecho, que rechaza implícitamente todas las ideologías de creación de una nueva persona, sea como fuera esta (Haberle 2001:61).

La concepción de la sexualidad humana que promueve la Constitución es entonces perfeccionista ya que impone a las personas planes de vida que no han elegido para sí. Emplea para tal fin toda su fuerza institucional, condiciona la inscripción registral, y el reconocimiento de la ciudadanía, al binarismo de género. Legitima además los procedimientos sexonormalizadores no consentidos en niños intersex y excluye de protección jurídica a las personas que son disruptivas con este fin. Nuestro texto constitucional valora la heterosexualidad y la cisgeneridad como los mejores ideales de vida y expresión de excelencia humana, constriñendo la diversidad corporal y el principio de autonomía de la persona.

### **1.3. El estado de la cuestión de la intersexualidad en el Perú**

La intersexualidad en el Perú es invisible. En la esfera académica no se advierten investigaciones sobre la frecuencia de nacimientos de bebés intersex, los impactos nocivos de las prácticas patologizadoras y otros aspectos. Esta ausencia no guarda relación con la existencia de miles de personas que nacen con cuerpos que, como diría Cabral (2013), “varían respecto a la masculinidad y feminidad corporalmente típicas”; que, en soledad, deben hacer frente al sistema binario que las conmina y fuerza a encajar en un esquema a través de la intervención quirúrgica de reasignación de sexo y los dispositivos legales de la asignación binaria de sexo obligatorio al momento de su nacimiento.

Por esta razón, la información disponible en el Perú sobre los nacimientos de bebés intersex y las problemáticas alrededor de la vulneración de sus derechos es escasa e inexacta. Sobre el primer punto, las encuestas nacionales anuales, como la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar, y el Informe sobre Natalidad, Mortalidad y Nupcialidad no recogen esta información en sus reportes pues la información es también sistematizada desde el binarismo de género.

En esa medida, existe una limitación estructural en el acceso a información certera sobre la población intersex en el Perú. Solo a través de una búsqueda detallada, empleando solicitudes de acceso a la información pública, hemos logrado acceder a data importante sobre la cifra aproximada de nacimientos de niños intersex. Esta búsqueda consistió en identificar las “patologías” o “síndromes” asociadas a las características intersex en los registros del Ministerio

de Salud y preguntar por su incidencia en el periodo 2007 y 2017<sup>20</sup>. Lo cual, sin duda, pone una vez más en evidencia el abordaje patologizador con el que se trata la intersexualidad en nuestro país.

Resultado de la sistematización de esta información, en la Tabla 2 se presenta una aproximación cuantitativa al número de nacimientos de bebés intersex en el Perú. Este número es tan solo un aproximado, debido a que existe subregistro generado por las deficiencias en la sistematización de información y que, en algunas circunstancias, a los niños intersex se les asigna un sexo según la valoración visual del personal de salud de cuán masculino o femenino es su cuerpo al momento de su nacimiento.

**Tabla 2. Reporte de nacimientos de bebés intersex de enero de 2007 a julio del 2017 a nivel nacional**

Categorías	Nº de casos	%
Q560 - Hermafroditismo, no Clasificado en otra parte	221	3.36%
Q561 - Pseudohermafroditismo Masculino, no Clasificado en otra parte	20	0.30%
Q562 - Pseudohermafroditismo Femenino, no Clasificado en otra parte	18	0.27%
Q563 - Pseudohermafroditismo, no Especificado	43	0.65%
Q564 - Sexo Indeterminado, sin otra Especificación	179	2.72%
Q524 - Otras Malformaciones Congénitas de la Vagina	299	4.55%
Q525 - Fusión de Labios de la Vulva	778	11.84%
Q526 - Malformación Congénita del Clítoris	51	0.78%
Q527 - Otras Malformaciones Congénitas de la Vulva	236	3.59%
Q528 - Otras Malformaciones Congénitas de los Órganos Genitales Femeninos, Especificadas	236	3.59%
Q529 - Malformación Congénita de los Genitales Femeninos, no Especificada	472	7.19%
Q960 - Cariotipo 45, X	116	1.77%
Q961 - Cariotipo 46, X Iso (Xq)	30	0.46%
Q962 - Cariotipo 46, X con Cromosoma Sexual Anormal Excepto Iso (Xq)	9	0.14%
Q963 - Mosaico 45,X / 46, XX o XY	18	0.27%
Q964 - Mosaico 45,X / Otra (s) Línea (s) Celular(es) con Cromosoma Sexual Anormal	9	0.14%
Q968 - Otras Variantes del Síndrome de Turner	35	0.53%
Q969 - Síndrome de Turner, no Especificado	1483	22.58%
E345 - Síndrome de Resistencia Androgénica	1	0.02%
Q530 - Ectopia Testicular	119	1.81%
Q531 - Testículo no descendido, Unilateral	545	8.30%
Q532 - Testículo no descendido, Bilateral	170	2.59%
Q539 - Testículo no descendido, sin otra Especificación	1311	19.96%

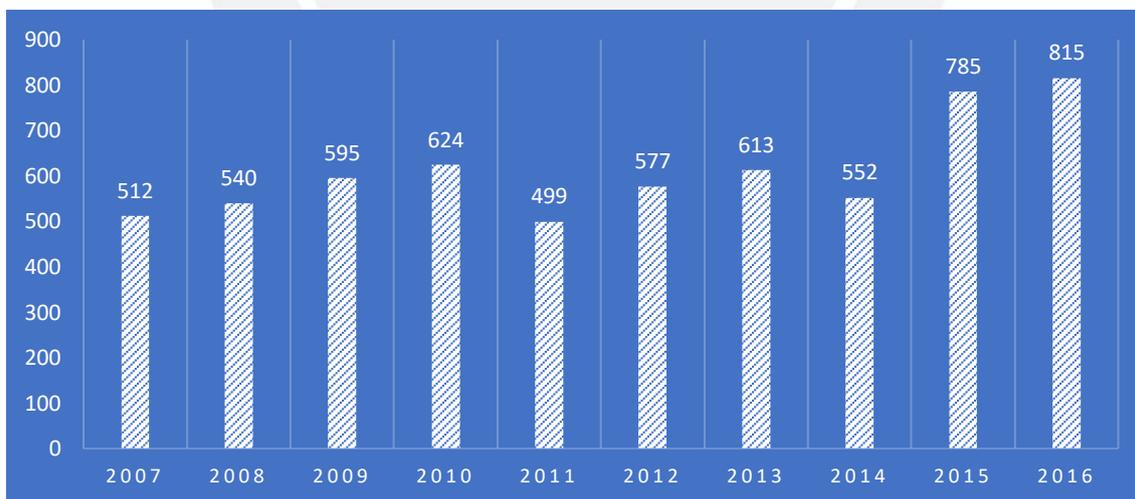
<sup>20</sup> Para la elaboración de la Tabla 2 se han sistematizado información proporcionada por la Oficina General de Tecnologías de la Información del Ministerio de Salud en respuesta a los siguientes pedidos acceso a la información pública: 17-0005117, 17-0005831, 17-005833, 17-0005834 y 17-0006268.

Q540 - Hipospadias del Glante	25	0.38%
Q541 - Hipospadias Peneana	17	0.26%
Q542 - Hipospadias Penoscrotal	15	0.23%
Q543 - Hipospadias Perineal	2	0.03%
Q544 - Encordamiento Congénito del Pene	1	0.02%
Q548 - Otras Hipospadias	3	0.05%
Q549 - Hipospadias, no Especificada	99	1.51%
Q891 - Malformaciones Congénitas de la Glándula Suprarrenal	7	0.11%
Q991 - Hermafrodita Verdadero 46,XX	1	0.02%
<b>Total de nacimientos</b>	<b>6569</b>	<b>100.00%</b>

Fuente: Ministerio de Salud( respuestas a solicitudes de acceso a la información pública 17-0005117, 17-0005831, 17-005833, 17-0005834 y 17-0006268.). Elaboración propia. Las categorías incluyen la codificación del MINSA.

De esta información podemos calcular que la frecuencia de nacimientos de bebés intersex en el Perú representa el 0.12%<sup>21</sup> de los nacimientos anuales. Es decir, aproximadamente 1 de cada 1000 nacimientos es intersex. Cifra que se asemeja al estimado para los Estados Unidos de Norte América, que reporta que 1 de cada 1500 – 2000 nacimientos al año son de bebés intersexuales (Escabí Montalvo y Toro–Alonso 2006:757).

**Gráfico 1. Registro de nacimientos de bebés intersex en Perú (2007-2016)**



Fuente: Ministerio de Salud (respuestas a solicitudes de acceso a la información pública 17-0005117, 17-0005831, 17-005833, 17-0005834 y 17-0006268). Elaboración propia

<sup>21</sup> Esta cifra se obtiene de la a partir de la cifra de nacimientos de bebés intersex que reporta el Ministerio de Salud en el año 2015 que asciende a un aproximado de 785 bebés y el total de nacimientos reportados en el mismo año que asciende a 652, 075 (INEI 2016: 15)

Del Gráfico 1 se puede advertir un incremento en el reporte de estos casos a partir del año 2015. Ello, presumiblemente, se debe a la aprobación en enero de 2015 de la Guía de Práctica Clínica de “Diagnóstico y Tratamiento de las Anomalías de Diferenciación Sexual” del Instituto Nacional de Salud del Niño, que incorpora categorías de identificación de estados intersexuales. Este protocolo será analizado en las siguientes líneas.

### 1.3.1. Marco jurídico nacional

Hay dos aspectos a diferenciar en este acápite. El primero es el tratamiento jurídico de la intersexualidad en el Perú y los parámetros del binarismo de género en la asignación de sexo en los bebés. El segundo son las normas sanitarias que determinan los mecanismos biomédicos de intervención en los casos de bebés intersex.

Sobre el primer punto, si bien en la Constitución política el principio y derecho a la dignidad e igualdad son pilares fundamentales de la estructura del Estado, nuestro texto fundamental reconoce y promueve, en tanto características sexuales, un modelo único de corporalidad humana: varón y mujer (artículo 5). Es decir, hace suyo el modelo dual del sexo que describe Laqueur, por lo que solo reconoce dos sexos en fórmula binaria, heterosexual y cisgénerica. Si bien la Constitución no establece textualmente prohibición para reconocer a la persona humana más allá del binarismo<sup>22</sup>, lo cierto es que existe, en palabras de la Corte Constitucional de Colombia, un déficit de protección en su marco jurídico respecto de las existencias humanas más allá del binarismo de sexo y género. Este aspecto, según Maffía, es un componente propio de la concepción patriarcal y conservadora del Estado sobre la sexualidad humana (2003:5).

Bajo ese paradigma jurídico se estructura todo el sistema de reconocimiento del derecho a la personalidad jurídica respecto de la inscripción de nacimientos. Así, al nacimiento de un bebé, de inmediato, debe procederse a su inscripción en el Sistema de Información de Nacimientos. Según los parámetros de la Resolución Ministerial 148-2012-MINSA que “establece el procedimiento para el registro de Certificado de nacido vivo en todos los establecimientos de salud del país”, esta inscripción está a cargo del personal de salud a través del llenado, sea manual o virtual, del Certificado de Nacido Vivo. En dicho documento debe indicarse en la parte relativa al sexo<sup>23</sup> si

---

<sup>22</sup> Se retoma consideraciones expuestas en Álvarez Alvarez, Brenda. “La constitucionalidad del reconocimiento de la unión de hecho de parejas del mismo sexo Una aproximación de la interpretación constitucional a razón del caso Armando Zorrilla”, Revista Actualidad Jurídica N°269, Gaceta Jurídica, abril del 2016. Disponible en:

[https://www.academia.edu/25810446/La\\_constitucionalidad\\_del\\_reconocimiento\\_de\\_la\\_uni%C3%B3n\\_de\\_hecho\\_de\\_parejas\\_del\\_mismosexo\\_Una\\_aproximaci%C3%B3n\\_de\\_la\\_interpretaci%C3%B3n\\_constitucional\\_a\\_raz%C3%B3n\\_del\\_caso\\_Armando\\_Zorrilla](https://www.academia.edu/25810446/La_constitucionalidad_del_reconocimiento_de_la_uni%C3%B3n_de_hecho_de_parejas_del_mismosexo_Una_aproximaci%C3%B3n_de_la_interpretaci%C3%B3n_constitucional_a_raz%C3%B3n_del_caso_Armando_Zorrilla)

<sup>23</sup> Formulario de Nacido Vivo disponible en:

[ftp://ftp2.minsa.gob.pe/descargas/ogei/CNV/formulario\\_de\\_nacimiento.pdf](ftp://ftp2.minsa.gob.pe/descargas/ogei/CNV/formulario_de_nacimiento.pdf)

es femenino o masculino. Se prohíben las omisiones o errores en el llenado del certificado, cuyo plazo legal para la inscripción del nacimiento es de 60 días bajo responsabilidad<sup>24</sup>.

En conclusión, el paradigma constitucional sobre la sexualidad humana aterriza en el procedimiento administrativo que fija un plazo legal perentorio para la inscripción de los nacimientos. Cuya inscripción, entre otros aspectos, está supeditada a la asignación binaria del sexo y dicho procedimiento es obligatorio.

### 1.3.2. Abordaje médico de la intersexualidad en el Perú

Las normas sanitarias en el Perú acogen el modelo médico de la patologización y normalización de los cuerpos intersex. En la norma técnica de salud para el *Control de Crecimiento y Desarrollo de la Niña y el Niño menor de cinco años*<sup>25</sup>, cuyo objetivo es, entre otros, identificar oportunamente situaciones de riesgo o alteraciones en el crecimiento y desarrollo de niñas para su atención. En esta norma se señala el procedimiento para el examen físico de las personas recién nacidas y dedica un acápite particular sobre el examen genitourinario. Este examen es una suerte de control de normalización de las características primarias sexuales de los cuerpos. Así, indica que el objetivo de estas prácticas radica en:

Observar el tamaño y forma de los genitales externos, higiene, presencia de inflamación, dolor o secreciones. En niñas, observar, labios mayores, menores, clítoris, himen. Detectar sinequia de labios (labios menores unidos y no se observa himen). En niños, determinar el tamaño, ubicación, palpación de los testículos a fin de descartar criptorquidia, hidrocele y observar prepucio para descartar fimosis, hipospadia, epispadia. En el pene determinar tamaño, presencia de fimosis y/ o adherencias del prepucio, inflamación y dolor. Criptorquidia: solo esperar hasta el año de edad, de persistir derivar. Hidrocele: no derivar antes del año, pero en caso que sea tenso y gigante, derivarlo inmediatamente, al médico o especialista en Urología. Fimosis: referir a partir de los tres años. Epispadias o Hipospadia: referir inmediatamente. En todos estos casos referir al médico, especialista en urología o cirugía pediátrica según corresponda y de acuerdo a los tiempos establecidos (MINSa 2011: 66).

Conforme se desprende de la norma, existen parámetros sanitarios para la evaluación de la “normalidad o anormalidad” de los genitales en bebés, vinculados con su tamaño o sus características estéticas.

Posteriormente, el Instituto Nacional de Salud del Niño (en adelante INS), institución especializada en la atención de niños y niñas, a través de la Resolución Directoral N° 058-2015-INSN-DG, aprobó la **Guía de Práctica Clínica de “Diagnóstico y Tratamiento de las**

---

<sup>24</sup> Según los artículos 46° y 47° de la Ley N° 2649, Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil.

<sup>25</sup> Aprobada mediante Resolución Ministerial 990-2010/MINSA

**Anomalías de Diferenciación Sexual”** (en adelante, la Guía). Esta Guía se destaca como la actualización y adecuación de la práctica médica nacional en el abordaje de los cuerpos intersex a los estándares médicos internacionales, siguiendo los postulados que fueron adoptados en la Declaración de Consenso sobre el manejo de los Desórdenes Intersexuales<sup>26</sup>(en adelante Consenso) organizada por la Sociedad Pediátrica Endocrinológica Lawson Wilkins y la Sociedad Europea para la Endocrinología Pediátrica en el año 2006.

Define los lineamientos que debe seguirse en el diagnóstico y tratamiento de los estados intersexuales en bebés. Así, en consonancia con los lineamientos del Consenso, opta por denominar a los estados intersex como patologías bajo el término “anomalías de la diferenciación sexual”. En consecuencia, se adscribe al abordaje patologizador de las diferencias en las características sexuales de los cuerpos (Ato del Avellanal 2019: 66). Emplea, además, términos cuestionados y ofensivos para referirse a los estados intersexuales como: “ambigüedad sexual, sexo ambiguo, hermafroditismo y pseudohermafroditismo” (INS 2015:1). Esto a pesar de que el Consenso erradica este tipo de términos y los reemplaza por expresiones clínicamente descriptivas, como por ejemplo: síndrome de insensibilidad andrógena (Karkazis 2008:4).

Los objetivos de este protocolo, según versa su contenido, son los siguientes: i) incorporar un enfoque multidisciplinario de la intersexualidad – denominada anomalías de la diferenciación sexual desde un enfoque patologizante-, ii) promover un manejo orientado hacia el bienestar psicológico del bebé y su familia; y, iii) disminuir la incertidumbre en la práctica clínica sobre la terapéutica en el tratamiento de las “anomalías de diferenciación sexual”(sic.).

Según la Guía, se tiene a la valoración visual de las características primarias como el principal mecanismo para la determinación de la intersexualidad. Así, por ejemplo: la longitud de los genitales; por cuanto, se considera “ambigüedad sexual” (sic.) cuando la longitud del pene es menor a 2.5 cm, el clítoris tiene un diámetro mayor a 5 mm o una longitud mayor a 9 mm (INS 2015: 18). Para la valoración visual de las características sexuales y el control de normalidad de los genitales, incorpora la Clasificación de Prader como pauta para determinar “ambigüedad sexual”. Este parámetro es descrito por la Guía como “una herramienta clínica importante para describir el grado de virilización de los genitales externos” (INS 2015:8). En la Tabla 3 y el Gráfico 2, se observan la caracterización de los estadios intersexuales según este protocolo.

**Tabla 3. Clasificación de Prader para Ambigüedad Sexual**

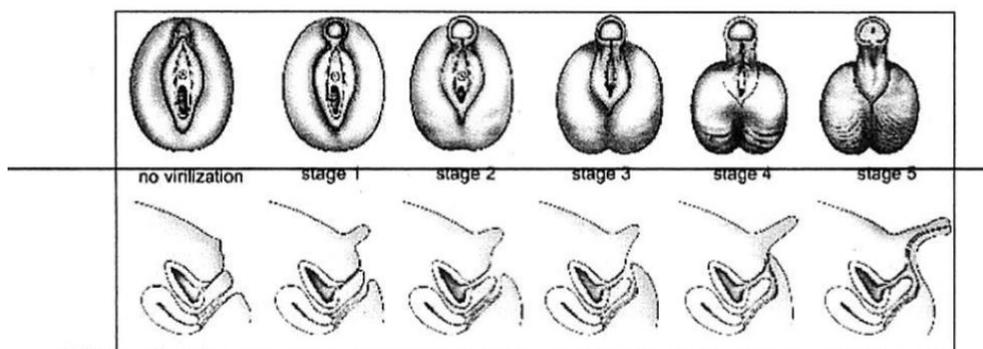
Estadio	Descripción
Femenino normal	

<sup>26</sup> Cuyo nombre en inglés es “Consensus Statement on Management of Intersex Disorders”.

<b>I</b>	Hipertrofia del clítoris
<b>II</b>	Hipertrofia del clítoris, orificios uretral y vaginas presentes pero muy cercanos
<b>III</b>	Hipertrofia del clítoris, seno urogenital (uretra y vagina desembocan en un orificio perineal común)
<b>IV</b>	Clítoris peneano, hipospadia perinoescrotal, fusión completa de labios mayores
<b>V</b>	Completa virilización, (genitales de apariencia masculina normal) testículos no palpables
Masculino normal	

Fuente: Instituto Nacional del Niño (2015: 8)

**Gráfico 2. Clasificación de Prader para Ambigüedad Sexual**



Emrick JE, Kemp S, Percival C, Larson NS. 5-Alpha-Reductase Deficiency Clinical Presentation. <http://emedicine.medscape.com/article/924291-clinical#a0217><sup>13</sup>

Fuente: Instituto Nacional del Niño (2015: 8)

Así también, para identificar los grados de masculinización en personas XY, esta Guía emplea la clasificación de Quigley. En la Tabla 4 se observa la caracterización de los genitales y su identificación como anomalías.

**Tabla 4. Clasificación de Quigley**

Grado	Descripción	Imagen
<b>Grado 1</b>	“Fenotipo masculino, infertilidad por azoospermia (irresistencia a los andrógenos mínimo o síndrome de Kennedy)” (INS 2015).	

<b>Grado 2</b>	“Síndrome de insensibilidad a Andrógenos parcial con fenotipo masculino: hipospadias” (INS 2015).	
<b>Grado 3</b>	“Síndrome de Insensibilidad a Andrógenos parcial con fenotipo masculino, pene pequeño, hipospadias perineoes-crotal, escroto bifido” (INS 2015).	
<b>Grado 4</b>	“Síndrome de Insensibilidad a los Andrógenos parcial con fenotipo ambiguo, pene similar a falo, pliegues labioes-crotales, escroto bifido” (INS 2015).	
<b>Grado 5</b>	“Síndrome de Insensibilidad a Andrógenos parcial con fenotipo femenino: orificio uretral y vaginal separado, acción androgénica fetal mínima, clitoromegalia” (INS 2015).	
<b>Grado 6</b>	“Síndrome de Insensibilidad a Andrógenos parcial con fenotipo femenino genitales tipo femenino, no androgenización fetal. Desarrollo androgénico en la pubertad” (INS 2015).	
<b>Grado 7</b>	“Síndrome de Insensibilidad a los Andrógenos completo con fenotipo femenino y ausencia de vello púbico y axilar de la pubertad” (INS 2015).	

Elaboración propia a partir de la información de la Guía del INS, 2015.

Para efectos de esta tesis, nos importa identificar cuál es el estándar médico y jurídico del protocolo propuesto por la Guía. Del análisis realizado se concluye que este protocolo: i) patologiza la intersexualidad en niños intersex al adscribirse a la categoría de trastornos o anomalías; ii) propone las intervenciones quirúrgicas, hormonales y psicológicas de reasignación sexual como procedimiento para la normalización de los cuerpos de bebés intersex; iii) considera que la edad adecuada para realizar los procedimientos quirúrgicos, hormonales y psicológicos sexonormalizadores son los 3 años de vida; iv) recoge el modelo de la maleabilidad de la identidad de género planteada por Money, v) omite considerar como requisito el consentimiento de los niños intersexuales sobre las intervenciones realizadas en su cuerpo; vi) se adscribe al esquema de consentimiento sustituto o parental, el niño es el objeto sobre el que se interviene; y, vii) no aporta evidencia científica que respalde la Guía, por el contrario, advierte el carácter dañoso y adverso de la intervención médica que propone. A continuación, la Tabla 5 da cuenta de estas conclusiones.

**Tabla 5. Análisis de la Guía del INS para diagnosticar y tratar “anomalías de diferenciación sexual” (sic.)**

<b>Criterios de análisis</b>	<b>Contenido de la Guía</b>
<b>Criterio para determinar la intersexualidad</b>	Valoración visual del tamaño mínimo del pene y tamaño máximo del clítoris (INS 2015).
<b>Edad considerada adecuada para la reasignación de sexo y asignación de la identidad de género</b>	Determina que la identidad de género se desarrolla antes de los tres años pero que se desconoce la edad mínima en la que puede ser evaluada de manera confiable. Sosteniente además que la consideración de que los 18 meses es la edad máxima para la asignación sexual debe ser tomada con cautela. Pero su propuesta no aboga por postergar las intervenciones médicas hasta que la persona sobre la que se actúa sea quien decida (INS, 2015).
<b>Intervención quirúrgica</b>	Sí lo establece. Se recomienda la extracción de las gónadas (gonadectomía) con fines preventivos a la malignidad. Sobre las genitoplastias, indica que solo deben realizarse cuando se tenga el diagnóstico preciso del tipo de “Anomalía de Desorden Sexual” y se haya asignado una identidad de género.
<b>Intervención psicológica</b>	Asignación de identidad de género o reasignación de identidad de género(INS, 2015)
<b>Intervención hormonal</b>	Sustitución hormonal, la edad de inicio es variable según la patología, edad ósea y potencial de crecimiento.
<b>Consentimiento</b>	Consentimiento sustituto informado para la asignación del género e intervenciones médicas. No incorpora parámetros de evaluación del consentimiento informado sustituto por representación parental (INS, 2015).
<b>Consideraciones de éxito de las intervenciones</b>	No existe un acápite que aborde los niveles de éxito de estas intervenciones. Más, en el apartado 6.4.3., se indican los efectos adversos y colaterales del tratamiento.
	Efectos adversos de las intervenciones hormonales: la producción de síndrome de Cushing iatrogénico con retardo del crecimiento. El suministro de estrógenos aumenta el riesgo de trombosis, flebitis, ganancia de peso, cáncer de mama y problemas hepáticos. El suministro de testosterona puede producir ginecomastia, maduración ósea acelerada, hepatopatías, retención de sodio y edema (INS, 2015).
	Efectos adversos psicológicos: insatisfacción con el sexo asignado. Efectos adversos del tratamiento quirúrgico: respecto a la clitoroplastia puede provocar disminución de la sensibilidad genital, disminución del tejido del clítoris y problemas estéticos. La vaginoplastia puede producir cicatrización del introito y se puede requerir más cirugías(INS, 2015).

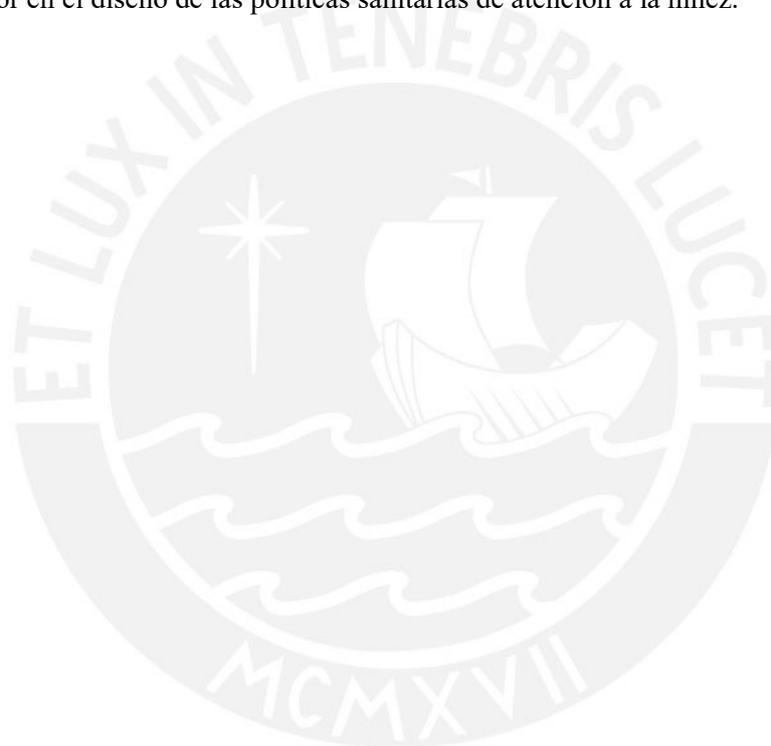
Elaboración propia a partir de la información de la Guía del INS, 2015.

Llama poderosamente la atención la ausencia de evidencia científica que respalde los beneficios del procedimiento médico y psicológico que propone. Por el contrario, incorpora un extenso listado de efectos adversos a la salud. Lo que convierte a esta norma en una práctica de experimentación médica (Tamar-Mattis, 2013).

Sobre el estándar del consentimiento, se entiende que la norma sanitaria se adscribe a los parámetros nacionales sobre procedimientos médicos en personas menores de edad regulada por el artículo 4 de la Ley General de Salud, Ley 26842°. La norma considera que la persona llamada

a brindar el consentimiento en el caso de infantes es quien ostenta la calidad de representante legal, entiéndase padre, madre o tutor(a). Se elimina cualquier posibilidad de que, en asuntos personalísimos como la asignación de sexo, sean los infantes los llamados a decidir.

En conclusión, en el Perú el abordaje de la intersexualidad reproduce el estándar internacional que patologiza la diversidad de las características sexuales e incluye como “tratamiento” la mutilación genital no consentida a través de las cirugías sexonormalizadoras. Asimismo, hace suyo el modelo de la maleabilidad de la identidad de género, propuesta por Money, en la medida que promueve las intervenciones tempranas. De otro lado, aun cuando la Guía es publicada en el año 2015, y, existe evidencia que muestra los efectos nocivos (Baratz & Feder, 2015), año a año bebés intersex son sometidos a estas nocivas y experimentales intervenciones. Lo que revela un problema mayor en el diseño de las políticas sanitarias de atención a la niñez.



## CAPÍTULO 2: LA INTERSEXUALIDAD EN EL DERECHO COMPARADO Y SU DESARROLLO LEGISLATIVO

*“Desde mi nacimiento hasta la cirugía, mientras yo era Charlie, mis padres y doctores consideraron que mi pene era monstruosamente pequeño, y con la uretra en la posición “equivocada”. Mis padres se sintieron tan avergonzados y traumatizados por la apariencia de mis genitales que no permitieron a nadie que los viera: no hubo niñeras, no existía la posibilidad de que mis padres, cansados, fueran relevados en el cambio de pañales por una solícita abuela o tía. Entonces, en el momento en que los médicos especialistas en intersexualidad sentenciaron que mi “verdadero sexo” era femenino, mi clítoris fue de pronto monstruosamente largo. Todo esto ocurrió sin ningún cambio en el tamaño objetivo o la apariencia del apéndice que se hallaba entre mis piernas” (Cheryl Chase)*

### 2.1. La intersexualidad en la jurisprudencia constitucional

Podría pensarse que existe una similitud entre las tecnologías médicas de reasignación de sexo requeridas por personas transgénero y las intervenciones quirúrgicas, hormonales, psicológicas y legales practicadas a personas intersex sin su consentimiento. Sin embargo, nos encontramos frente a situaciones diametralmente distintas. En el caso de las personas transgénero, las intervenciones quirúrgicas son consentidas y estas prácticas obedecen a realización de su proyecto de vida en función de su identidad de género. Por su parte, en el caso de las niñas intersex, estos procedimientos están guiados por la adecuación del cuerpo disruptivo a los parámetros aceptados de acuerdo con la identidad de género impuesta. Este procedimiento además es decidido por terceras personas (médicos, padres y madres) y no por la persona afectada. En ese sentido, se trata de intervenciones quirúrgicas de reasignación y otros tratamientos médicos con objetivos distintos.

Como resultado de una revisión de jurisprudencia internacional advertimos que diversos tribunales han conocido causas en las que los derechos de las personas intersex se hallaron en controversia. No obstante, son pocos los casos en los que se ha decidido la procedencia o no de intervenciones quirúrgicas y hormonales de asignación sexual en niñas intersex con o sin su

consentimiento. Pero en ningún caso se ha cuestionado si las intervenciones quirúrgicas con fines cosméticos constituyen una violación a derechos fundamentales de los niños (Holzer 2015:34). Para fines de esta investigación, se excluyen de este análisis la jurisprudencia que no aborda la procedencia de reasignación sexual en niños intersex. Adicionalmente, se incluirán en este acápite los pronunciamientos de los tribunales de Filipinas, Alemania y Kenia, puesto que son representativos en el debate jurídico sobre el reconocimiento de los derechos de las personas intersex.

Ahora bien, resulta importante mencionar que, para la selección de los fallos materia de análisis, se han revisado los artículos especializados de Sara Benson (2005), Samantha Uslan (2010), Laura Cantore (2012), Paula Siverino (2012), Mónica María Serna Vanegas (2012) Diana Tovar (2013), Adriana Caicedo Henríquez y Alejandra Caicedo Henríquez (2014), Belén Aguinaga (2015), Lena Holzer (2015), Eva Alcántara (2016), Morgan Carpenter (2018), Nikoletta Pikramenou (2019) y las bases de datos de los tribunales internacionales.

De esta búsqueda se han identificado diez (10) sentencias relevantes. Se analiza una (1) sentencia la Corte de Familia de Australia emitida en el año 2016 recaída en el caso *Re: Carla (Medical Procedure) [2016] FamCA*. Además de nueve (9) de ellas emitidas por la Corte Constitucional de Colombia que, desde el año 1999, viene construyendo estándares jurídicos sobre el abordaje del consentimiento de niños intersex y el consentimiento sustituto en los procedimientos quirúrgicos y hormonales de asignación de sexo. Por ello, las sentencias materia de análisis serán las siguientes: La SU-337 de 1999, T-551 de 1999, T-692 de 1999, T-1390 de 2000, T-1025 de 2002, T-1021 de 2003, T-912 de 2008 y T-622 de 2014.

Se excluye de este análisis la sentencia T-450A/13 por no abordar como tema central las intervenciones quirúrgicas de asignación de sexo a niño intersex. En este caso, la Corte examinó la tutela interpuesta por la madre de un niño intersex que, al nacimiento, presentó genitales ambiguos y en cuyo certificado de nacido vivo no se consignó su sexo en la casilla respectiva. Por este motivo, la *Registraduría del Estado Civil* del Municipio al que correspondía su inscripción informó a los padres que el bebé no podía ser registrado, debido a que los protocolos y formatos de registro civil solicitan como requisito indicar el sexo femenino o masculino. El padre solicitó se le asignara el sexo registral femenino; sin embargo, la funcionaria del Registro se negó a proceder al considerar que la norma no lo admitía. Si bien en esta sentencia la controversia jurídica no se centra en la evaluación de la validez del consentimiento sustituto para las intervenciones quirúrgicas de asignación sexual, la Corte sostiene que deben aplicarse los parámetros fijados en su jurisprudencia.

### 2.1.1. Jurisprudencia referencial sobre el debate de los derechos de las personas intersex

En la sentencia de la *República de Filipinas vs. Jennifer Cagandahan* examinada por la Suprema Corte de Filipinas, segunda división<sup>27</sup> del 12 de septiembre de 2008, la demandante, Jennifer Cagandahan, persona intersex en edad adulta, solicitó a la instancia jurisdiccional el cambio de su prenombre de femenino a masculino (Jeff). El motivo de su pedido fue que a su nacimiento se le asignó el sexo femenino debido a que se valoró que sus características sexuales primarias eran “femeninas”. Sin embargo, al devenir del tiempo, sintió mayor afinidad e identificación con el sexo masculino. En esta sentencia, la Corte Filipina sostuvo que, en los escenarios en los que la persona demandante era biológicamente intersex, era razonable permitirle determinar su propio género, siendo determinante para estos efectos la decisión de la persona tomada en su mayoría de edad.

En última instancia, somos de la opinión de que si la persona es biológicamente o naturalmente intersexual, el factor determinante en su clasificación de género sería lo que el individuo, como parte demandada, habiendo alcanzado la mayoría de edad, con buena razón piensa sobre su sexo. El entrevistado aquí se piensa así mismo como un varón y teniendo en cuenta que su cuerpo produce altos niveles de hormonas masculinas (andrógenos) hay apoyo biológico preponderante para considerarlo como ser masculino. El desarrollo sexual en los casos de las personas intersexuales hace que la clasificación de género al nacer concluyentes. Es en la madurez que el género de dichas personas, como parte demandada, es fijo. (Suprema Corte de Filipinas 2008: 9) (Traducción propia)

En esta causa, la discusión jurídica se centra en el reconocimiento del derecho de una persona intersex a solicitar la adecuación de sus prenombrados a su identidad de género después que se le asignara un sexo legal sin su consentimiento en sus primeros años de vida. La Corte decide acoger su pedido basada en las características corporales de Jeff. Es decir, su análisis apela al determinismo biológico como fuente del que emana el derecho, siendo este además supeditado a su mayoría de edad.

En la sentencia *Christiane Völling emitida por el Tribunal Regional de Colonia de Alemania*, del 6 de febrero de 2008<sup>28</sup>, la persona demandante<sup>29</sup> solicitó que se ordenara al médico cirujano, quien le extrajo sin su consentimiento sus órganos reproductivos (ovarios, útero y trompas de falopio), el pago de una indemnización por el dolor y sufrimiento causado. En la demanda se alega que en su nacimiento se le asignó el sexo masculino y que a la edad de 14 años, durante un examen médico, se le diagnosticó “ambigüedad genital” debido a que presentaba órganos

<sup>27</sup> Texto disponible en: <http://icj2.wpengine.com/wp-content/uploads/2012/07/Republic-of-the-Philippines-v.-Jennifer-Cagandahan-Supreme-Court-of-the-Philippines-Second-Division.pdf> (Revisado por última vez el 11 de julio de 2019)

<sup>28</sup> Texto de la sentencia disponible en: <http://icj2.wpengine.com/wp-content/uploads/2008/02/In-re-Volling-Regional-Court-Cologne-Germany-English.pdf> (Revisado por última vez el 11 de julio de 2019).

<sup>29</sup> La demanda fue interpuesta con posterioridad a la intervención quirúrgica de extirpación de genitales internos de la demandante. Este fue uno de los argumentos cuestionados por el demandado.

reproductivos “femeninos” y constitución cromosómica XX. Entre los argumentos, la demandante señaló que no se le informó sobre su constitución cromosómica, ni se le proporcionó información adecuada sobre la naturaleza y alcance del procedimiento quirúrgico (extracción de sus órganos reproductivos) al que se le sometió a sus quince años. Por lo que alegó no haber consentido válidamente el procedimiento.

En el fallo, la Corte pone énfasis en la obligación que recae en el personal médico de informar sobre las características corporales, condiciones médicas y tratamientos como elementos fundamentales del derecho al consentimiento informado. Apartir de ese desarrollo, señaló que el médico debió haberle informado adecuadamente a Christiane de su diagnóstico de “ambigüedad genital”, su constitución cromosómica y el alcance de la operación de modo que dicho procedimiento debió haber sido consentido por ella<sup>30</sup>. Este es el primer caso exitoso en el que una persona intersex, a través del sistema de justicia, accede a una reparación debido al daño ocasionado por una cirugía no consensuada (Pikramenou 2019:171).

En la sentencia de la Corte Superior de Kenia en el caso *Richard Muasya v. the Hon. Attorney General* del 2 de diciembre de 2010, la Corte examinó la demanda de una persona intersex que nació con “ambigüedad genital”, pero que en su nacimiento le asignaron el sexo masculino. Lo particular del caso radica en que Muasya se identifica como persona de género/sexo no binario (Pikramenou 2019: 84). Por este motivo, sumado a que sus padres no pudieron cubrir los costos elevados de una “cirugía correctiva”, no pudo acceder a un certificado de nacimiento. A raíz de dicha situación, no pudo contar con sus documentos de identidad y, como consecuencia, tampoco pudo ejercer su derecho a la educación, al trabajo, al voto, a la vivienda y a la posibilidad de contraer matrimonio.

Muasya fue privada de su libertad en un centro penitenciario por la comisión del delito capital de robo con violencia por el que fue condenada. Muasya alega que en la cárcel, durante un registro físico de “rutina” (invasivo además), los funcionarios penitenciarios le desvistieron, auscultaron sus genitales y los identificaron como “ambiguos”. A causa de ello, dudaron si debían alojarle en una celda de mujeres o de hombres. Dada esta situación, Muasya fue sometida a un examen médico el que confirmó su condición de persona intersex y se dispuso su reclusión en aislamiento penitenciario. Posteriormente, se le condenó a muerte y le remitieron a un centro de reclusión de varones donde permanecería hasta su ejecución. En este proceso, se le sometió a registros corporales invasivos reiterados, burlas por su condición de intersex y a diversos abusos.

En este caso, la Corte analizó la demanda de la persona peticionaria, quien alegó que se le había negado el reconocimiento legal debido a su intersexualidad y el sometimiento a tratos inhumanos

---

<sup>30</sup> Christiane Völling se identifica en femenino por lo que se la nombra con los pronombres “la” o “ella”.

y degradantes en el centro penitenciario. Muasya solicitó además que como reconocimiento a los daños por el trato inhumano, Kenia debía reconocer el tercer género.

En la sentencia, la Corte determinó, en primer orden, que la intersexualidad “es un término que describe una condición anormal de diversos grados con respecto a la constitución sexual de una persona” (Women’s Link Worldwide 2010: 35). Siendo la primera vez que la Corte elabora una definición del término intersex bajo sus propias consideraciones (Pikramenou 2019: 84) y la cataloga como una anomalía, adscribiéndose al modelo patologizador de la intersexualidad. En segundo orden, consideró que no se había vulnerado su derecho al reconocimiento legal de su identidad puesto que la Ley de registro de nacimientos y defunciones no limitó sus posibilidades de acceso a sus documentos de identidad. La Corte consideró que Muasya tuvo la oportunidad de optar por las categorías de sexo disponibles: hombre/masculino o mujer/femenino; y no, como lo solicitara, un tercer sexo/género no binario. Así sostiene lo siguiente:

Puede que haya sido difícil determinar de manera concluyente el sexo del solicitante en esa etapa inicial (en la niñez). Lo mejor que podía hacerse en la infancia era adoptar la categoría que pareciera ser más dominante los genitales externos y las características fisiológicas de esa etapa. De hecho, esto es lo que parecía haber hecho la madre del peticionario al nombrarlo y presentándolo como un hijo varón (Women’s Link WorldWide 2010: 40).

Asimismo, la Corte señaló que Muasya, al no definir su sexo y considerarse como persona no binaria, era responsable de no contar con sus documentos de identidad. En consecuencia se le atribuye la responsabilidad de privarse deliberadamente de sus derechos a la educación, trabajo, voto, vivienda y al matrimonio. Dichas consideraciones se enmarcan en el paradigma del binarismo de género que la Corte de Kenia reconoce como límite de protección constitucional.

En cuanto al alegato de estigma o discriminación sufrida, la Corte desestimó los cargos ya que consideró que la discriminación era un problema social, no uno legal, y destacó la necesidad de educar a la sociedad a respetar la dignidad de los seres humanos. Sin embargo, consideró que el llamado a transformar la sociedad, en vista del carácter conservador de la sociedad keniana, era una obligación que debía ser asumida por el Parlamento.

La sociedad keniana es predominantemente una sociedad tradicional africana en términos de valores sociales, morales y religiosos. No hemos llegado a la etapa en que tales valores con respecto a la sexualidad se puedan racionalizar o comprometer a través de la ciencia. En cualquier caso, la racionalización de estos valores sólo puede hacerse a través de una acción deliberada por parte de la Legislatura, teniendo en cuenta las circunstancias imperantes y la necesidad de dicha legislación (Womens Link Worldwide 2010: 46).

Finalmente, la Corte valoró que el sistema penitenciario keniano había vulnerado el derecho a la dignidad e integridad de Muasya, por los desnudos forzados y registros corporales invasivos, en razón de haberle sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes. Este es uno de los casos menos exitosos en torno al abordaje de la intersexualidad vislumbrados en los fueros judiciales.

## **2.1.2. Jurisprudencia que aborda controversias jurídicas relevantes sobre intervenciones quirúrgicas de sexo a niños intersex**

### **COLOMBIA**

La Corte Constitucional de Colombia es la instancia jurisdiccional que, a nivel mundial, ha emitido más pronunciamientos sobre situaciones que impactan en los derechos de personas intersex, en particular de niños. Si bien hasta este momento no ha prohibido las intervenciones quirúrgicas no consentidas en niños intersex, ha regulado en mayor medida estos procedimientos. A la fecha, esta Corte ha emitido nueve (9) sentencias que abordan este aspecto. Estas muestran relativa coherencia argumentativa, la tendencia de esta Corte ha sido encaminar sus pronunciamientos a construir parámetros sobre el consentimiento informado para el personal médico, padres y madres que deben ser considerados.

Abordar estas controversias no ha sido, como lo ha referido ella misma, un asunto sencillo, puesto que los nacimientos de personas intersex cuestionan normas sociales que se creían incontestables: la binaridad del sexo y la consideración de que en nombre de estas convicciones sociales se justifica la mutilación genital y las reasignaciones de sexo quirúrgicas sin el consentimiento de los niños intersex.

En vista de ello, el debate gira en torno a la legitimidad de estas intervenciones, la urgencia, la conveniencia de insistir en su práctica y el consentimiento parental sustituto. En palabras de la Corte en la Sentencia T-622/14:

Los estados intersexuales cuestionan una de las convicciones sociales y culturales más profundas, toda vez que pone en tela de juicio la existencia biológica de sólo dos sexos; el masculino y el femenino. Esta situación a nivel cultural ha llevado a que las personas que nacen con estados intersexuales, se les trate como individuos que sufren un trastorno físico, y por ende, requieren de un tratamiento y una cirugía médica de readaptación o resignación que defina necesariamente alguno de los dos sexos. Desde su nacimiento, los padres de estos seres humanos se enfrentan a la disyuntiva de tomar la decisión unilateralmente de operar y decidir por ellos su sexo biológico, según las recomendaciones médicas, o esperar a que sea el mismo niño o niña quien decida cuando alcance un nivel de madurez suficiente. (2014: 1)

En el año 1999 fue la primera vez que esta Corte tuvo la oportunidad de analizar una circunstancia que involucrara a niños intersex en la sentencia de unificación SU-337 de 1999<sup>31</sup>. Posteriormente,

---

<sup>31</sup>Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-337 de 1999. Magistrado ponente, Dr. Alejandro Martínez Caballero. 12 de mayo de 1999. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/su337-99.htm>

se pronunció en las sentencias T-551 de 1999<sup>32</sup>, T-692 de 1999<sup>33</sup>, T-1390 de 2000<sup>34</sup>, T-1025 de 2002<sup>35</sup>, T-1021 de 2003<sup>36</sup>, T-912 de 2008<sup>37</sup> y T-622 de 2014<sup>38</sup>.

**La sentencia SU-337 de 1999** abordó la tutela presentada por la madre de una niña solicitando que la Corte autorizara al Instituto de Seguros Sociales (ISS), la intervención quirúrgica de reasignación sexual a su hijo de 7 años. El caso inicia cuando en una consulta pediátrica, realizada a la niña a la edad de 3 años, se le identifica “*genitalidad ambigua* y se le diagnóstica “*seudohermafroditismo masculino*”. En vista de ello, el médico tratante recomendó el tratamiento quirúrgico de readecuación de los genitales por medio de la extirpación de las gónadas y la plastia o remodelación del falo (clitoroplastia, de los labios y de la vagina). El cual debía practicarse de manera prioritaria y antes que llegara a la pubertad, según la indicación médica.

El ISS se negó a realizar la intervención quirúrgica debido a que a su juicio la decisión debía ser tomada por la niña y no por la madre de acuerdo con la doctrina constitucional desarrollada en la sentencia T-477 de 1995<sup>39</sup>. En ella se señala que “los padres no pueden decidir, en nombre de los hijos, sobre la procedencia o no de estas operaciones relativas a la identidad sexual, por cuanto esa determinación sólo la puede tomar la propia persona afectada” (1999: Fj. 3).

Frente a este negativa, la madre interpuso una acción de tutela por considerar que los derechos a la igualdad y a la identidad de su hijo estaban siendo vulnerados por el ISS, así como el ejercicio de su derecho la patria potestad, bajo el siguiente argumento:

(...)solicita al juez de tutela que le permita que, en su condición de madre, y de titular de la patria potestad de la menor, pueda autorizar "las cirugías que mi hija necesita para la remodelación de sus genitales y el tratamiento médico que como consecuencia de esto requiriese (...)" (1999: FJ 2)

En el examen que realiza la Corte se considera que el caso reviste tensiones médicas, éticas y jurídicas no pacíficas. No solo se le califica como un caso difícil, sino como uno *trágico* debido

---

<sup>32</sup>Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-551 de 1999. Magistrado ponente, Dr. Alejandro Martínez Caballero. 2 de agosto de 1999, Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/t-551-99.htm>

<sup>33</sup>Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-692 de 1999. Magistrado ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz. 16 de septiembre de 1999. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/t-692-99.htm>

<sup>34</sup>Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1390/00. Magistrado ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero. 12 de octubre de 2000. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/t-1390-00.htm>

<sup>35</sup>Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1025 de 2002. Magistrado ponente. Dr. Rodrigo Escobar Gil. 22 de noviembre de 2002. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/t-1025-02.htm>

<sup>36</sup>Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1021 de 2003. Magistrado ponente Jaime Cordova Triviño. 30 de octubre de 2003. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-1021-03.htm>

<sup>37</sup>Corte Constitucional de Colombia. T-912-08 de 2008. Magistrado ponente Jaime Cordova Triviño. 18 de septiembre de 2008. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-912-08.htm>

<sup>38</sup>Corte Constitucional de Colombia. T-622/14 de 2014. Magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. 28 de agosto de 2014. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-622-14.htm>

<sup>39</sup>Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. T-477/95 de 23 de octubre de 1995. Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-477-95.htm> (Revisado por última vez el 17 de julio de 2016).

a la información contradictoria al interior de la controversia y las implicancias de su decisión en los derechos fundamentales del niño. Por un lado, se advierte argumentos en favor y en contra de la procedencia de la intervención quirúrgica sin el consentimiento del niño. Por otro lado, la posición de la madre para decidir por su hijo sobre la alta posibilidad de vulneración de sus derechos fundamentales y los principios constitucionales. Al respecto, la Corte sostiene lo siguiente:

La Corte Constitucional no sólo no niega sino que explícitamente reconoce la complejidad del asunto que debe decidir, pues, como se verá en esta sentencia, no es fácil lograr una decisión que sea satisfactoria. De un lado, las intervenciones quirúrgicas y hormonales sobre menores con ambigüedad genital a fin de asignarles un sexo masculino o femenino implican una tensión muy fuerte entre múltiples principios constitucionales, en especial entre los imperativos de beneficencia y de autonomía implícitos en todo tratamiento médico. Y, de otro lado, con base en la información médica, científica y sociológica disponible, que esta Corte examinó cuidadosamente, como se constata en las amplias pruebas recolectadas por el magistrado sustanciador, cualquier decisión que se tome parece tener un costo importante en términos de sufrimiento humano o de afectación de algún principio constitucional fundamental. Estamos pues en presencia de lo que algunos sectores de la doctrina han denominado un caso que no sólo es difícil, sino que incluso es trágico, pues si bien el juez se encuentra obligado a sentenciar, cualquier decisión parece inadecuada, por lo cual es necesario llegar a aquella resolución que sea humanamente menos dolorosa y que menos afecte los principios constitucionales en juego. (1999: FJ8)

La Corte determinó que, como paso previo a evaluar el caso en concreto, se debía estudiar la naturaleza de las intervenciones de reasignación sexual o readecuación de sexo, en la medida de que dicha calificación tiene trascendencia jurídica sobre la valoración de la legitimidad del consentimiento sustituto (parental). De esta manera, se debía definir si las intervenciones eran de baja complejidad, *terapias no invasivas u ordinarias*, de modo que se justificara la ausencia de consentimiento; o si, se trataba, más bien, de intervenciones de alta complejidad, *terapias invasivas o extraordinarias*, que requerían sin excepción el consentimiento de la persona a quien se le practicara dicho procedimiento. Así, la Corte sostuvo lo siguiente:

En tal contexto, y de acuerdo a la naturaleza del asunto que la Corte debe decidir en este proceso, resulta en primer término relevante la distinción entre las terapias ordinarias, o no invasivas, las cuales tienen riesgos bajos y no afectan el curso ordinario de las actividades del enfermo, y las intervenciones médicas extraordinarias, en donde es notorio el carácter invasivo y agobiante del tratamiento en el ámbito de la autonomía del paciente. Así, es natural que el grado de información requerido en el primer caso pueda ser menor, y si bien el paciente tiene derecho a rechazar incluso esas terapias, "el hecho de no manifestarlo y de aceptar las prescripciones clínicas, es un indicio suficiente para considerar una aceptación tácita que puede bastar para que el médico proceda con su tratamiento". Por el contrario, en las intervenciones invasivas, el deber de revelación es más exigente y la autorización por parte del paciente debe ser particularmente clara. Por consiguiente, entre más invasivo sea un tratamiento, más cualificado debe ser el consentimiento prestado por el enfermo y mayor la información que le debe ser suministrada (1999: 17).

Tras un arduo análisis y evaluación de información enviada por diversas instituciones del ámbito jurídico, médico y ético, la Corte determinó que las intervenciones quirúrgicas de reasignación

no son necesarias. Debido a que la intersexualidad no supone una enfermedad, no genera riesgos para la salud o la vida de la persona. Por tanto, el principio de necesidad, que suele alegarse para justificar la ausencia de consentimiento, fue desvirtuado para el caso. La Corte no solo concluyó que estas intervenciones no eran necesarias, sino que además sostuvo que eran invasivas, irreversibles y agobiantes para la persona a quien se las practica:

39. [...] La naturaleza invasiva de estas terapias es aún más clara si se tiene en cuenta que estas intervenciones quirúrgicas y hormonales son prácticamente irreversibles, pues si bien una persona puede posteriormente solicitar otra cirugía para cambiar nuevamente sus genitales, lo cierto es que, conforme a los conocimientos médicos actuales, no resulta posible volver a su estado inicial los tejidos operados o los órganos remodelados, ni reconstruir verdaderamente ciertos órganos sexuales. Así, si a una persona le fueron extraídos sus testículos y le fue amputado su pene para ajustar su apariencia a un sexo femenino, no existen los conocimientos médicos para devolverle su capacidad reproductora o retornarle una plena sensibilidad genital.

Además, estos tratamientos son, en gran parte de los casos, prolongados y agobiantes, pues la remodelación de los genitales no se resuelve con una pequeña cirugía puntual sino que requiere, en muchas ocasiones, otras operaciones así como la administración permanente de hormonas y la realización de otros procedimientos físicos, que suelen ser incómodos, y a veces dolorosos. Así, según ciertos estudios, entre 30 y 80% de los infantes con ambigüedad genital, que son médicamente intervenidos, reciben más de una operación, y no son extraños los casos en que les practican cinco o más cirugías. Además, en los casos de menores que les han asignado el sexo femenino, las vaginas reconstruidas tienden a estrecharse (estenosis), por lo cual no sólo son necesarias nuevas operaciones, sino que también se deben realizar procedimientos permanentes de dilatación de la vagina, que en ocasiones pueden ser traumáticos incluso para los propios padres, que sienten que están agrediendo a su hijo (1999: FJ39).

Adicionalmente la Corte indicó que frente a las intervenciones de reasignación sexual, el consentimiento sustituto parental carecía de legitimidad. En vista de ello, la Corte encontró en este tipo de circunstancias un límite al ejercicio de la patria potestad y reconoce que los derechos a la autonomía, la dignidad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los niños deben primar sobre cualquier consideración. Con ello, fija como criterio que el consentimiento informado de los niños intersex es una exigencia fundamental para la continuidad en este tipo de intervenciones:

La calificación de estos tratamientos como procedimientos invasivos y riesgosos tiene consecuencias jurídicas trascendentales sobre la legitimidad del consentimiento sustituto de los padres de la menor. En efecto, como se vio en el fundamento jurídico No 12 de esta sentencia, la necesidad de consentimiento informado es todavía más importante en el caso de prácticas médicas invasivas y riesgosas, pues esa autorización es la única forma de proteger la dignidad de los pacientes. Esta exigencia especial resulta perfectamente acorde con la Constitución puesto que, como esta Corte lo ha señalado en numerosas oportunidades, los niños no son propiedad de sus padres sino que tienen una individualidad y dignidad propias, y constituyen una autonomía en desarrollo. Los derechos de los padres sobre sus hijos tienen entonces como único fundamento la protección de los intereses superiores del menor, a fin de que éste logre desarrollarse como persona autónoma. El artículo 18 de la Convención sobre los derechos del niño, aprobada y ratificada por Colombia, establece que si bien incumbe “a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño”, lo cierto es que “su preocupación fundamental será el interés

superior del niño.” Por ende, los padres no pueden someter a sus hijos a cirugías y tratamientos riesgosos, de los cuáles no se derive un beneficio directo para la salud del infante, por cuanto tal decisión afecta el interés superior del menor (1999: FJ 68).

Bajo estos argumentos, y considerando que le niñe a la fecha de la emisión de la sentencia tenía más de 8 años, la Corte Constitucional de Colombia otorgó mayor protección al derecho a la autonomía y al libre desarrollo de la personalidad del niñe para determinar su identidad sexual. Por consiguiente, negó las pretensiones de la madre. Reconoció también que la única forma en la que se reconozca como constitucionalmente válida la intervención de readecuación sexual será aquella en la que le niñe preste consentimiento, el cual deberá cumplir con los requisitos de adecuada información, acompañamiento interdisciplinario y ser proporcionado por el ISS.

[L]a Corte no accederá a las pretensiones de la madre de la menor NN, por cuanto corresponde a la menor tomar la decisión sobre su identidad sexual. En tercer término, la Corte protegerá los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad de la niña NN, por lo cual ordenará conformar un equipo interdisciplinario que atienda su caso y brinde el apoyo psicológico y social necesario a la menor y a la madre para que puedan comprender adecuadamente la situación que enfrentan. La Corte considera que los servicios médicos específicos deberán ser brindados por el ISS, que es donde se encuentra afiliada la peticionaria, pero, debido a sus funciones en la protección de la niñez, esta Corporación considera que corresponde al ICBF (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar) coordinar, no sólo en este caso, un equipo interdisciplinario, que debe incluir no sólo profesionales de la medicina sino también un sicoterapeuta y un trabajador social, que deberán acompañar a la menor NN y a su madre en todo este proceso. A este equipo corresponderá entonces establecer cuando la menor goza de la autonomía suficiente para prestar un consentimiento informado para que se adelanten las cirugías y los tratamientos hormonales, obviamente si la paciente toma esa opción.

El principio de interés superior del niño fue aplicado por la Corte como límite de la patria potestad en la subrogación de las decisiones de sus hijos, siempre y cuando le niñe sea menor de cinco (5) años. Es decir, considera válida la sustitución del consentimiento de les niñes solo en los casos que sean menores de cinco años. Este criterio, resulta cuestionable debido a que la judicatura no presenta evidencia concluyente o argumentación sólida que respalde el parámetro etereo que propone. Adicionalmente, la Corte, a pesar incluir argumentos que reconocen lo dañoso de estas prácticas, no las prohíbe.

**En la sentencia T-551/99** la Corte Constitucional Colombiana examinó la tutela presentada por el padre de una niñe de 2 años, a quien se le asignó el sexo femenino en su nacimiento. El padre alegó negligencia por parte del ISS al omitir practicarle una cirugía de reasignación sexual o “*remodelación genital*”, que había sido recomendada por los médicos tratantes. Debido a que le niñe presentaba “hiperplasia suprarrenal virilizante congénita”<sup>40</sup>, lo que, según los médicos

---

<sup>40</sup>Según explica la Sentencia se trata de “un defecto de la biosíntesis de los Esteroides que ocasiona disminución de los Glucocorticoides y Mineralocorticoides; y sobreproducción de los Andrógenos (Testosterna y sus derivados) que actuando en la Organogénesis In-Utero ocasionó la Ambigüedad Sexual de esta niña.”

tratantes había generado el desarrollo ambiguo de sus órganos sexuales. Los médicos tratantes ordenaron que este procedimiento se le practicara cuando su hijo cumpliera 2 años; sin embargo, el ISS no concretó dicha operación. El padre en la tutela solicitó a la Corte que ordene al ISS que practique la cirugía a su hijo y que además la institución suministre todos los medicamentos y terapias “que sean necesarios para enfrentar esa dolencia”.

La Corte retoma las consideraciones señaladas en la sentencia SU-337 de 1999 sobre la validez del consentimiento sustituto en niños menores de cinco (5) años. Al ser un caso de una niña de dos (2) años, la validez constitucional del consentimiento parental era legítimo, pero ameritaba mayor análisis. Así la Corte indicó que:

La doctrina constitucional relativa a las operaciones de remodelación de los genitales, una conclusión se impone: en el presente caso, los padres de la menor NN podían autorizar la cirugía, por cuanto la niña tiene dos años de edad, esto es, no ha superado el umbral a partir del cual pierde validez constitucional el consentimiento paterno sustituto. Igualmente, todo indica que el permiso fue efectivamente obtenido (FJ 17).

La Corte analizó las condiciones en las que el consentimiento sustituto debía otorgarse para este tipo de intervenciones y consideró que solo podrá valorarse como consentimiento válido aquel cumpla con el estándar de ser “*informado, cualificado y persistente*” (fundamento jurídico 29). De esta forma, la Corte sostuvo lo siguiente:

La Corte entiende que por medio de esos requisitos, los equipos médicos pretenden asegurar lo que podríamos denominar un “consentimiento informado cualificado y persistente”, antes de que se llegue a los tratamientos irreversibles, como puede ser una cirugía. Así, la información muy depurada, tanto sobre el tratamiento como sobre las otras opciones, cualifica el consentimiento pues permite a la persona comprender los riesgos de las terapias y las otras posibilidades que existen. Los plazos aseguran que la autorización no sea dada por un estado de ánimo momentáneo, sino que sea la expresión de una opción meditada y sólida, y en esa medida genuina (FJ 20)

Sobre las características del consentimiento cualificado la Corte señaló lo siguiente:

Y si el consentimiento sustituto paterno en estos casos debe ser cualificado, esto significa que los padres sólo pueden tomar la decisión después de haber comprendido las posibilidades, límites y riesgos de los actuales tratamientos, lo cual implica el correspondiente deber médico de procurarles una información depurada sobre el actual debate suscitado por esas intervenciones. Por ejemplo, todo indica que los equipos médicos deben indicar a los padres la diferencia entre la asignación temprana de un sexo masculino o femenino al recién nacido -que en nuestras sociedades parece ser inevitable- y las cirugías destinadas a reconstruir la apariencia de los genitales, lo cual permitirá que los padres comprendan que es posible asignar rápidamente al menor un sexo -según consenso del equipo interdisciplinario- sin necesidad de adelantar inmediatamente las cirugías (FJ 21).

Sobre las características del consentimiento informado, la Corte refirió lo siguiente:

Igualmente, en la medida en que los padres deben poder evaluar la necesidad y los riesgos de estas cirugías, es razonable que se les informe que los actuales tratamientos no constituyen una terapia probada y rutinaria sino que son intervenciones que suscitan

debates crecientes en la propia comunidad médica, ya que no existen pruebas convincentes de que los menores intersexuales se benefician claramente de una cirugía a temprana edad, y existen quejas importantes sobre los daños psicológicos y físicos que ocasionan esas cirugías y tratamientos hormonales, por lo cual numerosas personas con ambigüedad genital, y que fueron operadas, consideran que fueron mutiladas sexualmente (FJ 21)

Y respecto del consentimiento persistente, la Corte sostuvo lo siguiente:

El consentimiento debe ser **persistente**, es obvio que los protocolos deben prever que no basta que la autorización sea dada en una sola ocasión, sino que se requiere que el permiso sea reiterado, a fin de que los padres tengan el tiempo y la posibilidad de meditar sobre cuál es la mejor opción para su hijo (fundamento jurídico 21) (negritas nuestras).

Bajo estos parámetros, la Corte consideró que el consentimiento sustituto es válido para autorizar las intervenciones quirúrgicas de adecuación genital en niños menores de cinco años, siempre y cuando se trate de un consentimiento informado, cualificado y persistente. Para ello, señaló que la comunidad médica debía desarrollar protocolos que permitan cualificar el consentimiento parental (fundamento jurídico 29). No obstante, el análisis de la sentencia insiste en el paradigma del binarismo sexogenérico, no cuestiona su necesidad médica valida el consentimiento parental sustituto.

**En la Sentencia T-692/99** una madre de presenta tutela a fin de que la Corte ordene al ISS que practique una intervención quirúrgica de remodelación de genitales externos a su hijo de 2 años. Dichas intervenciones fueron recomendadas por el ISS. Sin embargo, no se llegaron a realizar por falta de presupuesto, según los alegatos de la institución demandada.

La sentencia de primera instancia ordenó que se le practicara la operación quirúrgica en el plazo perentorio de 48 horas al reconocer la legitimidad de la madre para autorizar dicho procedimiento. Pero la intervención no se llevó a cabo. Esto motivó que la Corte analizara el fondo de las pretensiones. En este caso, la Corte consideró que, al tratarse de una persona de 2 años, el consentimiento sustituto de la madre era constitucionalmente válido, siempre que este cumpla con los requisitos establecidos en la doctrina jurisprudencial, es decir, ser *un consentimiento informado, cualificado y persistente*:

Los padres de la menor NN que pueden autorizar la cirugía, por cuanto la niña tiene dos años de edad, esto es, no ha superado el umbral a partir del cual pierde validez constitucional el consentimiento paterno sustituto. La sentencia SU-337 de 1999 concluyó que en niños menores de cinco años, el permiso paterno era legítimo, pero siempre y cuando se tratara de un “consentimiento cualificado y persistente”, por lo cual resulta ineludible precisar el alcance de ese concepto (FJ 3).

La Corte confirmó la sentencia de primera instancia que ordenó que el ISS practicara la intervención quirúrgica de readecuación sexual. Asimismo, ordenó al juez de primera instancia verificar si el consentimiento ofrecido por la madre cumplía con el estándar establecido por ella. Es decir, ser un consentimiento informado, cualificado y persistente.

[...] una vez que esta sentencia confirme la decisión revisada, ordenará igualmente al juez de tutela, que compruebe, en el evento en que la operación no se haya hecho aún, si la autorización paterna reúne esas características de “consentimiento informado cualificado y persistente”, pues de no ser así, el permiso sustituto no se adecua a la Carta, y mal puede ordenarse por vía judicial la práctica de una intervención médica que no cuente con un consentimiento informado válido, que es requisito constitucional esencial para todo tratamiento médico (FJ 3).

Finalmente, la Corte consideró que el retraso en la realización de intervenciones quirúrgicas que los médicos tratantes consideran urgentes constituye vulneraciones al derecho a la vida e integridad física de los pacientes:

[...] no es normal que se retrase la autorización de cirugías, exámenes o tratamientos que los mismos médicos del I.S.S. recomiendan, con carácter urgente, pues ello va en contra de los derechos a la vida y a la integridad física de los afiliados no solamente cuando se demuestre que sin ellos el paciente puede morir o perder un miembro de su cuerpo, sino también cuando implican la demora injustificada en la iniciación de un tratamiento que pretende el restablecimiento de la salud perdida o su consecución (FJ 3).

En este pronunciamiento la Corte considera que las intervenciones quirúrgicas de reasignación sexual no consentidas en infantes intersex, además de necesarias, son urgentes. Califica el retraso en el acceso a estos tratamientos médicos como vulneraciones a los derechos de los niños.

**La Sentencia T-1390/00** resuelve la tutela presentada por una madre que solicitó a la Corte ordene al ISS que realice los exámenes necesarios para definir el sexo de su hijo de dos (2) meses y se le practique la intervención quirúrgica de remodelación de genitales para la asignación del sexo. El juzgado que conoció la tutela en primera instancia corroboró el diagnóstico de “*genitalidad ambigua*” e “*hipospadia severa*” ofrecido por la entidad prestadora de salud. En este documento, se recomendó también la intervención quirúrgica de readecuación sexual la cual debía practicarse, según el relato, de modo urgente:

Igualmente, el juzgado remitió al menor al Instituto de Medicina Legal para que esa entidad dictaminara sobre su situación. El concepto del médico legista que examinó al infante señala lo siguiente:

“Menor de tres y medio meses de edad con diagnóstico de genitales ambiguos, con informe de un testículo y configuración cromosómica femenina. No hay informe de genitales internos. Se informa además hipospadia severa. En consecuencia se requiere estudio hormonal, Ecopélvica nueva y cistouretografía miccional, lo que llevará hacer un diagnóstico de su problema. Presencia de malformaciones y definición de sexo por constitución física.

A no realización de tales pruebas puede retardar la intervención de patologías en el árbol urinario poniendo en riesgo su integridad física. Así mismo es necesario definir, en forma urgente, en lo posible, su sexo para orientar el desarrollo sico-motriz (sic) del menor. (Es urgente)” (FJ 1).

Para evaluar esta controversia, la Corte siguió los criterios establecidos en las sentencias SU-337 de 1999, T-551 de 1999 y T-692 de 1999, que unificó la doctrina constitucional en los casos de intersexualidad. En esa línea, señaló que, debido a que le niño tenía menos de un año, el consentimiento sustituto de sus padres para solicitar una intervención quirúrgica de reasignación sexual era válido, siempre que este fuera cualificado y persistente:

Así sintetizada la doctrina constitucional relativa a las operaciones de remodelación de los genitales, una conclusión se impone: en el presente caso, los padres del menor NN pueden autorizar la cirugía, por cuanto el niño tiene aproximadamente un año de edad, esto es, no ha superado el umbral a partir del cual pierde validez constitucional el consentimiento paterno sustituto. Igualmente, las intervenciones quirúrgicas han sido ordenadas por las sentencias de instancia y, conforme a las pruebas reunidas por la Corte, aún no han sido realizadas. Los padres del menor NN pueden entonces autorizar esas intervenciones pero siempre y cuando se trate de un “consentimiento cualificado y persistente”, conforme a la doctrina señalada por esta Corte en las sentencias mencionadas (fundamento jurídico 6).

Así, la Corte ordenó al ISS realizar la intervención quirúrgica en un plazo de cuarenta y ocho (48) horas a partir de la notificación del fallo. Asimismo, ordenó al juez de primera instancia encargarse de verificar que el consentimiento prestado por los padres cumpla con los requisitos establecidos en la doctrina constitucional.

**La sentencia T-1025/02** resuelve la tutela presentada contra el ISS por los padres de una niña intersex de 8 años, a quien le negaron a practicarle una cirugía de reasignación de sexo. Le niña presentaba un “cuadro médico de virilización por hiperplasia suprarrenal congénita (pseudohermafroditismo femenino)”<sup>41</sup>.

Este es un caso particular en la medida que, al nacimiento del niño se le asignó el sexo masculino por identificársele la presencia de un “falo”. Cuatro años después de su nacimiento y tras diversos análisis, la Unidad Genética-Médica de la Facultad de Medicina de la Universidad de Antioquia, a petición del ISS, realizó un estudio estudios clínicos para determinar su cariotipo. Como resultado, se obtuvo que le niña presentaba una constitución genética XX (mujer) (FJ4). El mismo año, el staff de pediatras y cirujanos del ISS, determinaron que dada su condición cromosómica

---

<sup>41</sup> Según el contenido de la Sentencia dicho diagnóstico se explica de la siguiente manera: “La doctrina médica especializada sostiene que el Pseudohermafroditismo femenino, se presenta en una persona cuando: “...El cariotipo es 46 XX (mujer) y posee ovarios, pero la exposición intrauterina a hormonas masculinizantes determinan que los genitales externos se asemejen a los de un varón; cuanto mayor y más precoz haya sido esta exposición, mayor semejanza tendrán los genitales externos con los de un varón sano. Las causas más comunes son: la hiperplasia suprarrenal congénita (la más frecuente), la ingestión materna de andrógenos (hormonas masculinas) y los tumores virilizantes del ovario materno...”. (En: [www.saludinfantil.com](http://www.saludinfantil.com). Estados intersexuales. Genitales ambiguos. Dr. Ricardo Diez García. Especialista en Cirugía Pediátrica). Así mismo, en intervención del Profesor Jaramillo González, Director del Departamento de Psiquiatría de la Universidad Nacional, en Sentencia SU-337 de 1999, se afirma que: “...Uno de los casos más usuales de pseudohermafroditismo femenino es la hiperplasia adrenal congénita, por déficit de la enzima 21 hidroxilasa, la cual hace que personas con constitución cromosómica femenina (XX) se vean sometidas a hormonas masculinas en el útero, por lo cual 'presentan genitales externos que pueden ir desde un alargamiento del clítoris y fusión de los labios e hirsutismo hasta genitales que semejan un escroto normal, testículo y pene pero que presentan vagina y útero...”.

XX con “virilización extrema” (pene de 8 centímetros), debía mantenerse la asignación de sexo masculina. Indicaron además que, para completar dicho proceso, se le debía someter a diversos tratamientos hormonales, sociales y psicológicos para el modelado de su identidad de género.

Asimismo, los médicos sostuvieron que según la Corte Constitucional no podían someter al niño a ninguna intervención quirúrgica de asignación de sexo sin su consentimiento:

“(…) Se encontró un niño con crecimiento de pene y vello púbico progresivo con estirón en su talla, consulta a pediatra y lo reciben / Se evaluó encontrándose un niño con leve déficit en desarrollo sicomotor; con talla alta mayor del 97% y a nivel genital pene de 8 cm., y vello púbico con desarrollo Tanner III. NO SE ENCONTRARON GONADAS. / Se pidieron exámenes con la presunción diagnóstica de Pseudopubertad precoz (por la no presencia de gónadas) que confirmaron un compromiso de la glándula suprarrenal produciéndose una situación de virilización por hiperplasia suprarrenal congénita, forma clásica. / Por la ausencia de testículos, se hacía imperioso descartar un fenómeno genético, por lo que desde el nacimiento se viera como hombre y que fenotípicamente se le asignara ese sexo, lo mismo que socialmente. / Al entregar reporte de Cariotipo, se confirmó lo anotado: Genéticamente es una persona 46 XX, con virilización extrema y casi con seguridad habrá genitales internos femeninos. / Con lo anterior el Staff concluye:

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

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

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

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

- Se debe (sic) hacer apoyo psicológico a la familia.

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

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

Los padres con conocimiento de la situación y están de acuerdo con las decisiones presentes y futuras del Staff".

La Corte realizó una evaluación exhaustiva del derecho a la identidad, derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho salud, principalmente, y consideró lo siguiente:

De manera que la formulación del derecho a la identidad personal supone el ejercicio continuo y permanente del derecho al libre desarrollo de la personalidad, el cual ha sido definido por esta Corporación, como aquél que le permite a cada ser fijar sus opciones de vida de conformidad con sus propias elecciones y anhelos, sin desconocer con ello los derechos de los demás y el orden jurídico (FJ 18)

A pesar de que la Corte concluyó que la insexualidad, llamada por ellos “*hermafroditismo*”<sup>42</sup>, que presenta le niño no implica un riesgo para su salud o vida. Determinó que las intervenciones médicas en estos casos son mecanismos de alivio y cura, adoptando una posición patologizadora

---

<sup>42</sup>Término empleado por la Corte en la sentencia.

sobre los estados intersexuales. Empero, la Corte sostuvo que estas intervenciones serán constitucionales si se realizan con el consentimiento válido del niño.

Respecto del caso, la Corte se planteó la siguiente interrogante: “¿cuál es el alcance del consentimiento informado del menor en torno a los tratamientos médicos de asignación de sexo?” (FJ 22). Así sostuvo lo siguiente:

Es preciso reconocer que la intervención médica tratándose de estados 'intersexuales' o 'hermafroditismo' no sólo pretende aliviar o curar una determinada patología, sino que persigue el logro de un objetivo superior, consistente en concretar un aspecto determinante de la naturaleza humana, esto es, la identidad sexual de la persona. Sin embargo, como los hombres son seres inviolables y por ende, sus cuerpos también lo son (C.P. preámbulo y arts. 1º, 2º, 5º, 11 y 12), es claro que no pueden ser intervenidos sin su permiso. De allí que, surja como interrogante ¿cuál es el alcance del consentimiento informado del menor en torno a los tratamientos médicos de asignación de sexo? (FJ 22)

La Corte realiza un interesante análisis sobre las características del consentimiento informado en este caso. Recuerda que la regla planteada por la doctrina constitucional fijó como “*umbral*” de la validez constitucional del consentimiento sustituto los cinco (5) años de edad. Sin embargo, consideró que cada caso debía ser analizado en el marco de sus propias particularidades y que, sin desmarcarse de la doctrina constitucional, podía establecerse excepciones al límite etario y considerar válido el consentimiento sustituto después de los cinco (5) años de edad.

[...] antes de los cinco años se debe proceder con base en la regla general del consentimiento sustituto, después, sólo con fundamento en el consentimiento informado del menor, a menos que, en atención a las particularidad de cada caso se disponga una opción distinta, como el consentimiento asistido, siguiendo para el efecto los derroteros de opciones, factores o variables a los que hace referencia la jurisprudencia constitucional. (FJ 41)

Así también, estableció una excepción a la regla fijada en la doctrina constitucional considerando que, en determinados casos, cuando se supere el umbral de validez del consentimiento sustituto, debía aplicarse *el consentimiento asistido* como el criterio guía de la procedencia de las intervenciones quirúrgicas de reasignación sexual. El consentimiento asistido implicaría, en términos de la Corte, el consentimiento prestado por la autoridad parental coadyuvado por la expresa voluntad del niño y la recomendación médica de reasignación sexual, según el mejor pronóstico (sea femenino o masculino).

La aplicación del consentimiento asistido no puede conducir al desconocimiento del consentimiento informado del menor, dado las consecuencias que para su vida se derivan de la decisión que se adopte. Por ello, la Corte considera que el consentimiento asistido es procedente, siempre que sea coadyuvado por la expresa voluntad del menor, quien por ejemplo, entre los 6 y 7 años goza de un cierto grado de discernimiento y de madurez que le permite consentir en una operación de tal magnitud. Sólo en esta medida se protege al menor en su autonomía y en la formación de su propia personalidad, alrededor de los conceptos de soberanía personal y autodeterminación. En aplicación de los parámetros previstos por esta Corporación, es claro que los llamados a velar por la procedencia del consentimiento asistido que comporta el consentimiento prestado por los padres

coadyuvado por la expresa voluntad del menor, son los profesionales de la salud, obviamente, destinando su labor a la defensa y protección de la autonomía e integridad del infante y siempre que se den las condiciones previamente determinadas para su ocurrencia.

Además, la Corte determina que los profesionales de la salud serán los llamados a salvaguardar la legitimidad del consentimiento asistido. De este modo, considera lo siguiente:

Así, siguiendo las consideraciones previamente expuestas, son los profesionales de salud los llamados a velar por la presencia de situaciones de excepción que legitimen la procedencia del consentimiento asistido o, en caso contrario, que reafirmen la salvaguarda del consentimiento informado del menor, esto en atención a la diversidad de factores que determinan cada caso y a la generalidad de la regla de la exclusión (fundamento jurídico 52).

Bajo estos parámetros la Corte concluyó que, en este caso, se trataba de una niña cromosómica y gonadalmente “mujer”, pero cuya apariencia externa se identifica a la de un varón. También señaló que la niña en relación con su género tenía una marcada identidad hacia el sexo masculino<sup>43</sup> (FJ 72). Finalmente, la Corte determinó que más allá de la decisión que se tome era indispensable operar sus genitales para “cercenar, moldear o extirpar órganos genitales internos o externos”. Además de completar dicho tratamiento operatorio con el suministro hormonal requerido” (FJ 72).

Llama la atención que la Corte haya estimado legítima la extracción de los órganos genitales y reproductivos por las implicancias directas en el goce de sus derechos sexuales y derechos reproductivos. Adicionalmente, estimó que la indeterminación sexual, entendida como la indefinición del sexo en el parámetro femenino o masculino, era inconstitucional por vulnerar derechos fundamentales de las niñas intersex.

la Corte estima procedente reiterar que resulta contrario a derecho, someter a un menor al traumatismo psicológico y al rechazo social, que puede derivarse de la indeterminación sexual, en contradicción con el deber clínico de ejecutar lo más pronto posible las alternativas médicas o terapéuticas necesarias para la definición de sexo del menor, en acatamiento del principio de beneficencia, desconociendo que existen herramientas jurídicas, médicas y científicas que permiten proceder correctamente sin lesionar la integridad del menor (FJ 71).

Bajo estos argumentos, la Corte ordenó al ISS que, en un plazo perentorio de cuarenta y ocho (48) horas, conformara un equipo interdisciplinario de asesoramiento a los padres y la niña hija a fin de que brinden orienten su decisión sobre la práctica de la cirugía de reasignación de sexo y el suministro de tratamientos hormonales.

---

<sup>43</sup> Según obra en la sentencia analizada, a la pregunta realizada por el magistrado: “¿Tú como quisieras ser?”, le niña respondió: “Como soy por fuera como un niño, no importa que yo cometa errores o no, no quiero ser como soy yo por dentro como una niña porque de la otra mitad no entiendo nada de ella, yo escogí la de hombre porque que perezca que yo fuera como niña con cara de hombre como todo fuera como de hombre porque si yo fuera como una niña con cara de hombre se notara que era hombre, yo nunca me he imaginado como una niña (...)”.

**La sentencia T-1021/03** analiza la tutela presentada por la madre de una niña de dos (2) años a quien se le asignó el sexo masculino en su nacimiento debido a que fenotípicamente se identificaba de sexo masculino por la presencia de pene, testículo derecho, uretra masculina sin presencia de vagina, pero cuyo sexo cromosómico detectado fue femenino 46 XX. La tutela fue presentada contra la Dirección Seccional de Salud de D.D. por negarse a autorizar intervenciones quirúrgicas y terapéuticas de reasignación de sexo. Esta institución supeditó las atenciones al pago de la prima del seguro.

Sobre la falta de pago, la Corte determinó que, en amparo al derecho a la salud y el derecho a la vida digna, las entidades prestadoras de servicios de salud no podían supeditar atención médica al pago de estas cuotas, siempre que esté demostrado que los pacientes carezcan de recursos económicos.

[...] En relación con el primer problema jurídico aquí planteado, la Sala reitera la facultad que tienen los jueces constitucionales de inaplicar las normas legales y administrativas que regulan los copagos y las cuotas moderadoras en el sistema de seguridad social en salud y de ordenar la entrega de medicamentos o la realización de procedimientos excluidos del POS pero siempre que el usuario carezca, de manera objetiva, de los recursos necesarios para asumir esos costos, que no pueda acceder a ellos por otros medios y que su suministro sea necesario para conservar la vida en condiciones dignas y la integridad física del paciente (FJ 1).

De otro lado, cuando el caso llegó al examen de la Corte, las intervenciones quirúrgicas ya habían sido realizadas. Por tal motivo, la Corte se limitó a realizar un examen de validez del consentimiento sustituto otorgado para las intervenciones. La Corte determinó que, al tratarse de una persona de dos (2) años, debía aplicarse la regla del consentimiento sustituto informado, cualificado y persistente. Finalmente concluyó que en el caso había sido otorgado bajo los parámetros establecidos por la doctrina jurisprudencial. En este caso no se hace un análisis de fondo, solo se sigue los parámetros construidos en la línea jurisprudencial.

En la **Sentencia T-912/08**, la Corte Constitucional evalúa la tutela presentada por el padre de una niña intersex de cinco (5) años, a quien le asignaron el sexo masculino al nacer, pero que al someterse a exámenes médicos fue diagnosticada de "*hermafroditismo verdadero*". Se determinó también que su sexo cromosómico era 46 XX y que además presentaba manifestaciones fenotípicas fállicas sin posibilidades de desarrollo futuro. La tutela fue presentada contra el ISS ya que la entidad prestadora se negó a practicar la intervención de reasignación sexual por considerar que el consentimiento sustituto del padre era inválido. Para el ISS la niña debía prestar su consentimiento, por lo que debía esperarse hasta que alcance la mayoría de edad.

La Corte en su análisis retoma la regla constitucional establecida por la sentencia SU-377, y considera que la decisión para la intervención de asignación de sexo deberá contar con una recomendación especializada de un equipo médico interdisciplinario. Sin embargo, señala que en este caso el factor determinante para la procedencia o no de la reasignación sexual será el consentimiento del niño. En esa medida, la intervención podía llevarse a cabo siempre y cuando las recomendaciones médicas y la decisión de sus padres coincidiera con la decisión del niño. De esta manera, sostuvo lo siguiente:

En caso de que la decisión del menor no coincida con la de sus padres o que la decisión del menor y sus padres no coincida con el concepto del equipo interdisciplinario, no podrá realizarse la cirugía de asignación de sexo. Ello no obsta para que la misma se realice posteriormente, cuando así lo soliciten, por haber coincidido en su voluntad, el niño NICOLÁS y sus padres, y dicha voluntad coincida con el concepto emitido por el equipo interdisciplinario (FJ 2.4.3)

Finalmente, la Corte ordena al ISS que constituya el equipo interdisciplinario en un plazo de cuarenta y ocho (48) horas de notificada la sentencia para el estudio del caso y la elaboración de la recomendación; y que, una vez tomada la decisión de realizar la intervención quirúrgica de asignación de sexo, esta deberá realizarse en un plazo no mayor a quince (15) horas de la manifestación del consentimiento.

**En la Sentencia T-622/14**, la Corte Constitucional se pronunció respecto de la tutela interpuesta por una mujer de nombre Natalia, a fin de que se garanticen los derechos de su hijo “Pablo” de doce (12) años. A Pablo se le diagnosticó “ambigüedad sexual – hermafroditismo masculino”, pero se le asignó el sexo femenino. La tutela fue interpuesta contra la Empresa Prestadora de Salud (EPS) Suramericana por haber sido negligente por demorar la tramitación de la cirugía de reasignación de sexo de su hijo, pese a contar con la recomendación de la Comisaría de la Familia y el consentimiento del niño.

La Corte en su análisis consideró que Pablo por tener doce (12) años había superado el umbral crítico de la identificación de sexo y que había manifestado claramente su consentimiento ante la Comisaría de Familia. La opinión de Pablo fue recogida en la sentencia y sostuvo que:

“yo he asistido a la EPS Sura porque estamos tramitando una operación porque tengo órganos sexuales femeninos y masculinos, pero yo quiero quedar con órganos masculinos porque yo me siento hombre y me siento atraído por las mujeres”.

Finalmente, en este caso la Corte consideró que, a pesar de existir consentimiento expreso del niño, no se cumplió con el estándar constitucional para considerar válido el consentimiento, ya que no se garantizó que este sea libre, informado, persistente y cualificado. La Corte llega a esa conclusión debido a que advierte ausencia de información y acompañamiento interdisciplinario y especializado. La Corte sostuvo lo siguiente:

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

En ese sentido lo ha expresado la jurisprudencia de esta Corporación al señalar que el consentimiento requiere cumplir con unas características indispensables que legitiman cualquier intervención clínica y cuya ausencia permite catalogar el procedimiento como abusivo, ilícito o ilegal. Por tanto, el consentimiento debe ser libre, informado, persistente y cualificado. Cuando el menor es quien toma la decisión sobre su identidad sexual, su consentimiento debe entonces cumplir con estos requisitos, y esto implica el acompañamiento de los padres y el seguimiento constante y profesional de un equipo interdisciplinario que brinde apoyo psicoterapéutico, que no sólo incluya profesionales de la salud sino psicólogos y trabajadores sociales que asistan todo el proceso (FJ 2.6.3.2).

## AUSTRALIA

El caso *Re: Carla (Procedimiento médico) [2016] FamCA 7*, resuelto por el Tribunal de Familia de Australia, aborda el caso de una niña intersex de cinco (5) años cuyos padres solicitaron autorización judicial para someter a su hijo a procedimientos médicos. Estas intervenciones incluían la gonadectomía (extracción de las gónadas masculinas) como mecanismo para concluir el proceso de feminización de su cuerpo. Carla (nombre que le fue asignado), nació en el año 2010. Sus padres decidieron criarlo como mujer y revisar esa decisión en estrecha consulta con sus asesores médicos a medida que creciera. Según el expediente, cuando su caso llegó al Tribunal se identificaba como niña, su cariotipo era XY y presentaba deficiencia de 17 beta hidroxisteroide deshidrogenasa tipo III. Nació con apariencia “femenina”, sin órganos reproductivos “femeninos” (útero y ovarios) pero con gónadas masculinas no contenidas dentro del escroto.

La evaluación médica, después de algunos exámenes, concluyó que Carla había desarrollado una identidad de género femenina y que era improbable que en adelante cambiara de opinión. Llegaron a dicha conclusión después de observar sus preferencias hacia juguetes, ropa y actividades femeninas. Así indicó que:

Ella habló de una manera apropiada para su edad, y describió una variedad de intereses / juguetes y colores, todos los cuales eran estereotípicamente femeninos, por ejemplo, con cortinas rosadas, una colcha Barbie y una auto caravana, collares, brillo de labios y 'estaciones de hadas'. Felizmente vestía una falda floral y una camisa con sandalias brillantes y ropa interior de Minnie Mouse y tenía su largo cabello rubio atado con trenzas (FJ 15)

Adicionalmente, consideraban necesaria la intervención como un mecanismo preventivo en vista que su condición médica representaba un riesgo posible de un 28% de malignidad de sus células germinales arguyeron que de no practicar la intervención a una edad temprana, a medida que se acercara a la pubertad, existía el riesgo virilización irreversible del cuerpo de Carla ocasionada por la producción de testosterona. Ello implicaba el desarrollo masculino de su musculatura, aumento de vello corporal, profundización de la voz y agrandamiento del clítoris. De modo idéntico, se alegó que los riesgos psicológicos de no someterse al procedimiento superaban los riesgos de someterse a la cirugía. En cuanto a la opinión médica examinada, el Tribunal consideró que las opiniones médicas eran suficientes al punto de hallarse convencidos de que los padres cautelaban el mejor interés de Carla: su feminización.

Esta instancia indicó que si bien la petición de los padres de Carla era análoga al caso Marion<sup>44</sup>, observaban que el procedimiento solicitado en el caso tenía un matiz distinto, debido a que se trataba de un tratamiento de orden “terapéutico”, ya que no generaba perjuicio sino beneficio para Carla. Esto fue argumentado de la siguiente manera:

[Era] necesario para tratar de manera adecuada y proporcional un mal funcionamiento genético corporal que, sin tratamiento, plantea riesgos reales y no insustanciales para la salud física y emocional del niño (FJ 52).

En vista de ello, el Tribunal concluyó que el procedimiento recaía dentro del límite de la autoridad parental y no era necesaria la autorización judicial. La judicatura no analiza las implicancias en la pérdida de la capacidad reproductiva de Carla. Tampoco considera la posibilidad de aplazar la intervención hasta que adquiera la competencia para determinar su mejor opción (competencia Gillick). En igual sentido que la Corte Constitucional de Colombia, considera que estas intervenciones son necesarias y urgentes debido a la proximidad de la pubertad.

### **2.1.3. Análisis de la jurisprudencia que aborda controversias jurídicas sobre intervenciones quirúrgicas a niñas intersex**

Como punto de partida es importante indicar que ni la Corte Constitucional de Colombia ni el Tribunal de Familia de Australia cuestionan la naturaleza cosmética de las intervenciones quirúrgicas de reasignación sexual en niñas intersex; y por tanto, no las prohíbe. Ambas limitan su análisis a la validez del consentimiento sustituto parental, las situaciones en las que se hace

---

<sup>44</sup>En referencia a la decisión de 1992 del *High Court in Secretary, Department of Health and Community Services v JWB and SMB (1992) 175 CLR 218*. En dicho caso los padres de una niña de 14 años con discapacidad intelectual solicitaban permitir que se realizara una histerectomía y una ovariectomía en su hija. Estos procedimientos fueron propuestos con el propósito de prevenir el embarazo y la menstruación con sus consecuencias psicológicas y conductuales y para estabilizar los flujos hormonales con el objetivo de ayudar a eliminar el estrés consecuente y las respuestas conductuales. El Tribunal Superior en ese caso examinó la controversia de que si los padres, como cuidadores de sus hijos, podían autorizar legalmente los procedimientos invasivos e irreversibles sin una orden judicial.

necesario el consentimiento del niño y regulan las características del consentimiento sustituto parental. En el caso de la Corte Constitucional de Colombia la discusión se centra, principalmente, en el análisis del consentimiento informado y el diseño de un nuevo estándar de consentimiento parental. Lo que Tamar Mattis (2006) denominó “consentimiento superinformado”.

A continuación, el análisis jurisprudencial.

### ***2.1.3.1. Jurisprudencia colombiana***

Diana Tovar (2013), a partir de lo desarrollado por Patricia Monada Roa, considera que la jurisprudencia de la Corte sobre las intervenciones quirúrgicas en niños intersex ha logrado construir reglas jurídicas sobre el tratamiento de la intersexualidad en la infancia. Desde su análisis señala las siguientes reglas como las principales:

- 1) La necesidad del consentimiento informado y la prevalencia del principio de autonomía de los y las pacientes en los tratamientos médicos e intervenciones quirúrgicas.
- 2) El consentimiento informado paterno o materno sustituto, en los casos de niños y niñas intersexuales en los primeros años de vida.
- 3) El consentimiento informado sustituto bajo el estándar de ser cualificado y persistente de los padres y madres de niños intersex (sub regla desarrollada en la sentencia T-555 de 1999). Necesidad y urgencia del tratamiento, impacto y riesgos, y edad y madurez del niño (2012:82).

Tomando en consideración la propuesta anterior, y a pesar de que la línea jurisprudencial de la Corte no es uniforme, consideramos que se construyeron las siguientes reglas: 1) la necesidad y urgencia de las intervenciones quirúrgicas de asignación sexual en niños intersex, 2) la validez del consentimiento sustituto parental en las intervenciones quirúrgicas de asignación sexual en niños intersex, 3) la validez excepcional del consentimiento del niño intersex como requisito para la procedencia de las intervenciones quirúrgicas de asignación sexual, y, finalmente, 4) la indeterminación sexual como vulneración a los derechos fundamentales de los niños.

**a) La necesidad y urgencia de las intervenciones quirúrgicas de asignación sexual en niños intersex.**

La Corte Constitucional en la sentencia SU 337-99<sup>45</sup> determinó, en un primer momento, que no existía claridad científica respecto del sentido médico de la necesidad y urgencia de las cirugías genitales de asignación sexual en niños intersex. Consideró, además, que existía ausencia de apoyo teórico y empírico. Sin embargo, en las sentencias posteriores, sobre todo en aquellas que trataron controversias de niños menores de 5 años, se revirtió este argumento. En adelante, es la edad del niño quien determina la urgencia o necesidad de las intervenciones.

Desde el razonamiento judicial de la Corte, a menor edad del niño existe mayor necesidad y urgencia para las intervenciones quirúrgicas de reasignación sexual. Este parámetro varía cuando el niño excede ese límite de edad. Se permite incluso la postergación hasta que pueda expresar su consentimiento. En este punto, la Corte apoya la teoría de Money sobre la urgencia de las cirugías tempranas en niños intersex como mecanismo para reforzar la identidad de género impuesta (Tamar Mattis 2006).

**b) La validez del consentimiento sustituto paterno o materno en las intervenciones quirúrgicas de asignación sexual en niños intersex.**

La Corte consideró que las decisiones en torno a la procedencia de las intervenciones quirúrgicas deben ser tomadas en el entorno de la privacidad familiar, evitando someterlas a situaciones de discriminación. Por tal razón, reconoce la validez de las decisiones parentales sustitutas siempre y cuando se ajusten a los requisitos del “*consentimiento superinformado*”. Los criterios de validez del consentimiento sustituto parental para intervenciones quirúrgicas de asignación sexual en niños intersex, fijados por la Corte, son los siguientes:

- a)** Criterio etéreo en el reconocimiento del derecho a la autodeterminación de los niños intersex:  
Cuando la persona sea menor **de dos (2) años**. Parámetro fijado sobre la base de la tesis de Money que considera que estas intervenciones deben realizarse antes de esta edad ya que es el *periodo crítico de la formación de la identidad de género* de los niños.

---

<sup>45</sup>La Corte sostuvo que “no es clara la urgencia ni la necesidad de los tratamientos en los casos de ambigüedad sexual ya que no existen estudios nacionales ni internacionales que muestren que aquellas personas a quienes se les han aplicado tales procedimientos se encuentran en mejor estado psicológico, físico y sexual, que aquellas personas con ambigüedad genital que no han sido objeto de tales intervenciones. No existiría pues ningún sustento teórico ni empírico que justifique la necesidad de los tratamientos médicos, a pesar de que han sido practicados durante varias décadas” (1999: FJ 66).

**b) El consentimiento debe ser *informado, cualificado y persistente***

i) Consentimiento informado:

El personal médico debe comunicar al padre y/o madre todas las implicancias y riesgos del procedimiento; así como las ventajas y dificultades, tratamientos alternativos o la posibilidad de no sometimiento a ninguna intervención.

ii) Consentimiento cualificado:

El consentimiento debe ser cualificado. Esto implica que el padre, madre o tutor(a) deben conocer las posibilidades, los límites y los riesgos del procedimiento. Entre la información que deben disponer se incluye la falta de respaldo científico de los beneficios de estos procedimientos y las quejas de personas intersex sobre los daños psicológicos y físicos que estas cirugías y tratamientos hormonales ocasionan.

iii) Consentimiento persistente:

El consentimiento será válido si es reiterado. Es decir, no basta con que la autorización sea dada en una sola ocasión. El objetivo de este requisito es que la madre, padre y/o tutor, tengan el suficiente tiempo para meditar cuál es la opción más idónea en aras de cautelar de mejor manera los intereses de su hijo.

**c) Sobre la validez excepcional del consentimiento del niño intersex como requisito para la procedencia de las intervenciones quirúrgicas de asignación sexual**

La Corte en la sentencia SU 337-99 determinó la regla que sostiene que a mayor edad del niño, mayor autonomía. En esa medida, “entre más clara sea la autonomía individual, entonces más intensa es la protección judicial al derecho al libre desarrollo de la personalidad” (99: FJ86). Por ello, indicó que debe respetarse el derecho a la autodeterminación y a decidir sobre la procedencia o no de las intervenciones quirúrgicas de asignación sexual del niño. Sin embargo, fijó parámetros a los que debe ceñirse este consentimiento para que sea reconocido como constitucionalmente válido.

1) Criterio etario en el reconocimiento del derecho a la autodeterminación:

En la sentencia SU 337-99, la Corte consideró que, a partir de los dos (2) años de edad, debía tomarse en cuenta el consentimiento de los niños como requisito fundamental para la realización de las intervenciones quirúrgicas y hormonales de asignación de sexo. Sin

embargo, cambió de parecer a partir de la sentencia T-1025-2002. Ahí sostuvo que hasta antes de los cinco (5) años se debe proceder sobre la base del consentimiento sustituto. En consecuencia, solo si se es mayor de cinco años (5), el consentimiento informado del niño es requisito. Además, sostuvo que este criterio no era absoluto. De acuerdo con las particularidades de cada caso, debía operar el consentimiento sustituto cuando se tratara de operaciones invasivas como las de reasignación quirúrgica de sexo.

2) Características para considerar constitucionalmente válido el consentimiento de un niño intersex:

La Corte consideró que los mismos requisitos de validez para el consentimiento sustituto deben perseguirse en el consentimiento de un niño intersex. Es decir, debe aplicarse el “consentimiento superinformado”. Este debe ser siempre libre (sin coacciones), informado, cualificado y persistente, siguiendo las siguientes recomendaciones:

- i) Debe instalarse un equipo interdisciplinario que proporcione asistencia científica al niño.
- ii) Debe existir consenso médico entorno a la alternativa clínica que se considere adecuada en torno a los intereses del niño.
- iii) Consentimiento expreso del niño que debe ser informado, cualificado y persistente.
- iv) Consentimiento asistencial de la madre, padre y/o tutor (a) debe adecuarse a las recomendaciones médicas.
- v) En el supuesto de que la decisión del niño no guarde correspondencia con las recomendaciones médicas o el consentimiento del padre y/o madre, la operación debe ser postergada hasta que le niño la consienta.

**d) Sobre la indeterminación sexual como vulneración a los derechos fundamentales de los niños**

La Corte Constitucional ha considerado que uno de los problemas concretos que enfrentan las personas intersex es la exposición a tratos discriminatorios debido a la indeterminación sexual que presentan, la que no es aceptada como “normal” en la sociedad. Este criterio fue establecido en las sentencias T-1025/02 <sup>46</sup>y la T-622/14. En ellas, la Corte consideró que existe la necesidad

---

<sup>46</sup> “Por ende, negarle a un menor la identificación de su género o aplazar de manera indeterminada la asignación de su sexo hasta la pubertad, contraviene los atributos estimativo y temporal del ser, reflejo de su propia autonomía y libertad, y que le garantizan a éste un espacio dentro de la comunidad para la proyección de su personalidad y la constitución de su propio plan de vida” (2002: FJ 4.4.1).

de que al niño se le asigne rápidamente un sexo, ya que dejarlo en un estado de indefinición sería condenarlo al rechazo social y generarle afectaciones a la salud mental como consecuencia del rechazo.

### **2.1.3.2. Jurisprudencia australiana**

A partir del caso *Re: Carla (Procedimiento médico) [2016] FamCA 7*, el Tribunal se adhiere al modelo patologizador de los estados intersexuales hechando mano de las opiniones médicas no concluyentes, desfasadas (Carpenter 2018a: 490) y de estereotipos de género. La intervención quirúrgica de reasignación de sexo fue reconocida como una opción “terapéutica”, aún cuando se advierte su naturaleza invasiva, efectos dañosos e irreversibles en la capacidad sexual y reproductiva futura.

La valoración de que el mejor interés de Carla es la intervención quirúrgica que terminaría por adecuar su cuerpo a los parámetros definidos como femeninos, fue tomada sobre la base de estereotipos de género. Los criterios valorados fueron el uso de ropa interior de Minnie Mouse, la forma en la que llevaba su cabello, la decoración de su habitación, entre otros argumentos. Lo que resulta problemático ya que son concepciones sesgadas del desarrollo de la identidad de género desde una matriz binaria.

Finalmente, el Tribunal excluye la posibilidad de postergar las intervenciones quirúrgicas hasta que le niño pueda decidir de forma libre e informada sobre su mejor interés y habilita la validez del consentimiento sustituto en estas circunstancias. Si bien antes de este pronunciamiento los procedimientos médicos que involucraran a niños y la posibilidad de la esterilización debían ser evaluados por el sistema de justicia, a fin de cuatellar el interés superior del niño, a partir de ese año son sus representantes legales (padre, madre o tutor(a)) las personas legitimadas para consentir.

## **2.2. Regulación normativa de la intersexualidad**

### **2.2.1. Antecedentes legislativos a la normativa sobre intersexualidad: Leyes de Identidad de Género**

Uno de los antecedentes más importantes para el debate en torno al reconocimiento de los derechos de las personas intersex se encuentra en las luchas de las personas trans<sup>47</sup>, “cuyo

---

<sup>47</sup>Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe sobre la Violencia hacia las personas LGTBI (2015), se denomina a las personas como Trans, ya que este “es el término paraguas frecuentemente utilizado para describir las diferentes variantes de las identidades de género (incluyendo transexuales, travestis, transformistas, entre

denominador común es que el sexo asignado al nacer no concuerda con la identidad de género de la persona” (CIDH 2015: 33). La demanda de estos movimientos principalmente se centra en el reconocimiento de su derecho a la personalidad jurídica en el ámbito de la identidad de género, que, según los Principios de Yogyakarta, constituye lo siguiente:

“ [...] la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales” (CIJSIDH 2017:6)

Esta demanda se centra, principalmente, en la disputa por el derecho al reconocimiento de la identidad de género. Según Siverino Bavio, “el derecho a la identidad es ni más ni menos que el derecho a ser uno mismo y a ser percibido por los demás como quien se es; en otras palabras, el derecho a la proyección y reconocimiento del autoconstrucción personal” (2010:51). Esta demanda se traduce en la posibilidad de que las personas trans, cuya identidad de género es vivida de modo distinto del sexo asignado al momento del nacimiento, puedan modificar los prenombrados y el indicador “sexo” en sus documentos registrales a fin de que su identidad sea garantizada.

Si bien el tema de investigación que persigue esta tesis no se sitúa en los desamparos jurídicos de las personas trans, sino en la intersexualidad. Hay un aspecto neurálgico que las relaciona: el discurso patologizador. Como diría Cabral (2014), aunque se trata de procesos y cuestiones distintas, abordar las cuestiones intersex -desde una perspectiva despatologizadora -implica afirmar que la diversidad corporal sexuada no es, ni debe ser considerada como una patología <sup>48</sup>.

Este movimiento también demanda cambios en el discurso biomédico y jurídico binario que excluyen la disidencia sexual, corporal e identitaria. Este discurso impacta directamente en sus vidas y les niega la posibilidad de que se garantice su identidad a través del cambio de prenombrados y de “sexo” en sus documentos personales, como características asignadas de forma arbitraria en su nacimiento. Es este mismo discurso que somete a las personas intersex a mutilaciones genitales y a tratamientos médicos tortuosos con el fin de que sus cuerpos sean adecuados a los parámetros socialmente determinados por el sistema binario de sexualidad

---

otros), cuyo denominador común es que el sexo asignado al nacer no concuerda con la identidad de género de la persona. La identidad de género no la determinan las transformaciones corporales, las intervenciones quirúrgicas o los tratamientos médicos. Sin embargo, éstos pueden ser necesarios para la construcción de la identidad de género de algunas personas trans. Existen ciertos consensos en relación a los términos utilizados por las personas trans: el término mujeres Trans se refiere a personas cuyo sexo asignado al nacer fue masculino mientras que su identidad de género es femenina. Por otra parte, el término hombres Trans se refiere a aquellas personas cuyo sexo asignado al nacer es femenino mientras que su identidad de género es masculina” (CIDH 2015: 33).

<sup>48</sup> Artículo “Leyendo entre líneas”. Disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/soy/1-3667-2014-10-17.html> [Revisado por última vez el 29 de junio de 2016]

El discurso patologizador con el que se ha tratado la transgeneridad en el ámbito médico ha sido adoptado por la disciplina jurídica. Al respecto, Siverino sostiene lo siguiente:

La discusión acerca de a qué nos referimos al hablar de transexualidad y qué consideración merece ésta en el universo de las conductas humanas es muy compleja e involucra diferentes tipos de apreciaciones (históricas, filosóficas, antropológicas), las que serán organizadas conforme la óptica de análisis, que en el discurso occidental contemporáneo ha evidenciado una clara preeminencia del discurso médico (como discurso de autoridad) en sus diferentes variables (clínica, psiquiátrica, genética, endócrina y entre otras). Mayoritariamente, al menos hasta el momento, el análisis que propone la medicina sobre la transexualidad (en cuanto se la considera una patología) es el que ha sido receptado por el Derecho. Sin embargo, paulatinamente van ganando espacio las voces que buscan articular un análisis de la transexualidad partiendo del derecho a la libertad, el proyecto de vida, la dignidad e identidad y rechazando por ende todo encuadramiento basado en la calidad de “enfermedad mental” (2010: 53).

Un claro ejemplo de ello ha sido la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú en materia de identidad de género en el caso P.E.M.M representada por Rafael Ynga Zevallos. En dicho caso, esta instancia denegó a la demandante el cambio de sexo y fundamentó su decisión en argumentos patologizantes. Así el Tribunal sostuvo que:

Consecuentemente mientras no haya certeza científica de que la cirugía transexual es el tratamiento más eficaz para el transexualismo y que, realizada ella, debe prevalecer legalmente el sexo psicológico sobre el biológico —como plantea el recurrente—, el Derecho no puede abandonar la realidad científica de que el sexo de la persona es su sexo biológico o cromosómico, que —también según la ciencia— es indisponible y con el cual el ordenamiento constitucional distingue los sexos en función de "la naturaleza de las cosas" (artículo 103 de la Constitución), es decir, de lo biológico (STC 0139-2013 PA/TC 2014: FJ 30)

Más allá de complejizar las reflexiones alrededor de la transexualidad y transgeneridad, importa resaltar que los debates que se han planteado en el ámbito del derecho han profundizado los cuestionamientos al sistema binario del sexo - género como destinos inquebrantables. De esta forma, en los últimos años son cada vez más los países que, sea por vía judicial o legislativa, han ido reconociendo el derecho a la autodeterminación de la identidad de género de las personas trans en el mundo. Un claro ejemplo de ello es el continente europeo en el que, según informa la Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Trans e Intersex de Europa ILGA- Europa<sup>49</sup>, hasta el 2014 solo doce países de los sesenta y uno que lo conforman no cuentan con legislación que posibilite el cambio de los prenombrados y de sexo registral a las personas trans (2014: 1). Es decir, el 79% (49) de los países europeos sí cuentan con legislación que reconoce la identidad de género de las personas trans (ILGA 2016).

Al respecto, cabe mencionar que, a pesar de que se identifica una tendencia legislativa creciente a garantizar la identidad de género de las personas trans, los estándares para acceder al cambio en

---

<sup>49</sup> Mapa Europeo de los derechos de las personas Trans 2014. Disponible en: [http://www.tgeu.org/sites/default/files/Trans\\_Map\\_Index\\_2014.pdf](http://www.tgeu.org/sites/default/files/Trans_Map_Index_2014.pdf) [Revisado el 30 de junio de 2016]

los documentos registrales contemplan requisitos que, como lo diría Siverino (2010), son contrarios a los derechos fundamentales. Ello ocurre por desconocer el derecho a la autodeterminación y supeditar el acceso al cambio registral a un procedimiento médico. Estos requisitos son, en muchos casos, la reasignación sexual quirúrgica y hormonal obligatoria, el divorcio obligatorio, certificación médica de “*disforia de género*”<sup>50</sup>, pericias psicológicas (Siverino 2010; Ramírez & Tassara 2015). Un ejemplo de esto es que en un estudio de expedientes judiciales sobre procesos de cambio de nombre y sexo se señaló que la posibilidad de éxito es más alta cuando la persona solicitante se había sometido previamente a una cirugía genital (Zelada & Neyra 2017:97).

En el caso europeo, veintiún países de los que cuentan con legislación que garantiza el cambio documentario registral de las personas trans establecen como requisito la “*reasignación sexual*” (ILGA – EUROPA 2014: 1). Asimismo, dentro de los requisitos contrarios a los derechos fundamentales, se encuentran las vías procesales para acceder al cambio registral. En muchos casos se fija vía judicial la cual es onerosa y poco garantista por los estereotipos de género de quienes imparten justicia. O se establecen vías administrativas complejas. Así también, otro de otro requisito procesal es la mayoría de edad de la persona solicitante. En mayor medida las legislaciones deja por fuera a las personas de edades tempranas que también, como se ha visto en muchos casos, han solicitado acceder al cambio del prenombre y sexo asignado al nacer.

Sin embargo, es cierto también que existe una tendencia legislativa -que en los últimos años se ha ido acentuando a nivel mundial -que se muestra más respetuosa y garantista de los derechos fundamentales de las personas trans. En Europa, identificamos tres leyes que han marcado paradigmas en el continente: los casos de Alemania, España, y la Comunidad Autónoma de Andalucía (ver Tabla 6). Estas han sido consideradas como las más protectoras del derecho a la identidad de género de las personas trans, aunque la ley española con algunos matices.

Estos marcos normativos marcan distancia de la patologización de la transexualidad y transgeneridad. Más bien posicionan como sus principales fundamentos la garantía de los derechos humanos de las personas trans. Así, la Ley 2/2014 “*Ley integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía*” determina lo siguiente:

Es cada vez mayor el número de personas expertas e investigadoras de prestigio que considera la despatologización de la transexualidad, en línea con los Principios de

---

<sup>50</sup>Según la Asociación Americana de Psiquiatría (APA) (2011), el Manual Estadístico de Diagnósticos de Trastornos Mentales conocido como DSM-5, la disforia de género puede ser diagnosticada en personas que experimentan una incongruencia de género intensa y persistente. Algunos sostienen que el diagnóstico patologiza inapropiadamente la incongruencia de género y debería ser eliminado. Otros sostienen que es indispensable mantener el diagnóstico para garantizar el acceso a la atención. Texto disponible en: <https://www.apa.org/topics/lgbt/brochure-personas-trans.pdf> [Revisado el 01 de julio de 2016]

Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, que en el Principio 18, dedicado a la protección contra los abusos médicos, establecen que «con independencia de cualquier clasificación que afirme lo contrario, la orientación sexual y la identidad de género de una persona no son, en sí mismas, condiciones médicas y no deberán ser tratadas, curadas o suprimidas (Parlamento de la Comunidad Autónoma de Andalucía 2014: 10).

Estos criterios cada vez se encuentran más presentes en los fundamentos legislativos. Por ello, estas tres normas jurídicas han eliminado como requisito la reasignación sexual o tratamiento hormonal han establecido, a excepción de la fórmula legislación española, que el único requisito, en ese ámbito, será la voluntad de la persona de proceder al cambio de su identidad. Asimismo, han habilitado vías procesales sumarias en instancias administrativas y han reconocido legitimidad en niños y niñas para acceder al cambio de sus prenombrados y el sexo asignado al nacimiento, también con la excepción de la legislación española.

**Tabla 6. Normas europeas representativas sobre la garantía del derecho a la identidad de género de las personas trans**

Leyes	año	País/ Comunidad Autónoma	Adecuación de prenombrados	Adecuación de sexo de F a M/M a F	Vía procesal para acceder al cambio de sexo	Requisito de reasignación de sexo para procedencia del cambio de sexo.	Posibilidad de acceder al cambio de sexo en niños
<i>LEY 3/2007 “reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas”</i>	2007	España	Sí	Sí	Administrativa	No, pero solicita diagnóstico de disforia de género.	No, exige mayoría de edad.
<i>Ley que modifica el estatuto personal<sup>51</sup></i>	2013	Alemania	Sí	Sí	Administrativa	No	Sí.
<i>Ley 2/2014 “Ley integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía”</i>	2014	Comunidad Autónoma de Andalucía	Sí	Sí	Administrativa	No	Sí, a través de representante legal.

Elaboración propia

<sup>51</sup>Cuya denominación original en Alemán es “Gesetz zur Änderung personensstandsrechtlicher Vorschriften (Personensstandsrechts-Änderungsgesetz – PStRÄndG)”

En América Latina el panorama es también alentador (ver Tabla 7). En los últimos años, se ha legislado sobre la materia de modo ascendente. El primer país en normar el cambio del marcador de género fue Panamá (2006), seguido de Cuba (2008). Posteriormente, Uruguay (2009), Argentina (2012) y Colombia (2015). Aunque en México no exista una legislación nacional, el Distrito Federal cuenta con una norma muy importante al respecto (2015). Finalmente, Ecuador (2016), Bolivia (2016), y, recientemente, Chile (2018).

Sobre los estándares que plantea la legislación latinoamericana respecto de la garantía de los derechos de las personas trans, podría afirmarse que viene construyéndose bajo referentes garantistas. Se excluyen los requisitos de reasignación sexual o diagnósticos médicos de disforia de género, se establecen vías procesales sumarias administrativas e incluso reconoce legitimidad de niñas para solicitar el cambio de sus prenombrados y de sexo.

Vale la pena detenerse en la Ley Argentina 26743 que establece “*el derecho a la identidad de género de las personas*”. Esta ley es una de las más garantistas de los derechos fundamentales de las personas trans en el mundo, cuyo estándar se acerca a la ley aprobada en Malta que se será comentada con posterioridad. Esta ley, como lo refiere De Mauro “*supone un avance sui generis*” por las siguientes razones:

Primero porque reconoce el derecho a la autopercepción del género y garantiza su reconocimiento legal (cambio de documentos de identidad o partidas de nacimiento), sin someter a las personas a ningún tratamiento previo (¡es materia de derechos!). Segundo, garantiza que la autopercepción y la expresión de género se cumplan, sea por tratamientos hormonales o modificaciones corporales. Es decir, se garantiza el acceso al sistema médico de salud sin que esto implique una obligación legal sino por contrario un derecho de quien lo solicite. Vale recordar que distintos países del mundo, hasta el día de hoy (año 2015) exigen que la persona que quiera cambiar su documento de identidad o registro de nacimiento sea hormonada o esterilizada previamente y en muchísimos casos diagnosticada psiquiátricamente. En nuestro país, desde la sanción de la ley N° 26743 esto no ocurre (2015: 10).

Uno de los aspectos que pone a la ley de Argentina por encima de la ley de Malta, según Cabral:

“es que el Acta aprobada en Malta no incluye disposiciones en torno del acceso a procedimientos biotecnológicos de afirmación de género, tales como tratamientos hormonales o intervenciones quirúrgicas. En ese sentido, la ley argentina continúa siendo el único ejemplo en el mundo de que es posible garantizar el acceso a la salud transicional a través del solo requisito del consentimiento informado de la persona concernida” (Cabral 2015: 1).

Asimismo, es la única ley en nuestro continente que le reconoce legitimidad a las niñas a ser solicitantes del adeucación de su identidad en sus documentos registrales en instancia administrativa.

**Tabla 7. Normas latinoamericanas sobre la garantía del derecho a la identidad de género de las personas trans**

Leyes	año	País	Cambio de prenom-bre	Cambio de sexo	Vía procesal	Requisito de reasignación de sexo	Posibilidad de acceder a la adecuación legal de sexo
Ley 31 “Ley que regula el registro de los hechos vitales y demás actos jurídicos relacionados con el estado civil de las personas, y reorganiza la dirección nacional de registro civil del tribunal electoral”.	2006	Panamá	Sí	Sí	Administrativa	Certificado médico forense de determinación del sexo.	No
Ley N° 18.620 “Derecho a la identidad de género y al cambio de nombre y sexo en documentos identificatorios ”	2009	Uruguay	Sí	Sí	Judicial	No	No especifica, pero tampoco lo restringe.
Ley 26743 “Establécese el derecho a la identidad de género de las personas”.	2012	Argentina	Sí	Sí	Ninguna A simple solicitud.	No Habilita incluso la posibilidad de acceder a procedimientos de reasignación sexual como parte de la ley.	Sí, menores de 18 a través de representantes legales con consentimiento expreso de los niños.
Decreto 1227 <sup>52</sup> “Por el cual se adiciona una sección al Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, relacionada con el trámite para corregir el componente sexo en el Registro del Estado Civil”	2015	Colombia	Sí	Sí	Notarial	No	No especifica, pero tampoco lo restringe.
“Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del código civil para el distrito federal y del código de procedimientos civiles para el distrito federal”.	2015	Distrito Federal	Sí	Sí, aunque lo denominan género.	Administrativa	No	No, exige mayoría de edad.

<sup>52</sup> En el marco del cumplimiento de la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-063/15.

Ley orgánica de la gestión de la identidad y datos civiles	2016	Ecuador	Sí	Sí	No lo indica <sup>53</sup>	No	No, exige mayoría de edad.
Ley N° 850 “Ley de identidad de género”	2016	Bolivia	Sí	Sí	Administrativa	No	No, exige mayoría de edad.
Ley N° 21.120 “Ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género”	2018	Chile	Sí	Sí	Administrativa para personas mayores de 18 años, Judicial para personas mayores de 14 pero menores de 18.	No	Sí, para mayores de 14 años (judicial)

Elaboración propia

### 2.2.2. Antecedentes a la generación de marcos normativos sobre derechos de personas intersex

La presencia del debate en torno a los derechos de las personas intersex en el discurso jurídico es un fenómeno reciente. La incidencia de este apunta a un desmarque del discurso de la patologización que, por años, ha guiado en el abordaje de la intersexualidad. Quienes han impulsado estos debates son los movimientos de personas intersex alrededor del mundo. Estos movimientos irrumpieron, inicialmente, en el discurso de la biomedicina, en tanto fue la primera rama de la ciencia que se encargó de abordar la intersexualidad a través de un enfoque patologizador de esta condición humana. En términos de Cabral:

[...] Desde mediados de los '90, el movimiento intersex le disputa a la biomedicina su jurisdicción sobre la intersexualidad. Es evidente, por ejemplo, en las vicisitudes de la terminología. A finales del siglo XIX, el hermafroditismo mitológico fue resignificado como categoría de uso clínico y acompañado de sendos pseudo hermafroditismos para permitir un mayor rango diagnóstico. Al promediar la segunda década del siglo XX se volvió necesario introducir una nueva denominación, más acorde con el desarrollo de un vocabulario especializado; y entonces comenzó a hablarse de cuerpos intersex, aunque los términos anteriores aún sobreviven. El éxito de la lucha iniciada por el movimiento intersex en los '90 en pos de la despatologización de la intersexualidad –y la apropiación y subversión del diagnóstico, transformado en identidad política– tuvieron como respuesta una nueva embestida patologizadora. En el año 2006 se creó una nueva clasificación, que no sólo reorganiza la multitud de cuerpos intersex en una taxonomía de “trastornos del desarrollo sexual” sino que, como argumenta la investigadora intersex Georgiann Davis, procuró restablecer la autoridad médica sobre esa jurisdicción en disputa: nuestros cuerpos. Un aspecto central por la despatologización intersex en este momento pasa por resistir la imposición de ese vocabulario y sus variantes, puesto que para el movimiento intersex existe una relación intrínseca entre nomenclatura y tratamiento [...] (Cabral 2014: 1).

<sup>53</sup>Procedimiento supeditado a emisión del Reglamento.

Las demandas de los movimientos de personas intersex disputaron el discurso biomédico y, como lo diría Cabral (2014), se apropiaron y subvirtieron el diagnóstico [de patología] transformándolo en identidad política que demanda el reconocimiento de su existencia como un sujeto de derecho con demandas específicas: el cese de la mutilación de sus cuerpos justificada por el sistema binario de sexo – género. En 1993, surge la *The Intersex Society of North America (ISNA)*, organización pionera y referente, cuyo principal objetivo fue abogar por las personas intersex y sus familias, las cuales sentían que habían sido perjudicadas por el sistema de salud a través de las cirugías genitales no deseadas por el paradigma binario.

En el año 2013 la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa emitió la Resolución 1952 sobre “*Children’s right to physical integrity*”. La resolución instó a los Estados a garantizar los derechos de les niños intersex, sobre todo hicieron un llamado al cese de las intervenciones quirúrgicas cosméticas de asignación sexual sin su consentimiento.

7.5. [...] Tomar las siguientes medidas con respecto a categorías específicas de violación de la integridad física de los niños:

7.5.3. llevar a cabo más investigaciones para aumentar el conocimiento sobre la situación específica de las personas intersexuales, garantizar que nadie sea sometido a un tratamiento médico o quirúrgico innecesario cosmético en lugar de intervenciones de vital importancia para la salud durante la infancia o la niñez, garantizar la integridad corporal, la autonomía y la libre determinación de personas afectadas, y proporcionar a las familias con niños intersexuales el asesoramiento y apoyo adecuados [...] (Rupprecht 2013:2).<sup>54</sup>

Ese mismo año, en Malta, se llevó a cabo el Tercer Foro Intersex Internacional. Este encuentro fue de muchísima importancia, agrupó a más de treinta organizaciones de personas intersex a nivel mundial. Como resultado de este encuentro, estas organizaciones emitieron una Declaración demandando principalmente lo siguiente:

[...] Poner fin a las prácticas mutiladoras y ‘normalizadoras’ tales como cirugías genitales, tratamientos psicológicos y otros tratamientos médicos, por vía legislativa y por otros medios. Las personas intersex deben ser respaldadas en la toma de decisiones sobre su propia integridad corporal, autonomía física y auto-determinación [...] <sup>55</sup> (Brújula Intersexual 2015: s/n)

Las acciones de incidencia de las personas intersex exponiendo los impactos negativos de las intervenciones médicas tempranas no consentidas en sus cuerpos y vidas rindió frutos y lograron que la Organización de las Naciones Unidas (ONU) se interesara en la situación por la atraviesan. Principalmente, el Comité contra la tortura, el Comité de los derechos del niño y el Comité contra

---

<sup>54</sup> Disponible en: <http://semantic-pace.net/tools/pdf.aspx?doc=aHR0cDovL2Fze2VtYmx5LmNvZS5pbmQvbnVveG1sL1hSZWYvWDJlURXLWV4dHluYXNwP2ZpbGVpZD0yMDE3NCZsYW5nPUVO&xsl=aHR0cDovL3NlbWFudGljeGFjZS5uZXQvWHNsdC9QZGYvWFJlZi1XRC1BVC1YTUwyUERGLnhzbA=&xsltparams=ZmlsZWlkPTIwMTc0> [Revisado por última vez el 28 de junio de 2016].

<sup>55</sup> Declaración disponible en: <https://brujulaintersexual.wordpress.com/2015/01/21/declaracion-publica-del-tercer-foro-intersex-internacional/> [Revisado por última vez el 28 de junio de 2016].

toda forma de discriminación hacia la mujer. De los pronunciamientos del Sistema Universal de Derechos Humanos, el que marca un antes y un después, es el Informe del Relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (A/HRC/22/53) de febrero de 2013. En este, Juan E. Méndez relator de ese momento, señaló:

77. Los niños que nacen con atributos sexuales atípicos suelen ser objeto de intervenciones quirúrgicas irreversibles de reasignación de sexo, esterilizaciones involuntarias o cirugía reconstructiva urogenital involuntaria, practicadas sin su consentimiento informado previo ni de sus padres, "en un intento de fijar su sexo", que les provocan infertilidad permanente e irreversible y un gran sufrimiento psíquico.

88. El Relator Especial exhorta a todos los Estados a que deroguen cualquier ley que permita la realización de tratamientos irreversibles e intrusivos, como la cirugía reconstructiva urogenital obligatoria, la esterilización involuntaria, la experimentación contraria a la ética, las demostraciones médicas y las "terapias reparativas" o "terapias de conversión", si se aplican o administran sin el consentimiento libre e informado del paciente. Los exhorta además a que proscriban la esterilización forzada o coaccionada en cualquier circunstancia y ofrezca una protección especial a los miembros de los grupos marginados.

Méndez cuestiona el rol de las prácticas médicas y experimentales en niños intersex. Desde ese momento, se entiende las intervenciones quirúrgicas de reasignación sexual a las que son sometidas los niños podrían constituir tortura y malos tratos si se llevan a cabo sin su pleno consentimiento. Se amplía así definición de tortura de la comprendida en el artículo 1 de Convención contra la Tortura (Holzer 2015:37). En vista de ello, se exhortó que los Estados deroguen las leyes que permitan este tipo de procedimientos sin el consentimiento libre e informado de los niños.

En 2015, se llevó a cabo la primera reunión de expertos en intersexualidad en Naciones Unidas, convocada por el Alto Comisionado para los Derechos Humanos Zeid Ra'ad Al Hussein. En esta reunión, participaron representantes de las organizaciones de personas intersex, y en el discurso de Zeid este hace un llamado a la protección de las personas intersex:

"[...] Pero, de hecho, los seres humanos, al igual que la mayoría de los seres vivos, somos más diversos y complejos que eso. Nuestra diversidad –las diferencias entre nuestras experiencias y perspectivas, así como en la forma de nuestros cuerpos- es algo que debemos celebrar y proteger en todas sus manifestaciones (...) Necesitamos salvar la brecha entre la legislación y la realidad que viven las personas intersexuales" [...] <sup>56</sup> (ONU 2015: s/n).

Posteriormente, el año 2016 fue el escenario de pronunciamientos importantes de los órganos de tratados del Sistema Universal de Derechos Humanos. En noviembre de ese año, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en la Observación general 3 sobre las mujeres y las niñas con discapacidad, reconoce como una forma de violencia y abuso las intervenciones

---

<sup>56</sup>Documento disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/Astepforwardforintersexvisibility.aspx> [Revisado por última vez el 28 de junio de 2016].

médicas quirúrgicas de reasignación sexual no consentidas de forma libre e informada en niños intersex. Señaló, en el mismo sentido del informe de E. Mendez, que incluso estas podrían constituir tortura o penas crueles, inhumanas o degradantes:

32. Algunas formas de violencia, explotación y abuso puede considerarse tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes y una vulneración de diversos tratados internacionales de derechos humanos. Entre ellas cabe citar: el embarazo o la esterilización forzados o realizados bajo coerción, o involuntarios; todos los procedimientos y las intervenciones médicos realizados sin el consentimiento libre e informado, incluidos los relacionados con la anticoncepción y el aborto; las prácticas quirúrgicas invasivas e irreversibles, como la psicocirugía, la mutilación genital femenina y las intervenciones quirúrgicas o los tratamientos realizados en niños intersexuales sin su consentimiento informado; la administración de tratamientos electroconvulsivos y el recurso a la contención farmacológica, física o mecánica; y el aislamiento o la reclusión (Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, 2016)

En diciembre del año 2016, el Comité de Derechos del Niño en la Observación General 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, condena intervenciones quirúrgicas y tratamientos forzados a los que son sometidos los niños intersex. Señala, además, que los Estados deben promover marcos normativos que erradiquen y prohíban estas prácticas por ser lesivas al derecho a la integridad física y psicológica de los adolescentes intersex. Señaló así que:

34. El Comité destaca que todos los adolescentes tienen derecho a la libertad de expresión y a que se respete su integridad física y psicológica, su identidad de género y su autonomía emergente. Condena la imposición de “tratamientos” mediante los que se pretende cambiar la orientación sexual de una persona, y que los adolescentes intersexuales sean sometidos a intervenciones quirúrgicas o tratamientos forzados. Insta a los Estados a que erradiquen esas prácticas, deroguen todas las leyes que criminalicen o discriminen a las personas debido a su orientación sexual, su identidad de género o su condición de personas intersexuales, y aprueben leyes que prohíban la discriminación por esos motivos. Los Estados también deben actuar de manera eficaz para proteger a todos los adolescentes gays, lesbianas, bisexuales, transgénero e intersexuales frente a todas las formas de violencia, discriminación o acoso mediante la realización de actividades de sensibilización y la aplicación de medidas que les brinden seguridad y apoyo (Comité de los Derechos del Niño, 2016).

Un año después, el Parlamento Europeo del Consejo de Europa adoptó la Resolución 2191(2017) sobre la promoción de derechos humanos y la eliminación de la discriminación hacia las personas intersex. Esta instancia enfatizó que el abordaje médico de los cuerpos intersex involucra la violación de derechos humanos por ende solicita enérgicamente a los Estados integrantes del Consejo garantizar el derecho a la integridad física, la autonomía corporal y el derecho a la igualdad y no discriminación de las personas cuyas características sexuales difieren del estándar binario. En consecuencia, exhorta la prohibición de las cirugías de reasignación sexual no consentidas en niños.

[...] 7.1.1 prohibir la cirugía, la esterilización y otros tratamientos médicos "innecesarios" médicamente innecesarios practicados en niños intersexuales sin su consentimiento informado;

7.1.2. Asegúrese de que, excepto en los casos en que la vida del niño esté en riesgo inmediato, cualquier tratamiento que busque alterar las características sexuales del niño, incluidas sus gónadas, genitales u órganos sexuales internos, se difiere hasta el momento en que el niño pueda participar en la decisión, basada en el derecho a la libre determinación y en el principio del consentimiento libre e informado [...] (European Parliamentary, 2017)

Adicionalmente, demanda la inclusión de “las características sexuales” como motivo prohibido específico en los marcos jurídicos antidiscriminatorios y la investigación del daño causado por los tratamientos de normalización irreversibles ejecutados sin consentimiento. Esto último con el propósito de brindar compensaciones a las personas afectadas. La resolución es valorada como punto de partida importante para el dialogo entre los profesionales médicos y las personas intersex. Cuyo propósito aterriza en la construcción de marcos normativos desde un enfoque basado en derechos humanos (De Sutter, 2020). En Europa motivó que Portugal emitiera un marco legislativo protector para la niñas intersex en el 2018.

Dos años después, en el año 2019, el Parlamento Europeo aprobó la Resolución sobre los derechos de las personas intersexuales (2018/2878(RSP)). Una resolución que ha sido reconocida como histórica sobre los derechos de las personas intersexuales en el continente europeo. Fija un indiscutible estándar para la Unión Europea en cuanto a la protección de los derechos humanos de las personas intersexuales. La resolución complementa el pronunciamiento de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 2017.

El Parlamento cuestiona el enfoque patologizador de las características sexuales no normativas y reconoce los impactos nocivos en los derechos de les niñas. Si bien advierte como positiva la intención modificar la nomenclatura de la intersexualidad y transgeneridad, cuestiona la insistencia en la patologización de la diversidad sexo genérica en la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-11). Por ende, hace un llamado a eliminar las categorías patologizadoras, indicando que:

7. Considera que la patologización de las variaciones intersexuales pone en peligro el pleno disfrute por parte de las personas intersexuales del derecho al grado de salud más elevado posible tal y como se consagra en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño; pide a los Estados miembros que garanticen que la intersexualidad deje de ser considerada una patología;

8. Acoge con satisfacción que en la undécima revisión de Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-11) las identidades transexuales dejen de tratarse, aun parcialmente, como una patología; apunta, sin embargo, que la categoría de «incongruencia de género» en la infancia considera que los comportamientos no normativos de género en la infancia constituyen una patología; por tanto, pide a los Estados miembros que continúen esforzándose por eliminar esta categoría de la CIE-11 y que adapten la futura revisión de la CIE a sus sistemas nacionales de salud. (European Parliamentary 2018).

A nivel del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el año 2013 fue el año de mayor presencia de las demandas de las organizaciones de personas intersex. En el periodo de sesiones 147 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), celebrado ese mismo año, se realizaron dos (2) audiencias temáticas sobre la situación de las personas intersex. Aunque cabe precisar que la audiencia “*Situación de los derechos humanos de las personas intersex en las Américas*”<sup>57</sup> fue la que expuso, ante la Comisión, las problemáticas específicas que atraviesan en el Continente las personas intersex.

Sin embargo, el pronunciamiento, que, a ojos de esta redacción, resulta de mayor trascendencia jurídica sobre la materia es el Informe Especial “*Violencia contra las personas LGTBI*” publicado por la CIDH a finales del año 2015. En este Informe, la CIDH califica como violencia médica las prácticas médicas quirúrgicas y hormonales sin consentimiento destinadas a la asignación de sexo a las personas intersex. Por ese motivo, la CIDH recomendó a los Estados parte lo siguiente:

[...] La CIDH recomienda que los Estados Miembros de la OEA realicen las modificaciones necesarias a su legislación y políticas con miras a prohibir los procedimientos médicos innecesarios en niños, niñas y adultos intersex, cuando sean realizados sin su consentimiento, previo, libre e informado, excepto en casos de riesgo médico o necesidad. Las cirugías y otras intervenciones médicas que no son necesarias según criterios médicos deben ser postergadas hasta que las personas intersex puedan decidir por sí mismas [...] (CIDH 2015: 14).

Los pronunciamientos anteriormente nombrados han nutrido el debate sobre la situación de las personas intersex sometidas a intervenciones sexonormalizadoras no consentidas y, sobre todo, han permitido conducir el debate de la esfera de la biomedicina al campo de los derechos fundamentales y derechos humanos.

Esto se ve reflejado en la generación de marcos jurídicos de reconocimiento y protección de los derechos de las personas intersex. A la fecha se identifica que ocho países en cuatro continentes (África, Asia, Europa, Oceanía y América Latina) han desarrollado marcos normativos de protección de los derechos de las personas intersex. El pionero ha sido Sudáfrica (2005), posteriormente Alemania (2013), Australia (2013), Kenia (2014), Nepal (2015), Malta (2015), Chile (2016) y, el más reciente, Portugal (2018).

---

<sup>57</sup>En esta audiencia participaron Mauro Cabral, Natasha Jiménez, Advocates for Informe de Choice, Núcleo de Pesquisa em Sexualidade e Relações de Gênero, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Consórcio Latino Americano de Trabalho sobre Intersexualidade. Disponible en: <https://www.flickr.com/photos/cidh/sets/72157633005481598/> [Revisado por última vez el 28 de junio de 2016].

### 2.2.3. Regulación normativa de Europa, África y Oceanía

#### **Sudáfrica: Ley de enmienda N° 22 a la “Ley de Promoción de la igualdad y prevención de la discriminación injusta”**

En el año 2005, Sudáfrica se convirtió en el primer país que en instancia legislativa incorporó a las personas intersex bajo el amparo del derecho a la igualdad y no discriminación. Así, a través de la Ley de enmienda N° 22 a la “*Ley de Promoción de la igualdad y prevención de la discriminación injusta*”<sup>58</sup>, en su artículo 16, definió a la intersexualidad como “una diferenciación sexual congénita atípica”, e incorpora la intersexualidad a la categoría sexo como condición prohibida de discriminación.

#### **Australia: Ley N° 98 “Enmienda de la ley sobre discriminación sexual (orientación sexual, identidad de género y estados intersex)”**

El 28 de junio de 2013, el Parlamento Australiano modificó su ley sobre discriminación sexual de 1984, Ley N° 98 “*Enmienda de la ley sobre discriminación sexual (orientación sexual, identidad de género y estados intersex)*”<sup>59</sup>, que incorpora medidas de no discriminación respecto a la orientación sexual, identidad de género y medidas de protección para las personas intersex.

Esta ley introduce la categoría intersex y la define, en su artículo 4, como el estado de tener rasgos físicos, hormonales o genéticos que son: (a) ni totalmente femeninos ni totalmente masculinos, o (b) una combinación de sexo masculino y femenino, o (c) ni femeninos ni masculinos. Así también en el artículo 5, literal c, incorpora medidas de no discriminación en razón de la intersexualidad. Estas, a su vez, hacen referencia a la prohibición de prácticas que puedan tener un desenlace perjudicial en las personas a raíz de su condición de intersex.

A los efectos de esta Ley, una persona (el discriminador) discrimina a otra persona (la persona agraviada) en razón de la condición intersexual de la persona perjudicada si el discriminador impone o propone imponer, una condición, requisito o práctica que tiene, o es probable que tenga, el efecto de perjudicar a personas de condición intersexual.

Bajo este articulado podría interpretarse, con las limitaciones del caso, que las intervenciones quirúrgicas u hormonales sin consentimiento en las personas intersex son actos discriminatorios, y que el espíritu de la norma persigue la protección de estas personas.

---

<sup>58</sup> Parlamento Sudafricano. Disponible en: <http://www.justice.gov.za/legislation/acts/2000-004.pdf>. [Revisada el 15 de mayo de 2016].

<sup>59</sup> Nombre en Ingles Sex Discrimination Amendment (Sexual Orientation, GenderIdentity and Intersex Status) Act 2013. Parlamento Australiano. Disponible en: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2013A00098/Html/Text>. [Revisada el 15 de mayo de 2016].

## **Alemania: Ley que modifica la legislación de estatuto personal - estado civil** <sup>60</sup>

El camino recorrido en Alemania para la promulgación de la “*Ley que modifica la legislación de estatuto personal - estado civil*” en mayo del 2013 requirió trabajos previos de los movimientos de personas intersex y especialistas en la materia. La intervención del Consejo de Ética Alemán fue gravitante para que la norma aprobada garantizara de modo sustantivo los derechos fundamentales de las personas intersex. Los integrantes del Consejo de Ética asesoraron permanentemente al Gobierno y al Bundestag (parlamento) para la discusión y posterior aprobación de esta norma (Romero Castillo 2012: 1). El trabajo del Consejo de Ética Alemán fue muy diligente como participativo, y logró incorporar en el debate a representantes de los movimientos de personas intersex como Diana Hartmann.

Finalmente, y tras un arduo debate, la norma aprobada solo abordó aquellas recomendaciones que versaban sobre el registro del sexo (Geschlecht<sup>61</sup>) de las personas intersex. Este aspecto fue tratado en los artículos 6 y 7 de la norma, artículos que modifican el Estatuto Personal Alemán. Esta reforma posibilitó que les niñas intersex accedan al registro dejando la casilla vacía correspondiente al sexo. En palabras de Alcántara “dejar vacía la casilla implica que el sexo registral queda (in)determinado en el certificado de nacimiento. Para dejar en blanco o registrar un cambio en la casilla Geschlecht es indispensable un certificado médico que lo avale.” (2016: 6). Asimismo, esta reforma posibilitó que, con posterioridad al registro de sexo indeterminado, el niño pueda acceder al cambio de su sexo registral siempre que este preste su consentimiento.

Esta reforma fue recibida en el mundo de manera auspiciosa. Debido a que el mensaje que Alemania dio al mundo es que se reconocía la existencia del tercer sexo o de la posibilidad que la diversidad corporal no sea anulada por el binarismo que impone la categorización entre femenino o masculino. Por su parte, Mauro Cabral opinó “que la reforma a la ley alemana debe comprenderse en consonancia con un grupo de medidas jurídicas recientes que buscan el reconocimiento legal de formas de vida que exceden la lógica binaria de la diferencia sexual” (2014: 200).

Sin embargo, no todas las voces fueron de celebración. Entre los movimientos de personas intersex hubo disidencias valorativas sobre la importancia de la norma. Según refiere Alcántara:

La comunidad intersex advirtió que omitir el sexo de registro en el documento de nacimiento crea un estatus discriminatorio ya que estigmatiza a los bebés que pretende proteger al marcarlos con la indeterminación del sexo en sus documentos de registro;

---

<sup>60</sup> Su nombre en Alemán es Gesetz zur Änderung personensstandsrechtlicher Vorschriften (Personenstandsrechts-Änderungsgesetz – PStRÄndG)

<sup>61</sup> Según Alcántara (s/f) *geschlecht* es la palabra alemana para registrar la asignación sexual del recién nacido. el término no separa el sexo del género, ya que en el idioma alemán no hay una división entre características biológicas y simbolización cultural

además, la ley alemana continúa dejando en manos del médico el poder de decidir sobre la determinación o indeterminación del sexo (2016: 7).

La opinión recogida por Alcántara tiene relevancia en un contexto en el que las leyes en favor de las personas intersex se vienen construyendo. Leído en el contexto, como lo refiere Cabral (2015), la ley alemana es un avance trascendental en el mundo por irrumpir en la lógica binaria de los sexos; sin embargo, la demanda de los movimientos intersex va en la línea de la eliminación de la categoría “sexo” en los registros civiles.

### **Kenia: “Ley 23 de personas privadas de su libertad”<sup>62</sup>**

Según el último Informe Nacional del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal – EPU del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas para Kenia, un paso importante para la garantía de los derechos humanos en este país fue la promulgación de su nueva Constitución en el año 2010, que fue aprobada a través de referéndum y gozó de una mayoritaria aceptación. Según este Informe “la Constitución, basada en los derechos, presenta un marco constitucional, jurídico e institucional más fuerte para la promoción de los derechos humanos en Kenya” (2014: 2).

En el preámbulo y el artículo 10, numeral 2, literal b, de la Constitución, se establecen los principios que rigen al Gobierno keniano. Entre los principios enunciados se reconoce como los más sustanciales a la igualdad, la no discriminación y la protección de las personas más marginadas.

RECONOCIENDO las aspiraciones de todos los kenianos para un gobierno basado en los valores esenciales de los derechos humanos, la igualdad, la libertad, la democracia, la justicia social y el estado de derecho:

Artículo 10

2. Los valores nacionales y los principios de gobernabilidad incluyen:

(b) la dignidad humana, la equidad, la justicia social, la inclusión, la igualdad, los derechos humanos, la no discriminación y la protección de los grupos marginados.

Adicionalmente, el Informe EPU recomendaba la aprobación de la Ley de protección a las personas privadas de su libertad. Fue así que, el 24 de diciembre de 2014, el parlamento de Kenia aprobó la ley N° 23 “*Ley de personas privadas de su libertad*”. Una medida insólita, que ninguna norma referida al régimen penitenciario se reconoce a las personas intersex como sujetas de

---

<sup>62</sup>Traducción al español de “ The persons deprived of liberty Act”.

derecho y merecedoras de garantías especiales en su condición de reclusión. Según John Chigiti<sup>63</sup>, de la organización de defensa de los derechos de las personas LGTBI África LGTB:

¿Quién habría pensado que Kenia reconocería en nuestras leyes, tan pronto, al singular miembro de la familia conocido como intersexual? Hace unos tres años, en la sentencia RM (Richard Muasya vs Fiscal General y otros. Demanda n° 705 de 2007), tres doctos jueces dijeron que Kenia no estaba preparada para la intersexualidad. Esto sucedió durante la época de la Constitución derogada. El 31 de diciembre, la Ley de Personas privadas de Libertad 2014 se convirtió en la primera ley en Kenia que definía a quién se consideraba persona intersexual. El Preámbulo de la Constitución de 2010 ha debido de persuadir a los legisladores mientras debatían esta nueva ley (África LGBT: 1).

En el Título Preliminar de la ley, se establece que una persona “intersexual” es aquella que, certificada por un comité médico competente, tiene órganos reproductivos femeninos y masculinos. A pesar del avance, esta norma supedita la determinación de la condición de intersex a la opinión médica y solo reconoce a una de las expresiones de la intersexualidad que es la “ambigüedad genital”, desde el binarismo de género. Asimismo, el artículo 10, numeral 2 de la ley, establece que:

Artículo 10. (1) Una persona privada de libertad no será sometido a un registro corporal excesivo. (2) una persona intersexual tiene derecho a decidir el sexo de la persona que le practicará el registro corporal.

Si bien esta ley no alcanza el estándar de la legislación alemana, sí reconoce a las personas intersex y determina un trato diferenciado en la atención penitenciaria como una medida de acción afirmativa. Habría sido más alentador que la norma planteara también la posibilidad de que las personas intersex en privación de libertad decidan el centro de reclusión en el cual purgar condena.

## Constitución de Nepal

De una interpretación sistemática de la Constitución de Nepal y la sentencia del Tribunal Supremo en el caso *SunilBabuPant v. Gobierno de Nepal*<sup>64</sup>, que ordena a la Asamblea Constituyente establecer con precisión las disposiciones para garantizar que todos los documentos y procedimientos oficiales y administrativos consideren el "tercer sexo" junto al sexo "masculino" y "femenino", se entiende que el artículo 5,1 literal j, numeral 9, referido a políticas de igualdad, establece un mandato de incorporar arreglos necesarios para el reconocimiento de una categoría

---

<sup>63</sup>Artículo disponible en: <http://africallgbt.org/index.php/es/item/283-ley-keniana-intersexualidad/283-ley-keniana-intersexualidad> [Revisado el 02 de julio de 2016]

<sup>64</sup> Sunil Babu Pan, Director ejecutivo de la organización Blue Diamond Society, organización defensora de los derechos de las personas LGTBI de Nepal, Meena Nepali de la organización MITINNI Nepal, Sanjeev Gurung, De Cruse AIDS Nepal y Manoranjan Kumar Vaidya, en representación de sesenta mil personas de minorías sexuales, demanda al Gobierno de Nepal, al Parlamento y al Ministro de Derecho, Justicia y Asuntos Parlamentarios ante la Corte Suprema de Nepal. La demanda persiguió la erradicación la exclusión normativa de las personas LGTBI y el reconocimiento de derechos para estas personas. Esta sentencia es paradigmática, entre otras cosas, por legalizar las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, el matrimonio de personas del mismo sexo y se ordena la modificación de toda norma discriminatoria contra la minoría del tercer género (personas intersex).

que reconozca la diversidad corporal de las personas intersex. Sin embargo, la Constitución no hace referencia específica a las personas intersex.

### **Malta: Ley de identidad de género, expresiones de género y características sexuales<sup>65</sup>**

Bajo el título “Una pequeña isla hace historia: Malta prohíbe la mutilación genital de personas intersexuales”, el diario El País<sup>66</sup> (García 2015:1) informaba de la aprobación de la ley más progresista en reconocimiento de derechos de las personas intersex en el mundo, que prohíbe las intervenciones quirúrgicas y hormonales de asignación sexual sin consentimiento.

Según referencia de la activista intersex Hida Viloría, un elemento clave para la aprobación de esta ley, con tanta trascendencia en el derecho, fue el contexto político favorable. La clase política maltesa estuvo muy comprometida con generar respuestas estatales de protección a las personas intersex en diálogo con los movimientos sociales (Brújula Intersexual 2015a:1). SivanAgius fue uno de sus principales aliados. Este funcionario trabajó de cerca con la Asociación de Gays, Lesbianas, Transexuales, Transgénero, e Intersexuales y lograron, en conjunto, realizar el Tercer Foro Mundial de Intersexuales en Malta. Este importante evento, de trascendencia mundial, contó también con la participación de Helena Dallí, Ministra de Malta para el Diálogo Social, Asuntos del Consumidor y Libertades Civiles.

Según Cabral, “meses antes de que el Acta fuera aprobada, el propio gobierno de Malta abrió públicamente su borrador final para comentarios, críticas y sugerencias, y activistas trans e intersex de distintos lugares del mundo fuimos, además, invitades a revisarlo” (2015:1). Cabral refiere, que esta ley “además de seguir en la línea despatologizadora de la ya precursora ley argentina, es la primera en el mundo que prohíbe las intervenciones sobre los cuerpos de niños intersex (Cabral 2015:1)”.

En el artículo 2 de la referida ley, se trata a la intersexualidad como una categoría definida por "características sexuales", que involucra características cromosómicas, gonadales y anatómicas de una persona. De esta forma, la categoría comprende características primarias (órganos reproductivos y genitales, estructuras cromosómicas y hormonas) y características secundarias (masa muscular, la distribución del pelo, los pechos y / o estructura, y otros). Es decir, no se limita a la “ambigüedad genital” como lo hacen otras legislaciones antes mencionadas. Reconoce, además, la intersexualidad como condición humana.

---

<sup>65</sup> Denominación en el idioma Ingles: “Genderidentity, gender expression and sex characteristics Act”

<sup>66</sup>Artículo periodístico disponible en:

[http://www.eldiario.es/contrapoder/prohibicion\\_mutilaciones\\_genitales\\_6\\_375572464.html](http://www.eldiario.es/contrapoder/prohibicion_mutilaciones_genitales_6_375572464.html) [Revisado el 2 de julio de 2016]

Asimismo, en su artículo 13, sobre promoción de la igualdad, establece imperativamente que:

El servicio público tiene el deber de garantizar que ilegal la orientación sexual, identidad de género, expresión de género y el sexo características de la discriminación y el acoso son eliminados, mientras que sus servicios deben promover la igualdad de oportunidades para todos, con independencia de la orientación sexual, identidad de género, el género expresión y características sexuales.

El artículo 14 es uno de los más paradigmáticos de esta ley, puesto que garantiza el derecho a la integridad física, sexual y psicológica y el derecho a la autodeterminación de les niñes intersex. E incorpora la prohibición de las prácticas médicas de asignación sexual sin su consentimiento. Esto se da en amparo del principio del interés superior del niño establecido en la Convención de los derechos del niño. Sin embargo, incorpora una excepción: las intervenciones proceden cuando son absolutamente necesarias para el niño intersex, en caso de que su salud o su vida se encuentre en riesgo.

Artículo 14.- Derecho a la integridad física y autonomía física.

Será ilegal para los médicos u otros profesionales llevar a cabo cualquier tratamiento asignación de sexo y / o intervención quirúrgica de las características sexuales de un menor de edad, que tratamiento y / o la intervención pueden ser diferidos hasta que la persona a ser tratada puede dar su consentimiento informado:

Siempre que dicho tratamiento y asignación de sexo, o intervención quirúrgica de las características sexuales del menor será llevado a cabo si el menor dé su consentimiento informado a través de la persona el ejercicio de la patria potestad o el tutor del menor.

(2) En circunstancias excepcionales tratamiento puede efectuarse una vez que se llegue a un acuerdo entre el equipo interdisciplinario y las personas que ejercen la patria potestad o tutor del menor que todavía es incapaz de dar su consentimiento:

A condición de que la intervención médica que es accionado por factores sociales sin el consentimiento del menor, estarán en violación de esta Ley.

(3) El equipo interdisciplinario será nombrado por el Ministro por un período de tres años, período podrá ser renovado por otro período de tres años.

(4) El equipo interdisciplinario estará compuesto por los profesionales quienes el Ministro considere, según proceda.

(5) Cuando la decisión de tratamiento está siendo expresada por un menor con el consentimiento de las personas que ejercen la autoridad parental o el tutor del menor, los profesionales de la medicina deberá:

(a) asegurar que el interés superior del niño como expresaron en la Convención sobre los Derechos del Niño es el consideración primordial; y

(b) dar peso a las opiniones del menor teniendo en cuenta la edad y madurez del menor.

(Traducción propia)

En el artículo 7, la norma posibilita que las personas intersex puedan registrar sus nacimientos dejando como pendiente el casillero correspondiente al sexo. Así lo describe Cabral:

El Acta de Malta incluye distintas fórmulas de reconocimiento identitario. Partiendo de un marco binario, se reconoce también el derecho materpaternal de demorar la inscripción inicial del sexo en la partida de nacimiento, proveyendo los recursos para su inscripción tardía. Y haciendo honor al carácter insular y archipiélago del país, se dispone también el

reconocimiento de marcadores de género, diferentes a M y F, otorgados por distintos países –como la X australiana–. Esta multiplicidad no sólo diversifica las posibilidades legales del reconocimiento de la identidad de género, sino que también contribuye a desmitificar la relación normativa entre identidad de género y reconocimiento. Esta operación desmitificadora llega en el momento preciso: mientras que Malta se pronuncia decididamente a favor de la protección de las características sexuales –y sigue el ejemplo australiano en materia antidiscriminatoria– (2015:1).

Como se puede apreciar, Malta ofrece al mundo el estándar de protección de los derechos de las personas intersex más integral. No solo reconoce a las personas intersex desde una mirada despatologizadora, sino que es pionera en prohibir las mutilaciones genitales y los procedimientos médicos quirúrgicos innecesarios de reasignación sexual sin el consentimiento en niños intersex. Incorpora también mandatos imperativos de no discriminación y finalmente incluye arreglos institucionales como la habilitación del registro demorado del sexo en las actas de nacimiento, a fin de que la identidad de las personas intersex esté protegida.

**Portugal: Ley 38/2018 “Derecho a la autodeterminación de la identidad y expresión de género y a la protección de las características sexuales de cada persona”**

La ley portuguesa, siguiendo parcialmente el parámetro fijado por Malta, incluye como una categoría proscrita de discriminación las características sexuales de las personas. En su artículo 2.2 vincula su alcance con las instituciones públicas y privadas; y fija las obligaciones de protección de los cuerpos intersex, como se advierte a continuación:

Artículo 2

2) Entidades privadas que cumplen con esta ley y las autoridades públicas garantizan el cumplimiento y promueven, en el marco de sus competencias, las condiciones necesarias para el ejercicio efectivo del derecho a la libre determinación de la identidad y expresión de género y el derecho a la protección las características sexuales de cada persona.

La protección que la ley esboza no solo se circunscribe a vedar la discriminación hacia las personas intersex, además indica en su artículo 4° que las personas tienen derecho a mantener sus características sexuales primarias y secundarias. A pesar de ello, en cuanto a intervenciones médicas sexonormalizadoras no consentidas en niños intersex se refiere su posición no es clara. No las prohíbe, no veta el consentimiento sustituto, y tampoco construye parámetros que garanticen decisiones informadas y libres. Señala, en términos generales, que estas deberán postergarse hasta que la identidad de género se manifieste.

Artículo 5

Excepto en situaciones de riesgo comprobado para su salud, los tratamientos e intervenciones quirúrgicas, farmacológicas u otras que impliquen cambios en el cuerpo y

las características sexuales de la persona menor intersexual, no deben realizarse hasta el momento en que se manifiesta su identidad de género.

En el 2019, el Ministerio de Salud, a través de su Dirección General de Salud, en cumplimiento del artículo 11 de la Ley 38/2018, publicó el primer volumen de la Estrategia de Salud para las personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersexo denominado “Promoción de la Salud de las personas Trans e Intersexo”. En este documento se incluye una ruta de atención y referencia para niñas y adolescentes intersex en los servicios de salud bajo el nombre de Red de cuidados a personas intersex detectadas en el nacimiento o en la pubertad. En cuanto a la toma de decisiones sobre la intervención de los profesionales de la salud en estas situaciones, señala que su acción debe guiarse por los siguientes principios generales:

Estos son principios aplicables en diferentes campos:

- Apoyo y monitoreo de niños intersexuales, padres, madres, otros cuidadores y una familia más grande;
- Sobre el manejo clínico de diferentes variaciones intersexuales;
- En términos de las disposiciones de las cartas y convenciones internacionales de derechos humanos adoptadas y los derechos del niño;
- En el sistema legal del país;
- Respecto a las referencias éticas y los códigos profesionales de las órdenes profesionales de salud. (Ministerio de Salud de Brasil 2019: 19)

Los lineamientos, como se advierte, son generales. No desarrolla protocolos específicos. No obstante, se entiende que sigue los lineamientos de la Declaración del Consenso sobre manejo de desórdenes intersexuales de la Sociedad Pediátrica Endocrinológica Lawson Wilkins y la Sociedad Europea para la Endocrinología Pediátrica que insiste en la patologización de las condiciones intersexuales. Finalmente, a pesar de que la norma de Portugal es posterior a la de Malta, su propuesta no supera el estándar marcado por ella, que se mantiene como el país con la norma de referencia mundial en cuanto a protección de derechos de niñas intersex respecta.

#### **2.2.4. Regulación normativa latinoamericana**

En Latinoamérica, el debate en torno al reconocimiento de los derechos de las personas intersex es reciente. Sin embargo, un hecho sin precedentes y que marcó un antes y un después para la materia en nuestra región se generó tras la publicación de la última Observación Final del Comité de los Derechos del Niño, publicada el 30 de octubre del 2015 sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile. Por primera vez, son incluidas, dentro de sus recomendaciones, medidas en favor de les niñas intersex:

48. [...] Aunque toma nota de la propuesta de elaborar un protocolo sobre la atención de la salud de los bebés y los niños intersexo, el Comité expresa grave preocupación por los casos de cirugía irreversible e innecesaria desde un punto de vista médico y otros tratamientos aplicados a los niños intersexo, sin su consentimiento informado, que pueden causarles graves sufrimientos, y por la falta de mecanismos de reparación e indemnización en esos casos.

49. A la luz de su observación general núm. 18 (2014) sobre las prácticas nocivas, aprobada conjuntamente con el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Comité recomienda al Estado parte que acelere el desarrollo y la aplicación de un protocolo de atención de la salud basado en los derechos para los niños intersexo, en el que se establezcan los procedimientos y los pasos que deben seguir los equipos sanitarios para que ninguna persona sea sometida a intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos innecesarios en la infancia o la niñez; se proteja el derecho de estos niños a la integridad física y mental, la autonomía y la libre determinación; se ofrezcan a los niños intersexo y a sus familiares apoyo y asesoramiento adecuados, también de personas en su misma situación; y se aseguren recursos efectivos a las víctimas, incluidas medidas de reparación e indemnizaciones [...] (Comité de los Derechos del Niño 2015: 11-12).

En cumplimiento de dicha recomendación, el Estado chileno aprobó una norma de rango infralegal, emitida por la Sub Secretaria de Salud Pública del Ministerio de Salud el 22 de diciembre de 2015. La *Circular N° 18 que “Instruye sobre ciertos aspectos en la atención de niñas y niños intersex”*. Esta norma delimitó el parámetro de atención en salud a niñas intersex, y se convirtió en el estándar precursor a nivel de la región en el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales de las personas intersex, especialmente en edades tempranas. Textualmente, ordenó lo siguiente:

“se instruye que se detengan los tratamientos innecesarios de “normalización” de niños y niñas intersex, incluyendo cirugías genitales irreversibles hasta que tengan edad suficiente para decidir sobre sus cuerpos. Sin desmedro de lo anterior, señalamos que la asignación de sexo registralmente hablando se debe realizar en función a las “mejores expectativas”. Es decir, se propone que los conductos regulares que se llevan a cabo el de hoy para tomar la decisión sobre el sexo registral (exámenes médicos como cariotipo, análisis interdisciplinario de los casos, etc.) sigan el mismo curso, a excepción de la práctica de las intervenciones quirúrgicas descritas en el párrafo anterior.

Solicitamos establecer en cada Servicio de Salud, una mesa de trabajo, integrada por profesionales de distintas especialidades entre ellas endocrinología, ginecología, psiquiatría, médico de salud familiar que sesione junto al Comité de Ética del Servicio y determine conducta a seguir. Esta propuesta deberá venir para revisión final a comité central, mientras esté en elaboración protocolo que normará funcionamiento”.

Esta norma tiene como pretensión esencial el reconocimiento de los derechos de les niñas intersex, principalmente el derecho a la integridad corporal, a través de la suspensión de las cirugías genitales hasta que le niña tenga edad para brindar su consentimiento. Su motivación se sustenta en los pronunciamientos de las instancias internacionales de protección de los derechos humanos. Entre ellos, la observación final del Comité de los Derechos del Niño, el Informe especializado sobre situación de los derechos de las personas LGTBI de la Comisión Interamericana de

Derechos Humanos<sup>67</sup>, y las recomendaciones contenidas en el pronunciamiento de la Organización Mundial de la Salud (OMS) en el documento “*Sexual health, human rights and the law*”. Estos documentos coinciden en garantizar los derechos de las personas intersex desde un enfoque de derechos y consideran que los procedimientos quirúrgicos y hormonales de asignación sexual no consentidos en niñas intersex son violaciones a sus derechos fundamentales.

Con esto, la norma supone un distanciamiento parcial del abordaje patologizador de la intersexualidad, siendo este la substancia de su relevancia. Sin embargo, mantiene el modelo dual del sexo cuando indica su asignación legal según mejor expectativa (femenino o masculino). En ese sentido, la norma reconoce:

- a) la existencia de personas intersex, como parte de la diversidad corporal humana, es decir, cuerpos que difieren del estándar definido médica y culturalmente por el sistema de sexo – género en el binarismo “hombre – mujer”.
- b) toma distancia de las aproximaciones patologizadoras de la intersexualidad que sustentan las intervenciones tempranas,
- c) incorpora un mandato que ordena que se detengan las intervenciones quirúrgicas u hormonales de asignación sexual en niñas intersex sin su consentimiento. Reconoce la capacidad y la competencia de decisión de las niñas en torno a los procedimientos médicos de reasignación sexual,
- d) introduce el parámetro para la asignación legal de sexo según “*mejor expectativa*”. Mantiene las categorías binarias “hombre-mujer”. Por tanto, la determinación del sexo de las niñas intersex deberá enmarcarse a dicho parámetro, y,
- e) ordena la atención especializada a cargo de un grupo médico interdisciplinario para el abordaje de estos casos.

Aunque el contenido de la norma es breve y deja su desarrollo a la aprobación de un Protocolo posterior, los grupos LGTBI de Chile celebraron su aprobación por su valor significativo para el movimiento de personas intersex en Latinoamérica. Se trata de la primera norma que busca cautelar el derecho a la integridad sexual, física y mental de las niñas intersex.

En el año 2017, la Secretaría de Salud de los Estados Unidos Mexicanos y la Comisión Coordinadora de Institutos Nacionales de Salud y Hospitales de Alta Especialidad (CCINSHAE) emitió el *Protocolo para el Acceso sin Discriminación a la Prestación de Servicios de Atención*

---

<sup>67</sup>La información citada en la norma se remite al Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos denominado “Situación de la violencia hacia personas LGTBI” publicado en el 2015.

*Médica de las Poblaciones Lesbico, Gay, Bisexual, Transexual, Travesti, Transgénero e Intersexual*. Esta política pública de atención en salud incluye guías específicas de atención por cada grupo poblacional, siendo parte de ella la *Guía de recomendaciones para la Atención de Intersexualidad y Variación en la Diferenciación Sexual*.

Esta Guía (2017/2019) está compuesta por diecinueve recomendaciones para la comunidad médica las cuales abordan lo siguiente: a) la atención especializada, b) la limitación del uso de procedimientos quirúrgicos a edades tempranas, se recomienda la postergación hasta que la persona alcance madurez y conciencia para consentir los procedimientos, c) el acceso al consentimiento libre e informado, d) la atención de equipos multidisciplinarios y especializados, e) la asignación legal del sexo en bebés intersex está sujeta al modelo dual del sexo (femenino o masculino) como un mecanismo de “garantía del derecho a la personalidad jurídica” (sic.), f) no condiciona la prestación del servicio médico a la aceptación de las intervenciones quirúrgicas, g) intervención de los comités de bioética de los establecimientos de salud para la revisión de las recomendaciones de los equipos multidisciplinarios, h) estrategia de apoyo de pares para asesoría en la toma de decisiones, i) disponibilidad absoluta del expediente clínico para las personas intersex, j) promoción de acciones afirmativas en materia de derechos de las personas intersex e investigación sobre la materia con enfoque de derechos humanos y basada en la autonomía corporal de las personas.

Esta Guía es reconocida como un avance importante y necesario en el gremio médico mexicano por las organizaciones de personas intersex<sup>68</sup>. No obstante, lo cierto es que las recomendaciones no tienen carácter coercitivo o vinculante y se mantiene la obligación de asignación de sexo/género en un bebé intersexual (Barbin 2018: 13) en los parámetros binarios. Por lo que su contenido es limitado.

### **2.2.5. Etapas de la protección jurídica específica de los derechos de las personas intersex**

Del marco normativo generado alrededor del mundo anteriormente señalado podemos concluir que existe una tendencia en ascenso en el reconocimiento de los derechos de las personas intersex y la protección específica frente a las intervenciones médicas sexonormalizadoras no consentidas

---

<sup>68</sup> Vivir y ser intersex de México considera que este lineamiento de política pública “representa un esfuerzo honesto y prometedor. El que la Secretaría de Salud decidiera poner manos a la obra para asumir un paradigma nuevo, orientado a aceptar que la realidad es diversa y no restrictiva, sienta las bases para un trabajo que implica la sensibilización y capacitación de los prestadores de servicios de salud; pero también exige que todos nosotros, padres, educadores y sociedad civil en general, construyamos espacios cada vez más abiertos y tolerantes que promuevan posibilidades de una vida plena”. Disponible en: <https://vivirintersex.org/2017/06/25/avances-un-primer-acercamiento-al-protocolo-de-atencion-medica-para-la-poblacion-lgbtiti-de-la-secretaria-de-salud/>. Revisado el 10 de septiembre de 2019.

(ver tabla 8 ). En vista de ello, hemos identificado dos etapas de producción normativa (legislativa y administrativa), las cuales se señalan a continuación:

a) **Etapa de incorporación de la intersexualidad en los mandatos de no discriminación:**

Se identifica un grupo mayoritario de normas que tienen en común el reconocimiento y protección de la intersexualidad como condición humana distinta del binario normativo en el marco de la garantía del derecho a la igualdad y no discriminación (Sudáfrica, Alemania, Australia, Kenia, Malta, Nepal, Chile y Portugal).

b) **Etapa de protección de derechos de las personas intersex frente a la medicalización de sus cuerpos:**

Estas normas se inscriben en un contexto político y jurídico internacional que reconoce las múltiples violaciones a los derechos de las personas intersex generadas por las intervenciones quirúrgicas de asignación sexual no consentidas. Estas han sido calificadas como tortura y malos tratos, y han permitido el creciente cuestionamiento al sistema sexo – género binario. En esta etapa, se han generado las normas de un estándar más protector y garantista para las personas intersex, con énfasis en niñas. Así, encontramos normas que introducen arreglos institucionales, que si bien aún son insuficientes y no terminan por entender las normas sexonormalizadoras. Estas normas por un lado permiten, en alguna medida, la postergación de la asignación binaria de género a través del tercer casillero referido a sexo en los registros (Alemania y Malta). Y por otro, existen normas que prohíben las intervenciones quirúrgicas en niñas intersex no consentidas (Malta, Australia, Chile y México).

**Tabla 8. Reconocimiento de derechos de las personas intersex**

Leyes	País	Año	Reconocimiento de la intersexualidad como condición humana distinta al binario normativo	Mandatos de no discriminación	Prohibición de intervenciones médicas y quirúrgicas en niñas intersex sin consentimiento	Asignación legal de sexo
Ley de enmienda N° 22 a la “Ley de Promoción de la igualdad y prevención de la discriminación injusta”	Sudáfrica	2005	Sí	Sí	No	No
“Ley que modifica la legislación de estatuto personal - estado civil”	Alemania	2013	Se reconoce como categoría distinta a hombre y mujer bajo el nombre de “ambigüedad genital”	No	No	Se reconoce como ambigüedad genital Casilla de sexo no determinado. (Modelo del tercer sexo)
Ley N° 98 “Enmienda Ley	Australia	2013	Sí	Sí	No	No

sobre discriminación sexual (orientación sexual, identidad de género y estados intersex)” Australia					Salvo interpretación.	
“Ley de personas privadas de su libertad” Kenia	Kenia	2014	Sí Reconoce posibilidad de elegir el sexo de la persona que realiza registros carcelarios.	Acción afirmativa: Lugares exclusivos de reclusión.	No	No
“Ley de identidad de género, expresiones de género y características sexuales”	Malta	2015	Sí	Sí	Sí	Sí Inscripción tardía, casillero correspondiente a sexo a ser llenado con (X)
Constitución de Nepal	Nepal	2015	No	No	No	No <sup>69</sup> , salvo interpretación sistemática con Sentencia del Tribunal Supremo de Nepal de 2007.
Circular N° 18 “Instruye sobre ciertos aspectos en la atención de niñas y niños intersex” emitido por el Ministerio de Salud	Chile	2016	Sí	Sí	Sí, hasta que la persona menor de edad pueda decidir.	No
Ley 38/2018 “Derecho a la autodeterminación de la identidad y expresión de género y a la protección de las características sexuales de cada persona”	Portugal	2018	Sí	Sí	No las prohíbe, indica la postergación hasta la manifestación de la identidad de género.	No
Protocolo para el Acceso sin Discriminación a la Prestación de Servicios de Atención Médica de las Personas Lésbico, Gay, Bisexual, Transexual, Travesti, Transgénero e Intersexual y Guías de Atención Específicas Guía de recomendaciones para la Atención	México	2017/2019	Sí	Sí	“Recomienda limitar los procedimientos quirúrgicos a casos de riesgo de vida”.  Retraso de intervenciones quirúrgicas hasta la adolescencia para garantizar el consentimiento.	Asignación binaria del sexo en infantes intersex.

<sup>69</sup>De una interpretación sistemática del texto Constitucional de Nepal y la sentencia del Tribunal Supremo de Nepal en el caso Sunil Babu Pant v. Gobierno de Nepal , Oficina del Primer Ministro y el Consejo de Ministros , Legislativo – Parlamento del 2007, que ordena a la Asamblea Constituyente establecer con precisión las disposiciones necesarias con el fin de garantizar que todos los documentos y procedimientos oficiales y administrativos consideren el "tercer sexo" junto al sexo "masculino" y "femenino"; de ello podría entenderse que el artículo 5,1 literal j, numeral 9, referido a políticas de igualdad, establece un mandato de realizar los arreglos necesarios para el reconocimiento de una categoría que pueda reconocer la diversidad corporal de las personas intersex.

de Intersexualidad y Variación en la Diferenciación Sexual						
--	--	--	--	--	--	--

Elaboración propia

### **CAPÍTULO 3: ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LAS INTERVENCIONES DE REASIGNACIÓN SEXUAL NO CONSENTIDAS EN INFANTES INTERSEX**

A diferencia de Colombia, Australia y Estados Unidos de Norte América, en el Perú aún son incipientes los análisis desde el derecho constitucional sobre los dilemas jurídicos que involucran la protección de los derechos de los niños, los límites de la acción médica y el cuestionamiento al consentimiento sustituto parental. Mucho menos, se identifican investigaciones jurídicas que articulen los tópicos de infancia y diversidad sexogenérica. Se presume que en la infancia el elemento “sexual” es impropio y se considera que los niños o bien son niños o niñas, heterosexuales y cisgénero.

Este panorama podría llevarnos a pensar, equivocadamente, que no existen violaciones de los derechos de los niños. Pero, lamentablemente, esto no es así. Resulta innegable que en nuestro país la situación de esta población en general no es la mejor<sup>70</sup>, siendo aún más precaria la posición

<sup>70</sup> UNICEF Perú reporta que, en el 2017, el 43.6% de niños entre 6 a 35 meses de edad tienen anemia. La violencia que afecta a las niñas, niños y adolescentes continúa siendo un problema en el país. En ese mismo año, el 22.1% de las madres y el 20% de los padres emplearon el castigo físico con sus hijas e hijos. Entre la zona selva del país esta cifra sube hasta 36.7%. En el año 2016, hubo 23,039 casos de violencia (familiar y sexual) contra niñas, niños y adolescentes reportados en el país; de estos, el 16% corresponden a niñas y niños de 0 a 5 años, 41% de 6 a 11 y 44%

de niñas con orientaciones sexuales, identidades de género y características sexuales no normativas. Tal es el caso de las niñas intersex sobre quienes recae la política de medicalización de sus cuerpos que norma procedimientos dañinos sin que puedan consentir dichas prácticas desarrollada en el primer capítulo.

En vista de ello, en esta sección se analizará la validez constitucional de las intervenciones de asignación sexual en niñas intersex no consentidas. Teniendo como punto de partida el derecho-principio a la dignidad debido a su centralidad en la fundamentación de los derechos fundamentales, que constituye un criterio que impone límites a las pretensiones legislativas, administrativas, judiciales, médicas y parentales (STC EXP. N.º 2273-2005-PHC/TC: FJ 9 y 10). Asimismo, dado su carácter medular, serán materia de escrutinio constitucional el derecho a la igualdad, derecho a la autonomía y el derecho a brindar consentimiento en relación del interés superior de las niñas; y, finalmente, el derecho a la integridad y la prohibición de tortura.

### **3.1. La vulneración del principio – derecho a la dignidad y la asignación sexual binaria: persona como fin y no como medio para el sostenimiento del status quo del sistema sexo - género binario**

#### **3.1.1. El principio – derecho a la dignidad**

Las prácticas de usar seres humanos como instrumentos, sea para asegurar el bienestar propio o para materializar alguna visión peculiar del bien absoluto (Nino, 1989), han generado las más grandes tragedias de la humanidad. Ejemplo de ello es el holocausto de la Segunda Guerra Mundial. Estas prácticas ponen en manifiesto, sin lugar a dudas, que las visiones totalitarias han servido como justificación para la degradación y eliminación de algunas personas debido a su diferencia.

La perplejidad en la que quedó sumida la comunidad internacional frente a la magnitud de los crímenes del Nacional Socialismo, asentó la necesidad de afirmar la intangibilidad de la humanidad en su conjunto. Como también, nos instó a pensar formas alternativas de organización del Estado que lo haga posible. Es así como, en el escenario de la segunda posguerra, “la dignidad de la persona y sus derechos humanos se convirtieron en el pilar vertebral de la nueva forma de organización democrática del Estado” (Landa 2002:12).

---

de 12 a 17. Casi el 40% del total de casos de violencia física corresponde a niñas y niños de 0 a 5 años. Disponible en: [https://www.unicef.org/peru/ninez-y-adolescencia-en-peru#\\_ftn2](https://www.unicef.org/peru/ninez-y-adolescencia-en-peru#_ftn2)

Este principio orientador, dinamizador de los derechos fundamentales<sup>71</sup> (Landa, 2002) y fundamento del Estado Constitucional (Häberle, 2003), se incorpora en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y en los textos constitucionales en adelante. Se erige como principio constitutivo del Estado Constitucional de Derecho, posicionando a la persona humana como fin supremo de la sociedad y del Estado. En consecuencia, la persona y su dignidad adquieren un carácter de norma política y jurídica suprema e inviolable, en cuanto a limitación y racionalización del poder (Landa 2002:13).

El principio derecho a la dignidad de la persona humana ha sido incorporado en los textos constitucionales como un concepto jurídico abierto (Landa 2002; Haberle 2003). Que permite un margen interpretativo amplio de acuerdo con cada caso y contexto. Si bien en la doctrina se considera que “es imposible determinar de modo satisfactorio qué es la dignidad de la persona humana, sí es posible fijar cuando se la está violando” (Von Munch 1982:19); ya que “si bien opera como una cláusula interpretativa, también es protegible por sí misma en tanto constituye un principio constitucional y derecho fundamental justiciable” (Landa 2002:15).

El Tribunal Constitucional sostuvo que el derecho a la dignidad de la persona humana “constituye un valor y un principio constitucional portador de valores constitucionales que prohíbe, consiguientemente, que aquélla sea un mero objeto del poder del Estado o se le dé un tratamiento instrumental” (EXP. N.º 02101-2011-PA/TC: FJ 4).

Entendemos entonces que en el Perú este principio derecho encuentra como fuente generadora de su definición la segunda formulación del imperativo categórico kantiano: “actúa de tal modo que nunca trates a la humanidad, sea en tu propia persona o en la persona de cualquier otro, como un mero medio sino siempre al mismo tiempo como un fin en sí misma” (Kant. 2002:429). A partir de esta aproximación, en su análisis exegético y para efectos de esta investigación, el principio derecho a la dignidad será interpretado a la luz de lo que Carlos Santiago Nino denominó como “principio de la inviolabilidad de la persona humana” que desarrolla la segunda formulación del imperativo kantiano. Ya que la idea central de este principio consiste en que ninguna persona debe ser privada de las condiciones necesarias para la realización de su autonomía, con el argumento de que dicha privación favorece a otros individuos (Gama 2011:234).

---

<sup>71</sup> Según la definición de Peter Haberle, “los derechos fundamentales (“Grund-Rechte”) constituyen hoy en día el concepto que engloba a los derechos humanos universales y los derechos ciudadanos nacionales. Ambas clases de derechos fundamentales son, aunque con diversa intensidad, parte integrante necesaria de la cultura de todo “Estado Constitucional” que merezca tal nombre” (Haberle 2001: 182)

### 3.1.2 Principio de inviolabilidad de la persona y las intervenciones de reasignación de sexo en infantes intersex sin su consentimiento

¿Qué implica ocupar el lugar del no ser dentro del campo del ser; es decir, qué significa vivir, respirar, intentar amar como un ser que no es ni totalmente negado ni totalmente reconocido como tal? (Butler 2013:4)

La titularidad del principio derecho a la dignidad, como principio de inviolabilidad de la persona humana, fija como único requisito la pertenencia a nuestra especie, condición necesaria y suficiente para gozar de los derechos, otras particularidades como raza, sexo, orientación sexual, identidad de género, actos cometidos o padecidos, etc., son irrelevantes (Nino 1989: 41). Este principio, según Nino, “proscribe imponer [a la persona] contra su voluntad, sacrificios y privaciones que no redunden en su propio beneficio. Vendando menoscabar las cualidades que distinguen a la naturaleza humana y que son, fundamentalmente, la capacidad de proponerse fines y la racionalidad” (1989: 239-240). Es decir, las personas son fines en sí mismas y no meros medios.

En consecuencia, una persona es tratada como medio cuando se menoscaba u obstaculiza el ejercicio de los fines que estas se proponen para sí (Nino 1989: 240). En dichas circunstancias, su condición de fin en sí misma se ve resquebrajada, y se torna en medio para la realización de los objetivos de terceros. Esto, en doctrina, ha sido denominado utilitarismo. El utilitarismo, sostiene Nino, “justifica el tratamiento de [las personas] como meros medios en beneficio de otros al permitir que ciertos individuos sean sacrificados si el beneficio que otros obtienen es tal que se produce un incremento neto de la utilidad social” (1989:241). En términos generales, el utilitarismo “tiende a ver a la sociedad como un cuerpo, en donde resulta sacrificar a unas partes en virtud de las restantes” (Gargarella 1999:26).

Bajo este parámetro, analizaremos si las intervenciones quirúrgicas y hormonales practicadas en infantes intersex sin su consentimiento vulneran el principio de inviolabilidad de persona humana. Para ello, iniciaremos este análisis refiriendo que las intervenciones quirúrgicas y hormonales de reasignación de sexo son mecanismos que, más allá de responder a una necesidad para garantizar la salud, encuentran su razón de ser en la impronta de adecuar los cuerpos intersex las normas culturales del género debido a que estos las violan (Karkazis 2008:5). Es decir, operativizan un mandato social que, por muchos años, se ha mantenido como incuestionable: la binariedad del sexo.

A continuación examinaremos si las prácticas sexonormalizadoras no consentidas violan el principio de la inviolabilidad de la persona. La violación de este principio se compone de dos

premisas: que se haya sometido a la persona a sacrificios y privaciones sin su consentimiento y que los sacrificios no redunden en beneficio para sí.

**a) que se haya sometido a la persona a sacrificios y privaciones sin su consentimiento**

Como primer punto es necesario considerar que, en el cuerpo normativo vigente en el Perú, la posibilidad de que les niñas intersex sean consultadas sobre estas intervenciones está excluida<sup>72</sup>. En general, el consentimiento para tratamientos médicos o quirúrgicos en niñas es una prerrogativa del padre, madre, tutor(a) o representante legal, según sea el caso..

Aunque la tendencia jurídica, cada vez más vigorosa, que emerge desde el derecho internacional de los derechos humanos tiende a considerar a las personas menores de edad como sujetas de derechos y no objetos de protección, el marco jurídico interno aún no se adecua a dicho estándar. Debido a que el derecho parental a tomar decisiones sobre la crianza de los hijos se ha mantenido sacrosanto a lo largo de los años y se encuentra arraigado en las normas nacionales (Puluka 2015: 2129). Si bien la legitimidad del consentimiento sustituto será analizada más adelante; a efectos de este análisis, es claro que el consentimiento de las niñas no es requisito de procedencia de este tipo de prácticas y, por tanto, estas devienen en sacrificios no consentidos.

**b) que los sacrificios no redunden en beneficio para sí**

Como segundo punto a considerar es que, si no hay consentimiento, estas intervenciones debieran ser, cuando menos, beneficiosas. Sobre el análisis del beneficio, en las últimas décadas, han surgido diversas investigaciones, apoyadas por denuncias de personas intersex afectadas, que han evidenciado que las intervenciones médicas de abordaje a la intersexualidad no son en modo alguno beneficiosas. Entre las conclusiones se advierte que las cirugías genitales infantiles son eminentemente estéticas con un fin social: remodelar un cuerpo sexualmente diferente para ajustarlo a los estándares de un sistema que únicamente reconoce dos corporalidades. Además, la evidencia apunta a que estas prácticas son esencialmente experimentales (Tamar Mattis 2013:68).

---

<sup>72</sup> El artículo 4 de la Ley General de Salud, Ley 26842, sobre los parámetros de validez del consentimiento en infantes sostiene que ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, sin su consentimiento previo o el de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere o estuviere impedida de hacerlo. Se exceptúa de este requisito las intervenciones de emergencia. La negativa a recibir tratamiento médico o quirúrgico exime de responsabilidad al médico tratante y al establecimiento de salud, en su caso. En caso de que los representantes legales de los absolutamente incapaces o de los relativamente incapaces, a que se refieren los numerales 1 al 3 del Artículo 44 del Código Civil, negaren su consentimiento para el tratamiento médico o quirúrgico de las personas a su cargo, el médico tratante o el establecimiento de salud, en su caso, debe comunicarlo a la autoridad judicial competente para dejar expeditas las acciones a que hubiere lugar en salvaguarda de la vida y la salud de los mismos. El reglamento establece los casos y los requisitos de formalidad que deben observarse para que el consentimiento se considere válidamente emitido. Disponible en: <http://spij.minjus.gob.pe/libre/main.asp> [revisado por última vez el 11 de agosto de 2019].

Desde su puesta en marcha no se ha podido demostrar de forma sólida que la cirugía temprana para remodelar los genitales de los niños intersex produzca una mejor infancia o una “más típica” (Dolguin 2017:71). Al contrario, Fausto-Sterling afirma que los niños intersex se adaptan a la presencia de genitales diversos, desarrollando una vida sexualmente satisfactoria (2000:121), quizá, el único problema es tener que enfrentarse a una sociedad y Estado binarizados y excluyentes.

Los efectos de estas intervenciones implican, en la mayoría de los casos, la mutilación de los genitales y la limitación del futuro sexual y reproductivo por la extracción de las gónadas. Al respecto, Kessler y Dreger indican que:

“se mutila un pene demasiado pequeño para ser aceptable, transformando al niño en niña; se corta un clítoris demasiado largo para ser aceptable, transformándolo en insensible; se abren y ensanchan vaginas o se construyen con otros tejidos a fin de permitir la penetración, se extirpan gónadas que no pueden convivir con la anatomía externa, todo por la futura ‘felicidad’ de un bebé que así podrá mostrar su sexo sin avergonzarse” (Maffia y Cabral 2013: 88).

Es común identificar fibrosis en las vaginoplastias realizadas en la infancia con una incidencia elevada de 80% a 90%(Fausto- Sterling, 2006). Se puede causar insensibilidad, dolor residual en el clítoris o muñón, fibrosis y estenosis vaginal (obstrucción o estrechamiento de un conducto o canal). En estos procedimientos también se indica la dilatación vaginal regular con un objeto sólido que ha sido descrito como una experiencia extremadamente dolorosa, altamente traumática, y comparable al abuso sexual (Alexander,1997). Sobre el impacto en la salud mental, se reporta incidencia alta en ideación suicida, recuerdos dolorosos de infancia y, en muchos casos, el suicidio (Fausto-Sterling 2006:111). Sobre el particular, Fausto-Sterling advierte que la obstinación médica de crear genitales “apropiados” que pretende evitar sufrimiento psicológico, en realidad, contribuye a él (2006: 112).

La Sociedad Intersexual de América del Norte - ISNA, en el mismo sentido, indica que “estas intervenciones violan el Código de Nuremberg, pues equivalen a verdaderas formas de experimentación sobre seres humanos, sin el consentimiento del afectado” (Corte Constitucional de Colombia SU-337/99: FJ 19). Se concluye entonces que, al no encontrarse beneficio alguno en la práctica este tipo de procedimientos, los niños intersex son despojados de su condición de persona y pasan a ser objetos para la realización y la perennización del binarismo de género. En estos casos, la búsqueda de perfección del ser humano (en la concepción del binarismo de género) que postula el Estado en relación con el sexo de las personas, justifica el sometimiento a padecimientos irreversibles, dolorosos, innecesarios y no consentidos a los niños intersex. Se vulnera así el principio-derecho a la dignidad y el principio a la inviolabilidad de la persona humana.

Desde esta aproximación, las intervenciones quirúrgicas y hormonales en infantes intersex sin su consentimiento constituyen una estimación utilitarista, en la medida que les niñas intersex reciben un tratamiento de meros medios para el beneficio y estatus quo del binarismo de género. El “interés general” del binarismo institucional, de las mayorías, de los médicos y padres y madres, prevalece sobre los derechos individuales de los infantes intersex. Finalmente, podría señalarse, en la línea de Fischer Pfaeffle en Maffia, que lo que la biomedicina y la jurisprudencia [y el ordenamiento jurídico] hacen con las personas intersex, no es otra cosa que una más de las domesticaciones que se ha cometido con la diferencia, tan inhumana como la que en ciertas culturas se comete con las niñas, amputándoles sus órganos genitales cuando llegan a la pubertad o a la adolescencia (2003: 27).

## **3.2. Vulneración del derecho a la igualdad y las intervenciones quirúrgicas a infantes intersex no consentidas**

### **3.2.1. El derecho a la igualdad**

Un abordaje ineludible, en el análisis de constitucionalidad de las intervenciones quirúrgicas no consentidas practicadas en infantes intersex, es el examen de igualdad de estas prácticas. Para ello, es clave determinar el concepto de derecho a la igualdad que se empleará para esta tarea, puesto que, como menciona Laporta, la idea regulativa de este derecho no suele ser clara en su formulación, precisión de su sentido y de sus límites prácticos (1985: 3). Como primer aspecto a delimitar, se abordará el derecho a la igualdad desde un análisis jurídico que, en los términos de Carbonell, será aquella igualdad recogida en los textos constitucionales (2011: 64).

Como recuento, es importante señalar que el pensamiento ilustrado introdujo como presupuesto del Estado liberal el derecho a la igualdad. Esta igualdad jurídica como propósito partió de la idea de considerar que “el pacto fundamental sustituye por el contrario una igualdad moral y legítima, a la desigualdad física que la naturaleza había establecido entre los hombres, las cuales, pudiendo ser desiguales en fuerza o en talento vienen a ser todas iguales por convención y derecho” (Rousseau 1999: 22). En las constituciones del Estado liberal se incorporó el derecho a la igualdad como un principio fundamental a través de cláusulas normativas que declaraban la igualdad ante la ley desde una perspectiva formal, siendo su principal objetivo “terminar con el sistema de inmunidades y privilegios propios del mundo feudal” (Salomé 2015: 23). Sin embargo, este propósito tuvo relativo éxito debido a que el “concepto de ciudadanía solo fue atribuida a determinados sujetos y encubrió la exclusión de otros” (Esquembre en Alvites 2011:126), dejando por fuera de la aplicación de la ley y su contenido, a mujeres, personas afrodescendientes, indígenas y otros grupos en situación de desventaja social.

Esta noción de igualdad, que prevaleció durante el siglo XVIII (Uprimny & Sánchez 2019:713), se presenta como un "principio ético básico, no una aserción de hecho, no se ocupa de lo que sucede en la realidad, sino de lo que debe suceder" (Laporta 1985:1). Esto significa que, "aunque los seres humanos se diferencien entre sí, en virtud de ese rasgo, las consecuencias normativas previstas deben ser las mismas para todos ellos" (Laporta 1985:7). Para su tiempo esta visión de igualdad, propia del liberalismo clásico, fue revolucionaria pero insuficiente, en vista de que "solo juzga a los individuos por sus méritos e idoneidades personales, sin indagar en las condiciones sociales que determinaron la forma en la cual ese mérito o idoneidad se construyó" (Saldivia 2013:3).

Tal es el caso de la noción de igualdad androcéntrica, que solo garantiza "el reconocimiento de la igualdad jurídica de todos los ciudadanos hombres" (Alvites 2011:126). Y excluye de este reconocimiento a las mujeres. La protección de este derecho se veía limitado a quien poseía el atributo "sexo masculino". La ausencia de estos rasgos en el sujeto, determinaba, y en cierto modo justificaba, el trato diferente en el reconocimiento de derechos.

La reivindicación de los derechos civiles de los sujetos y sujetas excluidas de esta consideración permearon los parámetros interpretativos del principio derecho a la igualdad. Estas disputas alrededor del reconocimiento de sujetos y sujetas de derecho más allá del androcentrismo blanco (Saldivia 2013:2), han permitido ampliar el contenido del principio derecho a la igualdad. Y han coadyuvado a entenderlo como un principio necesariamente abierto y sujeto a entendimientos propios de cada momento histórico.

### **3.2.2 El derecho a la igualdad: de la no discriminación al no sometimiento**

Posteriormente, el derecho a la igualdad ha sido entendido, en general, como la igual protección de la ley sin discriminación, vinculada con la extensión de protección de derechos a grupos que inicialmente se encontraban excluidos de su amparo (Uprimny & Sánchez 2014:586). Esta noción de igualdad como no discriminación se basa simplemente en "la cancelación de diferencias como razones relevantes para la diferenciación normativa" (Laporta 1985:8). En consecuencia, desde ese acercamiento, el aspecto central para determinar si se infringe o no el principio-derecho a la igualdad es la valoración de rasgos que diferencian a los seres humanos y humanas en función de su relevancia o irrelevancia que justifican un trato diferenciado (Laporta,1985).

Esta concepción del derecho a la igualdad ante la ley en tanto no discriminación ha sido recogida en la mayoría de textos constitucionales. Para el caso peruano, en la Constitución Política de 1993 (el artículo 2.2), y a nivel de la región, en la Convención Americana de Derechos Humanos

(artículo 1.1 y 24<sup>73</sup>). La jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú recoge también este entendimiento y lo cataloga como el componente axiológico del ordenamiento constitucional, en la medida que:

“... la igualdad consagrada constitucionalmente, detenta la doble condición de principio y derecho fundamental. En cuanto principio, constituye el enunciado de un contenido material *objetivo* que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. En cuanto derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata del reconocimiento de un *derecho a no ser discriminado* por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras (“motivo” “de cualquier otra índole”) que, jurídicamente, resulten relevantes”. (Exp. N.º 045-2004-PI/TC: FJ 20)

Bajo ese argumento, se deduce que el derecho a la igualdad y el derecho a no ser discriminado constituyen, respectivamente, la dimensión positiva y la dimensión negativa de un mismo principio (Uprimny & Sánchez 2019:714).

La discriminación se configura entonces cuando existe una distinción arbitraria. Esto implica que no todo trato distinto constituye discriminación. Para determinar si un trato diferenciado es arbitrario, y por tanto lesiona el derecho a la igualdad en tanto discriminación, se debe evaluar la objetividad y razonabilidad de la relación existente entre medios y fines. En este nexo, su finalidad busca “identificar qué líneas o distinciones son permisibles, [siendo] las únicas distinciones prohibidas, de acuerdo a este principio, las arbitrarias” (Saba 2016: 103). Este criterio también es compartido por el Tribunal Constitucional del Perú:

“La intervención en la igualdad consiste en la introducción de un trato diferenciado a los destinatarios de la norma que, en cuanto medio, está orientada a la consecución de un fin y que, prima facie, aparece como contraria a la prohibición de discriminación” (STC 0045-2004-AI/TC fundamento 37).

En consecuencia, el derecho a la igualdad ante la ley se traduce -en nuestro marco constitucional, y en la mayoría de textos constitucionales de la región -en el derecho a no ser discriminado(a). Esta visión de la igualdad, dice Saba, obedece a una mirada individualista del derecho a la igualdad “porque analiza la situación del individuo independientemente de la situación del grupo que este integra” (Saba 2016:50). De esta manera, el principio de no discriminación (o de razonabilidad, o de relación medio-fin), lejos de ser incorrecto, es relevante solo si se presumen

---

<sup>73</sup> Uprimny y Sánchez sostienen que el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) contiene dos nociones de igualdad. Siendo la primera parte del artículo la igualdad ante la ley, mientras que la segunda refiere a la igual protección de la ley sin discriminación (2014:585). Sin embargo, es importante considerar que existe una pequeña diferencia entre ambas relacionada al alcance de protección de cada artículo y no así respecto a su contenido. La prohibición de discriminación del artículo 1.1 se restringe a los derechos incluidos en la CADH, mientras que el artículo 24 amplía su prohibición a todas las disposiciones de derecho interno. De los Estados al condenar todo trato discriminatorio de origen legal (Uprimny & Sánchez 2019:711).

que se dan ciertas condiciones de igualdad de oportunidades y no sometimiento de algunos grupos” (2008: 704-705).

Este abordaje del derecho a la igualdad en tanto derecho a no ser discriminado es insuficiente. Pues dicho parámetro no logra comprender el contexto social específico de desigualdad más allá de la posición individual de la persona. De acuerdo con Saba, “esta perspectiva acerca de la igualdad parece desatender aquellas situaciones en que la desigualdad de trato no se funda sobre la arbitrariedad o el prejuicio, sino que es consecuencia de situaciones de inequidad estructural a las que están sometidos algunos grupos de la sociedad” (2016: 79). Tal es el caso, por ejemplo, de las uniones afectivas homosexuales, las cuales se ven excluidas de la protección jurídica de las instituciones del matrimonio y convivencia.

En esa medida, Saba, considerando propuestas de autores y autoras como Fiss<sup>74</sup>, Siegel, Post y Mackinnon<sup>75</sup>, propone una visión diferente del derecho a la igualdad que analiza la desigualdad estructural a la cual denomina principio de no sometimiento. Este entendimiento “no se vincula con la irrazonabilidad disfuncional o la no instrumentalidad del criterio escogido para realizar dicha distinción, sino que entiende que el objetivo que la igualdad ante la ley persigue es evitar la constitución de grupos sometidos, excluidos o sojuzgados en una sociedad” (2016:58).

Ello permite no perder de vista que entre situaciones de trato desigual aparentemente análogas nos podemos enfrentar a impactos diferenciados en el derecho a la igualdad. Las cuales no pueden- y no deben- analizarse y juzgarse bajo los mismos parámetros. Tal es el caso, por ejemplo, de la restricción arbitraria en el ingreso de determinadas personas a establecimientos de públicos. No es lo mismo que se prohíba el ingreso de una persona afrodescendiente, a la limitación de acceso de una persona a la que se le atribuye riñas personales. Si bien ambos tratos son arbitrarios, no son equivalentes. La motivación en el primer caso está vinculada con la característica inherente de la persona su afrodescendencia, atributo históricamente desdeñado y excluido. En el segundo caso, la distinción obedece a una “desavenencia personal”, atributo que no emana de un menoscabo estructural y tampoco acentúa la situación de discriminación de un grupo que se encuentre en desventaja.

---

<sup>74</sup> Quien acuña el término de desigualdad estructural, y de quien Saba nutre su propuesta, sosteniendo que “el principio de no discriminación supone una concepción muy limitada de igualdad [y por ese motivo propone] delinear otro principio intermedio – el principio del grupo desventajado- que tenga un buen argumento, si no uno mejor, para representar el ideal de la igualdad, un principio que dé mejor cuenta de la realidad social, y que haga foco más claramente sobre las cuestiones que deben decidirse en los casos de igual protección de la ley” (Fiss en Saba 2016:58).

<sup>75</sup> La autora en su texto sobre acoso sexual de las mujeres trabajadoras analiza la situación de desigualdad estructural, propuesta por Fiss, a la luz de la situación particular de las mujeres. Así esta autora sostiene que “la posición social de las mujeres tiene un lugar particular en el análisis de la desigualdad, mientras que no lo tiene el análisis de la diferencia arbitraria” (Mackinnon en Saba 2016:62).

Por ende, el análisis del derecho a la igualdad es contextual y debe realizarse de acuerdo con las características de cada caso. Si en una circunstancia se involucra un trato diferenciado sin justificación razonable y objetiva y esta no involucra a personas que hacen parte de un grupo en situación de desventaja estructural, corresponde emplear el parámetro del principio de no discriminación. Contrario sensu, si más bien el trato enamana de una situación de desigualdad estructural, el derecho a la igualdad debe ser analizado a la luz del principio de no sometimiento, propuesto por Saba, en la medida que este “entiende a la igualdad como contraria a la creación o perpetuación de grupos en situación de subordinación” (2016: 79).

Dado que la interpretación del derecho a la igualdad como principio de no sometimiento pone énfasis en los grupos estructuralmente excluidos, cobra especial relevancia para analizar la vulneración del principio derecho a la igualdad ante les niñes intersex respecto de las intervenciones sexonormalizadoras no consentidas.

### **Las limitaciones de las “categorías sospechosas”**

Podría pensarse que la incorporación de categorías sospechosas – como raza, sexo, edad, nacionalidad, entre otros - en los textos constitucionales y en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales<sup>76</sup>, es entender la igualdad como no sometimiento. Sin embargo, esto es errado. La noción de las categorías sospechosas como categorías prima facie irrazonables es un razonamiento tributario del principio de igualdad como no discriminación y tiene dos efectos, según refiere Saba.

El primer efecto es que la categoría sospechosa es entendida como una categoría de alcance simétrico, “no reconoce la situación de hecho de que uno de ellos es una clase sometida y

---

<sup>76</sup> El Tribunal Constitucional peruano en la sentencia recaída en el expediente 2317-2010-AA/TC, aunque hace alusión a las categorías sospechosas como criterios que por razones históricas merecen una presunción de potencialmente discriminatorios sostuvo que “se entiende por “categorías sospechosas” o “especialmente odiosas” a aquellos criterios de clasificación que aluden a determinados grupos sociales que han sido históricamente discriminados y que, por ende, merecen recibir una tutela especial o diferenciada de parte del ordenamiento jurídico. En este caso, dicha protección calificada consiste en establecer que toda distinción que se funde en alguno de estos criterios expresamente vedados, estará afectada a una presunción de inconstitucionalidad, la cual sólo podrá ser desvirtuada a través de una justificación estricta, objetiva y razonable.

33. En ese sentido, pues, cuando la Constitución señala en su artículo 2.º, numeral 2) que “[t]oda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley”, y agrega a continuación que “[n]adie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”, debe entenderse que a través de esta enumeración la Constitución no ha hecho sino explicitar aquellos criterios que, por razones de tipo histórico o social, merecen ser tenidos como “potencialmente discriminatorios” cuando son afectados por la acción u omisión del Estado o de los particulares.

34. Siendo ello así, este Tribunal ha de concluir que cuando una determinada forma de discriminación, sea ésta directa o indirecta, afecta el derecho a no ser discriminado por alguno de los motivos expresamente prohibidos por la Constitución, el juez constitucional habrá de sujetarse a las siguientes reglas: i) en primer lugar, será deber del demandado, y no del demandante, probar que dicha discriminación no se ha producido; ii) en segundo lugar, dicha demostración habrá de ser enjuiciada a través de un control estricto, con lo cual no basta con que el agresor demuestre la legitimidad del fin y la racionalidad de la medida, sino que debe justificar la imperiosa necesidad de la misma; y finalmente iii) en caso de duda, el juez habrá de inclinarse por la inconstitucionalidad de la medida adoptada.

sojuzgada, mientras la otra es una clase dominante o beneficiaria de la situación de exclusión estructural que impera sobre la primera” (2016: 93). Así, por ejemplo “el sexo como categoría sospechosa implica considerar arbitrario cualquier trato diferente que se funde sobre él” (2016: 92). Bajo ese criterio cualquier distinción realizada contra un hombre cisgénero podría ser considerada vulneración al derecho a la igualdad en razón del sexo. Ello, a pesar de que el ser varón en nuestra sociedad nunca ha significado una posición de desventaja, sino una de privilegio. Lo mismo se aplica cuando entendemos la categoría raza (blanco-afrodescendiente/indígena), edad (adulthood - niñez/vejez), orientación sexual (heterosexual – homosexual/bisexual, entre otros).

El segundo efecto del uso de las categorías sospechosas entendidas de esa forma es que “obran como obstáculo contra la implementación de políticas afirmativas que traten de modo preferencial a grupos estructuralmente desiguales y cuyo diseño busque dismantelar las condiciones que hicieron y hacen de esos grupos castas inadmisibles en un régimen de igualdad de trato” (Saba 2016:90).

En esa línea, para analizar las situaciones de desigualdad estructural, “el principio de no discriminación es inadecuado para concretar el ideal de igualdad como no sometimiento, y esa falta de adecuación se traslada a las categorías sospechosas fundadas sobre él” (Saba 2016: 111). Por esta razón, situaciones que podría juzgarse a priori como idénticas desde un enfoque individual de la arbitrariedad en el trato diferenciado, podrían tener implicancias abismalmente distintas en la afectación de la vulneración del derecho a la igualdad.

Por ejemplo, el acoso sexual experimentado por un hombre cisgénero a manos de una mujer y el acoso hacia una mujer en la autoría de un hombre cisgénero. Si bien ambas conductas constituyen acoso sexual en tanto vulneración al derecho a la libertad sexual, son merecedoras de reproche y hacen parte de la categoría sospechosa “sexo”, ¿ambas situaciones tienen el mismo peso en la afectación al derecho a la igualdad? Sin duda que no. Puesto que en el primer caso el afectado hace parte del grupo privilegiado del atributo “sexo” y la conducta ofensiva está anclada al proceder subjetivo de la autora no siendo “el universo hombre” sujeto a este tipo de prácticas de forma sistemática. Por ende, a través de esta acción no se acentúa o genera una desventaja estructural. Por el contrario, en el segundo caso, el acoso sexual se dirige hacia uno de los grupos desventajados del atributo sexo, “el universo mujeres”, y la conducta es un mecanismo de sometimiento que perpetúa dicha exclusión.

Por ello, dice Saba, “si la categoría sospechosa fuera tributaria del principio de no sometimiento, se disiparía el conflicto entre razonabilidad y trato preferencial” (2016: 143). Pues las categorías sospechosas, tal y como se las viene concibiendo, desprendidas del principio de no arbitrariedad

“tiene(n) una aspiración de universalidad que afecta de manera simétrica a todas las personas ubicadas dentro de la clasificación, pero niega la existencia de clases sojuzgadas” (2016: 144). En tal sentido, Saba propone leer las categorías sospechosas desde otra aproximación: una que reconozca “cuáles son los grupos sometidos, sojuzgados, sistemáticamente, excluidos o víctimas de tratos desiguales estructurales para luego establecer que serán sospechosos todos aquellos criterios, categorías, requisitos, condiciones o tratos que contribuyan a perpetuar la situación de desigualdad estructural de esos grupos” (2016: 144), es decir, el principio de no sometimiento<sup>77</sup>.

Ello implica “determinar cuáles son los grupos sojuzgados, sometidos, sistemáticamente excluidos o víctimas de tratos desiguales estructurales, para luego establecer que serán sospechosos todos aquellos criterios que contribuyan a perpetuar la situación de desigualdad estructural de esos grupos” (Saba 2010:738). En esa medida, la categoría sospechosa como manifestación del principio de no sometimiento no puede ser señalada a priori y en abstracto, pues ella será sospechosa sólo si fuera funcional en un caso concreto a la perpetuación del sometimiento de un grupo (Saba 2010:739).

Para lograr la identificación de los grupos sojuzgados bajo el parámetro del principio de no sometimiento, se proponen cuatro criterios: 1) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de los cuales estas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad, 2) han estado históricamente subordinadas, 3) no constituyen per se criterios sobre cuya base sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales, y 4) son grupos con escaso poder político dentro de la sociedad para hacer valer sus demandas (Saldivia 2011; Uprimny & Sánchez 2014).

Por todo lo expuesto, es a partir de la aproximación del principio de no sometimiento que analizaremos la violación al derecho a la igualdad de las intervenciones no consentidas de sexonormalización en infantes intersex. Para ello, será necesario determinar si el ser niño intersex supone una situación de exclusión estructural.

### **3.2.3. Las intervenciones quirúrgicas de reasignación de sexo no consentidas como trato diferenciado y vulneración del principio de no sometimiento**

Como paso previo a la evaluación de la vulneración a la igualdad a la luz del principio no sometimiento, hay que mencionar, que, habiendo realizado el análisis de la vulneración de la dignidad, podemos concluir que estas intervenciones son inconstitucionales. Sin embargo, a fin

---

<sup>77</sup> El entendimiento de las cláusulas sospechosas a la luz del principio de no sometimiento fue introducida por la Corte Suprema de Estados Unidos, en el caso “Hernández v. Texas”, en el que la Corte declaró inconstitucional la selección discriminatoria de jurados en perjuicio de mexicanos-americanos (Saba 2010: 726).

de seguir profundizando en el análisis, resulta pertinente someter a la evaluación de la igualdad inicialmente como tratamiento arbitrario.

Como primer paso, en aplicación del test de igualdad como metodología para determinar el carácter arbitrario de un trato diferenciado, analizaremos estas prácticas desde una evaluación de fines y medios para lo cual debemos abordar las siguientes preguntas guía: a) ¿los procedimientos sexonormalizadores en infantes intersex constituyen un trato diferenciado?, b) ¿cuáles son los rasgos o características distintivos entre infantes intersex y no intersex que determinan el trato diferenciado?, c) ¿cuáles es la intensidad de la intervención en el derecho a la igualdad?, y,d) ¿cuál es la finalidad de someter a los niños intervenciones sexonormalizadoras no consentidas? A continuación, damos respuesta a estas interrogantes.

**a) ¿Los procedimientos de reasignación sexual sexonormalizadoras en infantes intersex constituyen un trato diferenciado?**

Desde una mirada preliminar es posible afirmar que el abordaje médico actual de la intersexualidad en bebés constituye un trato diferenciado. Como sostiene Cabral (2013), si se advierte alguna característica genital que no se ajuste al estándar de lo femenino o masculino, los niños son sometidos a una serie de análisis diagnósticos para identificar la “anomalía fisiológica” y posteriormente ser sometidos a procedimientos denominados “*intervenciones reconstructivas, en el sentido del sexo asignado*” (Piró Biosca, 2002). Estas intervenciones implican la extracción de gónadas (tales como la orquiectomía, gonadectomía, criptorquidia, orquiopexia, entre otros), así como también cirugías estéticas genitales como genitoplastia, vaginoplastia, clitoroplastia y faloplastia.

Contrario sensu, si en el cuerpo no se advierte características sexuales atípicas que impida definir con claridad si el niño pertenece al “género masculino o femenino”, este cuerpo no será sometido a intervención diagnóstica y quirúrgica alguna dirigida a corregir sus genitales. En esa medida, existe trato diferenciado ya que solo los infantes intersex son sometidos a i) una serie de análisis diagnósticos para identificar la “anomalía fisiológica” y ii) a procedimientos médicos y quirúrgicos invasivos e irreversibles.

**b) ¿Cuáles son los rasgos o características distintivos entre infantes intersex y no intersex que determinan el trato diferenciado?**

Una de las tareas principales de la labor médica cuando recibe a un bebé que acaba de nacer, es la identificación de sus genitales para la asignación del “sexo”. Esta asignación del sexo binaria, se lleva a cabo después de una ardua auscultación del cuerpo y organismo del bebé. Si en ese proceso se advierte alguna o algunas variaciones en las características sexuales, llamadas en la

práctica médica como “*defectos de nacimiento*”<sup>78</sup>, se decide la intervención quirúrgica y hormonal.

Estos son los casos de la Hiperplasia Adrenocortical Congénita, que supone la “masculinización genital en bebés XX”, el Síndrome de Insensibilidad a los Andrógenos “bebés XY con genitales muy feminizados”, la Disgénisis Gonadal “de ocurrencia frecuente en bebés XY cuyas gónadas no se desarrollan adecuadamente”, las Hipospadias cuando la “uretra no se abre al exterior por la punta del pene”, el Síndrome de Turner que ocurre cuando se trata de “mujeres en cuyo genotipo falta el segundo cromosoma que se expresa en la disgénisis gonadal”, el Síndrome de Klinefelter que refiere a “varones con un cromosoma x de más -XXY-”, etc.(Fausto – Sterling 2006; Hernandez Guanche 2006)

Dentro los estándares de la categoría binaria del sexo, “el clítoris para ser normal debe medir entre 0 a 0.9 cms y el pene entre 2.5 y 4.5. Si un clítoris es mayor de 0.9, es anormal; y si un pene es menor de 2.5 es también “anormal” (Fischer 2003:24). Es decir, si el cuerpo de un bebé se excede o no alcanza los márgenes de la normalidad establecidos, estos serán sometidos a intervenciones médicas, hormonales y psicológicas a fin de sexonormalizar su cuerpo según el “mejor pronóstico” determinado por los médicos.

En estos parámetros, la intersexualidad es vista como una enfermedad (modelo patologizador), que debe remediarse circunscribiéndola en alguna de las dos categorías de sexo-género “normales” y “naturales” aceptadas y autorizadas por los parámetros sociales vigentes sobre la normalidad del sexo y del género” (Saldivia 2017:41).

### **c) ¿Cuál es la intensidad de la intervención en el derecho a la igualdad?**

La intensidad de intervención en el derecho a la igualdad puede presentar diferentes grados: leve, medio o grave. Es leve cuando el trato diferenciado se sustenta en motivos distintos de los proscritos en la Constitución y tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho legal. Su impacto será medio cuando la discriminación se sustente en un motivo constitucionalmente proscrito y genere impedimento del ejercicio de un derecho legal o un interés legítimo. Y, finalmente, su intensidad será grave cuando la distinción del trato se vincula con un criterio proscrito por la Constitución y además tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio de un derecho fundamental (TC Exp. N° 045-2004, fj 35).

---

<sup>78</sup> Término citado por Fausto Sterling para referirse a las características distintas que se identifican en los cuerpos intersex. Este término no refleja su posición, más si recoge la forma en la que estas características son valoradas desde un enfoque del sexo y género binario.

Como se mencionó, el trato diferenciado que reciben los niños intersex encuentra amparo en la atipicidad de sus características sexuales. Por lo que se encuentra vinculado con la categoría sospechosa “sexo” (desde una interpretación extensa y no binaria), cumpliendo el primer requisito de la verificación de esta evaluación. En cuanto al segundo requisito, en vista que las intervenciones médicas no consentidas generan afectación a la integridad corporal, seguridad física y mental, privacidad, capacidad legal, entre otros (Carpenter, 2020), impiden el goce y ejercicio de distintos derechos fundamentales tales como el derecho a la integridad (artículo 2.1 Constitución Política del Perú). En conclusión, por sus características, la intensidad en la intervención del derecho a la igualdad es grave.

**d) ¿Cuál es el fin o fines que persiguen de las intervenciones sexonormalizadoras no consentidas?**

En el análisis jurisprudencial realizado en el capítulo anterior identificamos que las discusiones jurídicas han ido en la línea de construir parámetros de “razonabilidad” en los requisitos para la realización de los procedimientos con énfasis en el consentimiento parental. Se ha omitido cuestionar la constitucionalidad de estos procedimientos per se.

Por ello, es posible afirmar que a nivel de las reflexiones jurídicas de los tribunales sobre la materia, se ha construido la noción que los procedimientos sexonormalizadores son constitucionalmente válidos en la infancia. En este entendimiento, se encuentra plenamente justificado el trato diferenciado a infantes intersex, expresado en el sometimiento a tratamientos quirúrgicos y hormonales estéticos no consentidos, en las siguientes razones:

La primera considera que es necesario eliminar la incertidumbre de género que representan los cuerpos intersex a fin de categorizarlos en los parámetros establecidos y normados bajo el manto del binarismo de género.

La segunda razón, entiende que la asignación de sexo a la que todo bebe está sometido es un requisito registral fundamental para la inscripción del nacimiento. El no realizar o postergar la asignación de sexo es un obstáculo para el registro legal y por ende en la garantía del derecho a la identidad. Además, se la percibe como un riesgo mayor para los niños por el impacto que la indeterminación sexual podría generar en su salud mental.

Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-1025 de 2002 (analizada en el capítulo II) sostuvo lo siguiente:

“negarle a un menor la identificación de su género o aplazar de manera indeterminada la asignación de su sexo hasta la pubertad, contraviene los atributos estimativo y temporal del ser, reflejo de su propia autonomía y libertad, y que le garantizan a éste un espacio dentro de la comunidad para la proyección de su personalidad y la constitución de su propio plan de vida”

En vista de ese argumento, es posible concluir que la Corte encuentra que el trato diferenciado ofrecido a les niñes intersex se encuentra plenamente justificado ya que dichos procedimientos evitan la incertidumbre jurídica que representa la intersexualidad en les niñes.

Sin embargo, ¿en qué medida se garantiza plenamente el derecho a la identidad y la salud mental de les niñes sometidos a este tipo de intervenciones? Para dar respuesta a esta pregunta, debemos encontrar una relación razonable de proporcionalidad entre el objetivo del trato diferenciado y el fin<sup>79</sup> que este persigue.

Para tal propósito, debe considerarse que el **objetivo** es el estado de cosas o la situación jurídica que el legislador pretende conformar a través del tratamiento diferenciado. Mientras que **la finalidad** es el derecho, principio o bien jurídico cuya realización u optimización se logra con la conformación del objetivo. Sobre la base de ello, la finalidad justifica normativamente la legitimidad del objetivo del tratamiento diferenciado (STC 0045-2004-AI/TC fundamento 37). Esto implica, en otros términos, determinar cuál es el fin perseguido por la medida y si este es legítimo o no (Uprimny & Sánchez 2014:593).

La interrogante que surge entonces es ¿qué derecho o fin se satisface con los procedimientos sexonormalizadores no consentidos en niñes intersex? A simple examen, podría suponerse que su finalidad es optimizar el derecho a la identidad personal en su dimensión estática o intangible, que entraña el derecho a la identificación, el cual se encuentra definido por una serie de signos externos distintivos como el nombre, datos del nacimiento, filiación y la imagen que hacen parte de la proyección pública de la personalidad (Fernandez,1992). Sin embargo, ¿es el “sexo” un componente de la dimensión estática del derecho a la identidad personal?

Sobre este punto, retomamos las consideraciones del Tribunal Constitucional (en adelante el Tribunal) en el caso Karen Mañuca<sup>80</sup>, EXP. N.º 2273-2005-PHC/TC. En esta sentencia se determinó que “la inscripción del nacimiento de una persona en el registro de estado civil prueba el hecho del nacimiento y el nombre de la persona”. También sostiene que el sexo legal, (en clave binaria: femenino y masculino), es un elemento de la partida de nacimiento y su inclusión en este

---

<sup>79</sup> Laporta refiere que, para el análisis del principio de satisfacción de necesidades, lo que le confiere valor de justificación no es la existencia de una necesidad, **sino el “fin” o “meta”** que se alcanza al satisfacerla (1985:12). Fines que deben encontrar correlación en la satisfacción de un derecho (Carbonell 2011:66) [resaltado mio]

<sup>80</sup> En este caso la demandante, Karen Mañuca, una mujer trans, solicitaba que Reniec le emitiera un nuevo ejemplar de su documento nacional de identidad (DNI) el mismo que ya reconocía sus prenombrados Karen en vez de Manuel Jesús, los cuales con anterioridad fueron rectificadas en su partida de nacimiento. Reniec se negaba a emitirle un nuevo DNI con sus prenombrados femeninos.

documento de identidad instauro probanza legal. Indica además que el sexo legal asignado en el nacimiento es un elemento intangible e invariable en el tiempo. En clara alusión a la concepción determinista que establece la correspondencia entre la genitalidad sexuada y el sexo legal/registral.

Este criterio inicial, posteriormente, fue modificado por el mismo Tribunal en su último pronunciamiento sobre el derecho a la identidad de género en el caso Romero Saldarriaga. En este fallo sostuvo que:

Así las cosas, la realidad biológica, a tenor de lo expuesto, no debe ser el único elemento determinante para la asignación del sexo, pues éste, al ser también una construcción, debe comprenderse dentro de las realidades sociales, culturales e interpersonales que la propia persona experimenta durante su existencia. Por ende, el sexo no debe siempre ser determinado en función de la genitalidad, pues se estaría cayendo así en un determinismo biológico, que reduciría la naturaleza humana a una mera existencia física, y ello obviaría que el humano es un ser también psíquico y social. (EXP. N° 06040-2015-PA/TC: FJ 13)

Siguiendo la argumentación planteada por el Tribunal, el sexo es un elemento dinámico del derecho a la identidad personal que se construye de modo progresivo, personalísimo y no puede determinarse sólo por la valoración visual de los genitales.

En vista de lo anterior, ¿el sexo debería ser determinado y asignado sin consentimiento por un tercero al momento del nacimiento? Claramente que no. Esto supondría una intromisión intensa en el derecho a la identidad personal, ya que este implica que se aprecie a la persona tal cual es, sin alteraciones, intromisión de terceros, desfiguraciones, desnaturalizaciones, falseamientos o distorsiones. Es decir, “sin imputarle, de una parte, atributos de los que carece o, de otra, omitir aspectos fundamentales que contribuyen a presentar al sujeto en la plenitud de su verdad personal” (Fernández Sessarego 1996:250). Esta verdad personal, sin duda, va más allá del sistema binario, de la heterosexualidad, la cisgeneridad y de las características sexuales típicas, como es el caso de las personas intersex.

A la luz de estas reflexiones, es claro que el desarrollo sexual no puede- y no debe- ser determinado a priori o a edades tempranas ya que este es en sí mismo un proceso evolutivo. Por tanto, no es posible afirmar que la asignación de sexo no consentida optimiza el derecho a la identidad ya que genera, además, distintas violaciones a derechos fundamentales. Entre ellos el derecho a la identidad, el derecho a la salud mental, al libre desarrollo a la personalidad, como en el caso de las personas trans.

Un claro ejemplo de cómo la asignación temprana del sexo es realmente problemática y puede constituir la violación sistemática de una variedad de derechos fundamentales es el caso de Luana, una niña argentina de seis (6) años que hizo historia en el mundo al convertirse en la primera niña

trans en conseguir el reconocimiento de su identidad de género en sus documentos de identificación.

Cuando Luana nació se le asignó el sexo masculino en todos sus registros civiles. Sin embargo, desde los dos años ella expresó como su identidad de género la femenina. Es decir, su identidad legal no reflejaba su experiencia identitaria. Esto le generó, a sus cortos seis años, situaciones violentas, dolorosas e injustas en hospitales públicos, en su escuela inicial, en su comunidad e incluso en su familia (Saldivia 2017:147). El caso de Luana, a diferencia de muchos, representa una historia cuya injusticia pudo remediarse de forma “temprana” en vista de que su país cuenta con un marco normativo que reconoce la arbitrariedad de la asignación de sexo no consentida y habilita la posibilidad de acceder a corregir los registros civiles y reconocer la identidad de género de las personas.

En nuestro país, la historia es abismalmente distinta por la ausencia de mecanismos ágiles y garantistas que protejan el derecho a la identidad de género de las personas. Sin embargo, también se registran situaciones de vulneración derechos generadas por la asignación temprana no consentida de sexo. Año a año, muchas personas acuden al Poder Judicial a solicitar el cese de esta agresión a sus derechos a través de la modificación del sexo registral asignado de forma no consentida por no guardar correspondencia con su identidad de género (Zelada & Neyra 2017:92).

A este punto de la reflexión, valdría la pena cuestionar si la asignación de sexo a niñas en general, sean intersex o no, sean trans o no, es en sí misma arbitraria, y si esta práctica más allá de generar beneficios se encarga de perpetuar esquemas de desigualdad social y violación sistemática de derechos fundamentales. Bajo esta perspectiva, la determinación temprana de la identidad de sexual de las personas se presenta como un imposible fáctico y no puede ser alegada como una justificación válida para que los cuerpos de niñas intersex sean sometidos a procedimientos quirúrgicos y hormonales irreversibles sin su consentimiento.

En ese sentido, este trato diferenciado, analizado desde el principio de no discriminación, no persigue un fin legítimo. Es claro que existen diferencias fácticas entre personas intersex y no intersex, pero estas diferencias no pueden constituirse en razones válidas para justificar la vulneración de la integridad física, sexual y psíquica, el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación y el derecho al libre consentimiento de la persona. Considerarlas como razones suficientes para esta grave intervención en una gama variada de derechos equivale a despojar a la persona de su condición de ser humana.

No obstante, como podemos ver, el análisis de razonabilidad (relación entre fines y medios) es insuficiente para entender o delimitar la lesión del derecho a la igualdad que implica el tratamiento diferenciado a les niñas intersex, debido a que, no aborda las causas que generan y sostienen este

tratamiento distinto. Por ello, resulta indispensable someter estas prácticas a un análisis del derecho a la igualdad en tanto principio de no sometimiento. Esto implica, en primer orden, situar el análisis en determinar si las intervenciones de reasignación de sexo sin consentimiento en infantes intersex son consecuencia de situaciones de desigualdad estructural (Saba 2016:79).

Para ello, es necesario analizar si los infantes intersex son un grupo en situación de desigualdad o desventaja estructural. Para tal fin, debemos responder a los lineamientos de identificación de condiciones de desventaja estructural planteados por Saldivia (2011) y Umpriny & Sánchez (2019). **En primer lugar**, sus características tienen que estar relacionadas con un aspecto central de la identidad de la persona. En cuanto a este lineamiento, nos encontramos frente a un grupo cuyos cuerpos y rasgos difieren del estándar binario y están biológicamente determinados<sup>81</sup>. Estos rasgos no están sujetos a la voluntad del infante, sino que anteceden a su voluntad, al igual que, por ejemplo, la edad: ningún sujeto o sujeta puede prescindir de su edad.

**Como segundo punto**, se debe identificar si el grupo se encuentra asociado con prácticas históricas de discriminación y subordinación. Como se ha visto a lo largo del desarrollo de esta investigación, las personas intersex, incluso por fuera de su etapa de vida, están sometidas a patrones de valoración cultural que terminan por denigrarlas y excluirlas, al punto de borrar sus características con las intervenciones quirúrgicas no consentidas.

Estas conductas encuentran su razón de ser en un patrón cultural que sirve de parámetro de valoración y balance: el binarismo de sexo – género. Este patrón excluye cualquier existencia que irrumpa con los parámetros que establece la dicotomía hombre-mujer desde la valoración de la genitalidad o sexo anatómico, y que ha hecho que el abordaje de la intersexualidad se realice desde la “teratología, del tratamiento de los fenómenos anatómicos monstruosos” (Benn en Maffia *et.al.* 2010:87).

De esta forma, “la intersexualidad es vista como una enfermedad, como una anomalía que debe remediarse circunscribiéndola en alguna de las dos categorías de sexo-género “normales” y “naturales” aceptadas” (Saldivia 2017: 41). Este paradigma encuentra legitimación en el derecho y en la biomedicina, a contracorriente de la evidencia científica y de las demandas de cese de estas intervenciones de personas intersex afectadas por estos procedimientos de reasignación de sexo no consentidos.

En esa línea, y como se verá más adelante en el acápite de valoración del consentimiento sustituto, los infantes han sido considerados, desde un sistema tutelar, como objetos de protección y no

---

<sup>81</sup> Término empleado por la Corte Constitucional de Colombia cuando analizó la homosexualidad como categoría sospechosa en la Sentencia C-481/98. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-481-98.htm>

como sujetos de derechos. En estos procedimientos, se les ha despojado incluso de la titularidad de sus derechos a través de la patria potestad, la que es entendida como poder sobre los hijos, en una relación vertical y autoritaria (Herrera 2015: 363).

**En tercer orden**, se identifican como grupos con escaso poder político dentro de la sociedad para hacer valer sus demandas. Como punto de partida es importante mencionar que el grupo de personas intersex se encuentra en la posición más invisible de todos los grupos de la diversidad sexo genérica. Esto se debe en parte al silenciamiento sistemático de sus historias, el estigma y la discriminación. La mayoría de leyes aún no incorporan como motivo de no discriminación o exclusión contra las personas intersex y en algunas partes del mundo les niñas intersex, sobre todo en ciudades de bajos recursos, pueden sufrir infanticidio, entre otras vejaciones (Carpenter, 2020).

La relación del grupo humano intersex frente a los grupos de poder, en este caso, es de sometimiento y exclusión. Las personas intersex son excluidas y no reconocidas por el Estado. De otro lado, las sociedades médicas han impuesto el enfoque quirúrgico del abordaje de sus cuerpos (Uslan, 2010) sin respaldo científico de sus beneficios (Baratz & Feder, 2015), y aplican tratamientos experimentales para males inexistentes.

Y, finalmente, **el cuarto lineamiento**, corresponde a la determinación de cargas y beneficios en razón de un criterio racional. Como ya se mencionó, las características no binarias de los cuerpos intersex no constituyen criterios sobre cuya base sea posible efectuar un reparto de cargas o responsabilidades, puesto que “en una sociedad democrática la distribución de cargas o beneficios debe estar, en principio, vinculada a conductas de las cuales el sujeto puede ser responsable” (Sentencia C-481/98: FJ16). En un régimen democrático las cargas no se imponen en relación con características que un sujeto o sujeta no ha asumido voluntariamente, más allá de que estas sean o no legítimas.

Dicha interpretación alcanza también para analizar la variable niñez como etapa de vida en especial situación de vulnerabilidad. Puesto que las personas no pueden elegir tener uno o dos años de vida, por lo que resulta irrazonable imponerles cargas no beneficiosas. Todo lo contrario, debido a la situación de desigualdad y particular vulnerabilidad, el Estado debiera implementar acciones afirmativas, traducidas en prerrogativas y mecanismos de protección a favor de estos grupos. Un asunto a destacar es que las cargas que se desprenden de estos procedimientos no son consentidas por las niñas, debido a que es la autoridad parental la que decide por ellas.

### **Las intervenciones sexonormalizadoras y el principio de no sometimiento**

Hasta aquí, entendemos que tanto el ser intersex y ser niña implican ocupar una posición de desventaja estructural en la familia, en la sociedad y frente al Estado. Sin embargo, para

determinar si las intervenciones quirúrgicas, hormonales, psicológicas lesionan el derecho a la igualdad desde el principio de no sometimiento, debemos definir si es que estas contribuyen a la perpetuación del sojuzgamiento de estos grupos.

Tras el análisis, la conclusión es afirmativa, en la medida que estas se encuentran orientadas a implementar un mandato perfeccionista que implica una suerte de eugenesia social, fundada en estereotipos de la superioridad de lo no intersex por sobre lo intersex. Por un lado, esto supone lesiones bidimensionales a los derechos individuales del infante sometido a estas prácticas por su pertenencia a este grupo. Por otro lado, contribuye a perpetuar el estigma social sobre la diversidad de las características sexuales, alimentando el tratamiento de aberración de estas existencias. Así podemos ver que año a año en distintas regulaciones sanitarias los protocolos de reasignación de sexo para infantes intersex se vienen institucionalizando, como en el caso peruano.

Como se puede advertir, en el caso materia de análisis, confluyen dos posiciones de vulnerabilidad estructural: “el ser intersex” y “el ser niño”. Por ello, existe una violación interseccionada<sup>82</sup> del derecho a la igualdad. En esa línea, la vulneración del derecho a la igualdad que representan las intervenciones quirúrgicas en infantes intersex no consentidas constituyen una lesión más gravosa a este derecho por la concurrencia de la categoría infante e intersex. El grupo constituido por “les infantes intersex” están en una situación de mayor vulnerabilidad por la situación de desventaja histórica que enfrenta todo el grupo intersex y por el grado de indefensión de la titularidad y el ejercicio de derechos que supone el ser infante. En esta situación, la persona afectada no solo se ve imposibilitada de formarse opinión, manifestar su voluntad y rehusarse a someterse a estas intervenciones, sino también ve limitado su acceso a recursos judiciales que puedan permitirle solicitar la protección de sus derechos.

En conclusión, estas intervenciones constituyen violaciones al derecho a la igualdad y reproducen una situación de desigualdad estructural interseccional en la medida que contribuyen a perpetuar el sometimiento y la exclusión del sistema social y jurídico del grupo les infantes intersex. Estas prácticas son provocadas y legitimadas directamente por el Estado en vista de que este reconoce solo dos únicas expresiones corporales de humanidad. Así también, el Estado omite remover las

---

<sup>82</sup> Sobre esta categoría de análisis, en el voto concurrente del magistrado Ferrer Mac-Gregor Poisot de la Corte Interamericana en el caso *Gonzales Lluy vs. Ecuador*, sostuvo lo siguiente:

“La discriminación interseccional se refiere entonces a múltiples bases o factores interactuando para crear un riesgo o una carga de discriminación única o distinta. La interseccionalidad es asociada a dos características. Primero, las bases o los factores son analíticamente inseparables como la experiencia de la discriminación no puede ser desagregada en diferentes bases. La experiencia es transformada por la interacción. Segundo, la interseccionalidad es asociada con una experiencia cualitativa diferente, creando consecuencias para esos afectados en formas que son diferentes por las consecuencias sufridas por aquellos que son sujetos de solo una forma de discriminación. Este enfoque es importante porque permite visibilizar las particularidades de la discriminación que sufren grupos que históricamente han sido discriminados por más de uno de los motivos prohibidos establecidos en varios tratados de derechos humanos” (párr. 10)

estructuras que perpetúan la situación de desventaja y sufrimiento de las personas intersex ,y, sobre todo, por la contemplación con las que el Estado valida los protocolos médicos cuyo fin eugenésico es claro, como el caso de la Guía del Instituto Nacional del Niño descrito en el primer capítulo.

En un Estado Constitucional de Derecho, como se dijo anteriormente, los fines perfeccionistas y utilitaristas están proscritos, ya que este reconoce, celebra y revalora la diversidad; sin embargo, resulta paradójico que las diferencias anatómicas genitales sigan siendo consideradas razones válidas para justificar la vulneración de la integridad física, sexual y psíquica, el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación y el derecho al consentimiento de la persona.

### **3.3. La vulneración del derecho a la autonomía y el derecho a brindar consentimiento en las intervenciones de reasignación de sexo en infantes intersex**

El cambio de paradigma planteado por el reconocimiento de la dignidad humana no fue ajeno a la relación médico - paciente. Antes de la primera mitad del siglo XX, “no se exigía jurídicamente a los médicos que se informara a los pacientes sobre los alcances de la enfermedad, sobre el diagnóstico y el pronóstico de la misma” (Fernández 2004: 708). Esta relación estaba permeada por la consideración de la persona como paciente<sup>83</sup>, y no como un sujeto libre y digno, sino como objeto, un ente de menor jerarquía ontológica (Fernández 2007:97).

Los crímenes del nazismo y la utilización de las personas para experimentos en nombre de la ciencia marcaron un antes y después. Acorde con Mendoza-Romo *et.al.*, “sólo tras el desastre de la II Guerra Mundial, el inicio de la transformación tecnológica de la medicina en los años cincuenta (...) y el resurgimiento de la bioética en la década de los setenta, los profesionales de la medicina comenzaron a aceptar que el modelo paternalista de relación médico-paciente no podía continuar” (2003:184). Se tuvo que esperar el cambio de paradigma en la consideración de las personas “para que se comprendiera que el ser de la persona no se reducía ni se agotaba en su unidad psicosomática, sino que era en cuanto ser libre dueño de su destino y su proyecto de vida” (Fernández 2002:708 y 709).

---

<sup>83</sup> Palabra que, según la Real Academia de la Lengua Española, se desprende del latín. *patiens, -entis, part. act. de pati 'padecer, sufrir'*.

1. adj. Que tiene paciencia.

2. adj. Que manifiesta o implica paciencia.

3. adj. Fil. Dicho de un sujeto: Que recibe o padece la acción del agente. U. t. c. s. m. Disponible en: <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=RPix2Mn> [revisado el 23 de agosto de 2017]

A partir de este cambio paradigmático, y en el contexto de la posguerra, el consentimiento informado es positivizado en el Código de Ética de Núremberg en 1947 y, posteriormente, en la Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial en 1964. Este último se constituye en “un cuerpo de principios éticos que guían a la comunidad médica y otras personas que se dedican a la experimentación con seres humanos” (Escudero 2012: 158).

Así, se exige como requisito del acto médico que de forma previa y libre se proporcione información completa, veraz, no prejuiciada y de forma comprensible sobre los alcances de la enfermedad, dolencia o condición médica. De este modo, las personas puedan “emitir, por sí mismo, un necesario e indispensable consentimiento antes del inicio de cualquier tratamiento médico o quirúrgico” (Fernández 2002: 709). Se entiende entonces que el consentimiento informado es un elemento constitutivo del acto médico y emana del principio derecho de la dignidad de la persona humana y del derecho al libre desarrollo de la personalidad y, en materia de salud, del derecho a la integridad.

### 3.3.1. El derecho al consentimiento informado

En nuestro marco normativo el consentimiento informado es un derecho fundamental innominado ya que no se encuentra reconocido taxativamente en nuestro texto constitucional. El Tribunal Constitucional<sup>84</sup>, a pesar de su escaso desarrollo jurisprudencial en la materia, ha sostenido que este derecho emana del derecho a la dignidad (artículo 1), del libre desarrollo de la personalidad (artículo 2.1), la intimidad personal (artículo 7) y libertad individual (artículo 11). Por su parte, la Ley General de Salud<sup>85</sup> dibuja los límites y alcances de este derecho en el ámbito sanitario, al señalar que:

**Artículo 4.-** Ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, sin su consentimiento previo o el de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere o estuviere impedida de hacerlo. Se exceptúa de este requisito las intervenciones de emergencia.

La negativa a recibir tratamiento médico o quirúrgico exime de responsabilidad al médico tratante y al establecimiento de salud, en su caso.

En caso que los representantes legales de los absolutamente incapaces o de los relativamente incapaces, a que se refieren los numerales 1 al 3 del Artículo 44 del Código Civil, negaren su consentimiento para el tratamiento médico o quirúrgico de las personas a su cargo, el médico tratante o el establecimiento de salud, en su caso, debe comunicarlo

---

<sup>84</sup> Ver: Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 05842-2006-PHC/TC.

<sup>85</sup> Artículo 27.- El médico tratante, así como el cirujano- dentista y la obstetriz están obligados a informar al paciente sobre el diagnóstico, pronóstico, tratamiento y manejo de su problema de salud, así como sobre los riesgos y consecuencias de los mismos. Para aplicar tratamientos especiales, realizar pruebas riesgosas o practicar intervenciones que puedan afectar psíquica o físicamente al paciente, el médico está obligado a obtener por escrito su consentimiento informado.

a la autoridad judicial competente para dejar expeditas las acciones a que hubiere lugar en salvaguarda de la vida y la salud de los mismos.

El reglamento establece los casos y los requisitos de formalidad que deben observarse para que el consentimiento se considere válidamente emitido.

En una reciente sentencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH), en el caso *I.V vs. Bolivia*, sobre esterilización forzada a una mujer peruana, aportó una definición bastante satisfactoria sobre el derecho al consentimiento informado. En el caso en mención, la Corte IDH entendió y determinó que el derecho al consentimiento informado:

(...) es una condición *sine qua non* para la práctica médica, el cual se basa en el respeto a su autonomía y su libertad para tomar sus propias decisiones de acuerdo con su plan de existencia. En otras palabras, el consentimiento informado asegura el efecto útil de la norma que reconoce la autonomía como elemento indisoluble de la dignidad de la persona” (2016: FJ 161).

Asimismo, estableció que para que el consentimiento informado en materia de salud sea considerado válido este debe ser otorgado de modo **previo, libre, pleno e informado**. En esa medida sostuvo lo siguiente:

166. La Corte considera que el concepto del consentimiento informado consiste en una decisión previa de aceptar o someterse a un acto médico en sentido amplio, obtenida de manera libre, es decir sin amenazas ni coerción, inducción o alicientes impropios, manifestada con posterioridad a la obtención de información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible, siempre que esta información haya sido realmente comprendida, lo que permitirá el consentimiento pleno del individuo. El consentimiento informado es la decisión positiva de someterse a un acto médico, derivada de un proceso de decisión o elección previo, libre e informado, el cual constituye un mecanismo bidireccional de interacción en la relación médico-paciente, por medio del cual el paciente participa activamente en la toma de la decisión, alejándose con ello de la visión paternalista de la medicina, centrándose más bien, en la autonomía individual (supra párrs. 160 y 161). Esta regla no sólo consiste en un acto de aceptación, sino en el resultado de un proceso en el cual deben cumplirse los siguientes elementos para que sea considerado válido, a saber, que sea previo, libre, pleno e informado. Todos estos elementos se encuentran interrelacionados, ya que no podrá haber un consentimiento libre y pleno si no ha sido adoptado luego de obtener y entender un cúmulo de información integral.

Estos alcances, en el marco del control de convencionalidad, deben ser considerados como directrices interpretativas de este derecho para los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>86</sup>, como en el caso peruano.

---

<sup>86</sup> En el caso peruano, el Código Procesal Constitucional. (2004) Artículo V, refiere sobre la interpretación de los derechos constitucionales: “El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”. En ese mismo sentido, la Cuarta Disposición Final Transitoria de la Constitución Política del Perú (1993) establece que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

Gracias a la bioética y a los desarrollos jurisprudenciales, el consentimiento informado viene ocupando un papel fundamental en la garantía del derecho a la salud, al punto de constituirse en presupuesto y un elemento connatural de la *lex artis* del acto médico (Fernández Sessarego, 2007). En vista de ello, el médico no puede obrar sin el consentimiento de la persona y menos, en contra de este. Sin embargo, aún existen discusiones pendientes y emergentes sobre el reconocimiento de la capacidad jurídica (autonomía en la decisión) de determinados grupos de personas para otorgar su consentimiento informado al someterse a una intervención o tratamiento médico. Tal es el caso de las niñas, niños, niñas, personas con discapacidad mental o intelectual<sup>87</sup>, personas indígenas, entre otras.

### **3.3.1.1. El derecho de las niñas a decidir sobre asuntos vinculados con su salud**

La entrada en vigor de la Convención de los Derechos de los Niños<sup>88</sup> (en adelante CDN) significó un cambio de paradigma en la consideración de los niños como sujetos de derecho (“doctrina de la protección integral”) y no como objetos de protección (“doctrina de la situación irregular”) (Cavagnaro *et.al.* 2013:1). Se dejó atrás las consideraciones paterno-autoritarias vigentes hasta ese entonces.

Lo medular de este nuevo paradigma radica, principalmente, en la incorporación de principios como el interés superior de los niños (artículo 3 CDN)<sup>89</sup> y la autonomía progresiva en la toma de decisiones (artículo 12 CDN)<sup>90</sup> como mecanismos de protección de sus intereses y derechos en relación con terceros: padres, madres, tutores, Estado, y otros<sup>91</sup>. Su objeto es garantizar el disfrute

---

<sup>87</sup> Para mayor abundamiento véase: Villarreal López, Carla. “El reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual y su incompatibilidad con los efectos jurídicos de la interdicción y la curatela: Lineamientos para la reforma del Código Civil y para la implementación de un sistema de apoyos en el Perú”. 2014. Disponible en: [file:///C:/Users/Brenda/Downloads/VILLARREAL\\_LOPEZ\\_CARLA\\_CAPACIDAD\\_JURIDICA.pdf](file:///C:/Users/Brenda/Downloads/VILLARREAL_LOPEZ_CARLA_CAPACIDAD_JURIDICA.pdf)

<sup>88</sup> Convención de la cual el Estado peruano es parte, siendo ratificada el 4 setiembre de 1990.

<sup>89</sup> Artículo 3

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

<sup>90</sup> Artículo 12

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

<sup>91</sup> Si bien el principio del interés superior de la niñez y adolescencia cobra mayor relevancia a partir de la Convención de los Derechos del Niño, no es un concepto nuevo. Este ya era parte de la Declaración de los Derechos del Niño del año 1959 y la Convención sobre la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer (arts.5b y 16 párr.

pleno y efectivo de los derechos reconocidos por la CDN en pro del desarrollo integral de la niñez y la adolescencia.

El Tribunal Constitucional, en uso de la interpretación convencional de los derechos fundamentales, hace suyo el principio del interés superior y lo incorpora al bloque de constitucionalidad comprendido en el artículo 4 del texto constitucional. Este artículo establece que la comunidad y el Estado protegen especialmente a la niñez y adolescencia. Así indicó que:

La tutela permanente que con esta disposición se reconoce tiene una base justa en el interés superior del niño y del adolescente, doctrina que se ha admitido en el ámbito jurídico como parte del bloque de constitucionalidad conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, a través del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, precisándose que en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo y Ministerio Público, entre otros, se considerará prioritario el principio del interés superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.

Por tanto, el fundamento constitucional de la protección del niño y del adolescente que la Constitución otorga radica en la especial situación en que dichos menores de edad se encuentran, es decir, en plena etapa de formación integral, en tanto personas [Cfr. [3330-2004-AA/TC](#), caso *Ludesminio Loja Mori*] (STC EXP. N.º 02079-2009-PHC/TC: FJ 11).

El Tribunal entiende que la posición de vulnerabilidad en la que se encuentran los niños respecto de terceras personas hace necesario que el Estado garantice mecanismos diferenciados, reforzados y preferentes de protección de sus intereses y derechos. En vista de ello, indica que, en situaciones de conflicto o riesgo, siempre deberán prevalecer los intereses de los niños. Sostiene lo siguiente:

[...] el deber especial de protección sobre los Derechos del Niño vincula no sólo a las entidades y públicas sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés. Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, este debe ser preferido antes que cualquier otro interés. Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar una atención preferente.

En consecuencia, en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último; y es que parte de su esencia radica en la necesidad de defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio a sus derechos. Es en este sentido que el análisis de una controversia constitucional de los derechos del niño debe realizarse a la luz del interés superior del niño y del adolescente, principio investido de fuerza normativa que en el presente caso debe ser concebido como vértice de interpretación de los derechos (de las menores favorecidas) materia de la controversia constitucional que nos ocupa. (STC EXP. N.º 02079-2009-PHC/TC: FJ 13).

---

1d). Para mayor abundamiento revisar: Comité de los Derechos del Niño. (2013). Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo. 1).

Este principio, además, es desarrollado posteriormente en la Ley N° 30466<sup>92</sup>, Ley que establece los parámetros y garantías para la consideración del interés superior del niño, en consonancia con la CDN y la Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (en adelante la Observación General N° 14) del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas.

La norma indica, en el artículo 3, que el interés superior es un derecho, un principio y un procedimiento que permite la consideración preferente de sus intereses en todas las medidas que le afecten directa o indirectamente. Por ello, para realizar dicho examen deben seguirse los siguientes parámetros:

1. El carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacional de sus derechos.
2. El reconocimiento de los niños como titulares de derechos.
3. La naturaleza y el alcance global de la Convención sobre los Derechos del Niño.
4. El respeto, la protección y la realización de todos los derechos reconocidos en la Convención sobre los derechos del Niño.
5. Los efectos a corto, mediano y largo plazo de las medidas relacionadas con el desarrollo del niño a largo tiempo.

En tanto procedimiento, el interés superior supone la aplicación de ocho salvaguardas procesales para evaluar las decisiones que les afectan, incluidos los mecanismos de evaluación de los resultados. Estas salvaguardas o garantías han sido fijadas por la Observación General N° 14 y desarrolladas en el ámbito doméstico en el Reglamento de la Ley N° 30466<sup>93</sup> de la siguiente manera:

### **Tabla 9. Elementos de las garantías procesales**

---

<sup>92</sup> Publicada el 17 de junio de 2016.

<sup>93</sup> Aprobado por Decreto Supremo N° 002-2018-MIMP y publicado el 1 de junio de 2018.

<sup>94</sup> Es importante advertir que si bien el Reglamento en general sigue los parámetros de la Observación General N° 14, este ha desarrollado estándares de entendimiento e interpretación propios. Por lo que, en algunos casos, el parámetro de protección de derechos de los niños podría ser deficiente respecto de la Observación General N° 14. Tal es el caso de la representación letrada en la que se limita el acceso a Defensa Pública para los niños a la solicitud de su padre, madre o tutor(a). Dejando por fuera la posibilidad de que sean los niños quienes soliciten directamente la defensa letrada, incluso en situaciones de conflicto de interés con su padre, madre o tutor(a).

## Garantías procesales

### Elementos para hacer efectivas las garantías procesales del interés superior de los niños en procesos y procedimientos según el Reglamento de la Ley 30466

<b>1. El derecho del niño a expresar su propia opinión, con los efectos que la Ley le otorga.</b>	<p>Los niños tienen derecho a recibir información en lenguaje claro, entendible y comprensible a su edad sobre los procesos, procedimientos, opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse (artículo 12.1 literal a)</p> <p>Tienen derecho a expresar libremente su opinión. Excepcionalmente podrá ejercer este derecho mediante un/a representante. En caso de que su opinión entre en conflicto con la de su representante, la entidad debe salvaguardar los derechos del niño a través de procedimientos o medidas bajo su competencia (artículo 12.1 literal b).</p> <p>El derecho a ser escuchados debe ser garantizado en todo procedimiento o proceso en el que se encuentren comprendidos los intereses de los niños. Evitando entornos discriminatorios, hostiles o insensibles para una eficaz escucha (artículo 12.1 literal c).</p>
<b>2. La determinación de los hechos, con la participación de profesionales capacitados para evaluar el interés superior del niño.</b>	<p>La evaluación del interés superior se realiza en función a los hechos y la información pertinente. Se recoje dicha información mediante entrevistas individuales, de testigos, familiares, etc. (artículo 12.2)</p>
<b>3. La percepción del tiempo, por cuanto la dilación en los procesos y procedimientos afecta la evolución de los niños.</b>	<p>Los procedimientos y procesos que involucran niños deben ser priorizados y resueltos en el menor tiempo posible. Las decisiones adoptadas deben ser revisadas periódicamente considerando el desarrollo de los niños (artículo 12.3)</p>
<b>4. La participación de profesionales cualificados.</b>	<p>En la evaluación del interés superior debe participar un equipo interdisciplinario de profesionales que puedan determinar las posibles consecuencias y soluciones para los niños (artículo 12.4).</p>
<b>5. La representación letrada del niño con la autorización respectiva de los padres, según corresponda.</b>	<p>Se garantizará la asistencia legal, gratuita y especializada en los procesos judiciales y procedimientos administrativos que afecten sus derechos. El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos es el encargado de brindar este acompañamiento a través de la Defensa Pública de Oficio (artículo 12.5).</p>
<b>6. La argumentación jurídica de la decisión tomada en consideración primordial del interés superior del niño.</b>	<p>Todas las decisiones tomadas por autoridades deben estar motivadas, justificadas y explicadas. Deben señalarse explícitamente los hechos referentes a los niños, los elementos que se han considerado para la evaluación, el contenido de los elementos y la manera que se han ponderado para determinar el interés superior (artículo. 12.6).</p>
<b>7. Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones concernientes a los niños.</b>	<p>Se debe dar a conocer a los niños de los mecanismos para revisar las decisiones en los procesos y procedimientos de forma accesible. Sin exponerles a consecuencias adversas (artículo 12.7).</p>
<b>8. La evaluación del impacto de la decisión tomada en consideración de los derechos del niño.</b>	<p>Toda medida política, legislativa, reglamentaria, presupuestal o administrativa que afecte los intereses de los niños son materia de seguimiento y evaluación permanente (artículo 12.8).</p>

En el caso de los infantes<sup>95</sup>, las decisiones sobre los tratamientos médicos e intervenciones quirúrgicas son tomadas por su representante legal (tutela), padre, madre o ambos según sea el

<sup>95</sup> Para efectos de esta tesis debe entenderse la palabra *infante* en alusión a la persona que dada su corta edad no puede expresar su opinión, decisión o consentimiento.

caso (patria potestad). Las normas civiles y sanitarias, a pesar de reconocerles como titulares de derechos fundamentales, les considera incapaces absolutos del ejercicio de su derecho a otorgar su consentimiento<sup>96</sup>. Se les excluye, incluso, de la posibilidad de ejercer su derecho a la autodeterminación no solo en aspectos patrimoniales, sino también en asuntos personalísimos como la disposición de su cuerpo o decisiones referidas a su salud.

El Tribunal Constitucional ha ratificado esta aproximación en el caso de los internos de la Sala de Hospitalización de adicciones del Instituto Nacional de Salud Mental “Honorio Delgado”. En esta sentencia, se otorga discreción absoluta e irrevocable al padre, madre o tutor(a) para decidir por su hijo en asuntos de salud. No se da lugar para considerar los derechos de los niños y adolescentes a tomar decisiones autónomas y confidenciales en este ámbito. Así sostiene que:

“solamente puede autorizar su internamiento a través de la decisión de sus padres, pues son estos los que gozan de la patria potestad respecto a aquellos, al tener tanto. El derecho como el deber de cuidar de su persona (artículo 418 del CC). En caso de no contar con este resguardo, se hace imprescindible el nombramiento de un tutor (artículo 502 del CC; sobre el tema, también artículos 23°, 41 y 510 del CNA y principio 5, punto 3 de los PBNASM). Solo cabe el tratamiento intramural de los menores de edad, por ende, cuando existe el consentimiento de sus padres o tutores” (Exp. N° 05842-2006-PHC/TC: FJ 101).

Este parámetro es seguido por el Reglamento de la Ley N° 30466, que, además, le atribuye el estatus de mecanismo de garantía del interés superior en procedimientos específicos en el ámbito de la salud. Así, en su artículo 17, indica que el acceso a pruebas, diagnósticos, procedimientos e intervenciones procede previa autorización de la madre, padre o tutor(a). Se exceptúa de este requisito a las atenciones en salud en casos de violación sexual tales como: el acceso a servicios diferenciados, servicio integral de salud sexual y reproductiva, pruebas rápidas, pruebas de tamizaje invasivo, entre otras.

El Reglamento pone énfasis en la autorización parental como parámetro general para el acceso a las atenciones médicas. Ello es un retroceso, sobre todo en cuanto a acceso a servicios de salud sexual y reproductiva respecta, ya que la Norma Técnica de Planificación Familiar emitida por el

---

<sup>96</sup> Ver artículo 43 del Código Civil del Perú, Decreto Supremo 295. Incapacidad absoluta: Son absolutamente incapaces: 1.- Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley y 2.- Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento (Disponible en: <http://spij.minjus.gob.pe/notificacion/guias/CODIGO-CIVIL.pdf>); que debe ser leído en relación con el artículo 4 de la Ley General de Salud que sostiene que “Artículo 4.- Ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, sin su consentimiento previo o el de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere o estuviere impedida de hacerlo. Se exceptúa de este requisito las intervenciones de emergencia. La negativa a recibir tratamiento médico o quirúrgico exime de responsabilidad al médico tratante y al establecimiento de salud, en su caso. En caso de que los representantes legales de los absolutamente incapaces o de los relativamente incapaces, a que se refieren los numerales 1 al 3 del Artículo 44 del Código Civil, negaren su consentimiento para el tratamiento médico o quirúrgico de las personas a su cargo, el médico tratante o el establecimiento de salud, en su caso, debe comunicarlo a la autoridad judicial competente para dejar expeditas las acciones a que hubiere lugar en salvaguarda de la vida y la salud de los mismos. El reglamento establece los casos y los requisitos de formalidad que deben observarse para que el consentimiento se considere válidamente emitido”(Disponible en: <http://www.minsa.gob.pe/renhice/documentos/normativa/Ley%202026842-1997%20-%20Ley%20General%20de%20Salud%20Concordada.pdf>).

Ministerio de Salud<sup>97</sup>, habilita el acceso a consejería, atención especializada y métodos anticonceptivos a niñas y adolescentes sin necesidad del consentimiento parental<sup>98</sup>.

De esta forma, es posible concluir que la perspectiva peruana sobre la protección de la niñez aún mantiene la doctrina de la situación irregular en cuanto al reconocimiento de la autonomía de la decisión de las niñas en aspectos vinculados con su salud. O dicho de otro modo, la política en esta materia es parentalista inapropiada, obstructiva y disfuncional (Cook & Dickens 2000:16), ello debido a que las niñas son representadas solo dentro de la relación familiar y no como titulares autónomos de derechos subjetivos. Esta consideración tiene origen en la propia constitución de la institución familiar tradicional en la que “el niño[...] quedó incluido en la garantía derivada de las libertades civiles del padre y, por tanto, sometido a su poder y ajeno al derecho” (González Contro 2010:271).

Este planteamiento restringido es problemático ya que excluye mecanismos de protección de intereses y derechos de las niñas en situaciones de mayor vulnerabilidad y de conflicto con los intereses de su padre, madre o tutor(a) en aspectos referidos a la salud, siendo precisamente en este campo en el que se han suscitado graves controversias. Tal es el caso de las prohibiciones de transfusión de sangre en situaciones de emergencias a razón de creencias religiosas<sup>99</sup>, la negativa de acceso a abortos, a métodos anticonceptivos y el sometimiento a malas prácticas médicas como las “intervenciones de conversión de la homosexualidad”<sup>100</sup>, el acceso a educación sexual integral, entre otras. En todas estas situaciones son los padres, madres y tutores(as) quienes, a

---

<sup>97</sup> Norma aprobada por Resolución Ministerial 652-2016-MINSA el 31 de agosto de 2016. Modificada parcialmente por la Resolución Ministerial 536-2017-MINSA el 10 de julio de 2017.

<sup>98</sup> Ver los artículos 5.1.1 y 5.1.5. de forma conjunta:

5.1.1. ATENCIÓN INTEGRAL CON ÉNFASIS EN SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA EN SERVICIOS DIFERENCIADOS PARA LOS ADOLESCENTES<sup>1</sup>: Es la provisión continua y con calidad de una atención integral, orientada hacia la promoción, prevención, acceso a métodos anticonceptivos, recuperación y rehabilitación en salud sexual y reproductiva, en el contexto de su vida en familia y en la comunidad. Esta atención se realiza en horarios diferenciados y ambientes exclusivos, y de acuerdo a las disposiciones normativas (Norma Técnica de Salud: “Criterios y Estándares de Evaluación de Servicios Diferenciados de Atención Integral de Salud para Adolescentes). Se brinda también en los centros de desarrollo juvenil (CDJ) donde se atiende al adolescente a través de: orientación/consejería, talleres formativos, animación sociocultural y atención clínica. En estos espacios, se abordan temas como la salud física, psicosocial, sexual y reproductiva de las/os adolescentes.

5.1.5. CONSENTIMIENTO INFORMADO EN MATERIA DE PLANIFICACION FAMILIAR: Es el acto en el que la persona expresa voluntariamente su aceptación para que se le realice un procedimiento anticonceptivo, como resultado de un proceso de información y explicación detallada sobre todos los aspectos del uso de la anticoncepción que permitan su toma de decisión, la cual puede suspenderse en cualquier momento a solicitud del propio interesado. El derecho de toda persona a expresar su consentimiento previo e informado en materia de planificación familiar es distinto al contemplado por el artículo 4 de la Ley General de Salud en lo que respecta estrictamente al tratamiento médico.

<sup>99</sup> En el Perú la judicialización en asuntos de salud no es común. Sobre todo en situaciones de controversia entre la decisión de padres, madres y tutores y los intereses de las niñas. Tal es el caso de M.C.LL, niña de 15 años, que necesitaba una transfusión de sangre de emergencia y sus padres se negaban a autorizar este procedimiento debido a sus creencias religiosas. Para salvaguardar el derecho a la vida de la niña fue necesaria la intervención judicial a través del Juzgado de Familia de Paucarpata, Arequipa, instancia que ordenó se realizara dicho procedimiento. Para mayor información ver:

[https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cortesuprema/s\\_cortes\\_suprema\\_home/as\\_inicio/as\\_enlaces\\_destacados/as\\_imagen\\_prensa/as\\_notas\\_noticias/2015/cs\\_n\\_transfusionspj\\_22042015](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cortesuprema/s_cortes_suprema_home/as_inicio/as_enlaces_destacados/as_imagen_prensa/as_notas_noticias/2015/cs_n_transfusionspj_22042015)

<sup>100</sup> Véase el reportaje “Las terapias de la tortura” de Salud con Lupa. Disponible en: <https://saludconlupa.com/noticias/las-terapias-de-la-tortura/>

partir de sus prejuicios y creencias, priorizan sus intereses por sobre los de sus hijos y les someten a daños presentes y futuros irreparables en sus derechos fundamentales.

En vista de que el parámetro legal peruano no ofrece garantías en la toma de decisiones basado en la autonomía de los niños, el análisis sobre si las intervenciones sexonormalizadoras no consentidas practicadas en niños intersex vulneran o no el interés superior de los niños tomará en consideración los desarrollos del Comité de derechos de los niños y principios de la bioética, como parámetro de interpretación constitucional. Desde esa aproximación, para efectos de esta tesis, se analizará la validez constitucional del consentimiento parental en las intervenciones quirúrgicas y hormonales de reasignación de sexo en infantes intersex.

### **3.3.2. La reasignación del sexo, la identidad de género y el interés superior de los niños como límite a la responsabilidad parental**

Según lo analizado en el segundo capítulo, la Corte Constitucional de Colombia aportó valiosos criterios para delimitar los alcances de la decisión parental en relación con los tratamientos médicos de sus hijos al precisar que existen tres criterios centrales a ser considerados en situaciones de esta naturaleza: (i) la urgencia e importancia misma del tratamiento para los intereses de los niños ; (ii) los riesgos y la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño; y (iii) la edad del paciente (SU 377-99; párr.24).

Si empleamos estos parámetros para analizar si son válidas las intervenciones quirúrgicas sexonormalizadoras mediante consentimiento parental sustituto, concluiremos que no superan un control mínimo de constitucionalidad. En cuanto al primer punto, este tipo de intervenciones no constituyen tratamientos urgentes o situaciones de emergencia. Su urgencia radica, y se justifica, en los prejuicios y ansiedades sociales generadas por el mandato de género. Así lo ha referido la propia Corte Constitucional de Colombia al sostener que “la ambigüedad genital es una urgencia médica, pero no debido a dolencias o a amenazas a la vida o a la salud física, sino por razones sicosociales” (SU 337-99: párr. 42).

De otro lado, los niños intersex no se encuentran en peligro inmediato debido al tamaño y la forma de sus genitales. De hecho, ni siquiera se identifica un daño futuro generado por su composición corporal. En cambio, muchas personas intersex sometidas a este tipo de procedimientos han resentido la imposición de la cirugía de normalización genital en su infancia y revelan que si les hubiese permitido, habrían detenido estas intervenciones (Ford 2000:476).

Como segundo aspecto definido por la Corte, el carácter pluriofensivo de estas prácticas en los derechos fundamentales de los niños intersex, tanto en la dignidad, autonomía, integridad física, psicológica, las posicionan como una intervención intensa, tanto por los riesgos y el impacto irreversible y dañoso actual y futuro. Como último punto, referida a la edad del infante, entendemos que la edad en los casos materia de análisis no les permite otorgar su consentimiento y con ello asumir de forma voluntaria las cargas que implican los daños de estos procedimientos.

No obstante, este análisis es insuficiente, pues. no abunda en lo que consideramos el aspecto central en esta controversia: la validez del consentimiento parental en la disponibilidad de derechos personalísimos como la identidad de género y la integridad corporal. De ese modo, corresponde analizar este punto a partir de dos principios diseñados para abordar controversias que involucran derechos e intereses de los niños: la autonomía y interés superior.

### ***3.3.2.1. El interés superior, el derecho a la autonomía de los niños y la autoridad parental***

La constitucionalización del derecho de familia<sup>101</sup> y su armonización con el nuevo paradigma de protección integral de los niños planteado por la Convención de los Derechos del Niño han aportado un nuevo enfoque en la conceptualización de las relaciones familiares, que Minyersky (2015) denomina “la democratización de la familia”.

Bajo este nuevo enfoque, se modifica el concepto de patria potestad que ha sido pensado para un modelo de familia piramidal donde los niños son sometidos al poder de sus padres, y en la que su opinión es despreciada (Minyersky 2015:133). En este nuevo enfoque los niños, al interior de las relaciones familiares y en su relacionamiento con el Estado, son considerados sujetos de derecho. Los principios que contribuyeron a este cambio de paradigma fueron el principio del interés superior y el principio de autonomía de los niños. La presencia de estos dos principios han cuestionado la relación dispar entre adulto-infancia, que, entre sus características, otorgan gran discrecionalidad a los adultos sobre los intereses de los niños (González Contro 2010:275). Minyersky los denomina “*principios ordenadores de la responsabilidad parental*”, y se constituyen en límites a esta discrecionalidad, poniendo en centro de toda controversia la decisión de los niños, así como la cautela de su mayor y mejor interés.

En cuanto al interés superior de los niños, la CDN indica que en todas las medidas que les involucren, las instituciones públicas o privadas, terceros, autoridades, deben considerar

---

<sup>101</sup> El término “constitucionalización” del derecho de familia ha sido acuñado por Aída Kemelmajer de Carlucci en la publicación titulada “Derechos Humanos y Familia”, en Arnaud, André-Jean y otros, Aspectos Constitucionales y Derechos Fundamentales de la Familia, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 60.

primordialmente el interés superior de los niños (artículo 3). ¿Cómo entender a cabalidad este principio? Espejo y Lathrop, indican que:

“[...]del ISN se deriva un derecho sustantivo, del cual surge la obligación correlativa del Estado de garantizar que el interés superior del NNA se integre de manera adecuada y se aplique sistemáticamente en todas las medidas de las instituciones públicas, en especial en todas las medidas de ejecución y los procedimientos administrativos y judiciales que afectan directa o indirectamente a los NNA. Del mismo ISN se deriva un principio jurídico interpretativo del que se colige la obligación de velar por que todas las decisiones judiciales y administrativas, las políticas y la legislación relacionadas con los niños dejen patente que el interés superior de estos ha sido una consideración primordial (lo que incluye explicar cómo se ha examinado y evaluado el ISN, y la importancia que se le ha atribuido en la decisión). Finalmente, el ISN importa una norma de procedimiento que genera la obligación de garantizar que el interés del NNA sea evaluado y que constituya una consideración primordial en las decisiones y medidas adoptadas, inclusive por el sector privado, incluidos los proveedores de servicios, o cualquier otra entidad o institución privadas que tomen decisiones que conciernen o afecten a un NNA (2015:408).

Por su parte, el principio de autonomía progresiva entraña que “conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía disminuye la representación de los progenitores de los derechos de los hijos, coherentemente con lo establecido en los artículos 5 y 18 de la CDN” (Minyersky 2013: 133). Adicionalmente, este principio “opera fundamentalmente en materia de ejercicio de derechos personalísimos” (Fernández 2012: 12). Aspecto neurálgico para el análisis de la validez constitucional del consentimiento sustituto en el caso de intervenciones de reasignación de sexo en infantes intersex.

En el ámbito nacional los niños no terminan de ser considerados sujetos de derechos. Si bien se les reconoce su derecho a la máxima garantía de su interés superior, se otorga absoluta deferencia a la autoridad parental para tomar decisiones en el ámbito de la salud. Esta discrecionalidad absoluta otorgada al padre, madre o tutor(a) se funda en la presunción de que estos se encuentran en mejor posición para garantizar los intereses de sus hijos (Uslan, 2010). Esta consideración es peligrosa y perjudicial debido a que llevada al extremo de deferencia desencadena situaciones de abuso y negligencia infantil (Rosato 2000:5).

Si bien la tendencia jurídica reconoce un grado significativo de deferencia parental, se han dibujado límites en cuanto a la toma de decisiones de atención médica respecta. Rosato entiende que estos límites aparecen cuando quien toma la decisión posee un conflicto de interés(2000:35) que no siempre redundan en beneficio para los niños. Este análisis parte de reconocer que, más allá del entrapamiento simplista de juzgar a las familias de buenas o malas, en algunas circunstancias, por cumplir los mandatos religiosos, por prejuicios, vergüenza o desinformación toman decisiones perjudiciales para sus hijos. Tal es el caso de: la donación de órganos no beneficiosa, limitaciones a la interrupción de embarazos, esterilizaciones a personas con discapacidad cognitiva, negativa al acceso a educación sexual integral y al uso de métodos

anticonceptivos, negativa para recibir transfusión de sangre, sometimiento a procedimientos de “conversión” de la homosexualidad, entre otros.

En los casos de niños intersex por lo general la sola recomendación médica de la cirugía genital puede inducir sentimientos de vergüenza en los padres hacia sus hijos lo que les lleva a tomar una posición favorable a las intervenciones quirúrgicas (Ford, 2001). En vista de estas circunstancias, y las implicancias en los derechos de los niños, no resulta correcto enunciar la existencia de un derecho parental inherente y absoluto a decidir por los hijos (Rosato 2000:35).

Si bien la regla atribuye el monopolio de la decisión médica a la autoridad parental, a lo largo del tiempo se han ido dibujando límites cuando se identifican conflictos de intereses. Los ámbitos en los que ya se presume la incapacidad familiar para tomar decisiones acertadas en favor de sus hijos han involucrado prejuicios y rechazo a algunas características físicas de sus hijos como el Síndrome de Down, discapacidad o prematuridad. Rosato indica que:

Los padres de niños discapacitados o prematuros fueron señalados por estas regulaciones, presumiblemente porque estos padres fueron considerados inherentemente conflictivos e incapaces de tomar decisiones en el mejor interés de sus hijos. Tras el informe de un bebé con Síndrome de Down cuyos padres le negaron una operación que le salvó la vida. Se percibió que la negación del tratamiento para los bebés discapacitados era generalizada y necesitaba ser frenada. Los padres de estos bebés se consideraron incapaces de tomar decisiones acertadas en nombre de sus hijos, porque eran demasiado emocionales para decidir; estaban predispuestos contra su hijo discapacitado; o estaban sobrecargados por la energía física y el dinero necesarios para la sobrevivencia del niño (Rosato 2000:22).

Estas situaciones son harto conflictivas en vista que una decisión implica graves violaciones de derechos fundamentales de los niños como el derecho a la vida, salud, entre otros, en relación del derecho a la igualdad. Rosato las denomina “*conflictos categóricos*”. En dichas circunstancias, la deferencia ciega a la autoridad parental es inapropiada por las implicancias en la supresión o afectación de un derecho constitucional (Uslan 2010:309). Estas situaciones son análogas al rechazo y estigma social hacia las corporalidades intersex. Un caso paradigmático en el que se limita la autoridad parental en situaciones de conflicto categórico es *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*<sup>102</sup> decidido por la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norte América en 1978. En este caso se considera que es inválido el veto absoluto de la autoridad parental frente a la decisión de abortar de una niña debido a la violación del derecho a la privacidad y la autonomía reproductiva:

40. [...] el Estado no puede imponer una disposición general, como la que requiere el consentimiento de un padre o persona con competencia parental como condición para el aborto de una niña soltera durante las primeras 12 semanas de embarazo. Al igual que con el requisito del consentimiento del cónyuge, aquí, el Estado no tiene la autoridad constitucional para otorgar a un tercero un veto absoluto y posiblemente arbitrario sobre

---

<sup>102</sup> Véase en: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/428/52>

la decisión del médico y su paciente de interrumpir el embarazo del paciente, independientemente de la razón para retener el consentimiento.

Por lo general, las limitaciones a la autoridad parental han sido marcadas por intervención judicial. Si bien el desvío judicial puede ser una opción, no es una solución ideal. Por un lado, el proceso judicial puede constituirse en otra barrera entre los niños, sus derechos e intereses (Romero & Reingold 2013:190) y, por otro, la decisión, nuevamente, está sujeta a la discrecionalidad de un tercero que puede estar permeado de prejuicios y desinformación al igual que la autoridad parental. Un caso que da cuenta ello es *Newmark v. Williams*<sup>103</sup> resuelto por el Tribunal Supremo de Delaware en 1990. En este caso los padres de un niño de tres años se opusieron a que este recibiera tratamiento de quimioterapia en vista de sus mandatos religiosos. El Tribunal, más allá de proteger los derechos del niño, consideró que los intereses del Estado pesaban menos que los de los padres y por tanto consintió rechazar el tratamiento.

La falta de garantías de imparcialidad de los tribunales en la decisión sobre permitir o no la vulneración de derechos fundamentales no es un asunto menor para cuestionar la falta de idoneidad de la intervención judicial. Los jueces pueden decidir los casos de manera que reflejen sus propios prejuicios o pueden negarse a escuchar tales peticiones por completo (Rosato 2000:19). Este riesgo es significativamente mayor en países cuya reflexión jurídica sobre las libertades es aún precaria, como en el Perú, sobre todo en cuanto a diversidad sexo genérica respecta. La decisión del Tribunal Constitucional del Perú en el caso P.E.M.M, sobre adecuación registral de la identidad de género, es una clara muestra de la injerencia de los prejuicios en las decisiones judiciales. En este caso, a pesar de tratarse de una persona adulta, se negó la posibilidad de que una mujer transgénero accediera al cambio registral del indicador sexo con argumentos desinformados y homofóbicos.

34. En efecto, de obtener el recurrente un pronunciamiento estimatorio, P.E.M.M, podría reclamar cuanto sea inherente a la condición de mujer, pues la consecuencia de estimar la pretensión comprende la adquisición de cuantas expectativas, facultades y derechos pudieran asistirle desde la sobrevenida condición legal femenina; un nuevo status a partir del cual no podría menos que serle reconocida la capacidad para contraer matrimonio, el *ius connubii* o *ius nubendi*. Y ya que, según ha visto, jurídicamente el sexo se define según el sexo cromosómico, la consecuencia de la modificación del sexo en el registro civil es que no habrá obstáculo para el matrimonio de un transexual con una persona del mismo sexo que el suyo de origen. La admisión de un transexual al nuevo sexo implica, entonces, el reconocer el matrimonio homosexual, lo cual también plantea el problema de la adopción de menores por esta nueva pareja (STC EXP. N° 00139-2013-PA/TC).

Adicionalmente, el control judicial de las decisiones parentales en asuntos de salud suele activarse solo a través de la intervención de una persona adulta, principalmente padre, madre o los médicos. Y suelen suscitarse en las siguientes situaciones: a) cuando los médicos, temerosos de la

---

<sup>103</sup> Véase en: <https://law.justia.com/cases/delaware/supreme-court/1991/588-a-2d-1108-5.html>

responsabilidad por realizar procedimientos tan invasivos en niños sanos, exigen una orden judicial, b) cuando se advierte que el tratamiento no es “beneficioso” para los niños, c) cuando la familia se opone a un tratamiento médico ampliamente reconocido (Tamar Mattis 2013:94), o d) cuando la aseguradora se niega a cubrir los costos de la cirugía (casos colombianos). Como es posible observar, esta intervención es residual y estará sujeta a la valoración de una tercera persona ajena a los intereses reales de los niños. En casos que involucran niños intersex esto se complejiza aún más ya que la visión médica y social hegemónica prioriza las intervenciones quirúrgicas innecesarias, las considera urgentes e incluso beneficiosas.

A la luz de estos argumentos es posible concluir que la autoridad parental para decidir en asuntos de salud no es absoluta y debe ser limitada. Particularmente, cuando involucra intereses y derechos de niños que hacen parte de la diversidad humana sexogenérica sobre quienes recaen prejuicios estructurales. Para tales efectos, esta tesis se adhiere a la propuesta de Tamar Mattis (2013) que plantea la necesidad de construir *un modelo de excepciones categóricas de toma de decisiones parentales* que garantice la consideración de los intereses de los niños intersex en cuanto a intervenciones médicas. El modelo de excepción debe también involucrar al Estado a fin de evitar injerencias arbitrarias en las decisiones trascendentales en la vida de los niños. Esta excepción categórica debe reconocer el derecho de los niños intersex a decidir sobre su cuerpo bajo el parámetro del interés superior de los niños.

Para esta tesis, las intervenciones médicas sexonormalizadoras constituyen una excepción categórica a la autoridad parental en vista de que violan el principio-derecho al interés superior de los niños intersex. Pero, ¿cómo entendemos la violación a este principio? Planteamos una interpretación que involucre el análisis de cinco principios fundamentales en la valoración de los intereses de los niños en el ámbito de la salud: el principio de competencia, principio de autonomía, principio de beneficencia, principio de no maleficencia y el principio del derecho al futuro abierto.

En primer orden, concluimos que la autoridad parental no tiene competencia para decidir sobre derechos personalísimos de implicancia futura en la vida de los niños como la identidad de género, la mutilación de sus genitales, la limitación de su capacidad reproductiva, etc. En segundo orden, consideramos que excluir de la toma de decisiones tan trascendentales en la vida de los niños intersex viola su derecho a la autonomía. Como tercer punto, estos procedimientos médicos no generan beneficios para la salud, integridad física, sexual, psicológica, identidad o calidad de vida de los niños. En cuarto orden, lejos de no proveer beneficios, estos procedimientos son dañosos con efectos presentes y futuros por lo que violan el principio de no maleficencia. Y, finalmente, violan el principio del derecho al futuro abierto de los niños, ya que eliminan sus posibilidades futuras de desarrollo como la reproducción, el goce del placer sexual genital, el

autodesarrollo de su identidad de género, entre otros. A continuación desarrollamos nuestras consideraciones.

### ***3.3.2.2. La autoridad parental no es competente para consentir las intervenciones sexonormalizadoras***

Las cirugías genitales cosméticas son electivas y a menudo iniciadas por el padre o la madre de los niños. Estos procedimientos no son necesarios para la supervivencia de los niños, pero permite que el padre, madre y la sociedad en general coloquen a los niños dentro de los cómodos límites sociales del binarismo (Puluka 2015:2137). Las intervenciones sexonormalizadoras involucran la violación de derechos fundamentales personalísimos como la dignidad, identidad, derechos sexuales y derechos reproductivos, integridad corporal y libre desarrollo de la personalidad. Dadas estas características, explicaremos las razones por las que consideramos que la autoridad parental no tiene competencia para decidir sobre estos aspectos.

Según Fernández (2012), para lograr un análisis más idóneo sobre los límites de la autoridad parental debemos apartarnos de una interpretación de la autonomía progresiva de los niños apartir del concepto de capacidad civil, siendo el principio más orientador el de competencia. La competencia, de origen bioético, se conforma a partir del desarrollo de una conciencia reflexiva, libre, racional, independientemente de la ubicación del niño conforme el concepto de capacidad civil de rígida determinación (Fernández 2012:22). De otro lado, debido a la injerencia de estos procedimientos en derechos personalísimos, el concepto de capacidad civil (mayoría de edad), referida principalmente al ejercicio derechos patrimoniales, queda descartado<sup>104</sup>. Esto es importante en vista que, “el parámetro de competencia, independizado de la capacidad de ejercicio, habilita la actuación de derechos en forma directa por su titular, aun cuando éste no ostente plena capacidad civil y en tanto se evalúe que, a pesar de ello, la persona puede formar convicción y decisión razonada respecto a la cuestión que la involucra” (Fernández 2012:2).

Los derechos personalísimos no pueden ejercerse mediante representación. Minyersky sostiene que “el derecho de las niñas, niños y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo puede ubicarse

---

<sup>104</sup> González Contró sobre el reconocimiento de la competencia a los niños sostiene que “el niño es considerado incompetente básico debido a que, según el autor, su vulnerabilidad es absoluta, pues no puede medir el alcance de muchas de sus acciones ni satisfacer sus necesidades elementales, aunque concede que es superable con el transcurso del tiempo, y que la transformación del niño en capaz básico o incapaz relativo depende en buena medida de la forma en que haya sido atendido durante esta etapa. La forma en que se entendió durante mucho tiempo que debía subsanarse la incompetencia fue mediante la sujeción a la patria potestad, es decir, reconociendo a los padres un derecho para tomar las decisiones a nombre de sus hijos menores de edad. Esta idea ha cambiado en los últimos años, y ahora se entendería que el Estado tiene una obligación para atender a la incompetencia de los menores precisamente mediante las atribución de derechos obligatorios, es decir, derechos de los cuales se ha retirado la facultad para renunciar al ejercicio”(2006:27).

dentro de los derechos de la persona vinculados a su dignidad, los denominados personalísimos, o sea, aquellos en los cuales se restringe la posibilidad de su ejercicio mediante representación” (2013:132). Complementariamente, Fernández indica que “la autonomía progresiva resulta además una herramienta de efectividad del derecho, por cuanto ante la imposibilidad de subrogación por el representante legal posibilita su actuación por el niño/adolescente autónomo, sorteando el despropósito jurídico y axiológico de postergación del derecho hasta la mayor edad” (2012:21). Por consiguiente, el ejercicio de los derechos personalísimos debe ser reservado hasta que les niños estén en condiciones de ejercerlos y deben ser protegidos de injerencias arbitrarias.

La determinación del sexo (registral, genital, social, psicológico), la mutilación genital y la limitación de la capacidad reproductiva son derechos personalísimos y no deben decidirse a través de representación legal; ello en vista de las implicancias trascendentales en el futuro de los niños, la determinación de su ser y la construcción de su identidad. Sobre el punto, Fernández indica:

“desde el momento en que se altera, define y redimensiona la identidad de un tercero (les hijos) la cuestión se ubica claramente fuera del ámbito de intimidad y autonomía familiar, marcando la necesidad de un auténtico protagonismo del afectado menor de edad como así también de un actuar estatal signado por la precaución y el respeto a los derechos fundamentales del involucrado” (2012:24).

La Corte Constitucional de Colombia, sobre este aspecto con justicia estableció que:

“los tratamientos médicos a los intersexuales pueden ser asimilados a otras cirugías estéticas, como la corrección de un paladar, o la supresión de un dedo supernumerario, por cuanto tienen que ver con la definición misma de la identidad sexual de la persona, esto es, afectan uno de los aspectos más misteriosos, esenciales y profundos de la personalidad humana. Estas terapias afectan entonces profundamente la autonomía del paciente”(SU 337-99: párr. 39).

Los efectos nocivos del ejercicio de estos derechos por representación parental dan cuenta de desenlaces dramáticos en caso de niños intersex, trans y homosexuales. Los niños a quienes se les asignó erróneamente el género al nacer tuvieron que navegar por las complejas y dolorosas aguas de la reasignación de género más tarde (Puluka, 2015). Este padecimiento podría evitarse simplemente posponiendo las intervenciones médicas hasta que los niños hayan formado una identidad de género y un sentido de identidad propia. En esa medida, son los niños intersex, como titulares de su derecho a determinar su sexo y a decidir la adecuación o no de su cuerpo a su identidad, en la medida de su desarrollo, conciencia de sí y de su cuerpo, quienes deben y tienen la competencia para decidir sobre este ámbito.

Un aspecto adicional, que no debe perderse de vista en el análisis del límite de la responsabilidad parental, es el rol que juegan los estereotipos de género en desmedro de los verdaderos intereses de los niños intersex. Este factor socava la garantía de la autonomía de los niños intersex en la determinación del sexo, pues “existen [suficientes] razones para creer que el miedo y el perjuicio

respecto de la sexualidad de las personas distorsionarían de modo inadecuado las decisiones de los padres” (Burt 2000:193). Estos estereotipos no son ajenos a la intersexualidad, sobre todo en un sistema que los ha considerado como lo monstruoso, lo abyecto, lo anormal.

### ***3.3.2.3. El principio de autonomía y el principio de beneficencia***

La Corte Constitucional de Colombia ha sostenido que el principio de autonomía aplicado al ámbito de la intervención médica tiene una prevalencia *prima facie*. En tanto, puede prescindirse del consentimiento informado cuando dada las particularidades de la situación, entiéndase emergencia médica o eventos similares, se amerite una intervención médica con el objetivo de cautelar la vida y salud de la persona: principio de beneficencia. El principio de beneficencia, “que encuentran sustento constitucional en el deber del Estado y de los profesionales de la salud de cuidar la vida y la integridad de las personas (Corte Constitucional de Colombia: SU 366), tiene doble dimensión. Por un lado, implica el deber de contribuir positivamente al bienestar del paciente (*principio de benevolencia*); y por otro, importa el de abstenerse de causarle cualquier daño físico, psíquico - al cual añadimos sexual- (*principio de non maleficencia o primum non nocere*). En esa medida, el escenario excepcional en el que el principio de autonomía podría ceder frente al principio de beneficencia ocurre cuando la intervención médica contribuye al bienestar del paciente. Caso contrario, el principio de autonomía es definitivo y no se puede omitirse el consentimiento informado de la persona.

En el caso de los niños, el principio de autonomía además debe considerar su derecho a expresar libremente su opinión y a que esta se tenga debidamente en cuenta en todos los asuntos que le afecten. Este derecho no se anula si nos referimos a bebés o a niños muy pequeños, esto como indica la Observación General N ° 14 del Comité de derechos de los niños, tienen los mismos derechos que los demás niños no puedan expresar sus opiniones ni representarse de la manera que los niños mayores. En estas situaciones, es el Estado quien debe proveer mecanismos adecuados para garantizar este derecho.

Bajo estas consideraciones es posible concluir que las intervenciones quirúrgicas sexonormalizadoras violan el principio - derecho a la autonomía. Como primer punto estas prácticas se realizan sin el consentimiento de los niños. Los protocolos médicos, incluido el peruano, se adscriben al modelo de intervención temprana planteada por Money. La asignación de sexo al ser temprana es decidida siempre por un tercero (padre, madre y/o médicos) a partir de la valoración médica sobre la mejor expectativa del sexo binario. Este modelo en sí mismo está diseñado para excluir de la decisión a los niños. Esto no es ajeno a las regulaciones que han

incluido el parámetro de consentimiento cualificado como el caso colombiano, en la que solo se considera en la decisión a los niños si en el momento de la intervención son mayores de cinco u ocho años.

Como segundo punto, las características sexuales que no se adecuan a las expectativas corporales del binarismo no encarnan situaciones de emergencias médicas, ya que, en la mayoría de situaciones, ni la vida ni la salud de la persona intersex corre riesgo por ello. Desde esa perspectiva, la autonomía no puede verse desplazada u omitida. Empero, los protocolos médicos abordan estas intervenciones como emergencias, y recomiendan que se realicen hasta antes de los 18 meses de vida<sup>105</sup>, justificando su necesidad y considerando que la indeterminación sexual es, simplemente, mucho más dañina y debe ser “remediada”.

Como tercer punto, la creación quirúrgica de genitales externos normativos no garantiza bienestar (Wiesemann et. al. 2010: 675). Las cirugías están destinadas principalmente a ser cosméticas, no a mejorar la función de los genitales y no hay beneficio médico demostrado o esperado para el procedimiento (Tamar Mattis 2013: 99). Por lo tanto, estas prácticas pueden ser calificadas de experimentales en el mejor de los casos (Ford 2001: 482).

En conclusión, desde la bioética y el derecho, no se identifica conflicto entre el principio de autonomía y el de beneficencia en este caso debido a que al no existir beneficio para los niños el consentimiento previo, libre e informado no puede ser desplazado u omitido. En el mismo sentido Ford indica que “conforme al estándar legal aplicado a otras formas de tratamiento experimental en bebés, la práctica de la cirugía de normalización genital sin el consentimiento del paciente falla tanto en la prueba general de consentimiento legal informado como en el requisito más específico de un beneficio independiente para el paciente infantil” (2001:483).

#### **3.3.2.4. Principio de no maleficencia**

El principio *primum non nocere* exige que las intervenciones médicas no causen daño. Las reasignaciones quirúrgicas, hormonales y psicológicas sexonormalizadoras no consentidas al ser esencialmente dañinas violan este principio (Chase 1999; Dreger 1999; Schoberg 1999; Dianamond 1999; Sigmund 1999; Ford 2000; Fausto-Sterling 2000; Baratz & Feder 2015;

---

<sup>105</sup> Lamentablemente, los protocolos médicos las abordan como tales, recomendando que dichas intervenciones que se realicen hasta antes de los 18 meses de vida. Ver: Ministerio de Salud. Instituto de Salud del Niño. Guía de Práctica Clínica “Diagnóstico y tratamiento de las Anomalías de la Diferenciación Sexual”. 2015. Pg, 16.

Carpenter 2018). Por ello, la práctica de estas intervenciones debiera ser proscrita en infantes debido a que no pueden manifestar libremente su consentimiento previo, libre e informado y con ello asumir voluntariamente las cargas negativas que éstas implican a corto y largo plazo.

Cheryl Chase, persona intersex fundadora de la Sociedad Norte Americana Intersex, manifiesta su posición ante la Corte Constitucional de Colombia del modo siguiente:

“Estas operaciones no son necesarias, pues no hay razones médicas ni fisiológicas que las justifiquen. Así, el argumento invocado en el presente caso, según el cual alguien con un pene demasiado pequeño no podrá ser jamás sexualmente funcional, no es válido, pues existen estudios que han demostrado que esas personas pueden llevar vidas satisfactorias como hombres. Según su parecer, la única justificación que se aduce para estas operaciones es entonces “la creencia no demostrada de que puede contribuir al bienestar psicológico” de la persona, la cual es especulativa ya que no existen estudios que la demuestren. Es más, señala Chase, en muchos casos los problemas psicológicos derivan, no tanto de la ambigüedad genital como tal, sino de los propios tratamientos médicos, por su carácter particularmente invasivo” (SU-337/99: FJ 19).

Las voces de las personas intersex sometidas a estos procedimientos han abierto una ventana de oportunidad para prevenir las futuras violaciones de derechos a niños intersex como consecuencia de las intervenciones quirúrgicas sexonormalizadoras no consentidas. Estas denuncias han puesto en evidencia la afectación de estas prácticas en la vida futura de los niños intersex. Los efectos de estas prácticas dan cuenta de genitales con aspecto deformado, dolor, pérdida de sensibilidad y función sexual, pérdida de capacidad reproductiva y daños psicológicos irreversibles. Trágicamente, la mayoría de las lesiones físicas a largo plazo que resultan de la cirugía de normalización genital no se pueden evaluar hasta que el bebé alcance la madurez sexual y descubra problemas de dolor o insensibilidad en la excitación sexual (Ford 2000: 483). Ford sostiene que incluso cuando la cirugía de normalización genital resulta en genitales estéticamente agradables y funcionales, siempre existe la posibilidad de que los cirujanos estén completamente equivocados acerca de la futura elección de género del bebé (2000:484). La evidencia también da cuenta de que muchas personas intersex terminan desarrollando identidades sexuales opuestas a su género asignado lo cual tiene implicancias irremediables en el desarrollo de su vida.

### ***3.3.2.5. El principio del derecho a un futuro abierto***

Feinberg indica que al interior del ámbito familiar los niños tienen ciertos derechos que no son compartidos con los adultos. A estos derechos los llama “derechos en fideicomiso” (Feinberg 2015). Estos derechos deben ser protegidos hasta que los niños puedan ejercerlos y no pueden ser violados por adelantado. Estas violaciones tienen la particularidad que cuando el niño crezca

encontrará que ciertas opciones estarán ya cerradas para ellos (Darby 2013: 463). Estos derechos en fideicomiso hacen parte del principio del futuro abierto para los niños que describió Feinberg. Este principio determina que cada vez que un infante es muy pequeño para expresar sus preferencias deben de inhibirse las acciones que cierren innecesaria e irreversiblemente sus opciones de desarrollo presentes y futuras (Darby 2013: 464). Además, su objetivo es evitar que deseos ajenos a sus intereses decidan en estos aspectos por ellos y asegurar que los niños posteriormente puedan tomar una decisión en libertad.

Un ejemplo de estos es el derecho a la reproducción. Si bien los niños son titulares de este derecho, su ejercicio está reservado para una etapa de vida posterior. Este derecho implica que el niño no sea esterilizado, de modo que pueda ejercer su derecho a reproducirse en el futuro. Debido a que no se pueden conocer las preferencias posteriores de un niño, el curso más seguro es, siempre que sea posible, mantener abiertas las opciones (Darby 2013: 467). Sobre la circuncisión y el derecho al futuro abierto de los niños, Darby sostiene que:

Retrasar la circuncisión hasta que el niño sea lo suficientemente maduro como para tomar una decisión informada al respecto, que en la mayoría de los casos no sería hasta su adolescencia media o tardía, no es solo la política más sólida desde un punto de vista ético, sino también el de menor riesgo enfoque, ya que evita tanto los riesgos de la cirugía como el peligro de que el adulto resienta lo que le hicieron cuando era un bebé. (2012:467).

A la luz de esa definición, ¿las intervenciones médicas sexonormalizadoras no consentidas vulneran el derecho al futuro abierto de los niños? Infortunadamente, sí. Estas intervenciones además de ser experimentales son irreversibles y generan daños al futuro abierto de los niños. La asignación de sexo forzada les impide vivir una vida en dignidad y limita sus posibilidades de recorrer el camino de construcción de su identidad sin afectación a su salud mental. Las extracciones deliberadas y cosméticas de sus gónadas eliminan las posibilidades futuras de reproducción ya que por lo general los cuerpos de los niños intersex son esterilizados. De otro lado, las cirugías de normalización genital afectan el derecho sexual al placer genital debido a que causan insensibilidad sexual cerrando así las opciones de una experiencia sexual placentera.

En conclusión, las intervenciones médicas sexonormalizadoras no consentidas practicadas en niños intersex constituyen una violación al principio del interés superior en vista que atribuyen a la autoridad parental la competencia para decidir sobre derechos personalísimos, excluyen la voz de los niños en asuntos que los vinculan profundamente, no ofrecen beneficios, son dañinas y limitan el derecho al futuro abierto de los niños. En ese sentido, para garantizar el interés superior de los niños intersex debe limitarse de forma categórica la autoridad parental para decidir sobre

las intervenciones de reasignación sexual. Además, deberán postergarse las intervenciones hasta que les niñas estén en condiciones para otorgar su consentimiento. Sin embargo, ¿cómo llevar adelante el proceso de toma de decisión? Si bien este aspecto no es materia de análisis de esta tesis, consideramos importante incluir algunos lineamientos de la responsabilidad del Estado para que esta decisión pueda llevarse a cabo de modo previo, libre e informado.

### ***3.3.2.6. Arreglos institucionales para garantizar el principio del interés superior de las niñas intersex y el derecho a la autonomía***

De acuerdo con las circunstancias, por la corta edad de los infantes, las medidas de protección y garantía del ejercicio de la autonomía de las niñas deben ser mayores. Ello supone, como sostiene el Comité de los Derechos del Niño:

“aplicar el enfoque del interés superior del niño en el proceso de toma de decisiones entraña evaluar la seguridad y la integridad del niño en ese preciso momento; sin embargo, el principio de precaución exige valorar también la posibilidad de riesgos y daños futuros y otras consecuencias de la decisión en la seguridad del niño”. (Observación General 14 2013: párr.74).

Desde una perspectiva institucional no abstencionista de los derechos fundamentales, el Estado debería inhibirse de imponer o asignar un sexo a los infantes intersex sin su consentimiento, derogar cualquier protocolo que establezca los procedimientos sexonormalizadores como imperativos, y, además, “debe crear las condiciones jurídicas políticas y sociales, económicas y culturales, que permitan el desarrollo de la persona humana” (Landa 2002:11). Para cumplir esta finalidad «es necesario que los Estados introduzcan normas para garantizar el acceso de los niños al asesoramiento y consejo médico confidencial sin el consentimiento de los padres, independientemente de la edad del niño, en los casos que sea necesario para la protección de la seguridad o el bienestar del niño» (Observación General 14 2013: 12).

Por tanto, las acciones que el Estado debe desplegar en garantía del derecho – principio a la dignidad, a la autonomía progresiva, derecho a la identidad e integridad a la luz del interés superior de las niñas son mandatos de postergación de las intervenciones quirúrgicas, hormonales, legales y psicológicas de reasignación de sexo, hasta que los infantes intersex puedan formarse una opinión y con ello tomar una decisión. Además debe alentarse al reconocimiento y respeto de la integridad de los cuerpos intersex y proscribirse las prácticas médicas experimentales nocivas en niñas y promover la desmedicalización de sus cuerpos.

Los mandatos de postergación de las intervenciones sexonormalizadoras de los cuerpos de las niñas intersex deben estar acompañadas de una reforma social que suponga la ruptura del binario

de sexo género en el discurso jurídico y médico<sup>106</sup>. Como sugiere Saldivia, “desandar la binariedad del sexo/género implica rever la congruencia/conciencia práctica y moral de muchos acuerdos sociales explícitos e implícitos/inconscientes (...) que van desde qué color y prendas corresponden a cada sexo/género, que fila formar en la escuela o en la mesa electoral, que baño público utilizar”(2010:110). Esta ruptura debe incorporar en lo jurídico la posibilidad de que les niños puedan decidir no adscribirse a las categorías hombre y mujer, incluido en los registros institucionales. Esto puede traducirse en: a) la inclusión de una tercera categoría en el casillero registral de sexo, la que, por cierto, resulta una medida estigmatizadora y ha merecido sendas críticas del movimiento de personas intersex, o b) la eliminación de la categoría sexo en los documentos nacionales de identidad.

Así también, en el caso de que les infantes intersex decidan por alguna categoría del binario, se debe proscribir el carácter obligatorio de la adecuación de los genitales a los parámetros determinado por este. Además, debe incluirse mecanismos de acompañamiento de pares a fin de que sus decisiones y procesos de desarrollo puedan nutrirse de experiencias cercanas a la intersexualidad. Estos arreglos estructurales no solo tendrán impactos favorables en les niños, también en sus familias y en la sociedad en su conjunto.

Finalmente, en atención a todo lo antes mencionado, consideramos que, al ser la determinación del sexo, el derecho al placer sexual, a la reproducción, a la identidad, integridad corporal, etc, derechos personalísimos, estos solo pueden ser válidamente ejercidos por les niños intersex por lo que el consentimiento sustituto en estos casos es inconstitucional.

### **3.4. Vulneración al derecho a la integridad y la prohibición de tortura**

Desde la medicina les niños intersex a menudo son abordados como objetos de investigación humana por sus características sexuales. Las prácticas médicas de reasignación sexual no

---

<sup>106</sup> Opinión que discrepa con los criterios sostenidos por la Corte Constitucional de Colombia, al sostener, que el suspender las intervenciones de reasignación de sexo hasta una edad en la que les infantes puedan emitir su decisión sería instrumentalizarlos por la carga que se les impondría para lograr las transformaciones sociales para hacer necesarias la convivencia social más allá del binarismo de género que sexua los cuerpos en masculino y femenino. Sostiene que la Corte:

75. Todo lo anterior muestra que la Corte, si prohíbe el tratamiento a esta menor hermafrodita, puede efectivamente evitar un posible perjuicio médico irreversible, pero su decisión obligaría a la niña y a su familia a liderar, en los próximos meses y años, una forma de experimento social, pues estas personas deberían intentar abrir espacios de tolerancia social a su diferencia física, sin que exista ninguna certeza sobre los resultados de ese proceso para el desarrollo personal de los infantes. En tales condiciones, la decisión de la Corte de declarar una moratoria de la cirugía de la menor hasta que la propia niña pueda consentir, corre el riesgo de instrumentalizarla, junto con su madre, pues se les impondría la carga de lograr difíciles transformaciones sociales para asegurar espacios de tolerancia frente a su condición. La prohibición de esta intervención médica se traduce entonces en la puesta en obra de una experimentación social, cuyas consecuencias para la menor, que es el interés esencial que esta Corte debe proteger, son imprevisibles” (SU 337-99: párr. 75).

Se olvida la Corte que, el deber de garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas, sobre todo de los más vulnerables en este caso niños pertenecientes a un grupo minoritario, es íntegramente del Estado, por lo que no se le puede imponer estas carga a la familia o a la madre. Eludiendo aquí una obligación que le corresponde a las instancias estatales de garantizar en condiciones de igualdad una vida digna para todos y todas.

consentidas son consideradas prácticas no éticas de experimentación humana (Tamar Mattis 2013:103). A la luz del análisis en el derecho a la integridad y dignidad estos actos constituyen tortura dado que son absolutamente intencionales, se realizan con fines no terapéuticos y discriminatorios, son legitimados por el Estado bajo su custodia, consentimiento y control, y causan dolor, sufrimiento físico, psicológico y sexual severo presente y futuro. A continuación su desarrollo.

### 3.4.1. La prohibición de tortura

La tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes constituyen violaciones a los derechos humanos y fundamentales, puesto que anulan el derecho a la dignidad de la persona humana en relación con su al derecho a la integridad<sup>107</sup>.

El derecho básico, que es norma y regla a la vez, se traduce en la prohibición de afectar ilegítimamente la dignidad personal y la integridad mediante la práctica de la tortura y otras formas de tratos crueles, inhumanos y degradantes (Nash 2009:586). En el caso peruano, este derecho ha sido recogido por el artículo 2.24h de la Constitución del Perú. Este artículo indica que:

Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquélla imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad.

Un aspecto gravitante en el entendimiento de este derecho es que “el derecho a no ser sometido a torturas constituye una norma absoluta”. Según Nash esto quiere decir que no puede restringirse ni suspenderse en ninguna circunstancia. Asimismo es considerada *ius cogens*, es decir, es una norma imperativa de derecho internacional respecto de la cual ningún Estado puede sustraerse. Esta valoración es atribuida en vista de que “los crímenes de este tipo” afectan valores o bienes trascendentales de la comunidad internacional”, lo cual reitera que la prohibición de la tortura es una forma particular de afectación a la integridad personal que compromete las bases éticas sobre las que se sustenta el derecho internacional de los derechos humanos (Nash 2009: 589).

La mejor definición de qué actos constituyen tortura se remonta, inicialmente, a la Convención contra la Tortura o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, que en su artículo 1 numeral 1, describe a la tortura de la siguiente manera:

---

<sup>107</sup> Todos los Tratados Internacionales proscriben la tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes. Véase principalmente: Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 5), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art 4 y 7), Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art 2), Convención de los derechos del niño (art. 37), Convención Interamericana para prevenir, sancionar la tortura ( art 1 y 5), Convención Interamericana para prevenir, sancionar, erradicar la violencia contra la mujer (Art. 4), entre otros.

[...] todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

Asimismo, el artículo 16 numeral 1 de la Convención define como penas crueles, inhumanas y degradantes:

1. Todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona.

Esta definición, a pesar de ser ilustrativa, es -por decir lo menos -restrictiva (Villán 2004; Galdamez 2006), ya que los actos para vulnerar la integridad de las personas echan mano de distintas estrategias y modalidades que pueden no estar comprendidas en la definición planteada en la Convención. Sin embargo, el numeral 2 del artículo 1<sup>108</sup> de la Convención, “abre la posibilidad de dar preferencia a otros instrumentos que dispongan normas de mayor alcance, siendo éste uno de los antecedentes en que se fundamenta el desarrollo progresivo de la prohibición” (Galdamez 2006: 90).

De esta forma, la Convención Interamericana para Sancionar y Prevenir la Tortura (1985), en sus artículos 2 y 3, incorpora nuevos elementos a la configuración de la Tortura como los siguientes:

(...) todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflija a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

Serán responsables del delito de tortura:

- a. los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan.
- b. las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso a. ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices (...)

De los dos instrumentos internacionales especializados en Tortura antes mencionados y del pronunciamiento de la Corte Interamericana en el caso *Bueno Alves vs. Argentina*<sup>109</sup> podemos concluir que para que una afectación a la integridad personal configure un acto de tortura deberán

---

<sup>108</sup> “2. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance.”

<sup>109</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Bueno Alves vs. Argentina*. Sentencia de 11 de mayo de 2007.

confluir los siguientes elementos: a) **acto ilegítimo**, b) **sujeto activo**: cometido por funcionarios públicos o por terceros con su aquiescencia o consentimiento, así también cuando lo cometan directamente o, que, pudiendo impedirlo, no lo hagan; c) **elemento teleológico**: el acto debe perseguir una finalidad: obtener información o confesión, castigar, intimidar, coaccionar, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación<sup>110</sup> (Galdámez 2006: 91); d) **resultado** que cause dolor, sufrimiento grave físico o mental<sup>111</sup> o sin causar sufrimiento físico o mental esté destinado a anular la personalidad de la víctima o anular su capacidad física o mental<sup>112</sup>.

Cabe precisar que -en ningún instrumento internacional -encontramos una diferenciación clara entre tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes. La tendencia de los órganos de control en sus pronunciamientos se encamina por no hacer distinciones entre ellos y tratar el tema como una afectación indiferenciada del derecho a la integridad personal (Nash 2009: 590). Sin embargo, es relevante hacer dicha distinción, ya que puede tener efectos en aspectos procedimentales de investigación y vinculados con a la reparación de las víctimas (Nash 2009: 590).

A través de la jurisprudencia se han generado acercamientos a la distinción entre estos actos. Uno de esos pronunciamientos paradigmáticos, al que también se adscribe el Tribunal Constitucional del Perú<sup>113</sup>, fue el realizado por la de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso Irlanda vs. Reino Unido (1978) en la que se determinó que:

“para resolver esta polémica [se] ha atendido a la intensidad del sufrimiento y las circunstancias en cada caso, separando también el trato inhumano cuando aún sin lesiones físicas hay presencia de sufrimiento físico o moral; trato degradante cuando el sujeto experimenta sentimientos de miedo, angustia o inferioridad aptos para quebrar eventualmente su resistencia física o moral, y tortura como una forma deliberada y agravada de las dos anteriores, con una específica intensidad de los sufrimientos inferidos” (Lugo Garfías 2007: 70)

De esta forma, se entiende que el elemento central para delimitar las diferencias entre ambos tipos de conductas es la severidad del daño (Nash 2009: 598). Para apreciar la severidad del daño la Corte Interamericana<sup>114</sup> ha establecido el siguiente parámetro:

---

<sup>110</sup> Elemento presente en la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura.

<sup>111</sup> La Convención de Naciones Unidas contra la Tortura refiere que tal sufrimiento sea grave, característica que no es tomada en cuenta en la Convención Interamericana.

<sup>112</sup> Elemento incorporado por la Convención Interamericana contra la Tortura.

<sup>113</sup> El Tribunal Constitucional del Perú en la sentencia recaída en el EXP. N.º 2333-2004-HC/TC indica que “ahora bien, a efectos de distinguir la tortura de los tratos inhumanos o humillantes, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció, en el caso Irlanda vs. Reino Unido [sentencia de fecha 18 de enero de 1978] que la tortura se distingue esencialmente por la intensidad del daño que se causa a la víctima; es decir, tiene como notas distintivas el inflingimiento de sufrimientos de especial gravedad o severidad y crueldad; así como el grado de lesión que deja como secuela. Ahora bien, la determinación de una acción calificada como tortura debe ser apreciada conforme al conjunto de circunstancias que rodea cada caso en particular; v.g., la duración de la aflicción, el sexo, la edad, el estado de salud de la víctima, etc. Del resultado del análisis de todo ello se establecerá el mayor grado de intensidad y crueldad connotativa. Con relación a los tratos inhumanos, degradantes o humillantes, la acción lesiva, en este caso, mancha la dignidad de una persona; es decir, menoscaba la condición humana de la víctima, creando en ella sentimientos de temor, angustia e inferioridad, ello con el fin de envilecerla y quebrantar su capacidad de natural resistencia física, psíquica o moral”. Véase en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02333-2004-HC%20Resolucion.html>.

<sup>114</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ob. Cit. Párr. 83

“al apreciar la severidad del sufrimiento padecido, la Corte debe tomar en cuenta las circunstancias específicas de cada caso, teniendo en cuenta factores endógenos y exógenos. Los primeros se refieren a las características del trato, tales como la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los padecimientos, así como los efectos físicos y mentales que éstos tienden a causar. Los segundos remiten a las condiciones de la persona que padece dichos sufrimientos, entre ellos la edad, el sexo, el estado de salud, así como toda otra circunstancia personal” (Corte IDH Bueno Alves vs. Argentina 2007: párr. 87)

Como bien lo ha referido la Corte, para la calificación de la gravedad del daño deben tomarse en consideración los factores endógenos y exógenos. Los primeros están referidos al tiempo, los métodos o mecanismos empleados. Los segundos, más bien, a la condición de la persona en cuanto a su pertenencia a un grupo minoritario como ser mujer, niño o niña, tener una orientación sexual no heterosexual o una identidad de género no binaria, entre otros. En estos casos la pertenencia a un grupo o varios grupos minoritarios es el elemento que motiva la vulneración del derecho. A este punto es importante mencionar que el análisis debe ser interseccional, esto quiere decir que el examen debe contemplar el hecho de que las personas no pertenecen sólo a una categoría, sino que sus vidas están atravesadas por varias de ellas .

### **3.4.2. Las intervenciones quirúrgicas, hormonales y psicológicas de reasignación de sexo no consentidas como violación al derecho a la integridad y a la prohibición de tortura**

Las intervenciones médicas han sido históricamente empleadas con el objetivo de “corregir”, “normalizar” y “castigar” las diferencias sexuales y reproductivas no binarias, las que se remontan incluso a la Alemania Nazi. En 1995, un artículo publicado en la revista de derecho de la Universidad de Yale, en la autoría de Ryan Goodman<sup>115</sup> (1995), “ha descrito el “pretexto curativo” que se utiliza como precursor de la “limpieza social” o los malos tratos sistemáticos infringidos a las personas LGBT”.

---

<sup>115</sup> Ryan Goodman es el Profesor de Derecho de Anne y Joel Ehrenkranz en la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York. Fue consejero especial del consejero general del Departamento de Defensa (2015-16). Además de sus puestos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York, Goodman es miembro asociado del Departamento de Sociología y miembro afiliado del Departamento de Política de la Universidad de Nueva York. Antes de incorporarse a la Facultad de Derecho, fue Profesor de Derechos Humanos y Derecho Humanitario de Rita E. Hauser y director del Programa de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de Harvard. Goodman ha publicado artículos en revistas de derecho líderes y ha sido coautor de varios libros, entre ellos *Socializing States: Promover los derechos humanos a través del derecho internacional* con Derek Jinks (2013) (ganador del premio anual de la American Society of International Law). Su trabajo hace importantes contribuciones al derecho de los conflictos armados, el derecho de los derechos humanos y la ley de seguridad nacional de los Estados Unidos. La Corte Suprema de Estados Unidos se basó en los escritos amicus de Goodman en *Hamdan v. Rumsfeld* cuando revocó el sistema de comisiones militares del gobierno, y en *Lawrence v. Texas*, cuando revocó un estatuto anti-sodomía. Goodman recibió su licenciatura en gobierno y filosofía de la Universidad de Texas en Austin. Obtuvo su JD de la Facultad de Derecho de Yale y un doctorado en sociología de la Universidad de Yale. Es miembro del consejo de redacción de la *American Journal of International Law*, miembro del Comité Asesor de Derecho Internacional del Departamento de Estado de los Estados Unidos y miembro del Consejo de Relaciones Exteriores. También es co-editor jefe del foro de seguridad nacional. (Traducción libre). Disponible en: <http://its.law.nyu.edu/facultyprofiles/index.cfm?fuseaction=profile.overview&personid=27772> [revisado el 7 de mayo de 2017]

Estas prácticas, posteriormente proscritas por el Código de Nuremberg<sup>116</sup>, implicaban, como describe Goodman, “la intervención médica “involuntaria” contra las personas LGBT, como las descargas eléctricas, las formas de “terapia de aversión” o el uso de fármacos psicotrópicos” (1995: 274), así también, “la castración a la que se vieron sometidos los homosexuales fue considerada como un instrumento de represión. Entre los instrumentos estratégicos para la satisfacción de demandas en la «erradicación» de la homosexualidad o en la «reeducación» de los homosexuales, la castración fue un medio particularmente inhumano” (Moreno Ruíz - Olade 2004: 206).

Estas prácticas realizadas sin consentimiento de las víctimas fueron consideradas por los tribunales norteamericanos en Nuremberg como experimentación en seres humanos, crímenes de guerra y tortura. De este modo, señaló lo siguiente:

[...] incluso si la práctica tendente a modificar la orientación sexual no fuese experimentación, el uso por un Estado extranjero de determinada tecnología médica puede constituir de por sí experimentación ante los tribunales estadounidenses. El carácter experimental del propio procedimiento puede llenar la supuesta brecha entre las leyes de Nuremberg específicas a la experimentación y los “tratamientos” de modificación de la orientación sexual. De esta manera, los jueces y los médicos deberían considerar la técnica específica y no sólo la tentativa médica global de alterar por la fuerza la orientación sexual. La administración de fármacos antipsicóticos, por ejemplo, puede clasificar esta práctica como experimentación, en razón del carácter “exploratorio” del uso de dichos fármacos como “terapia” de la orientación sexual [...]. En tercer lugar, la supuesta distinción entre tratamiento y experimentación es insostenible por lo que a la manipulación de la orientación sexual respecta” (Goodman 1995: 275).

En la postguerra, a pesar de que la experimentación en seres humanos sin su consentimiento han sido proscritas, las prácticas de experimentación sin consentimiento en personas de identidades de género, orientaciones sexuales y cuerpos que difieren del estándar de lo femenino y masculino se han mantenido. Sobre todo, los procedimientos médicos cuyo objetivo es reasignar sexo a infantes intersex sin su consentimiento, los cuales incluso son legitimados a través de protocolos médicos institucionalizados. Si bien la documentación sobre las reasignaciones de sexo en infantes intersex es escasa, en los últimos años, se han puesto en evidencia estas situaciones, debido a las demandas de las personas intersex<sup>117</sup> que han sido sometidas a estos procedimientos sin su consentimiento.

---

<sup>116</sup> A partir del Código de Nuremberg en 1947, que surge a raíz de los juicios por el Tribunal Militar de Nuremberg, juicios a los que fueron sometidos un grupo de médicos acusados de realizar experimentos inhumanos en sujetos poniendo en evidencia parte de la barbarie que se cometía contra prisioneros de guerra en campos de concentración nazi durante la Segunda Guerra Mundial. Estos experimentos se realizaban sin información ni consentimiento acerca de los riesgos que ellos implicaban. Ver DOBLER LÓPEZ, Irving F. *Aspectos legales y éticos del Consentimiento Informado en la atención médica en México*. Rev Mex Patol Clin, Vol. 48, Núm. 1, pp 03-06 • Enero - Marzo, 2001. pp. 3. Disponible en: <http://www.medigraphic.com/pdfs/patol/pt-2001/pt011a.pdf>

<sup>117</sup> Ver Audiencia Pública ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “Situación de derechos humanos de las personas intersex en las Américas”, celebrada el 15 de Marzo de 2013. Ver: <https://brujulaintersexual.wordpress.com/2015/03/03/video-cidh-situacion-de-derechos-humanos-de-personas-intersex/>; Audiencia pública ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Situación de derechos humanos

Estas intervenciones médicas, como las descritas con anterioridad, han sido consideradas en distintas oportunidades<sup>118</sup> como mecanismos de tortura y graves vulneraciones a los derechos humanos. Sin embargo, a la luz de los nuevos entendimientos de los mecanismos en los que se expresa y opera la tortura, resulta pertinente realizar un análisis para concluir si estos procedimientos médicos realizados sin el consentimiento de los infantes intersex constituyen tortura.

Para ello, nos remitiremos a los parámetros anteriormente desarrollados para determinar si se trata de una afectación a la integridad personal que configure un acto de tortura.

#### 3.4.2.1. Análisis de los factores exógenos

Las intervenciones médicas no consentidas en niños intersex no son respuestas deliberadas que afectan a cualquier infante. Están dirigidas a dos grupos en especial posición de vulnerabilidad: infantes e intersex. La intersección de estas categorías agrava su situación de vulnerabilidad, y cobra relevancia para el análisis de la vulneración de derechos. Los niños intersex, en su calidad de grupo minoritario, están en una posición de mayor vulnerabilidad social, lo cual incrementa a su vez su susceptibilidad de ser sometidas a tortura (CIJSIDH 2009: 109).

Al respecto, el Relator especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes sostuvo que la discriminación sistémica contra los miembros de las minorías sexuales aumenta su vulnerabilidad a la tortura. En el mismo sentido, el Comité de las Naciones Unidas contra la Tortura, en la Observación General N° 2, sobre la aplicación del artículo 2, determinó que a la luz de la Convención:

“La protección de ciertas personas o poblaciones minoritarias o marginadas que corren mayor peligro de ser torturadas forma parte de la obligación de impedir la tortura y los malos tratos. Los Estados Partes deben velar por que, en el marco de las obligaciones que han contraído en virtud de la Convención, sus leyes se apliquen en la práctica a todas las personas, cualesquiera que sean su (...) raza (...) género, orientación sexual, identidad transexual (...) o cualquier otra condición o factor distintivo adverso” (2008: párr. 21)

Si bien la categoría *intersex* no fue incluida taxativamente por el Comité en la Observación General. Debe ser incluida, vía interpretación, en la cláusula: “cualquier otra condición o factor distintivo adverso”. Esto en mérito de que la prohibición de tortura al no ser *numerus clausus* deja abierta la posibilidad de incluir otras categorías sospechosas.

---

de las personas intersex en América”, en el marco del 161 Período de Sesiones de la CIDH, celebrada el 20 de marzo de 2017. Ver: <https://brujulaintersexual.wordpress.com/2017/03/23/cidh-audiencia-situacion-intersex-america-2017/>  
<sup>118</sup> Como en los procesos judiciales seguidos contra los médicos de la Alemania Nazi realizados en Nuremberg, caso United States of America v. Karl Brandt, et al, debido a la realización de experimentos médicos sin consentimiento de los afectados.

En ese sentido, y como se desarrolló en el análisis de la vulneración del derecho a la igualdad, la intersexualidad es una categoría sospechosa y motivo prohibido de tortura y de tratos crueles por ser un grupo en situación de vulnerabilidad. Ello en vista de que sus cuerpos son patologizados y anulados a través de la intervención médica no consentida con fines estrictamente discriminatorios, no terapéuticos y de limpieza social.

La edad de la víctima agrava su vulnerabilidad debido a que por su corta edad se ven imposibilitadas de rechazar estas prácticas, consentirlas o solicitar ayuda. Esta situación es aprovechada para lograr sin mayor escollo sus fines. Cabral dibuja con claridad esta especial posición de vulnerabilidad que implica ser un infante intersex a través de su testimonio:

“Las intervenciones quirúrgicas intersex realizadas durante los primeros días y/o meses de un recién nacido y que se prolongan, en muchos casos, a lo largo de toda la infancia y la adolescencia no sólo no nos devuelven a una supuesta “normalidad” corporal, sino que mutilan la diversidad de nuestros cuerpos, nuestra capacidad de goce sexual, nuestra identidad y, en muchos casos, nuestra capacidad para optar por cirugías deseadas al llegar a ser adultos. Mutilan nuestro derecho a decidir aspectos centrales de nuestras vidas, y nuestro sentido de merecer ser queridos y aceptados aún sin cirugías” (2003:123-124)

Desde este análisis, podemos concluir que existen principalmente dos motivos exógenos que motivan la gravedad de los actos médicos analizados: ser niño e intersex.

### **Análisis de los factores endógenos**

#### **A) Acto intencional que cause dolor, sufrimiento grave físico o mental, o sin causar sufrimiento físico o mental esté destinado a anular la personalidad de la víctima o anular su capacidad física o mental,**

Los actos que son materia de análisis abarcan a todos aquellos procedimientos realizados en infantes intersex sin consentimiento libre e informado dirigidos a “normalizar” su apariencia corporal. Estos tratamientos incluyen “cirugías irreversibles de asignación de sexo [genitoplastias, vaginoplastia, clitoroplastia, orquiectomía, gonadectomía, orquidopexia]<sup>119</sup> y procedimientos de ‘normalización’ de genitales, esterilización involuntaria, sometimiento excesivo a exámenes médicos, fotografías y exposición de los genitales; falta de acceso a información médica e historias clínicas; retardos en el registro de nacimiento; negación de servicios o seguros de salud, entre otras” (CIDH 2015: 125). Así también involucran procedimientos psicológicos para la asignación del género en correspondencia con los genitales contruados y procesos hormonales destinados para tal fin.

---

<sup>119</sup> Ministerio de Salud. Instituto Nacional del Niño. *Guía de Práctica Clínica. Diagnóstico y tratamiento de las Anomalías de la Diferenciación Sexual*”. Resolución Directoral N° 058-2015-INSN-DG. Pg. 16-17.

En ese sentido, para avanzar en el análisis de si los actos constituyen tortura vale la pena plantear las siguientes interrogantes: a) ¿estos actos son intencionales?, y si b) ¿la intención está destinada a causar dolor, sufrimiento físico o mental, o está destinado a anular la personalidad de la víctima o su capacidad física o mental?

Si bien padres, madres, médicos y personal asistencial consideran que los procedimientos garantizan los intereses de los niños intersex, determinar la intención no requiere una investigación subjetiva sobre la motivación de los sujetos activos (Tamar Mattis 2013:99). La intención puede inferirse cuando el acto tiene un propósito específico de discriminar (Méndez, 2013). En vista de ello, estos procedimientos son intencionales ya que persiguen una finalidad: la “normalización” de los cuerpos de infantes intersex para adecuarlos al modelo dual del sexo. Es decir, su propósito es discriminar y anular la diferencia corporal para cumplir un mandato social. Abundante evidencia científica ha dado cuenta que estas intervenciones no tienen fines terapéuticos. Su finalidad es meramente cosmética y social destinada a cumplir mandatos sociales del género (Tamar Mattis 2013:99).

No obstante, estos procedimientos médicos además justifican su práctica en las primeras etapas de vida debido a la supuesta “necesidad eminentemente legal de asignar un género al bebé para garantizar de este modo su acceso pleno al status de persona” (Cabral y Maffia 2013:91). Todo parecería indicar que el ordenamiento jurídico incorpora como presupuesto indispensable para la garantía plena del estatus de persona la asignación del sexo. Esto resulta absurdo y carece, incluso, de sustento jurídico. En la legislación peruana, el Código Civil en su artículo 1120, sostiene que el nacimiento es lo que determina la condición de persona y no la determinación o asignación del sexo.

Estos actos son deliberados y los médicos son conscientes de los efectos dañinos de sus prácticas y del fracaso de estas. Al respecto Tamar Mattis indica que:

se ha demostrado que el 10% de los casos de CAH desarrollan disforia de género, pero concluyó que "asignar sexo femenino y realizar cirugía prematura es seguro en la mayoría de los casos". En otras palabras, los autores apoyan la extracción o reducción del falo clítoris y la realización de una genitoplastia de feminización irreversible en bebés con CAH, a pesar de que uno de cada 10 de esos bebés crecerá para identificarse como hombre. Estos autores reconocen aún más las tasas de disforia de género tan altas como 8.5-20% en condiciones intersexuales en general, pero mantienen que la cirugía temprana sigue siendo segura. Una reciente declaración de consenso internacional sobre el tratamiento de las condiciones intersexuales llega a conclusiones similares, aun cuando reconoce tasas de cambio de género de hasta el 40% en algunas condiciones (2013:100).

---

<sup>120</sup> Sujeto de Derecho

Artículo 1º.- La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo.

En el caso peruano, la Guía de práctica clínica del Instituto Nacional de Salud del Niño reconoce la existencia de efectos “adversos” del tratamiento médico, entre ellos, por ejemplo, “el síndrome de cushing iatrogénico con retardo del crecimiento en el caso de suministro hormonal, riesgo de trombosis, cáncer de mama, hepatopatías, retención de sodio y edema” (2015:17). Además de “la disminución de la sensibilidad genital, disminución del tejido del clítoris y problemas cosméticos” (INS 2015:17). En el caso particular de las vaginoplastias, les infantes intersex son sometidos a violaciones sexuales<sup>121</sup> producidas por la introducción objetos moldeadores para lograr una cavidad vaginal funcional a la penetración. Sobre los impactos psicológicos indica que generan efectos adversos como “disforia de género, insatisfacción con el sexo asignado (...) gran malestar y humillación al ser sometidos a repetidos exámenes físicos” (INS 2015:17).

El camino que debe recorrer una persona intersex desde los primeros meses de vida, cuyo principio está marcado por el nacimiento y cuyo fin de los padecimientos se encuentra muchas veces en la muerte, es un camino sin retorno. Cabral lo denomina “*una pesadilla en la carne*” (2013:123), el cual no es causado por la diferencia que encarnan sus cuerpos, sino por la negación de la sociedad frente a esta.

Así también, estos actos anulan la capacidad física, sexual y reproductiva de las personas debido a que estas intervenciones de reasignación de sexo constituyen mutilaciones genitales, como sostuvo Kessler “lo que para la medicina es deformidad en el ámbito pre-quirúrgico, creación a través de la intervención y genitales corregidos en el momento posterior a la cirugía, para la persona intersexual son genitales intactos en el ámbito pre-quirúrgico, destrucción a través de la intervención y genitales mutilados y artificiales en el momento posterior a la cirugía” (citado en García López, 2015: 61).

Como resultado de estas prácticas las personas intersex, en muchos casos, quedan privadas de la posibilidad de gozar del placer sexual y genital debido a su mutilación. El placer ni siquiera es tomado en cuenta (de hecho, muchas de estas intervenciones lo impiden o dificultan gravemente)” (Maffia & Cabral 2013: 3). El único fin perseguido por las intervenciones quirúrgicas es lograr “penes que puedan penetrar o vaginas que puedan ser penetradas”.

En muchos casos, estas intervenciones, con el fin de “normalizar” los cuerpos, extirpan las gónadas funcionales consideradas, erróneamente, “anormales”. Con esto, cercenan por completo

---

<sup>121</sup> Puede generarse debate alrededor de si en los casos de una construcción de vagina el procedimiento, que implica la introducción de objetos a la vagina, para lograr una cavidad vaginal según las expectativas sociales de una penetración óptima pueden ser considerados como violación sexual. Por lo que estos casos constituyen violación por los siguientes elementos: Primero, nos referimos a actos realizados sin el consentimiento del infante. Y segundo, el criterio que guía nuestro análisis para catalogar los actos de invasión a los genitales que deben ser considerados como violación sexual, es el brindado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso J. vs. Perú. En este caso la Corte sostuvo “se debe entender que la penetración vaginal se refiere a la penetración, con cualquier parte del cuerpo del agresor u objetos, de cualquier orificio genital, incluyendo los labios mayores y menores, así como el orificio vaginal. Esta interpretación es acorde a la concepción de que cualquier tipo de penetración, por insignificante que sea, es suficiente para que un acto sea considerado violación sexual” (2013:359).

la posibilidad de la reproducción de las personas intersex. Butler señala que “todavía es más sorprendente el estado de mutilación en el que se deja estos cuerpos, las mutilaciones que se realizan y que luego paradójicamente se racionalizan en nombre de una apariencia normal, la razón utilizada por los médicos para justificar estas operaciones” (2013:10).

En conclusión, estos procedimientos tienen intención de discriminar a les niñes intersex, ello en vista de que emplear un procedimiento innecesario, invasivo e irreversible para abordar situaciones que no son emergencias o que no representan riesgos es discriminación si no se considera que el riesgo justifica dicho tratamiento en un niñe no intersex (Tamar Mattis 2013:101).

**B) La finalidad del acto de obtener información o confesión, castigar, intimidar, coaccionar o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación**

Para el análisis de la vulneración al derecho a la integridad y a la prohibición de tortura resulta crucial delimitar cuál es la finalidad del acto, a fin de fijar si se adecua o no a los supuestos requeridos. En el caso de las reasignaciones de sexo no consentidas en infantes intersex se identifica que estas tienen una finalidad tridimensional: castigar, coaccionar e intimidar.

Las reasignaciones de sexo persiguen castigar a los cuerpos que rompen el mandato social del esquema binario de la corpolidad permitida, a través del sometimiento, sufrimientos físicos, psíquicos y sexuales. En otras palabras, resulta un castigo por la diferencia. Al patologizar los cuerpos intersex y condenarlos a su eliminación, estas intervenciones cumplen un rol de castigo hacia la diversidad corporal humana. La coacción se ve expresada en los múltiples mecanismos empleados para adecuar/modelar/encajar sus cuerpos al estándar de la dicotomía femenino/masculino establecido por el binarismo de género. Para lograrlo, se echa mano de intervenciones quirúrgicas, hormonales, psicológicas y jurídicas, todas sostenidas por mandatos sociales perfeccionistas.

Un elemento importante para la configuración de la coacción es la ausencia de consentimiento y voluntad. Este elemento resulta relevante en la medida que supone una violación al derecho a la integridad y la prohibición de tortura. Al respecto, el Tribunal Constitucional sostiene lo siguiente:

“[...] del contenido protegido por el derecho a la integridad física también se deriva una obligación de respetar, es decir, un deber jurídico que tienen los sujetos pasivos [decididamente el Estado y los particulares], consistente en no menoscabar la incolumidad del cuerpo. Se trata, pues, de una obligación de no hacer o de omitir cualquier acción que se encuentre orientada a menoscabar el cuerpo del titular del derecho sin su consentimiento. En su seno, esta faceta del derecho a la integridad física alberga posiciones iusfundamentales definitivas [v.gr., la prohibición de tortura] como prima facie” (STC EXP N 05312-201 I -PA/TC 2014: FJ 16).

Sobre esto último, les infantes intersex deben ser sometidos, en distintas etapas de su vida, a intervenciones quirúrgicas destinadas a “lograr” una genitalidad estándar. Sin embargo, la

coacción, no solo se circunscribe a la adecuación del cuerpo existente al cuerpo deseado, sino también a los procesos de socialización. Hernandez et. al., sobre el impacto de la crianza como parte del proceso de reasignación de sexo, sostiene que “es clásico citar los trabajos de Money sobre la influencia de la crianza en el proceso de reasignación. Aunque su experimento, el célebre caso John/Brenda (caso desarrollado en el primer capítulo) a la larga demostró ser un despropósito de funestas consecuencias.” (2010: 80). En esa línea, es posible señalar que el menoscabo sobre el cuerpo y la identidad de la persona sin su consentimiento constituyen una grave vulneración al derecho a la integridad y a la prohibición de tortura.

La intimidación que generan estos actos va más allá de los niños intersex cuyos cuerpos han sido sometidos a estas prácticas. También tiene impactos intimidatorios en toda la comunidad intersex cuyos cuerpos no han sido intervenidos, reforzando los prejuicios e incluso el autorechazo a sus cuerpos. El mensaje que busca transmitir este tipo de prácticas abarca no solo a la comunidad de personas intersex, sino también a las comunidades de personas que rompen con el mandato social del modelo dual del sexo. Esta intimidación transmite el siguiente mensaje: no importa que tu cuerpo constituya una verdad irrefutable, a los ojos del binarismo esa verdad es falsedad que puede ser corregida a través del bisturí.

### **C) Cometido por autoridades o por terceros con su aquiescencia o consentimiento**

Los actos anteriormente descritos son generalmente ejecutados por médicos, con el consentimiento de los padres y madres de infantes intersex o sin él, pero siempre sin el consentimiento de los niños intersex.

Según la revisión de protocolos médicos y de la normativa sobre el abordaje de infantes intersex, se ha podido evidenciar que existen mandatos directos desde los Estados, con excepción de aquellos que prohíben explícitamente estas prácticas, y en específico del Estado peruano, que determinan la política en salud de reasignación sexual en infantes intersex. Ello se desprende de los protocolos sanitarios que proponen estas intervenciones como terapéutica para “tratar la intersexualidad”. Ello se ve reforzado por la ausencia de mandatos claros y específicos que proscriban estas prácticas, aun cuando las investigaciones sustentan su alto nivel de nocividad para la salud de las personas (Fausto- Sterling, 2006 y Cabral y Maffia, 2013).

En ese sentido, y de acuerdo con los estándares de determinación de responsabilidad sobre la vulneración del derecho a la integridad, se puede concluir que existen dos sujetos a los cuales se debe atribuir responsabilidad respecto de la vulneración del derecho a la integridad y la prohibición de tortura.

En primer lugar, al Estado, por excluir de su reconocimiento a toda persona que rompa con el esquema binario institucionalizado; y por no incorporar acciones positivas en salud encaminadas

a prohibir este tipo de prácticas sin el consentimiento de los infantes. Esta omisión constituye la aquiescencia o el consentimiento frente a las prácticas de los prestadores del servicio de salud. En segundo lugar, los médicos tienen responsabilidad por mantener prácticas ofensivas y humillantes contra un grupo de personas pertenecientes a segmentos poblacionales vulnerabilizados, las cuales además no resultan beneficiosas para las personas a quienes se les somete, y no responden a la evidencia científica. Así, lo determinó Medina:

[...] la tolerancia o complicidad de los agentes estatales con los actos de los particulares violatorios de derechos humanos, ya sea por acción o por omisión, configura la responsabilidad internacional del Estado, pues es evidente el incumplimiento de sus obligaciones convencionales erga omnes de asegurar, como garante, la efectividad de los derechos humanos en dichas relaciones interindividuales (2009:20)

Al respecto, el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes sostuvo lo siguiente:

La tortura, por ser la violación más grave del derecho humano a la integridad y la dignidad de la persona, presupone una 'situación de impotencia', en que la víctima está bajo el control absoluto de otra persona. Una de esas situaciones, además de la privación de libertad en cárceles u otros lugares, es la privación de la capacidad jurídica, que acaece cuando una persona se ve despojada de su capacidad para tomar decisiones y esta se asigna a terceros (2013: 8).

Por ende, los actos destinados a reasignar sexo en infantes intersex sin su consentimiento configuran violación al derecho a la integridad física, psicológica y sexual y a la prohibición de tortura al cumplirse todos los elementos de esta planteados en los estándares internacionales y nacionales. En la medida que estos actos se realizan cuando la víctima tiene menos de 18 años y cuando el agente, en este caso el médico, abusa de su condición de autoridad para cometer el delito, configuran delito de tortura agravada<sup>122</sup>, contemplado en el artículo 321 del Código Penal, que se sanciona con una pena no menor de 15 ni mayor de 20 años.

Por los argumentos antes expuestos concluimos que la categoría sexo es una categoría socialmente construida. El sexo, desde esa aproximación, divide binaria y arbitrariamente a la humanidad en hombres y mujeres. Aun cuando la diversidad de la corporalidad, la intersexualidad humana, desafía históricamente esta ficción, por lo que estos cuerpos disruptivos son constreñidos a encajar

---

<sup>122</sup> “Artículo 321.- Tortura

El funcionario o servidor público, o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de aquel, que inflige dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales, a otra persona o la somete a cualquier método tendente a menoscabar su personalidad o disminuir su capacidad mental o física, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de catorce años.

La pena privativa de libertad es no menor de quince ni mayor de veinte años, cuando la víctima:

- a. Resulte con lesión grave.
- b. Tiene menos de dieciocho años o es mayor de sesenta años de edad.
- c. Padece de cualquier tipo de discapacidad.
- d. Se encuentra en estado de gestación.
- e. Se encuentra detenida o recluida, y el agente abusa de su condición de autoridad para cometer el delito.

Si se produce la muerte de la víctima y el agente pudo prever ese resultado, la pena privativa de libertad es no menor de veinte ni mayor de veinticinco años.

en los modelos de corporalidad única a través de la intervención de la medicina, la psicología, la educación y el derecho.

Estos procedimientos realizados sin su consentimiento o a través de consentimiento sustituto son prácticas inconstitucionales por transgredir severamente el principio-derecho a la dignidad, el derecho a la igualdad, el derecho a la autonomía, el derecho al consentimiento y a la integridad y prohibición de tortura.



## CONCLUSIONES

1. En el Perú, el abordaje de la intersexualidad reproduce el modelo patologizador de las características sexuales. Este abordaje promueve prácticas médicas de experimentación y sufrimiento humano no beneficiosas dirigidas a niñas intersex. Este modelo se constituye en un dispositivo de control social para sostener el mandato del binarismo de sexo-género. La Guía de Práctica Clínica de “Diagnóstico y Tratamiento de las Anomalías de Diferenciación Sexual” (2015), que incorpora este modelo, legitima graves violaciones de derechos fundamentales ocasionadas por las intervenciones médicas no terapéuticas con fines cosméticos y sociales. En el ámbito médico, no se reconoce y protege la diversidad de las características sexuales de los cuerpos de niñas intersex. Todo lo contrario, se intervienen estos cuerpos a fin de que se adecuarlos al “binarismo corporal”.
2. El modelo patologizador tiene su correlato jurídico en nuestra Constitución Política debido a que postula y promueve un modelo unitario de humanidad: el modelo dual del sexo. Fórmula binaria que excluye la diversidad sexo genérica (artículo 5). En ese extremo, nuestro texto constitucional tiene un fin perfeccionista y utilitarista.
3. En el derecho peruano, la categoría “sexo” ha sido reconocida y entendida desde el determinismo biológico basado en el binarismo de género. La asignación temprana del sexo se instituye como un requisito indispensable para la determinación del sujeto de derecho a través del reconocimiento de la personalidad jurídica. Esto se ve expresado en la obligatoriedad de la determinación del sexo en el documento nacional de identidad.
4. En Latinoamérica se identifican avances en el reconocimiento de la intangibilidad de los cuerpos de niñas intersex, la autonomía corporal y la prohibición de las intervenciones quirúrgicas de asignación de sexo/género no consentidas como en Chile, México y Colombia. La Corte Constitucional de Colombia es el primer tribunal en el mundo en analizar, desde el constitucionalismo, la validez jurídica de las prácticas médicas de reasignación de sexo de infantes intersex y ha construido una suerte de parámetros para su procedencia. Estos estándares no uniformes y poco satisfactorios deben ser considerados como punto de partida para el debate constitucional y no como parámetros incuestionables. Si bien en casos de niñas mayores de cinco u ocho años ha reconocido su derecho a consentir o no estas prácticas, en caso de niñas menores apoya los postulados de Money sobre el carácter de urgencia de las cirugías tempranas. Esto supone legitimar

una teoría desvirtuada y cuestionada por los efectos nocivos en la vida y salud de los niños intersex, y también válida la sustitución de su decisión a través del consentimiento parental.

5. Las intervenciones de reasignación de sexo no consentidas practicadas en niños intersex son inconstitucionales pues constituyen una (poli)vulneración de derechos fundamentales. En primer orden, violan el **principio derecho de la dignidad de la persona humana** ya que al ser estas prácticas dañinas, innecesarias y de experimentación humana, los niños intersex son considerados medios para la realización y el mantenimiento del binarismo de género. En estos casos, la búsqueda de perfeccionismo binario de la persona humana, justifica el sometimiento a padecimientos irreversibles, dolorosos, innecesarios y no consentidos contra los niños intersex. Este esquema persigue el objetivo eugenésico de adecuar todos los cuerpos disruptivos a un mandato social que solo reconoce como existencias válidas dos expresiones corporales y desconoce una multiplicidad de existencias fuera de ese paradigma. Con esto, las intervenciones quirúrgicas y hormonales en niños intersex realizadas sin su consentimiento constituyen un tratamiento utilitarista para un fin perfeccionista.

En segundo orden, estos procedimientos constituyen una violación interseccional del **derecho a la igualdad** puesto que constituyen trato diferenciado arbitrario dirigido hacia personas posicionadas en una doble situación de vulnerabilidad estructural: niños e intersex. Desde esta aproximación, resulta irrazonable que la sola diversidad de las características sexuales justifiquen intervenciones tan gravosas e irreversibles en los derechos como la integridad, la vida, la salud, la identidad y la dignidad de los niños. No obstante, esta perspectiva individualista del derecho a la igualdad, en tanto principio de no discriminación, es insuficiente para analizar la validez jurídica de estas prácticas debido a que supone una valoración descontextualizada sobre la situación de los niños intersex en nuestra sociedad.

Las intervenciones médicas no son generadas per se por las características corporales individuales de cada niño, son motivadas por las normas sociales, jurídicas y médicas propias del modelo binario del sexo hegemónico. Este binarismo arraigado y estructural valora la diversidad de las características sexuales como lo “negativo”, “anormal”, “lo patologizable” y lo “que debe ser corregido”. De allí que los niños cuyos cuerpos presenten variaciones en sus características sexuales serán sometidos a este tipo de intervenciones no consentidas. Ruta que, sin duda, no será transitada por los niños cuyas características sexuales corporales se adecuen a las normas del binarismo del género. En

suma, en el caso materia de análisis la afectación al derecho a la igualdad excede al ámbito individual ya que reviste contextos estructurales que posicionan al grupo “infantes intersex” en una situación especialmente desventajosa.

Por tal motivo, consideramos que el análisis más idóneo y útil de la vulneración del derecho a la igualdad en situaciones que involucran desigualdad estructural es a través del principio de no sometimiento. Este principio explica que la garantía del derecho a la igualdad se encuentra en evitar la producción de nuevos grupos excluidos o en superar la desventaja estructural en la que se encuentran históricamente determinados grupos. En esa medida, el derecho a la igualdad se verá vulnerado si se genera una exclusión estructural o si se coadyuva a mantener una preexistente. Desde este análisis, las intervenciones sexonormalizadoras constituyen violaciones al derecho a la igualdad desde el principio de no sometimiento, ya que contribuyen a perpetuar el sometimiento y la exclusión del sistema social y jurídico de les niñes intersex a través de la intervención biomédica, eliminando sus cuerpos y forzándoles a encajar en el binario.

**En tercer orden,** en el caso particular de las intervenciones tempranas de reasignación de sexo realizadas a infantes intersex el consentimiento informado resulta imprescindible, debido a que son prácticas dañinas, no terapéuticas, cosméticas e irreversibles. El consentimiento en estos casos no puede ser sustituido porque los derechos sobre los que se decide son personalísimos. En consecuencia, las decisiones sobre la integridad corporal, la identidad de género o el sexo, por sus implicancias en el derecho autonomía, la dignidad, el derecho al futuro abierto y de su derecho a la identidad, deben ser ejercidas directamente por su titular. De allí que sea absolutamente arbitraria e inconstitucional aquella decisión tomada en su representación. En estos escenarios, la autoridad parental carece de competencia para subrogar en la decisión a les niñes. Por estas razones, las intervenciones médicas sexonormalizadoras no consentidas constituyen una excepción categórica a la autoridad parental por violar el principio-derecho al interés superior de les niñes.

**En cuarto lugar,** las intervenciones biomédicas (quirúrgicas, hormonales y psicológicas) y jurídicas de reasignación de sexo en infantes intersex sin su consentimiento constituyen prácticas médicas de experimentación en seres humanos y constituyen tortura. Aun cuando este tipo de prácticas se encuentran proscritas, sobre todo

en el campo de la medicina, gozan de legitimidad debido a institucionalización del mandato del binarismo de género.

Estas prácticas, institucionalizadas en protocolos sanitarios y normas civiles, y operativizadas por funcionarios públicos, son actos ilegítimos pues tienen implicancias directas e irreversibles en la dignidad e integridad de les niñes intersex. Son actos que además de causar grave sufrimiento físico, mental y sexual son intencionales, pues buscan adecuar los cuerpos intersex al binarismo. Estas prácticas, al estar dirigidas hacia un grupo específico y en situación de especial vulnerabilidad e indefensión, son mecanismos empleados para castigar los cuerpos disruptivos del paradigma corporal a través de mutilaciones genitales, procedimientos que implican dolor crónico, esterilización involuntaria, entre otros. Cumplen también la finalidad de coaccionar a les niñes debido a que estas prácticas son realizadas sin su consentimiento previo, libre e informado; además de intimidar, no solo a quienes tienen un cuerpo intersex, sino a todas las existencias humanas que salen de la matriz del binarismo sexogenérico.

6. Finalmente, para garantizar el derecho al interés superior de les niñes intersex es indispensable realizar reformas y arreglos institucionales que reconozcan y promuevan la diversidad humana como principio fundamental del Estado Constitucional de Derecho. Del mismo modo, resulta imperativo prohibir las intervenciones médicas no consentidas de reasignación sexo por constituir graves violaciones a derechos fundamentales. El reconocimiento y protección del derecho a la autodeterminación de les niñes en aspectos relacionados con la disposición de su cuerpo e identidad sigue siendo un pendiente en el ordenamiento jurídico nacional. Una ruta para avanzar en el reconocimiento de la titularidad de sus derechos es la eliminación de la categoría sexo de los registros o documentos de identidad y limitar la prerrogativas de la autoridad parental cuando las circunstancias involucren derechos personalísimos tales como la determinación del sexo o decisiones vinculadas con su reproducción.

## BIBLIOGRAFÍA

África LGTB [portal institucional] (18 de marzo de 2015). La ley keniana reconoce la intersexualidad. Recuperado de: <http://www.africalgbt.org/263-la-ley-keniana-reconoce-la-intersexualidad.html> Fecha de consulta: 12 de febrero de 2019.

Aguinaga Aguinaga, B. (2015) *La temática de lxs Intersex desde una Perspectiva Jurídica: Lineamientos para una Reparación Integral*. Revista Law Review. Volumen 2, Número 1. Disponible en: <http://revistas.usfq.edu.ec/index.php/lawreview/article/view/881/1112>

Alcántara, E. (2016). *¿Niña o niño? La incertidumbre del sexo y el género en la infancia*. Revista Interdisciplinaria de Estudios de Género de El Colegio de México. S.l.], v. 2, n. 3, p. 3-26, ene. 2016. ISSN 2395-9185. Disponible en: <http://estudiosdegenero.colmex.mx/index.php/eg/article/view/1>

Alemania. Corte Regional de Colonia. Caso Christiane Volling de 2008. Disponible en: <http://icj.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2008/02/In-Revista-de-Derecho-Privado-jul-dic2011-Issue-46-p1-19-19p.re-Volling-Regional-Court-Cologne-Germany-English.pdf>

Alexander, T. (1997). The medical management of intersexed children: An analogue for childhood sexual abuse. *Online: http://www.isna.org/articles/analog.html [letzter Zugriff: 26.03. 2009]*.

Alvites, E. (2011). Derecho Constitucional y Métodos Feministas: La interpretación del derecho a la igualdad y no discriminación para la protección de los derechos de las mujeres. En Bartlett, K. T., Alvites, E. A., Vivanco, Y. M., Fernández, M., & Morales, F. (2011). *Métodos feministas en el derecho: aproximaciones críticas a la jurisprudencia peruana*. Palestra.

Asociación Médica Mundial. (2019, Abril 25). AMM insta a médicos a no implementar las reglas de la IAAF sobre la clasificación de las atletas. Retrieved from Asociación Médica Mundial: <https://www.wma.net/es/news-post/amm-insta-a-medicos-a-no-implementar-las-reglas-de-la-iaaf-sobre-la-clasificacion-de-las-atletas/>

Atienza, M. (2017). El derecho sobre el propio cuerpo y sus consecuencias. In *De la solidaridad al mercado: el cuerpo humano y el comercio biotecnológico* (pp. 35-64). Edicions de la Universitat de Barcelona. Disponible en: <https://dfddip.ua.es/es/documentos/el-derecho-sobre-el-propio-cuerpo-y-sus-consecuencias.pdf?noCache=1458632639168>

Ato del Avellanal Carrera, P. (2019). ¡ Alto a la “normalización”! El control constitucional de las políticas de salud para intersexuales recién nacidos. II Congreso Iberoamericano Interdisciplinario de la Familia e Infancia: Violencia contra Niños, Niñas y Adolescentes en Colectivos Vulnerables. Concurso Internacional de Ponencias, 63-90.

Australia, O. A. I. The Family Court case Re: Carla (Medical procedure)[2016] FamCA 7.

Badilla, K. J. V. (2012). *El derecho humano al libre desarrollo de la personalidad*. 360 f. Tesis de licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, San José.

Baratz, A. B., & Feder, E. K. (2015). Misrepresentation of evidence favoring early normalizing surgery for atypical sex anatomies. *Archives of sexual behavior*, 44(7), 1761-1763.

Barbin, H., Foucault, M., & Serrano, A. (1985). *Herculine Barbin, llamada Alexina B.* Editorial Revolución.

Barbin, H.A. (2018). *Intersexualidad en México y el problema de la sexualidad binaria.* Disponible en: [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/igualdad-genero/2018-06/ENSAYO%20TERCER%20LUGAR%20Intersexualidad%20en%20M%C3%A9xico\\_0.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/igualdad-genero/2018-06/ENSAYO%20TERCER%20LUGAR%20Intersexualidad%20en%20M%C3%A9xico_0.pdf)

Beloff, M. (2000). *Derecho, infancia y familia.* Gedisa: Barcelona.

Benson, S. R. (2005). Hacking the gender binary myth: recognizing fundamental rights for the intersexed. *Cardozo JL & Gender*, 12, 31.

Brújula Intersexual. (2015). Declaración Pública del Tercer Foro Intersex Internacional. Consulta: 12 de enero de 2019. Disponible en: <https://brujulaintersexual.org/2015/01/21/declaracion-publica-del-tercer-foro-intersex-internacional/>

Brújula Intersexual. (2015a). Entrevista a Hida Viloría: ¿Qué Significado tendrá la Nueva Ley Intersex de Malta para el Resto del Mundo? Consulta: 12. De enero de 2019. Disponible en: <https://brujulaintersexual.org/2015/04/09/entrevista-a-hida-viloria-que-significado-tendra-la-nueva-ley-intersex-de-malta-para-el-resto-del-mundo/>

Burt, R. (2000). El tratamiento de menores sin el consentimiento de los padres. *Beloff M, comp. Derecho, infancia y familia.* Barcelona: Gedisa, 189-190.

Butler, J. (2002). *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del "sexo"*. Paidós: Buenos Aires.

Butler, J. (2007). *El género en disputa: el feminismo y la subversión de la identidad.* Paidós.

Butler, J. (2013). Hacerle justicia a alguien: la reasignación de sexo y las alegorías de la transexualidad. *Debate Feminista*, 47, 3-21.

Cabral, M. (2009). *Interdicciones. Escrituras de la intersexualidad en castellano.* Anarrés: Córdoba.

Cabral, M. (2014) "*Leyendo entre líneas*". Página 12. Buenos Aires, 17 de octubre de 2014. Consulta. 24 de junio de 2016. <http://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/soy/1-3667-2014-10-17.html>

Cabral, M. (2015) "*En el camino*". Página 12. Buenos Aires, 17 de abril de 2015. Consulta 25 de junio de 2016. <http://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/soy/1-3937-2015-04-17.html>

Cabral, M. y Benzur, G. (2013). Cuando digo intersex. Un dialogo introductorio a la intersexualidad. En Chase, C., Bachiller, C. R., Dauder, S. G., & Martínez, C. B. *Revista Debate feminista*, 47, 31-47.

Caicedo Henríquez, Ad. y Caicedo Henríquez, Al. (2014). *La actividad médica en la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana en materia de consentimiento informado*

*sustituto en los casos de estados intersexuales y mentalmente incapaces*. (Tesis de Licenciatura. Facultad de Ciencias Jurídicas). Pontificia Universidad Javeriana: Bogotá.

Cantore, L. (2012). Análisis de la jurisprudencia argentina relativa al derecho de identidad sexual de los niños intersex. *Revista de Ciencias Jurídicas Pensar*. Brasil. Volumen 17, número 1, p.p 229-250. Disponible en: <http://periodicos.unifor.br/rpen/article/viewFile/2291/pdf>

Carbonell, M. (2011). Los derechos de igualdad en el constitucionalismo contemporáneo. *Revista de derecho Público*, número 74, pg. 57-86.

Carpenter, M. (2018). Intersex Variations, Human Rights, and the International Classification of Diseases. *Health and Human Rights Journal*.

Carpenter, M. (2018a). The 'normalisation' of intersex bodies and 'othering' of intersex identities in Australia. *The legal status of intersex persons*, 445-514.

Carpenter (2020) The OHCHR background note on human rights violations against intersex people, *Sexual and Reproductive Health Matters*, 28:1, DOI: [10.1080/26410397.2020.1731298](https://doi.org/10.1080/26410397.2020.1731298)

Cavagnaro, M. V., Colazo, I. I. (2013). Las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho frente a la figura del usufructo paternomaterno: Una mirada a partir del interés superior del niño y de la capacidad progresiva: Su abordaje desde la legislación vigente y proyecto de reforma de Código Civil y Comercial de la República Argentina. *Sistema Argentino de Información Jurídica*. Recuperado de <http://www.saij.gov.ar> Id SAIJ: DACF130019

Chase, Ch. (2013). Hermafroditas con actitud: cartografiando la emergencia del activismo político intersexual. En Chase, C., Bachiller, C. R., Dauder, S. G., & Martínez, C. B. *Revista Debate feminista*, 47, 48-75.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-336/08. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-336-08.htm>

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-481/98. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-481-98.htm>

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia No. T-477/95 de 1995. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-477-95.htm>

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-337 de 1999. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/su337-99.htm>

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-1021 de 2003. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-1021-03.htm>

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-1025 de 2002. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/t-1025-02.htm>

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-1390/00. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/t-1390-00.htm>

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-450A/13. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-450a-13.htm>

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-551 de 1999. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/t-551-99.htm>

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-692 de 1999. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/t-692-99.htm>

Colombia. Corte Constitucional. T-622/14 de 2014. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-622-14.htm>

Colombia. Corte Constitucional. T-912-08 de 2008. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-912-08.htm>

Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas. (2013). Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. CRC/C/GC/14. 29 de mayo de 2013.

Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas. (2016). Observación general N° 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2016). Observación general N° 3 sobre las mujeres y niñas con discapacidad. CRPD/C/GC/3.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH. (2015). Violencia contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América. OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser.L/V/II. Rev.2. Doc.36

Comisión Internacional de Juristas y Servicio Internacional para los Derechos Humanos (CIJSIDH). (2007). Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. Yogyakarta, Indonesia: Comisión Internacional de Juristas y Servicio Internacional para los Derechos Humanos. Recuperado de: [www.yogyakartaprinciples.org/principles\\_sp.pdf](http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_sp.pdf).

Comisión Internacional de Juristas y Servicio Internacional para los Derechos Humanos (CIJSIDH). (2009). Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Guía para profesionales. N° 4.

Comité de Derechos del Niño. (2015). Observación Final del Comité de los Derechos del Niño, publicada el 30 de octubre del 2015 sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile. CRC/C/CHL/CO/4-5.

Comité de Derechos del Niño. (2016). Observación general núm. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia. CRC/C/GC/20.

Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. (2014). Informe Nacional del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal – EPU del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas para Kenia. Disponible en: [https://www.uprinfo.org/sites/default/files/document/kenya/session\\_21\\_january\\_2015/a\\_hrc\\_wg.6\\_21\\_ken\\_1\\_s.pdf](https://www.uprinfo.org/sites/default/files/document/kenya/session_21_january_2015/a_hrc_wg.6_21_ken_1_s.pdf)

Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. (2015). Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal sobre Kenya. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/064/62/PDF/G1506462.pdf?OpenElement>

Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. (2019). Eliminación de la discriminación contra las mujeres y niñas en el deporte. Ginebra: 20 de marzo 2019.

Consejo de Europa, Comisario para los Derechos Humanos. (2015). Informe “Derechos Humanos y Personas Intersex”. Disponible en: [https://oieurope.org/wp-content/uploads/2017/03/derechos\\_humanos\\_y\\_personas\\_intersex\\_documento\\_tematico.pdf](https://oieurope.org/wp-content/uploads/2017/03/derechos_humanos_y_personas_intersex_documento_tematico.pdf)

Cook, R., & Dickens, B. M. (2000). Recognizing adolescents' 'evolving capacities' to exercise choice in reproductive healthcare. *International Journal of Gynecology & Obstetrics*, 70(1), 13-21.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo e Hijas vs. Chile. Participación De Las Niñas. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso J. vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 noviembre de 2013.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 setiembre de 2015.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2018). Opinión Consultiva Oc-24/17 De 24 De Noviembre De 2017 Solicitada Por La República De Costa Rica Identidad De Género, E Igualdad Y No Discriminación A Parejas Del Mismo Sexo. [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf). Acceso em, 12, 12.

Darby, R. J. (2013). The child's right to an open future: is the principle applicable to non-therapeutic circumcision? *Journal of Medical Ethics*, 39(7), 463-468.

De Bruyn, Piet (2017). *Promoting the human rights of and eliminating discrimination against intersex people*.

De Mauro, M. (2015). El género nuestro de cada día. *Apertura*. Número 2, pp. 1-11.

De Sutter, P. (2020). DSD: A Discussion at the Crossroads of Medicine, Human Rights, and Politics. *Frontiers in Pediatrics*, 8, 125.

Dolgin, J. (2017). Discriminating Gender: Local, Medical, and Social Presumptions about Transgender and Intersex People. *Sw. L. Rev.*, 47, 61.

Dreger, A. D. (1999). A history of intersex: From the age of gonads to the age of consent. *Intersex in the Age of Ethics*, 5-22.

El País.(2019). Caster Semenya, obligada a medicarse para competir como mujer. Madrid, 2 de mayo de 2019. Disponible en: [https://elpais.com/deportes/2019/05/01/actualidad/1556703586\\_534718.html](https://elpais.com/deportes/2019/05/01/actualidad/1556703586_534718.html)

Escabí-Montalvo, A., y Toro-Alfonso, J. (2006). Cuando los cuerpos engañan: un acercamiento crítico a la categoría de la intersexualidad. *International Journal of Clinical and Health Psychology*, 6(3).

Escudero, S. (2012). El consentimiento informado en el ejercicio de la actividad médica. *Revista CES Derecho*, Volumen 3, número 2, p.154.

Espejo Yaksic, N., y Lathrop Gómez, F. (2015). Identidad de género, relaciones familiares y derechos de niños, niñas y adolescentes: comentarios al proyecto de ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 22(2), 393-418.

Espinoza Quezada, R. O. (2006). *La autoridad parental y el derecho a la salud de los niños y adolescentes*. (Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile).

Espinoza, A. (2017) El lenguaje como campo de batalla. Comentarios editoriales sobre el texto. En Saldivia, L. Subordinaciones Invertidas. Sobre el derecho a la identidad de género. Los Polvorines: Universidad Nacional de General Sarmiento; Ciudad de México: Universidad Autónoma de México.

European Parliamentary. (2017). Resolución 2191. Promoting the human rights of and eliminating discrimination against intersex people. Disponible en: <http://semantic-pace.net/tools/pdf.aspx?doc=aHR0cDovL2Fzc2VtYmx5LmNvZS5pbmQvbncveG1sL1hSZWYvWDJILURXLWV4dHIuYXNwP2ZpbGVpZD0yNDIzMiZsYW5nPUVO&xsl=aHR0cDovL3NlbWFudGljcGEjZS5uZXQvWHNsdc9QZGYvWEJlZi1XRC1BVClYTUwyUERGLnhzbA=&xsltparams=ZmlsZWlkPTI0MjMy>

European Parliamentary. (2018). Resolución P8 TA (2019)0128. The rights of intersex people. Resolution of 14 February 2019 on the rights of intersex people (2018/2878(RSP)). Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0128\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0128_EN.pdf)

Fausto-Sterling, A. (2006). *Cuerpos sexuados: la política de género y la construcción de la sexualidad*. Editorial Melusina.

Feinberg, J. (2015). The child's right to an open future. In *Justice, Politics, and the Family* (pp. 145-160). Routledge.

Fernández Sessarego, C. (1992). *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires: Astrea.

Fernández Sessarego, C. (1996) Daño a la identidad personal. *THEMIS-Revista de Derecho*, (36), 245-272.

Fernández Sessarego, C. (2004). Los sistemas de responsabilidad extracontractual y la codificación civil peruana. En *Negocio jurídico y responsabilidad civil*. Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada. Lima: Grijley

Fernández Sessarego, C. (2007). La relación jurídica del médico con el paciente. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, julio-diciembre, 89-115.

Fernández, M. L. (2012). La realización del proyecto de vida autorreferencial. *Graciela Medina (comp.)*, *Suplemento Especial Identidad de Género*, Buenos Aires, La Ley.

Fernández Revoredo, M. (2014). La igualdad y no discriminación y su aplicación en la regulación del matrimonio y las uniones de hecho en el Perú.

Fernández Revoredo, M. F. (2016). El peso de la igualdad en el debate sobre el reconocimiento de uniones afectivas entre personas del mismo sexo. *Pensamiento Constitucional*, 21(21), 301-322.

Filipinas. Suprema Corte. República de Filipinas v.s Jennifer Cagandahan de 2008.

Fischer, A. (2003). Devenires, cuerpos sin órganos, lógica difusa e intersexuales. En Maffia et. Al. *Sexualidades migrantes*, 9-30.

Ford, K. K. (2000). First, Do No Harm-The Fiction of Legal Parental Consent to Genital-Normalizing Surgery of Intersexed Infants. *Yale L. & Pol'y Rev.*, 19, 469.

Foucault, M. (2007). El sexo verdadero. Barbin, H., Foucault, M., & Serrano, A. Herculine Barbin llamada Alexina B. Segunda Ed. *Talasa, Madrid*.

Foucault, M. (2000). *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Siglo XXI.

Galdamez, L. (2006). La noción de tortura en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista CEJIL, Debates sobre derechos humanos y el sistema interamericano*, (2).

Gama, L. (2011). El modelo de democracia constitucional de Carlos Nino y sus implicaciones para la práctica judicial. *Revista Justicia Electoral*, 1(8), 223-258.

García, O. A. (1999). Reseña al libro " La Construcción del Sexo, Cuerpo y Genero desde los Griegos hasta Freud" de Thomas Laqueur. *Signos Históricos*, 1(1).

García, D. (2015). Una pequeña isla hace historia: Malta prohíbe la mutilación genital de personas intersexuales. *Diario El País*. Disponible en: [https://www.eldiario.es/contrapoder/prohibicion-mutilaciones-genitales\\_132\\_2269993.html](https://www.eldiario.es/contrapoder/prohibicion-mutilaciones-genitales_132_2269993.html)

García López, D. (2015) La intersexualidad en el discurso médico-jurídico. *Eunomia*. Revista en Cultura de la Legalidad N° 8, marzo – agosto 2015, pp. 54-70 ISSN 2253-6655. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2476/1360>

Gargarella, R. (1999). *Las teorías de la justicia después de Rawls* (Vol. 10). Barcelona: Paidós.

González Contro, M. (2006). El derecho a la no-discriminación por motivos de edad: niñas, niños y adolescentes. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 59(252), 19-36.

González Contro, M. (2010). Derechos sexuales. Niños, niñas y adolescentes. En Alegre, Marcelo et. al. *Derecho y Sexualidades*. Buenos Aires: Librería.

González, A. (2009). Michel Foucault, Judith Butler, y los cuerpos e identidades críticas, subversivas y deconstructivas de la Intersexualidad. *Isegoría*, (40), 235-244.

Goodman, R. (1995). The incorporation of International Human Rights Standards into sexual orientation asylum claims: cases of involuntary medical intervention". *Yale Law Journal*. Vol, 105, pp, 274-275.

Häberle, P. (2001). *La imagen del ser humano dentro del estado constitucional*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional, Fondo Editorial.

Häberle, P. (2003). *El estado constitucional* (Vol. 47). Fondo Editorial PUCP.

Haraway, D. J. (1995). *Ciencia, cyborgs y mujeres: la reinvención de la naturaleza*. Madrid. Cátedra.

Hernández González, M.; Rodríguez Morales, G. y García-Valdecasas Campelo, J. (2010). Género y sexualidad: consideraciones contemporáneas a partir de una reflexión en torno a la transexualidad y los estados intersexuales. *Revista de la Asociación Española de*

*Neuropsiquiatría*, vol. XXX, (Enero-Marzo), n° 105, pp. 75-91. Disponible en:  
<http://scielo.isciii.es/pdf/neuropsiq/v30n1/04.pdf>

Hernández Guanche, V. (2009). Intersexualidad y prácticas científicas: ¿ciencia o ficción? *RIPS. Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas*, 8(1).

Herrera, M.; De La Torre, N. y Fernández, S. [comp.] (2015). *Manual de Derecho de las Familias*. Abeledo Perrot Thomson Reuters

Holzer, L. (2015). Making room for the rights of intersex children: legal perspectives on intersex genital surgeries (Doctoral dissertation).

IAAF. (2018, abril 26). IAAF introduces new eligibility regulations for female classification. Retrieved from IAAF: <https://www.iaaf.org/news/press-release/eligibility-regulations-for-female-classifica>

ILGA EUROPE. (2014). Trans Rights Europe Map. Disponible en:  
[https://www.tgeu.org/sites/default/files/Trans\\_Map\\_Index\\_2014.pdf](https://www.tgeu.org/sites/default/files/Trans_Map_Index_2014.pdf)

ILGA. (2016). *Informe de Mapeo Legal Trans 2016: El reconocimiento ante a ley*. Ginebra: ILGA, Noviembre de 2016.

Instituto Nacional de Estadística e Informática (2016). *Perú: Natalidad, Mortalidad y Nupcialidad 2015*. Lima. Disponible en:  
[http://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones\\_digitales/Est/Lib1407/libro.pdf](http://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1407/libro.pdf)

Instituto Nacional de Salud del Niño (2015). Guía de Práctica Clínica de “Diagnóstico y tratamiento de Anomalías de Diferenciación Sexual. Disponible en:  
<http://www.insn.gob.pe/sites/default/files/transparencia/disposiciones-emitidas/R.D.N%C2%B0058-2015-INSN-DG.pdf>

Kant, I. (2012). *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, Ed. de RR Aramayo. Madrid, Alianza.

Karkazis, K. (2008). *Fixing sex: Intersex, medical authority, and lived experience*. Duke University Press.

Karkazis, K., & Jordan-Young, R. (2019). The Myth of Testosterone. Retrieved from Nytimes: <https://www.nytimes.com/2019/05/03/opinion/testosterone-caster-semenya.html>

Karkazis, K., Tamar-Mattis, A., & Kon, A. A. (2010). Genital surgery for disorders of sex development: implementing a shared decision-making approach. *Journal of Pediatric Endocrinology and Metabolism*, 23(8), 789-805.

Kemelmajer De Carlucci, A. (2012) Responsabilidad de los padres, secreto profesional y confidencialidad médica. ¿Cómo se conjugan para asegurar la salud de los adolescentes. *Derecho PUCP*, [S.l.], n. 69, 169-199, nov. 2012. ISSN 2305-2546. Disponible en:  
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/4272/4244>

Kessler, SJ 1998. *Lecciones de los intersexuales*. Nuevo Brunswick: Rutgers Univ. Prensa.

Landa, C. (2002). Dignidad de la persona humana. *Cuestiones constitucionales*. Núm. 7.

Laporta, F. (1985). El principio de igualdad: introducción a su análisis. *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, (67), 3-31

Laqueur, T. (1994). *La construcción del sexo: cuerpo y género desde los griegos hasta Freud* (Vol. 20). Ediciones Cátedra.

Lee, P. A., Houk, C. P., Ahmed, S. F., Hughes, I. A., Moreno, H., Alcántara, E., & Pichardo, C. A. N. (2013). Declaración de consenso sobre el manejo de desórdenes intersexuales. *Debate Feminista*, 47, 279-315.

Lugo Garfias, M. E. (2007). *Diferencias entre Tortura y Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes*. Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos. Núm. 6.

Maffia, D. (Comp.) (2003). "Sexualidades Migrantes. Género y Transgénero". Buenos Aires: Feminaria Editora.

Maffia, D. (2010). Filosofía, Política, Identidad de Género. Hinkle, C. E., Maffia, D., Modarelli, A., Berkins, L., Sottile, P. P., De Giacomi, I. R., & Hendel, L. (2010). *Un cuerpo, mil sexos: intersexualidades*. Editorial Topia.

Maffia, D. y Cabral, M. (2013). *Los sexos ¿son o se hacen?* Disponible en: <https://programadssrr.files.wordpress.com/2013/05/los-sexos-son-o-se-hacen.pdf>

Medina Ardila, F. (2009). La Responsabilidad internacional del Estado por actos de particulares: Análisis jurisprudencial interamericano. *Debate Interamericano*, 1.

Méndez, J. (2013). UN Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, UNDoc (p. 2013). A/HRC/22/53.

Mendoza-Romo, M., Nava-Zárate, N., & Escalante-Pulido, J. (2003). Aspectos éticos y legales del consentimiento informado en la práctica e investigación médica. *Gac Med Mex*, 139(2), 184-187.

Meyer-Bahlburg, H. F. (2014). Psychoendocrinology of congenital adrenal hyperplasia. In *Genetic steroid disorders* (pp. 285-300). Academic Press.

Ministerio de Salud del Perú (2011). Norma Técnica de Salud para el Control de Crecimiento y Desarrollo de la Niña y el Niño Menor de Cinco Años. Dirección General de salud de las Personas. Lima. Disponible en: [http://www.midis.gob.pe/dgsye/data1/files/enic/eje2/estudio-investigacion/NT\\_CRED\\_MINSA2011.pdf](http://www.midis.gob.pe/dgsye/data1/files/enic/eje2/estudio-investigacion/NT_CRED_MINSA2011.pdf)

Ministerio de Salud del Perú. (2011). Norma Técnica de Salud para el Control de Crecimiento y Desarrollo de la Niña y el Niño Menor de Cinco Años. Disponible en: [http://www.diresacusco.gob.pe/salud\\_individual/normas/NORMA%20TECNICA%20D%20%20CRECIMIENTO%20Y%20DESARROLLO%20DEL%20%20NI%C3%91O%20MENOR%20%20DE%20%20CINCO%20A%C3%91OS.pdf](http://www.diresacusco.gob.pe/salud_individual/normas/NORMA%20TECNICA%20D%20%20CRECIMIENTO%20Y%20DESARROLLO%20DEL%20%20NI%C3%91O%20MENOR%20%20DE%20%20CINCO%20A%C3%91OS.pdf)

Minyersky, N. (2013). El derecho de familia y la bioética en el Proyecto de Código Civil y Comercial. *Perspectivas Bioéticas*, (33), 114-138.

Moreno Ruiz – Olalde, P. (2004). La historia olvidada del Nazismo: los homosexuales durante el Holocausto. *Educación y Cultura: Revista Mallorquina de Pedagogía*, 195-210. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/EducacioCultura/article/viewFile/75925/96540>

Moreno, H. (2013). ¿Quién le teme a Caster Semenya?. *Debate Feminista*, 47, 108-121.

Moreno, H., Alcántara, E., y Pichardo, C. (2013). Declaración de consenso sobre el manejo de desórdenes intersexuales. *Debate Feminista*, 47, 279-315.

Nash Rojas, C. (2009). *Alcance del concepto de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Año XV. Montevideo.

Nepal. Corte Suprema. Sunil Babu Pant y otros v. Gobierno de Nepal, Oficina del Primer Ministro y Consejo de Ministros, Legislatura-Parlamento de 2007. Disponible en: [http://womenslink.kubala.acilia.es/files/gjo\\_nepal\\_sunilbabu\\_en.pdf](http://womenslink.kubala.acilia.es/files/gjo_nepal_sunilbabu_en.pdf)

Nino, C. S. (1989). *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. Astrea: Buenos Aires.

Nino, C. S. (2013). *Una teoría de la justicia para la democracia. Hacer justicia, pensar la igualdad y defender libertades*. Siglo XXI: Buenos Aires.

Niño, L. (1998). La experimentación sobre seres humanos: un dilema bioético. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 1, 19-30.

Organización de los Estados Americanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Bueno Alves vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007.

Organización de Naciones Unidas (ONU). Un paso de avance para la visibilidad de la intersexualidad y los derechos humanos. Consulta 14 de enero de 2019. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/Astepforwardforintersexvisibility.aspx>

Organización de Naciones Unidas. Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Observación General nº 2(2008). Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes. CAT/C/GC/2 24 de enero de 2008. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8782.pdf?view>

Organización de Naciones Unidas. Ficha de datos: Intersex. Libres & Iguales. Recuperado de [https://unfe.org/system/unfe-72-Intersex\\_Factsheet\\_SPANISH.pdf](https://unfe.org/system/unfe-72-Intersex_Factsheet_SPANISH.pdf) Fecha de consulta: 12 de febrero de 2019.

Organización de Naciones Unidas. Alto Comisionado de Derechos Humanos. (2015) Un paso de avance para la visibilidad de la intersexualidad y los derechos humanos. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/Astepforwardforintersexvisibility.aspx>

Organización de Naciones Unidas (2014). Informe nacional presentado con arreglo al párrafo 5 del anexo de la resolución 16/21 del Consejo de Derechos Humanos – Kenya. A/HRC/WG.6/21/KEN/1. 11 de junio de 2014.

Patricia Moreno Ruiz-Olalde. (2004). La historia olvidada del Nazismo: Los homosexuales durante el Holocausto.

Parlamento de la Comunidad Autónoma de Andalucía. (2014). Ley 2/2014 “*Ley integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía*”.

Peces-Barba Martínez, G. (1997). Ética pública, ética privada. *Anuario De Filosofía Del Derecho XIV*. Universidad Carlos III, 531-544.

Perú. Tribunal Constitucional. Expediente N° 0090-2004-AA/TC.

Perú. Tribunal Constitucional. Expediente N° 045-2004-PI/TC.

Perú. Tribunal Constitucional. Expediente N° 05312-2011-PA/TC.

Perú. Tribunal Constitucional. Expediente N° 06040-2015-PA/TC.

Perú. Tribunal Constitucional. Expediente N° 2273-2005-PHC/TC.

Perú. Tribunal Constitucional. Expediente N° 2317-2010-AA/TC.

Perú. Tribunal Constitucional. Expediente N° 2868-2004-AA/TC .

Perú. Tribunal Constitucional. Expediente N° 0139-2013 PA/TC.

Perú. Tribunal Constitucional. Expediente N.º 02101-2011-PA/TC.

Pikramenou, N. (2019). *Intersex Rights: Living Between Sexes*. Springer Nature.

Piró Biosca, C. (2002). Estados intersexuales: tratamiento quirúrgico. *Estados intersexuales e hipogonadismo*, 129-140.

Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth. (n.d.). Oyez. Retrieved April 21, 2020, from <https://www.oyez.org/cases/1975/74-115>

Preciado, B. (2008). Testo yonqui. *Ed. Espasa Libros, España*.

Prigogine, I. (2009). Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino. *Justicia y Derechos del Niño*, 107.

Puluka, A. (2015). Parent versus state: protecting intersex children from cosmetic genital surgery. *Mich. St. L. Rev.*, 2095.

Ramirez, B. y Tassara, V. (2015) Identidad negada. Una decisión de la justicia constitucional que significa un menoscabo en la protección que merecen las personas trans. *Revista de Derecho Constitucional*. N° 1, 303 – 333.

Romero, K y Reingold, R. (2013). Advancing adolescent capacity to consent to transgender-related health care in Colombia and the USA, *Reproductive Health Matters*, 21:41, 186-195, DOI: 10.1016/S0968-8080(13)41695-6

Reis, E. (2007). Divergence or disorder? The politics of naming intersex. *Perspectives in biology and medicine*, 50(4), 535-543.

Rincón Castellanos, X. (2012) ¿Bioética y derecho para qué y para quiénes? Discusiones en torno a la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en Colombia. *Derecho PUCP*, [S.l.], n. 69, 99-112, nov. 2012. ISSN 2305-2546.

Disponible en:

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/4268/4240>

Riquelme, H. (2005). La medicina nacionalsocialista: ruptura de cánones éticos en una perspectiva histórico-cultural. *Polis. Revista Latinoamericana*, (10).

Rodríguez, A; Ezquieta, B.; Labarta J. I.; Clemente, M.; Espino, R.; Rodríguez, A.y Escribano, A. (2017) Recomendaciones para el diagnóstico y tratamiento de pacientes con formas clásicas de hiperplasia suprarrenal congénita por déficit de 21-hidroxilasa. *Anales de Pediatría de la Asociación Española de Pediatría*, pp, 1-9.

Romero Castillo, E. (2012) "El tercer sexo se pronuncia: ni hombre ni mujer, persona". *Alemania Hoy (DW)*. 28 de febrero de 2012. Consultado el 25 de junio de 2016.

<http://www.dw.com/es/el-tercer-sexo-se-pronuncia-ni-hombre-ni-mujer-persona/a-15770259>

Rosato, J. L. (2000). Using bioethics discourse to determine when parents should make health care decisions for their children is deference justified. *Temp. L. Rev.*, 73, 1.

Rousseau, J. J. (1999). *El contrato social* [1762]. Madrid: Aleph.

Rupperecht, M. (2013). Children's right to physical integrity. *Parliamentary Assembly of the Council of Europe*.

Saba, R. (2008). Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas? Gargarella, Roberto, *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pp. 695-742.

Saba, Roberto. (2016). *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desventajados?* Siglo XXI Editores.

Saldivia Menajovsky, L. (2007). Sin etiquetas. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 8 Número 1, pp, 133-160. Disponible en:

[http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista\\_juridica/n8N1-Sept2007/081Jurica10.pdf](http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n8N1-Sept2007/081Jurica10.pdf)

Saldivia Menajovsky, L. (2010). *Reexaminando la construcción binaria de la sexualidad*. En Alegre, Marcelo et. al. *Derecho y Sexualidades*. Librería. Buenos Aires.

Saldivia Menajovsky, Laura (2011). Categorías sospechosas, flexibles y contextuadas. En Gargarella, R. (2011). *La constitución en 2020*. Avellaneda. Siglo XXI.

Saldivia Menajovsky, L. (2013). *Laicidad y diversidad*. Universidad Nacional Autónoma de México, Cátedra Extraordinaria Benito Juárez, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

Saldivia Menajovsky, L. (2017). *Subordinaciones Invertidas. Sobre el derecho a la Identidad de Género*. 1ª ed.- Los Polvorines: Universidad nacional de General Sarmiento; Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Salomé Resurrección, L. M. (2015). La "discriminación múltiple" como concepto jurídico para el análisis de situaciones de discriminación. (Tesis para obtener el grado académico de Magíster en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú).

Sardá-Chandiramani, A. (2015) Derechos humanos y personas intersex. Documento temático. Consejo Europeo de Derechos Humanos.

Scherpe, J. M., Dutta, A., & Helms, T. (Eds.). (2018). *The legal status of intersex persons*. Intersentia.

Serna Vanegas, M. M. (2012). El concepto biopolítico de la identidad de género en el estado intersexual (biopolitical concept of gender identity in intersexual states). *Revista CES Derecho*. ISSN 2145-7719 Volumen 3 Número 2 Julio-Diciembre. Disponible en: <http://revistas.ces.edu.co/index.php/derecho/article/view/2536/1796>

Siverino Bavio, P. (2010). El Derecho ante la diversidad: la transexualidad y el derecho a la identidad sexual en la jurisprudencia argentina. *IUS ET VERITAS*. Núm. 41.

Tamar-Mattis, A. (2006). Exceptions to the rule: curing the law's failure to protect intersex infants. *Berkeley J. Gender L. & Just.*, 21, 59.

Tamar-Mattis, A. (2013). Medical treatment of people with intersex conditions as torture and cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment. *Center for Human Rights & Humanitarian Law (Ed.), Torture in healthcare settings: Reflections on the special rapporteur on torture's*, 91-104.

Tovar, D. (2013). Desarrollo jurisprudencial de la intersexualidad: consentimiento informado, infancia y derechos. *Debate feminista*, 24(47), 76-92.

Uprimny, R., & Sánchez, L. M. S. (2014). Artículo 24. Igualdad ante la ley. *Steiner Cristian y Patricia Uribe (coordinadores), Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, 579-605.

Uprimny, R., & Sánchez, L. M. S. (2019). Artículo 24. Igualdad ante la ley. *Steiner Cristian y Fuchs Marie-Christine (editores), Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, 705-735.

Uslan, S. S. (2010). What Parents Don't Know: Informed Consent, Marriage, and Genital-Normalizing Survey on Intersex Children. *Ind. LJ*, 85, 301.

Vargas, M. G. D. L. T. (2018). Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos. *Revista de Derecho (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho)*, (18), 117-137.

Villán Durán, C. (2004). La práctica de la tortura y los malos tratos en el mundo. Tendencias actuales. La prevención y erradicación de la tortura y malos tratos en los sistemas democráticos, (7), 33-115.

Viola, S. (2012). Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil: una deuda pendiente. *Revista Cuestión de Derechos*. Volumen 3 Número 2 Julio-Diciembre 2012, 154-168.

Von Münch, I. y Muñoz, J. (1982). La dignidad del hombre en el derecho constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (5), 9-33.

Wiesemann, C., Ude-Koeller, S., Sinnecker, G. H., & Thyen, U. (2010). Ethical principles and recommendations for the medical management of differences of sex development (DSD)/intersex in children and adolescents. *European Journal of Pediatrics*, 169(6), 671-679.

Women's Link Worldwide. (2010). Corte Superior de Kenia A Nairobi. Richard Muasya vs Fiscal General y otros. Demanda N° 705 de 2007. Disponible en:

[http://www.womenslinkworldwide.org/observatorio/documentos/gjo\\_Kenia\\_MuasyavProcurador\\_es.pdf](http://www.womenslinkworldwide.org/observatorio/documentos/gjo_Kenia_MuasyavProcurador_es.pdf)

Zelada, C. (2018). Cuerpos Indisciplinadxs: hacia una mirada cuir(queer)(cuy-r) de la regulación jurídica de las sexualidades disidentes. *Repensando las reglas del juego. Caminos para evitar el colapso institucional y social*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Pacífico, 133-153.

Zelada, C. J., & Sevilla, C. N. (2017). Trans legalidades: Estudio preliminar de expedientes sobre reconocimiento de las identidades trans en el Perú. *Ius Et Veritas*, (55), 90-111.

