

El estado civil y los hermafroditas. Un análisis desde el estado civil, la igualdad y la dignidad humana¹

.....
The Civil state and its relation with hermaphrodites. An analysis from the civil state, the equality and the human dignity studies

Artículo Recibido: Noviembre 2012 **Artículo Aceptado:** Junio 2013

Jusstine Jaineth Flye Vergel².

Derecho, estudiante de séptimo semestre.
Universidad Santo Tomas sede Bucaramanga,

¹ El artículo corresponde a un avance de investigación del proyecto “El estado civil y los hermafroditas. un análisis desde el estado civil, la igualdad y la dignidad humana”, iniciado el segundo semestre del año 2012. El proyecto ha contado con la tutoría de Henry Forero, Docente titular de la facultad de derecho de la Universidad Santo Tomas de Bogotá. Coordinador del semillero de investigación ALTERIUS, en filosofía y teoría del derecho, sociología del derecho y estudios socioculturales jurídicos, forero_henry@yahoo.com.mx

² Integrante del semillero de investigación en filosofía y sociología del derecho ALTERIUS.

El estado civil y los hermafroditas. Un análisis desde el estado civil, la igualdad y la dignidad humana

Resumen.

Este artículo da cuenta de los resultados de una investigación cuyo objeto se orientó a establecer las posibilidades para la creación de un estado civil neutro que ubique a las personas con condición de hermafroditismo, como alternativa para garantizar sus derechos fundamentales en Colombia. Puesto que el ordenamiento jurídico colombiano goza de un modelo garantista de los derechos de los individuos, derechos que son protegidos tanto nacional como internacionalmente. Para demostrar dicha viabilidad, se analizará la situación actual de las personas en condición de hermafroditismo en el país y los derechos que les son vulnerados al imponérseles la ubicación en alguno de los dos sexos reconocidos por el Derecho en el momento de su nacimiento. A su vez, se analizará la posible creación de un estado civil neutro que ubique a las personas hermafroditas en el acta de nacimiento, teniendo en cuenta para ello, los derechos concebidos al individuo por la Constitución Política de Colombia y por la jurisprudencia de la misma.

Palabras Claves: Hermafrodita, intersexual, estado civil, registro civil

The Civil state and its relation with hermaphrodites. An analysis from the civil state, the equality and the human dignity studies

Abstract

The creation of a civil neuter state for people with condition of hermaphroditism like alternative to guarantee its fundamental rights is viable in Colombia. The classification juridical Colombian enjoys a model guarantor of the rights of the individuals, rights that are protected so much national as internationally. To demonstrate this viability, it will be analyzed as the current situation of people in condition of hermaphroditism in the country and the rights that are harmed to the imponérseles the location in some of the two sexes recognized by the Right in the moment of their birth. In turn, the possible creation of a civil neuter state was analyzed that locates hermaphrodite people from birth in the records, keeping in mind for it, the rights conceived the individual by the Political Constitution of Colombia and for the jurisprudence of the same one.

Keywords: Hermaphrodite, intersexual, civil state, civil registration.

Introducción

Colombia se encuentra trabajando día a día en la materialización del estado social de Derecho en la realidad de los individuos. La sociedad contemporánea está atravesando un periodo de transición normativa y cultural. Es por esa razón que en un futuro próximo se hará necesario que el Derecho realice ajustes normativos que puedan cobijar dentro de sí todas las cosmovisiones que coexisten bajo el territorio, ya que la única forma de garantizar una igualdad real, es aceptando que existen diferencias entre los individuos.

La condición de hermafroditismo o intersexualidad existe desde hace mucho tiempo atrás. Sin embargo, el trato ofrecido para las personas que nacen con dicha condición no ha variado con el pasar del tiempo. Actualmente las personas nacidas con una ambigüedad genital sufren una discriminación que no se limita solo a un campo social, sino también a un campo jurídico y científico. De acuerdo a la normatividad existente en el país en materia de estado civil, los individuos hermafroditas no tienen un espacio en el derecho que les permita desarrollarse y hacer uso y goce de sus derechos sin ocultar su identidad real. Los derechos consagrados en la Constitución Política de Colombia y los principios sobre los cuales están fundada la misma, ponen en cabeza del individuo derechos como el libre desarrollo de la personalidad, igualdad, autonomía y dignidad humana, derechos que aunque le son reconocidos a todos los individuos, en el caso particular de los hermafroditas, no pueden desplegarse.

De forma muy concreta, se pretende dar en este texto un análisis a la situación de las personas intersexuales en Colombia, no solo desarrollando y desmesurando sus realidades sociales, sino demostrando que bajo los principios que rigen el estado social de Derecho, es viable e incluso necesario la

toma de medidas preventivas que impidan la discriminación por parte de la sociedad y el derecho a los intersexuales. Presentando como solución más inmediata la creación de un estado civil neutro para las personas intersexuales, que les permita la garantizarían de sus derechos sin necesidad de accionar el aparato judicial. No se pretende con este planteamiento desconocer los problemas de salud que podrían presentársele al intersexual, pues en el momento en que su vida se encuentre en riesgo la decisión corresponderá a los médicos, simplemente se pretende que la autonomía el individuo y el derecho que este tiene a decidir sobre su vida sea respetada, que se le dé un tiempo hasta que el mismo cumpla la edad suficiente para tomar las riendas de su vida.

Para lograr dar un profundo desarrollo a este tema, se han desarrollado tres apartados, cada uno de ellos analizan un tema en particular conectándose a su vez con los siguientes. El primero de ellos demuestra la situación de la persona intersexual en el contexto nacional, explicando como primera medida la condición médica del intersexual, para luego establecer los derechos que se ven afectados al mismo como individuo dando como ejemplo sentencias de la Corte Constitucional.

El segundo apartado trabaja los derechos constitucionales y fundamentales que el Estado reconoce y garantiza a todos los individuos del país, argumentando bajo dicha vulneración la necesidad de crear un estado civil neutro para las personas intersexuales. Como punto final se demuestra en el último apartado de este artículo que es jurídicamente posible la creación de un estado civil neutro para las personas intersexuales, no solo teniendo en cuenta su situación social y los derechos vulnerados, sino los principios

constitucionales sobre los cuales se encuentra construido el estado social de derecho.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La Corte Constitucional se ha pronunciado en sentencias como la T-912/08, T-551/99, T-962/99 y T-477/95 entre otras, sobre la condición de una persona que nace con hermafroditismo. Abordando temas como la autonomía del individuo para elegir su sexo, el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad, el papel de los padres y médicos en la decisión sobre el sexo del menor, la dignidad humana y el consentimiento informado.

Sin embargo, la protección que se le ha reconocido a estas personas, jurisprudencialmente es insuficiente, ya que en el momento en que surge la necesidad de incluir al individuo en la sociedad y para ello registrarlo en el acta de nacimiento, se le otorga como única opción ubicarse en alguno de los dos sexos (hombre y mujer) reconocidos por el derecho (Martínez, 2007, pág. 225).

Cuando una persona nace es necesaria la creación del registro civil, en el cual deben consignarse todos los datos del individuo con el fin de soportar la existencia de su personalidad jurídica. Para que dicho registro pueda perfeccionarse debe contener datos específicos de la persona. De acuerdo al artículo 52 del decreto 1260 de 1970 se deben consignar en ella el nombre del inscrito, su sexo, municipio, fecha de nacimiento, oficina donde se inscribió, los números del folio y general de la oficina central.

El registro de nacimiento ubica a la persona en alguno de los dos sexos existentes, los cuales son hombre y mujer. Para las personas cuya condición física va de

acuerdo a alguno de los dos géneros, no existe ningún inconveniente, pero para aquellos que nacen con hermafroditismo la situación es diferente (Gonzales Sanchez, Velasquez Acevedo, & Duque Quintero, 2010, págs. 2, 3). Partir de la premisa que todos los seres humanos somos iguales, es generar una situación de desigualdad ya que para que haya igualdad entre todos, el primer paso es reconocer que existen diferencias, de lo contrario algunas minorías podrían verse afectadas al tratar de ser ubicadas en una identidad a la que no pertenecen.

El hermafroditismo o intersexualidad hace referencia a aquellos recién nacidos que presentan genitales ambiguos, esto es, sin evidencia clara sobre sexo asignable (Mejías Sánchez, Duany Machado, & Tobaada Lugo, 2007, pág. 1). Para los casos de individuos nacidos con dualidad de género, no existe una opción de postergar la definición del sexo hasta que el menor pueda elegir uno de ellos, es por esa razón que en dichos casos se hace necesario la inscripción del individuo en alguno de los dos sexos, así el sexo de la persona no corresponda al de su acta de nacimiento (Gonzales Sanchez, Velasquez Acevedo, & Duque Quintero, 2010, págs. 2, 3). Esto sucede porque la condición de hermafrodita ha llegado a verse como algo anormal que debe ser modificado por medio de tratamientos hormonales o quirúrgicos, ya que se piensa que al percibirse diferente la persona pueda resultar afectada psicológicamente, tener repercusiones en su vida social o ser víctima de rechazo por parte de las personas.

Todos los individuos poseen los derechos al libre desarrollo de su personalidad, a la autonomía de su voluntad y a la autenticidad. Estos derechos que se encuentran cobijados por el derecho a la dignidad humana, hacen del individuo un ser que se autodetermina, se autodefine y se autogobierna, otorgándole así a la persona

el derecho a expresarse como es en realidad, facultándolo así como el único con el derecho de elegir la forma en la que desea vivir su vida (Crespo, 2011, pág. 66).

A pesar de las varias interpretaciones que ha realizado la Corte Constitucional sobre los estados intersexuales, no se han hecho las reformas correspondientes en la estructura jurídica orgánica vigente, de tal modo que las personas con un estado de hermafroditismo no pueden acceder a determinados derechos sin la necesidad de cambiar su identidad, dando como opciones posibles la de postergar la decisión del sexo, sin tener que someterse a cirugías o tener que inscribirse en el registro civil de nacimiento con una identidad que no corresponde a la suya (Martínez, 2007, pág. 16).

La problemática que afronta los intersexuales en el Estado colombiano es clara. El ordenamiento jurídico no ofrece las garantías necesarias ni ningún tipo de alternativa que permita a los intersexuales desarrollarse plenamente como individuos, sin necesidad de ocultarse, de transformarse con el fin de alterar su realidad, sin necesidad de vivir una vida que no es la de ellos, a pesar de que tienen los derechos para hacerlo y se supone que el estado social de derecho bajo el que se encuentran así lo permite. Es por eso que la solución hace mucho tiempo dejó de ser la de que los individuos acudan a la tutela para proteger sus derechos, ahora se necesita una medida más drástica, que no solo cambie la situación actual, sino que sea un mecanismo preventivo para lograr que paulatinamente la discriminación social a los intersexuales sea erradicada. Es por eso que en este artículo se contempla una opción, una que ha sido adoptada ya por países como Australia, Nepal, India, Pakistán y hace pocos días por Alemania: crear un estado civil neutro que ubique a

las personas intersexuales y les permita sentirse aceptados por el ordenamiento jurídico y en futuro por la sociedad.

La sociedad se encuentra en constante cambio y para asegurar la protección de los derechos de cada individuo es necesario romper prejuicios y tabúes existentes, de lo contrario, los individuos con condiciones físicas o culturales diferentes podrían ver vulnerados sus derechos. Bernal Crespo, afirma al respecto,

“En la actualidad se postula que el sexo debe ser considerado como un espectro, en uno de cuyos extremos se encuentran los individuos masculinos bien conformados y en el extremo opuesto los femeninos. Aunque la mayoría de la población puede ser incluida en uno de los extremos del espectro, existe una zona intermedia en la que existen individuos que biológicamente no están considerados como varones ni como hembras, pero por ello dejan de ser individuos de la especie humana” (Bernal 2011, pág. 3)

2. Metodología

Enfoque y tipo de investigación

La investigación se desarrolla con un enfoque cualitativo, ya que refleja una situación humana en el Derecho colombiano. Los estados intersexuales son fenómenos biológicos poco comprendidos por la sociedad actual, por esa razón es necesario que a partir de los medios que permiten las leyes actuales, se busque una forma de no solo conocerlos a mayor profundidad, sino de que teniendo en cuenta la problemática que viven debido al ordenamiento jurídico, es viable bajo los principios del ordenamiento jurídico la creación de un estado civil neutro. Esta investigación pretende sustentar una alternativa que permita poner un fin a la

vulneración de los derechos de las personas intersexuales, es un trabajo de argumentación y debate, propio de la ciencia jurídica.

Tipo de Investigación

Desde un enfoque cualitativo la investigación estará desarrollada desde una investigación descriptiva, tal como dice el manual de la técnica educacional:

“Consiste en llegar a conocer las situaciones, costumbres y actitudes predominantes a través de la descripción exacta de las actividades, objetos, procesos y personas. Su meta no se limita a la recolección de datos, sino a la predicción e identificación de las relaciones que existen entre dos o más variables.” (Deobold B & William J, 1983)

Fuentes, instrumentos y técnicas de recolección de datos.

Con el fin de establecer un estado civil neutro para las personas hermafroditas, se hace uso de diversas fuentes para la recolección de información, las cuales son:

- Fuentes secundarias: Estudios sobre la bioética, la condición hermafrodita y la doctrina nacional sobre los principios constitucionales.
- Fuentes primarias: Jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional en relación al tema, así como normatividad y jurisprudencia respecto a los derechos fundamentales relacionados con el mismo.

3. Situación de la condición de intersexual o hermafrodita en el contexto nacional.

Para iniciar el desarrollo de este artículo es necesario tener en cuenta el concepto de intersexual o hermafrodita que se va a

desarrollar. Como persona intersexual o hermafrodita entendemos que es la condición en la cual el individuo desarrolla características físicas y genitales de los dos sexos (hombre y mujer) (Sanchez Buitrago, 2007, pág. 12). Dicha condición tienen tres grados: (i) *Hermafroditismo verdadero*: es la presencia simultánea de tejidos testiculares y ováricos en los órganos sexuales reproductores (ovarios y testículos), (ii) *Pseudohermafroditismo*: se presenta cuando los genitales externos presentan cierto grado de ambigüedad, pero los órganos genitales internos son pertenecientes a un solo sexo, (iii) *Disgenesia gonadal mixta (DGM)*: Caracterizada por la presencia de un testículo disgenesico unilateral y una gónada atrófica rudimentaria y fibrosa. (Mejías Sánchez, Duany Machado, & Tobaada Lugo, 2007, pág. 5).

La condición de hermafroditismo se presenta en los individuos desde tiempo remotos. Antiguamente los hermafroditas eran contemplados como una variación dentro del continuo sexual, eran por decirlo de alguna forma una posibilidad aceptada dentro de la variación sexual humana, ello no significaba que fueran socialmente aceptados, pues seguían siendo unos perturbadores de lo establecido. Distintos campos académicos se pronunciaron sobre la condición de hermafrodita, entre ellos los médicos, los juristas, biólogos e incluso las religiones, pero dichos pronunciamiento no contemplaban la posibilidad de reconocerlos como un tercer sexo, por el contrario se exigía a los intersexuales que se integrarían al sistema dualista y por ello eligieran un sexo legal con el que querían vivir. (Balza, 2009, págs. 3, 4).

Actualmente y gracias a los avances tecnológicos y científicos que han sufrido las distintas ciencias, la condición de hermafrodita puede comprenderse de forma más amplia, sin embargo, el tratamiento que se les da es el mismo al de hace tanto

tiempo cuando no existían las condiciones para comprender dicha condición. Desde el momento en que el individuo nace hermafrodita da inicio el trabajo de “normalización” para ubicarlo y transformarlo de forma que pueda ocupar un lugar en alguno de los sexos reconocidos por el derecho, dicha transformación se realiza con tratamientos quirúrgicos y hormonales, desconociendo así la autonomía y la dignidad de los sujetos intersexuales (Balza, 2009, págs. 7 - 9).

Todos los individuos al momento de su nacimiento tienen radicados en su cabeza los atributos de la personalidad, de los cuales se ha dicho son “*signos distintivos del ser humano, que sirven para diferenciar e individualizar al sujeto de los demás*” (Serrano Gómez, 2011, pág. 19). Los atributos de la personalidad son seis: (i) *Capacidad*, esta incluye la capacidad de goce que hace a la persona titular de derecho y la capacidad de ejercicio que permite a la persona hacer valer por sí misma los derechos que posee, (ii) *Nacionalidad*, (iii) *Nombre*, (iv) *Domicilio*, (v) *Patrimonio* y (vi) *Estado civil*, este último de los atributos de la personalidad es el que vamos a desarrollar y trabajar a lo largo de este artículo, pues existe gran incertidumbre en cuanto al estado civil en las personas hermafroditas (Serrano Gómez, 2011, págs. 19 - 119)

Serrano Gómez define el estado civil como la situación jurídica del individuo ante la familia y la sociedad a la que pertenece (Serrano Gómez, 2011, pág. 103). El decreto 1260 expedido el 27 de Julio de 1970 afirma en su primer artículo que “*El estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y la sociedad, determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible,*

indisponible e imprescriptible y su asignación corresponde a la ley”.

El estado civil como lo menciona la anterior cita, goza de determinadas características que merecen ser explicadas a lo largo de este trabajo. (i) *Indivisible*, se refiere a que ninguna persona podrá tener más de dos estados civiles, (ii) *Indisponible*, trata que ninguna persona puede disponer de él, (iii) *Imprescriptible*, significa que no puede adquirirse por el paso del tiempo. En cuanto a la última característica señalada por el artículo primero del decreto 1260 de 1970, la cual se refiere a que nadie podrá atribuirse un estado civil que no se encuentre contemplado en la ley. Es necesario en este punto declarar un descuerdo personal con la última característica, ya que se genera una inseguridad jurídica al considerar que los únicos estados civiles existentes son los consagrados en la ley, pues la realidad de algunos individuos puede no encajar en los parámetros establecidos por la misma.

El atropello a los derechos de las personas hermafroditas surge en el momento en que después de su nacimiento y con el fin de materializar y hacer exigibles los derechos asignados en sus cabezas desde el vientre, se hace necesario cumplir con el requisito formal de la inscripción del recién nacido en el acta del registro civil. El acta tiene unos espacios que deben ser llenados para efectos de otorgar al individuo una identificación que lo diferencie de los demás, se registra el individuo con un nombre, un lugar y fecha de nacimiento, hijo de determinadas personas y nacido con un determinado sexo. Al no existir un campo específico en el que puedan ser ubicados, los menores con condición de hermafroditismo deben ser adscritos en algunas de las dos opciones de sexo existentes, las cuales son hombre y mujer. La decisión en la escogencia del sexo

es determinada por los padres o el médico que atendió al recién nacido.

El intento de ubicar a los individuos hermafroditas dentro de los parámetros establecidos por la lógica binaria, no solo se limita al acta del registro civil de nacimiento, los individuos nacidos con una ambigüedad genital son sometidos por determinación de sus padres y de los médicos a tratamientos quirúrgicos y hormonales desde una edad muy temprana, casi inmediatamente al momento de su nacimiento. Es por esa razón que desde los años 90 las personas defensoras de los derechos de los intersexuales en Norte América, conformaron un movimiento político llamado Sociedad Intersexual de Norte América (IntersexSociety of North America – ISNA) impulsado por Cheryl Chase, con el fin de exigir un cambio en el tratamiento médico de los nacimientos intersexuales, exigiendo así el respeto a la autonomía y la dignidad de dichos individuos. Su meta más importante es cambiar el trato que se les da a los bebés hermafroditas, defendiendo la idea que no se les aplique ningún tratamiento médico invasivo a menos que exista un riesgo o perjuicios en la salud del sujeto. Dicho movimiento no solo se centra la defensa de los derechos de las persona directamente afectadas, sino que también promueven apoyo emocional y proporción de herramientas para los padres, con el fin de que acepten las diferencias físicas de sus hijos. (Balza, 2009, pág. 9)

La problemática que se presenta en las personas con condición de hermafroditismo, se da por la existencia de prejuicios sociales que han perdurado a través del tiempo y que han irradiado a los distintos campos académicos y sociales. Ejemplo de ello son las sentencias SU-337 de 1999, T-552 de 1999, T-692 de 1999 y T-477 de 1995. En la sentencia SU-337/99 la madre de una menor de 3 años que presenta un falo de 3 centímetros (semejante a un pene) interpone

acción de tutela contra el ISS (Instituto de Seguros Sociales) debido a que estos se niegan a realizar una intervención quirúrgica que pueda transformar los órganos sexuales de la menor, afirmando que es la menor y no la madre la que tiene la potestad de tomar dicha decisión. La Corte resuelve este caso protegiendo los derechos a la identidad sexual, el libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad de la menor, asignándole un equipo médico al cual le corresponderá establecer cuando la menor goza de su autonomía y de esa forma pueda prestar su consentimiento informado para que se adelanten las cirugías y los tratamientos hormonales, si la paciente toma la decisión.

Adicional a ello y con el fin de aclarar su decisión y refiriéndose a la condición de hermafroditismo, afirma la Corte:

“La Corte Constitucional de Colombia reconoce que en relación con el hermafroditismo, la sociedad contemporánea está viviendo un período de transición normativa y cultural. Por consiguiente, en el futuro próximo serán necesarios e inevitables ciertos ajustes normativos para regular, en la mejor forma posible, los desafíos que plantean a nuestras sociedades pluralistas los estados intersexuales. (...)

Adicionalmente, la Corte reconoce que en el presente caso, la decisión e investigación tuvo que limitarse al caso concreto; sin embargo, la Corte reitera que la Constitución de 1991 pretende construir una sociedad en donde la diversidad de formas de vida no sea un factor de violencia y de exclusión sino una fuente insustituible de riqueza social. La diferencia y la igualdad encuentran sus lugares respectivos en esta Constitución que pretende así ofrecer las más amplias oportunidades vitales a todas las personas. Los estados intersexuales interpelan entonces nuestra capacidad de

tolerancia y constituyen un desafío a la aceptación de la diferencia.”

Otro ejemplo de la clara intervención de los padres en la decisión de la determinar el sexo del menor se presentan en la sentencia T-477/95, en donde un menor de 6 años víctima de un ataque de un perro, el cual le destroza los órganos genitales, es sometido por decisión de sus padres a una intervención que quirúrgica que transforma sus órganos sexuales de masculinos a femeninos, a su vez el menor fue sometido a tratamiento hormonal y psicológico con el fin de lograr una completa adaptación a su nueva condición. Cuando llega a la etapa de la adolescencia manifiesta su descontento con la decisión tomada por sus padres e interpone una acción de tutela buscando el reconocimiento de sus derechos a la identidad, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, los cuales le son reconocidos por la corte y esta ordena al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar brinde un tratamiento integral al individuo que se extenderá hasta que se considere conveniente.

Con respecto a dicha situación, afirma la Corte.

“El derecho a la identidad la persona es un ser autónomo, con autoridad propia, orientado a fines específicos, que ejerce un claro dominio de su libertad y en consecuencia ninguna decisión tomada sin su consentimiento se torna valida. Tal autonomía, implica a la persona como dueña de su propio ser.” (T-477, 1995)

Es claro que la situación de las personas hermafroditas en el contexto colombiano es inestable, pues aunque la corte en jurisprudencia como la anteriormente mencionada trata temas sobre los derechos

de los mismos, no se pronuncia sobre el tema de fondo, el cual trata sobre la discriminación y la violación de los derechos que se hace de dichos individuos desde el momento de su nacimiento. Las personas hermafroditas al igual que todas las personas bajo el marco del estado social de derecho, son titulares de derechos a la igualdad, la autonomía, la autodeterminación, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana. Por eso aunque la corte no se haya pronunciado del tema en específico, considero que es viable la creación de un estado neutro que ubique a las personas hermafroditas y garantice así sus derechos.

Teniendo en cuenta los conceptos anteriormente dados, pretendo sustentar en este trabajo la existencia de un estado civil neutro para las personas con condición de hermafroditismo. Dicho estado civil sería temporal, ya que existiría hasta el momento que el mismo individuo pueda tomar una decisión con respecto al sexo que quiere pertenecer. Con este planteamiento no pretendo desconocer el posible riesgo a la salud del individuo que podría causar la prolongación de la condición, tengo claro que en casos como la Disgenesia gonadal mixta el individuo debe ser intervenido lo más rápido posible, ya que existe la posibilidad de malignización de la gónada disgenica. Se busca que el derecho garantice los derechos de las personas que posean dicha condición y para ello el derecho como primera medida debe reconocer que las personas hermafroditas en el momento de su nacimiento, son personas que no pertenecen a la identidad de hombre o mujer y por lo mismo no deben ser ubicadas en otros sexos para poder obtener un reconocimiento por parte del estado de sus derechos.

4. Estado civil neutro en el ordenamiento jurídico colombiano.

Para continuar con el desarrollo del artículo es necesario seguir con la segunda fase a desarrollar que pretende en primera medida examinar los derechos que son violentados a dicha minoría por causa de la no existencia de un estado civil neutro que los ubique; como segunda punto a desarrollar pretendo sustentar que un estado civil neutro es posible, ya que el mismo ordenamiento jurídico a través de los derechos que le concede a las personas lo permite de manera indirecta. La imposición de un estado civil a las personas hermafroditas afecta en gran medida los derechos que dicha persona posee.

El primero de los que se van a analizar es el derecho a la igualdad. Este derecho posee una triple óptica, ya que en primer lugar es un valor que orienta la actividad estatal y de los particulares; en segundo lugar es un principio vinculante y en tercer lugar es considerado como una regla dentro de la cual se debe analizar el caso concreto a resolver. En realidad el nombre de este derecho puede generar cierta confusión, ya que lo que existe realmente no es un derecho a que todas las personas seamos iguales de forma literal. La única forma en la que el derecho a la igualdad pueda ser garantizado a todos los individuos, es partiendo inicialmente de la premisa que existe una desigualdad, es decir, que hay diferencias entre uno y otro individuo, y una vez aceptadas esas diferencias, el derecho debe aplicar la ley en cada uno de los acontecimientos teniendo en cuenta las diferencias constitutivas de ellos. (Ramírez Gómez, 2002, págs. 2, 3)

El derecho en su ámbito público y privado debe tener en cuenta el concepto de igualdad. No solo como un derecho que protege la Constitución Política, sino como un base fundamental, sobre la cual debe

estar construido el ordenamientos jurídicos, sus sistemas internos y las políticas sociales. Todo esto con el fin de que los individuos puedan crear un concepto de igualdad que sea aplicado en su diario vivir, un concepto que les permita ir mas alla de las palabras y que les permita comprender que aunque haya un reconocimiento reciproco de unos a otros como portadores de una historia, una identidad y un contexto único y particular, y que a pesar de esa diferencia, de esos infinitos mundos que representa cada persona, exista una percepción de igualdad entre ellos. Dicha intervención del derecho en cuanto al tema de la igualdad es de suma importancia ya que afecta significativamente las percepciones de los individuos, las cuales suelen ser moldeadas por el contexto al que pertenecen (García Valverde, 2009, pág. 10). Esto con el fin de dar solución a una problemática que se encuentran afrontando las minorías actualmente, en la que el problema principal -como en el caso de las personas hermafroditas- surge por el no reconocimiento de las diferencias entre los individuos y por la impartición de una igualdad que hace pensar que todos los individuos son iguales, con idénticas problemáticas, identidades y cosmovisiones (Gebruers, 2011, pág. 11).

El derecho a la igualdad que tienen todos los individuos se ve violentado por los particulares cuando estos no hacen un ejercicio de tolerancia y pasan por alto el pluralismo que se presenta en las sociedades contemporáneas. Parece extraño que se relacione a la tolerancia como un mecanismo para proteger la igualdad de las personas, pues parece más adecuada como una práctica para la protección de la autonomía de las mismas, pero tanto la tolerancia como la igual se encuentran entrelazadas. La tolerancia es una práctica, que situándonos en el caso particular de las personas hermafroditas, resolvería significativamente el problema de dicha

minoría, pues protege la autonomía de los individuos, el derecho a ser ellos mismos, el reconocimiento de diferencias con respecto a otros grupos, pero sin distanciarse de lo más importante y es que dicha práctica permite que exista una comprensión de la situación del otro individuo, causando así, que un individuo reconozca a otro como otro individuo, que es igual a él y que tiene los mismos derechos y obligaciones ante la sociedad y el estado. (Melero de la Torre, 2011, págs. 1-3).

El derecho a la igualdad es protegido tanto nacional como internacionalmente. Internacionalmente el precedente histórico más antiguo es el del artículo 1 de la declaración universal de los derechos humanos, donde se afirma que

“todos los seres humanos nacen libre e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están en razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

En el contexto nacional el derecho a la igualdad se encuentra consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, el cual reza

“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozaran de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosofía...”.

Sin embargo el derecho a la igualdad suele verse violentado no solo por parte de los particulares, sino también por la ley misma. Existe discriminación por parte de la ley cuando esta trata de manera desigual a las personas que se encuentran en las mismas condiciones. Existen dos tipos de discriminación: (i) *Defacto*, la cual se

produce cuando la ley no tienen en cuenta las diferencias que existen en la realidad entre los individuos a quienes va dirigida la ley, (ii) *De iure*: la cual tiene lugar cuando en la práctica, aunque los destinatarios de la ley se encuentran en condiciones semejantes y la ley introduce una desigualdad. En otras palabras, la ley es discriminatoria cuando su contenido normativo o ámbito de aplicación no se ajustan a la constitución. (Ramírez Gómez, 2002, pág. 4). Las personas con condición de hermafroditismo suelen ver violados su derecho a la igualdad por la misma ley, pues es ésta la que emite una norma que no tiene en cuenta las diferencias que ellos presentan de otros individuos, pues su realidad sexual no se ajusta a los parámetros establecidos y por ello mismo no son tenidos en cuenta por el derecho como individuos con una realidad diferente que debe ser contemplada dentro del ordenamiento jurídico pluralista.

Otro de los derechos que se ve vulnerado por las disposiciones legales referentes al estado civil de las personas con condición de hermafroditismo, es el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el cual se encuentra consagrado en el artículo 16 de la Constitución Política de Colombia que reza

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

Dicho derecho se ve violentado en el caso específico de los hermafroditas, debido a que protege las decisiones que toma la persona sobre la dirección que desea darle a su vida, otorgándole y reconociéndole esa potestad únicamente al individuo, excluyendo así a terceros que pretendan tomar decisiones o imponer limitantes al desarrollo de la vida del mismo.

En cuanto a los derechos anteriormente mencionados como el libre desarrollo de la personalidad, la identidad y la autonomía, Carlos Gaviria Díaz en la sentencia C-221 de 1994 sobre la legalización de la dosis personal, hace un interesante análisis del papel que ocupa el estado en las decisiones del individuo. Señalando así que en el contexto del Estado social de derecho, con un ordenamiento informado por principios de filosofía liberal, el Estado no puede sustituir al individuo en las decisiones que en cuanto a su vida respecta, ni tampoco realizar imposiciones de deberes alegando que se hacen en beneficio del individuo. Si el Estado en su normatividad reconoce la autonomía del individuo, resulta incongruente que asuma una posición paternalista en la que trata de guiar la vida del individuo, con el fin de protegerlo de las decisiones que el mismo en ejercicio de su autonomía pueda tomar (C-221, 1994).

En la sentencia C-221 de 1994 se habla del problema del paternalismo asumido por el estado colombiano en el caso particular de la dosis personal. En la escenario específico de las personas con condición de hermafroditismo, la situación puede ser más compleja, pues no solo involucra al individuo, sino también a los padres, médicos, el Estado y en general la sociedad. Pues la mayoría de agentes involucrados consideran que otorgarle a un menor de edad un estado que no es ni hombre, ni mujer, puede afectarlo en su crecimiento y puede causar rechazo por parte de la sociedad.

En cuanto a la posición paternal asumida por el Estado, Norberto Bobbio y Nicola Matteucci definen el paternalismo como

“una política social tendiente al bienestar de los ciudadanos y del pueblo, que excluye la directa participación de los mismos: es una política autoritaria y al mismo tiempo

benévola, una actividad asistencial para el pueblo, ejercida desde arriba, con métodos puramente administrativos” (Alemany García, 2005, pág. 13).

Para evitar que figuras como el paternalismo se desarrollen, existe la figura de la tolerancia, la cual se había mencionado anteriormente y que se desarrollará profundamente en este apartado.

No es tolerancia como equivocadamente se piensa el hecho de que se soporte, ignore o padezca una situación. Tolerar conlleva un respeto a una forma de vida y por lo mismo es una decisión que el individuo toma de aceptar algo aunque no lo comparta. Tampoco debe confundirse la tolerancia con la resignación o la impotencia, pues estas ponen al individuo en una posición pasiva, en la que no tiene otra escapatoria. La persona que tolera, toma la decisión activa de hacerlo y lo hace de acuerdo a determinados motivos o razones que lo llevaron a tomar esa decisión. Un Estado pluralista y multicultural como el colombiano no solo debe sembrar la tolerancia en sus ciudadanos, también debe procurar que las normas estatales contribuyan a que no exista ningún tipo de discriminación y a que los espacios de tolerancia puedan darse. La práctica de la tolerancia garantiza que el Estado no tome posiciones en las que con el fin de proteger al individuo, violente contra sus derechos, ya que el Estado comprendería, aceptaría y respetaría la pluralidad que posee, aceptaría que todos los individuos son diferentes y que dicha diferencia no es algo negativo, sino que es una manifestación de la autonomía del individuo y del ejercicio de sus derechos en un Estado liberal como el nuestro (Diab, 2006, págs. 11-23).

En el caso particular de las personas hermafroditas, el Estado colombiano no puede inmiscuirse en las decisiones del individuo sobre su vida y aunque no lo hace con una imposición de manera expresa y

directa, si lo hace indirectamente al no proporcionar la posibilidad en el ordenamiento jurídico, de que el individuo pueda tomar de acuerdo a su autonomía una decisión que afecta el desarrollo de su vida de forma directa, como lo es la elección del sexo. La constitución les confiere a todos los individuos determinados derechos que en el caso de los hermafroditas no han logrado materializarse porque la ley no concibe un estado civil diferente a los ya existentes.

Los principios constitucionales sobre los cuales está construida la nación colombiana permiten al individuo el pleno desarrollo de su vida, permiten que sea él quien tome las riendas de la misma. La constitución política de Colombia es sumamente garantista, es por ello que el problema no radica en el no reconocimiento de derechos para las personas intersexuales, el problema radica en la interpretación que el legislador le da a la carta, la cual es la que permite la materialización de dichos derechos. Los derechos existen, pero no se están aplicando a la realidad y eso genera graves consecuencias en la vida de los individuos. A continuación pretendo sustentar que teniendo en cuenta las disposiciones planteadas por el principio constitucional e internacional de la dignidad humana, la creación de un estado civil neutro es válida y viable, solo que para efectos jurídicos es necesario que los creadores de derecho la apliquen.

5. Conclusión. La validez de un estado civil neutro para los intersexuales o hermafroditas

La dignidad humana es un principio constitucional e internacional que abarca todos los derechos que hemos venido trabajando a lo largo de este artículo. El

referente legal más conocido sobre la dignidad humana se encuentra localizada en el primer considerado del preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948. En el contexto nacional la dignidad humana se encuentra consagrada en el artículo 1 de la Constitución Política de Colombia el cual reza: *“Colombia es un Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria (...) fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”*.

Durante mucho tiempo el principio constitucional de la dignidad humana no tenía un valor jurídico real, pues aunque era una norma constitucional con una eficacia y valor jurídico diverso al de otras normas, no había razón alguna para negar su juridicidad, ya que no hay norma constitucional que posea un valor únicamente moral, de lección, aviso o consejo. Es por esa razón que la Corte Constitucional se vio en la obligación de pronunciarse con respecto al tema (Afonso da Silva, 2003, pág. 18).

En la sentencia T-881 de 2002 la Corte Constitucional afirma:

“Es que el concepto de dignidad humana no constituye hoy, en el sistema colombiano, un recurso literario u oratorio, ni un adorno para la exposición jurídica, sino un principio constitucional, elevado al nivel de fundamento del Estado y base del ordenamiento y de la actividad de las autoridades públicas”. (T-881, 2002)

Con el fin de brindar un concepto más claro sobre la dignidad humana y su importancia en la vida del individuo, la Corte

Constitucional ha planteado tres lineamientos consagrados en la sentencia T-881 del 2002. (i) *La dignidad humana entendida como la autonomía o posibilidad que tiene la persona de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características. Vivir como quiera.* Este primer lineamiento se refiere a la posibilidad que tiene la persona de hacer lo que quiera y cuando quiera hacerlo, de ser ella la única que decide sobre qué dirección desea darle a su vida (ii) *La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia. Vivir bien.* Que de acuerdo al concepto que cada persona tenga de vivir bien, el individuo pueda ir en busca de esas condiciones materiales que le otorgan bienestar y tranquilidad (iii) *La dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral. Vivir sin humillaciones.* Este último lineamiento se refiere a la posibilidad que tiene todo individuo de desarrollar su vida sin que la intervención de terceros que no respetan su autonomía, decisiones y actuaciones pueda causar una limitante en la misma. (T-881, 2002)

Los lineamientos planteados por la Corte y aplicados en el caso específico de los individuos hermafroditas, muestran la clara violación impartida por las imposiciones normativas en materia del estado civil. El problema no es - como lo había mencionado anteriormente -, la inexistencia de derechos para las personas hermafroditas, el problema es que los derechos existen, pero no son materializados en la realidad de los individuos. El principio constitucional de la dignidad de acuerdo a su esencia y contenido, salvaguarda en todas las medidas posibles los derechos del individuo, es por ello que la creación de un estado neutro para las personas hermafroditas, donde ellas puedan ser ubicadas de forma temporal hasta que tengan la capacidad para de acuerdo a su autonomía tomar una decisión sobre su sexo, es completamente

viabile. En un Estado como el colombiano, con una constitución garantista de los derechos de las personas es contradictorio e inconcebible la existencia de impedimentos en la propia normatividad que obstaculicen el pleno goce de los derechos que la misma normatividad garantiza.

El derecho como regulador de las situaciones sociales tampoco ha tomado una posición garantista frente a la mencionada problemática, las altas cortes aunque han mencionado el tema, no lo han trabajado de fondo y el congreso cuya función principal es la de legislar representando las ideologías y pensamientos del pueblo no se ha pronunciado con respecto al tema, siendo el derecho quien otorga, reconoce, garantiza y defiende los derechos de todos los individuos. Si bien la discriminación hacia las personas hermafroditas no solo se encuentra en el derecho, si consideramos que es él quien tiene el deber de dar el primer paso y garantizar así los derechos de las personas con ambigüedad sexual, ya que si él no lo hace ¿Qué posibilidad existiría entonces para los intersexuales de obtener un reconocimiento y garantía de sus derechos ante la sociedad y los campos académicos, si el derecho que es el encargado de realizar dicha tarea no lo hace? La respuesta a esta pregunta posiblemente sea ninguna, pues la sociedad discrimina hasta donde el derecho se lo permite, y ejemplo de ello es el precedente histórico existente en donde se puede observar que seguramente sin el reconocimiento del derecho, la discriminación a ciertas minorías nunca hubiera cesado en gran medida. Las mujeres fueron discriminadas hasta que el derecho les otorgó los mismos derechos que a los hombres, los hijos extramatrimoniales lo fueron hasta que se les concedieron igualdad de derechos con respecto a los hijos matrimoniales, los afrodescendientes lo fueron hasta que el derecho entendió que eran personas como todos los individuos de

la especie humana, los homosexuales- aunque discriminados todavía en gran medida- ya empezaron su proceso, iniciando por el otorgamiento por parte del derecho de derechos existentes en la figura de

compañero permanente. Los intersexuales podrían estar iniciando al igual que muchas minorías el camino para el reconocimiento y garantía de sus derechos por parte del derecho y a su vez, por parte de la sociedad.

Referencias

Libros y artículos

- Afonso da Silva, J. (2003). Aplicabilidad de las normas constitucionales. (N. Gonzales Martin, Trad.) Mexico: Universidad Autonoma de Mexico.
- Alemany García, M. (2005). El concepto y la justificación del paternalismo.
- Balza, I. (2009). Bioética de los cuerpos sexuados: Transexualidad, insexualidad y transgenerismo. *De filosofía moral y política*, 3-5.
- Cabra, G. M. (2001). *Derecho de familia y de menores*. ABC.
- Crespo, J. S. (2011). Estados intersexuales en menores de edad: Los principios de autonomía y beneficencia. *de Derecho Universidad del Norte*, 66.
- Cuellar Saavedra, J. E. (2010). Alcances y límites de la dignidad humana en el contexto de la bioética: Una reflexión crítico-antropológica. 5. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana.
- Deobold B, V. D., & William J, M. (1983). *Manual de Técnica de la Investigación Educativa*. Quito: Paidós.
- Desarrollo, P. d. (2010). Estrategia de equidad de género PNUD en Colombia. 6-7.
- Diab, F. (7 de Marzo de 2006). Razón pública, tolerancia y neutralidad.
- García Valverde, F. (2009). Desacuerdo moral y estabilidad en la teoría de Martha Nussbaum. *Revista de Filosofía y Teoría Política*, 10.
- García, Y. H. (2006). Acerca del género como categoría analítica. *Crítica de ciencias sociales y jurídicas*, 1.
- Gebruers, C. (2011). Justicia: entre la "ética del deber" y la "ética del ciudadano". *Revista electrónica Dialogos de derecho y política*, 11.
- Gil Domínguez, A. (1999). El derecho a la identidad en un caso de hermafroditismo: Un interesante estándar constitucional. 3.
- Gomez, J. A. (1995). *Estado civil y nombre de la persona natural*. Martín Vieco Ltda.
- Gonzales Sanchez, P., Velasquez Acevedo, C., & Duque Quintero, S. P. (2010). Problemática jurídica de los intersexuales. El caso colombiano. *Latería*, 2 - 3.
- Martínez, M. E. (2007). Principios y derechos involucrados en el análisis jurídico de los estados intersexuales. 225.
- Mejías Sánchez, Y., Duany Machado, O. J., & Tobaada Lugo, N. (2007). Transtornos de la diferenciación sexual: presentación de un caso de genitales ambiguos y revisión del tema. *Revista Cubana Pediatría*, 1.
- Melero de la Torre, M. C. (2011). Tres modelos normativos de tolerancia. 1-3.
- Montoya, M., & Montoya Perez, G. (2001). *Las personas en el derecho civil*. Bogotá D.C.: Leyer.

- Ramírez Gómez, J. (2002). Violaciones al derecho de igualdad en la ley colombiana. *De derecho, Universidad del Norte*, 2.
- Ramon, M. B. (1976). *Manual de derecho de familia*. Juridica de Chile.
- Restrepo Ospina, A. M. (2011). Acercamiento conceptual a la dignidad humana y su uso en la Corte Constitucional colombiana. *Electrónica - Facultad de derecho y ciencias políticas*(6), 5-10.
- Sanchez Buitrago, M. (2007). *Derechos humanos de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en Colombia 2006 - 2007*. Bogota, Colombia.
- Serrano Gómez, R. (2011). *Derecho civil personas*. 19. Bogotá, Colombia: Doctrina y ley Ltda.

Sentencias de la corte

- T-477, T-477 (Corte Constitucional de Colombia 23 de Octubre de 1995).
- T-881, T-881 (Corte Constitucional de Colombia 17 de Octubre de 2002).