



**Universidad de Chile**  
**Facultad de Derecho**  
**Depto. de Derecho Público**

**LAS PERSONAS INTERSEXUALES FRENTE AL DERECHO:  
ESTUDIO EXPLORATORIO DE TRES PROBLEMAS JURÍDICOS.**

Memoria de Prueba para optar al grado de  
Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

**MIGUEL ÁNGEL GREZ CATALÁN**

Profesor Guía: Augusto Quintana Benavides.

Santiago de Chile  
2020



A mi madre y mi abuela, Romané y Elisa, que hicieron esto posible.

A la Universidad de Chile, que me formó como profesional y  
como ciudadano.

*“Ad astra per aspera”.*



## Contenido

Resumen.....	7
Abstract .....	7
Introducción .....	9
Capítulo I. Las personas intersexo y su realidad social. ....	11
1. ¿Qué es la intersexualidad? .....	11
1.1. El proceso biológico de diferenciación sexual.....	12
1.2. La intersexualidad y otros conceptos relevantes .....	13
2. Las personas intersexuales en la historia occidental: invisibilidad, patologización y activismo social.....	14
3. Las críticas a la patologización de la intersexualidad.....	18
4. La convivencia de las personas intersexuales en el cuerpo social. ....	19
5. ¿Qué desafíos plantean las personas intersexo al ordenamiento jurídico? .....	21
5.1. Reconocimiento legal de sexo y género.....	21
5.2. Patologización y medicación de la intersexualidad.....	22
5.3. Protección frente a la discriminación.....	23
Capítulo II. Las personas intersexo en el derecho extranjero. ....	25
1. Las opiniones jurídicas de los organismos internacionales de Derechos Humanos. ....	25
1.1 Reconocimiento legal de sexo y género.....	26
1.2 Patologización y medicalización de la intersexualidad .....	27
1.3 Protección frente a la discriminación.....	31
2. La intersexualidad en el Derecho comparado: leyes sobre identidad de género, características sexuales y protección frente a la antidiscriminación .....	32
2.1. Reconocimiento legal de sexo y género.....	32
2.2. Patologización y medicalización de la intersexualidad .....	36
2.3. Protección frente a la discriminación.....	38
3. La intersexualidad en la jurisprudencia extranjera: la doctrina del Consentimiento Informado en la doctrina del fallo SU-337/99 de la Corte Constitucional de Colombia.....	40
3.1. Antecedentes del fallo SU-337/99. ....	41
3.2. Problema jurídico y presupuestos teóricos para su resolución. ....	41
3.3. Decisión del caso y consecuencias sobre los problemas jurídicos de la intersexualidad. .	47
Capítulo III. Las personas intersexo frente al derecho chileno. ....	51

1.	El rol del Registro Civil en el reconocimiento legal de sexo y género.....	51
2.	La opinión del Ministerio de Salud en torno a la patologización y medicalización de la Intersexualidad.....	54
3.	El silencio de la ley antidiscriminación.....	60
Capítulo IV. Bases para un estatuto de derechos de las personas intersexo en Chile.....		61
1.	Reconocimiento legal de sexo y género.....	61
1.1.	El derecho a la identidad de género en la Constitución y la ley 21.120.....	61
1.2.	Oportunidades y nuevas dificultades para el ejercicio del derecho a la identidad de género. ....	68
1.3.	¿Cómo asegurar el derecho a la identidad de género de los niños intersexuales? Reformas legales necesarias e interpretaciones jurídicas pertinentes. ....	71
2.	Patologización y medicalización de la intersexualidad. ....	73
2.1.	La doctrina del consentimiento informado en Chile: la ley 20.584 sobre derechos y deberes de los pacientes.....	73
2.2.	¿Es legítimo el consentimiento sustituto para autorizar la medicalización de la intersexualidad en menores de edad en Chile? .....	75
2.3.	La necesidad de reconocer el derecho a la protección de las características sexuales en el derecho chileno.....	78
3.	Protección frente a la discriminación.....	79
Conclusiones. ....		83
Bibliografía .....		87
Normativa citada.....		89
Jurisprudencia .....		90
<b>Esquema 1: La doctrina del Consentimiento Informado.....</b>		<b>91</b>
<b>Esquema 2: El consentimiento sustituto en menores de edad.....</b>		<b>92</b>

## Resumen

El concepto “*Intersexualidad*” alude a una amplia gama de condiciones genéticas en virtud de las cuales una persona puede presentar un desarrollo sexual atípico (ya sea a nivel genético, gonadal o fenotípico) que no calza con las características que habitualmente diferencian tanto al sexo biológico femenino al masculino. Los individuos que escapan a esta dicotomía son denominados “*intersexuales*” como consecuencia de estar, aparentemente, en un lugar intermedio entre los sexos. Tradicionalmente, las ciencias de la salud han patologizado y medicado a las personas intersexuales, sometiéndolas a tratamientos quirúrgicos y hormonales que hoy en día están siendo ampliamente cuestionados por su naturaleza abusiva y vulneradora de los derechos fundamentales, ya que suelen involucrar una modificación innecesaria, dolorosa y disfuncional de las características sexuales, de carácter irreversible, y que, en la gran mayoría de los casos, no ha sido debidamente consentida por el propio paciente.

Plegándose a esta postura crítica, la presente investigación identifica tres problemas de naturaleza jurídica que afectan a las personas intersexuales, expone la forma en que han sido abordados en el derecho chileno y extranjero y analiza cómo poder avanzar hacia un estatuto jurídico que garantice una protección efectiva de los derechos humanos de quienes poseen esta condición, integrando tanto el derecho local vigente como los aportes doctrinales extranjeros. Tales problemas son, a saber: 1.- El reconocimiento legal del sexo biológico y la identidad de género, 2.- La patologización y medicalización de la intersexualidad y 3.- La protección frente a la discriminación.

## Abstract

The concept of “*Intersexuality*” denotes a wide range of genetic conditions under which a person may develop an atypical sexuality (either at the genetical, gonadal or phenotypical level) which does not match with the characteristics that usually differentiate, in a biological sense, females from males. This people are denominated “*Intersex*” because they are, seemingly, in a “*intermediate place*” between both sexes. Along history, the health sciences have pathologized and medicalized Intersexuality, subjecting intersex people to surgical and hormonal treatments. However, this traditional approach is currently being regarded as abusive and human-rights violating, because it regularly involves unnecessary, harmful and dysfunctional modifications of the sexual characteristics and, most of times, have not been properly consented by patients themselves.

Supporting the critical position on this issue, this research identifies three legal problems that affects intersex people, exposes the way they have been addressed by Chilean and foreign Law and analyzes if it is possible to build (by integrating both existing local law and foreign doctrinal contributions) a legal status which effectively guaranties the human rights of intersex people. Such problems are: 1.- The legal recognition of biological sex and gender identity, 2.- The pathologization and medicalization of intersexuality and 3.- The protection against discrimination.



## Introducción

La presente memoria de prueba constituye un estudio exploratorio sobre la relación entre el Derecho y las personas que han sido históricamente denominadas por la Medicina como “*Intersexuales*”, “*Hermafroditas*” o afectadas por los “*Desórdenes del Desarrollo Sexual*”.

Plegándose a la tendencia actual que cuestiona profundamente la forma abusiva en que los profesionales de la salud han tratado a las personas que poseen una condición de este tipo a lo largo de la historia (buscando visibilizar tal situación frente a la sociedad y reivindicando un nuevo trato), esta investigación identifica tres problemas de naturaleza jurídica a los que se enfrentan o pueden enfrentarse las personas intersexuales como consecuencia directa de tener tal condición y analiza la reacción que han tenido los sistemas normativos y los tribunales de justicia, tanto a nivel local como internacional. Tales problemas son, a saber: **1.- El reconocimiento legal del sexo biológico y la identidad de género; 2.- La patologización y medicalización de la intersexualidad; y 3.- La protección frente a la discriminación.**

Este estudio se estructura en cuatro capítulos, en cada uno de los cuales se analizan los mismos tres problemas desde distintas perspectivas jurídicas. En el **Capítulo I**, se busca hacer una breve semblanza del concepto de Intersexualidad, la historia y los cuestionamientos hacia su patologización y medicalización, y la forma en que las personas intersexuales conviven con la sociedad, para luego enunciar los tres problemas jurídicos en comento. En el **Capítulo II** se describen las distintas formas en que la intersexualidad ha sido analizada jurídicamente por parte de organismos internacionales de derechos humanos (como los comités de cumplimiento de tratados del Sistema Universal, la CIDH y Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa) y por algunos icónicos casos de legislación y jurisprudencia comparada (las leyes de identidad de género y características sexuales de Malta y Portugal y la Sentencia SU-337/99 de la Corte Constitucional de Colombia). En esta sección, además, se introducirá al lector en algunos conceptos relevantes como el derecho a la protección de las características sexuales y la doctrina del consentimiento informado.

En el **Capítulo III** se presentan los casos en que el Derecho Chileno se ha pronunciado expresamente sobre la intersexualidad, que se reducen a algunas normas administrativas del Servicio de Registro Civil y el Ministerio de Salud y un fallo judicial que adhiere al enfoque crítico sobre la patologización de la intersexualidad. Finalmente, en el **Capítulo IV** se analiza cómo abordar los problemas jurídicos latamente planteados dentro de nuestro sistema normativo, analizando las potencialidades y limitaciones del marco legal vigente (la ley de identidad de género, la ley de derechos y deberes de los pacientes y la ley antidiscriminación) y formulando propuestas tanto de interpretación doctrinal como de *lege ferenda* que, junto con incorporar los aportes del derecho y la doctrina extranjera, nos permitan avanzar hacia una efectiva protección de los derechos de las personas intersexuales en Chile.



# Capítulo I. Las personas intersexo y su realidad social.

## 1. ¿Qué es la intersexualidad?

Como señala la socióloga italiana Michela Balocchi, una de las más extendidas y penetrantes dicotomías en las sociedades occidentales es la existente entre lo *“masculino”* y lo *“femenino”*, que al ser considerada como *“natural”* produce efectos sociales directos e indirectos en cada individuo. No obstante, este simple binarismo de sexo/género no logra abarcar íntegramente la realidad de la biología humana: aunque son poco frecuentes, existen individuos que se escapan de esta dicotomía y han sido denominados *“intersexuales”* como consecuencia de estar, aparentemente, en un lugar intermedio entre dos extremos (Balocchi, 2014)

En efecto, y siguiendo a la misma autora, los términos *“intersexo”* e *“intersexual”* hacen referencia a una gran variedad de condiciones en virtud de las cuales una persona puede nacer con un conjunto genético y/o gonadal atípico, experimentar variaciones hormonales y/o desarrollar una anatomía sexual atípica que no calza con las características usualmente asociadas a las definiciones de sexo masculino y femenino.

Existe actualmente un debate en torno a la pertinencia de usar esta terminología, ya que numerosos médicos, activistas y comunidades intersexo consideran más apropiado utilizar el concepto de *“desórdenes del desarrollo sexual”* (DSD, por sus siglas en inglés) con la intención de evitar que se confundan los asuntos relativos al sexo anatómico, gonadal o cromosómico con los conceptos de orientación sexual, identidad o expresión de género y, al mismo tiempo, abarcar mejor las cada vez más específicas clasificaciones médicas de las condiciones intersexuales. No obstante, otros especialistas, académicos y comunidades prefieren seguir ocupando los términos intersexo/intersexual, ya que la expresión *“desorden”* implicaría la idea de *“enfermedad”*, *“anormalidad”* y *“desviación”*, y con ello perpetuaría la patologización de las personas intersexo (que como veremos más adelante, es una amenaza permanente a la dignidad de este grupo humano).

En cualquier caso, como señalan las académicas Alice Dreger y April Herndon, el concepto en comento depende tanto del estado del conocimiento científico como de las diferencias culturales en torno al sexo (Dreger & Herndon, 2009). Por ello, resulta necesario hacer una breve relación del proceso diferenciación sexual que permita contextualizar a la intersexualidad como fenómeno biológico y, además, fijar algunas diferencias básicas entre este concepto y otros con los que suele confundirse, como la transexualidad, la orientación sexual y la identidad de género.

### 1.1. El proceso biológico de diferenciación sexual

La diferenciación sexual en la especie humana es un complejo proceso que comienza con la concepción y se prolonga hasta la pubertad, distribuyéndose en varias etapas sucesivas e interrelacionadas. Este proceso puede ser estudiado desde tres aristas: la diferenciación del Sexo Genotípico o Genético; la del Sexo Gonadal; y la del Sexo Fenotípico o Genital (Kemp, 2006). El **sexo genético** se determina con la configuración cromosómica del embrión, que es resultado de la fusión entre el material genético del óvulo y el espermio que ocurre durante la concepción: 46XX (“hembras”) y 46XY (“machos”). Esta configuración, determina el **sexo gonadal**: las gónadas son los órganos encargados de la producción de los gametos y de las hormonas sexuales y permanecen indiferenciadas durante las primeras seis semanas de gestación, para luego transformarse en testículos en la mayoría de los cariotipos 46XY o en ovarios en la mayoría de los cariotipos 46XX. Cada gónada produce diferentes tipos de hormonas sexuales: mientras los testículos producen andrógenos (*“hormonas sexuales masculinas”*), los ovarios secretan estrógenos (*“hormonas sexuales femeninas”*). Los andrógenos como la testosterona y la hormona anti-mulleriana (AMH) son fundamentales para la diferenciación sexual del individuo, ya que impiden el desarrollo de órganos sexuales internos femeninos (como el útero o las trompas de Falopio) e impulsan el desarrollo de los órganos internos masculinos (epidídimo, conducto deferente y vesículas seminales).

Paralelamente, entre la novena y decimocuarta semana se produce lo que denominamos **sexo fenotípico**, esto es el desarrollo de los genitales externos, que adoptarán la forma de un pene y un escroto en virtud de la acción de la testosterona; o evolucionarán en una vagina, si dicha hormona no es producida o no funciona adecuadamente. Finalmente, durante la pubertad se produce el desarrollo de las características sexuales secundarias: mientras la testosterona estimula el desarrollo muscular y el crecimiento del vello corporal, los estrógenos estimulan el crecimiento de las mamas, redondean las caderas y gatillan la menstruación.

El proceso descrito precedentemente, no obstante, constituye solo una *“regla general”* que admite excepciones. De hecho, los estudios biológicos hoy permiten afirmar que existen *“niveles de sexuación”* más que dos sexos biológicos en términos absolutos (Vargas Barrantes, 2013). Si en alguna de sus etapas se produce un desarrollo distinto al esperado, el individuo podrá manifestar algún tipo de *“Estado Intersexual”* o *“Trastorno del desarrollo sexual”*, es decir, una configuración atípica de su desarrollo sexual a nivel **genético** (cariotipos distintos de 46XX o 46XY), **gonadal** (individuos masculinos con gónadas femeninas o viceversa; gónadas con tejido testicular y ovárico simultáneamente) o **genital**

(aberturas vaginales comparativamente menos profundas, clítoris de gran tamaño, penes comparativamente pequeños o con la abertura uretral en un lugar distinto del glande, desarrollo de características sexuales secundarias propias del sexo opuesto, etc.). Las variaciones que afectan los órganos sexuales externos son habitualmente advertidas al momento de nacer, mientras que las relativas a los órganos sexuales internos generalmente son descubiertas durante la pubertad.

Las variaciones en el desarrollo sexual no constituyen una enfermedad en sí mismas ni afectan otras funciones vitales de las personas que las presentan. No obstante, en algunos casos específicos se requiere practicar intervenciones quirúrgicas u otros tratamientos médicos sobre ellas cuando existe algún riesgo real a la salud del paciente. En cuanto a su prevalencia, no existe una cifra clara dentro de la comunidad científica (ya que varía según las distintas concepciones sobre intersexualidad o DSD), pero se estima que el número de personas intersexo oscilaría entre un 0,022% y un 1,7% de la población mundial, dependiendo de si se consideran solamente los casos de ambigüedad genital o se incluyen todo tipo de variaciones en el desarrollo sexual a nivel genético, gonadal, genital u hormonal.

## 1.2. La intersexualidad y otros conceptos relevantes

En algunas ocasiones, las personas intersexuales son confundidas con otros grupos, como los transgéneros o los homosexuales. Para evitar esta confusión, hay que entender que la intersexualidad es una condición que afecta, en principio, al sexo biológico de una persona y no necesariamente a su orientación sexual o su identidad de género (Van Lisdonk, 2014, págs. 26-27). Mientras la primera guarda relación con las características corporales, las otras guardan relación con aspectos psicológicos o características de la personalidad.

En efecto, las personas intersexo pueden desarrollar una identidad de género concordante con el sexo que se les asigna al nacer y en torno al cual son criadas (es decir, ser personas *“cisgénero”*), o bien pueden desarrollar una disconformidad con éste y percibirse a sí mismos como individuos del sexo opuesto (y, por tanto, llegar a ser hombres o mujeres *“transgéneros”*), o bien, no sentirse pertenecientes a ningún género, para lo cual se usa el concepto de *“género no binario”*. No obstante, y tal como lo analizaremos más adelante, la determinación de la identidad de género puede ser un asunto complejo para las personas intersexo como consecuencia de factores externos, como la rigidez y la presión que puede ejercer el sistema normativo para la determinación legal del género de los menores de edad o el sometimiento de estos a tratamientos médicos de reasignación sexual no consentidos.

Por otro lado, la orientación sexual corresponde a un aspecto psicológico de la personalidad que no guarda relación directa con los estados intersexuales, que son variaciones o configuraciones “atípicas” del sexo biológico. Las personas que poseen un estado intersexual pueden ser heterosexuales, homosexuales o bisexuales de la misma forma que el resto de la población, ya que estas categorías establecen una relación entre la identidad de género del sujeto (que no depende necesariamente del sexo biológico) y sus preferencias sexo-afectivas.

## 2. Las personas intersexuales en la historia occidental: invisibilidad, patologización y activismo social

Existe un consenso entre las investigaciones sociales sobre este tema en torno a que las personas intersexo tuvieron una escasa visibilidad en la historia occidental hasta la llegada de los siglos XIX y XX, época en que los médicos que advertían casos de “*sexo ambiguo*” en sus pacientes empiezan a dejar registro de ellos con mayor frecuencia. La limitada figuración de la intersexualidad en la historia y literatura médica occidental hace sugerir que la gran mayoría de las personas intersexo habían tenido vidas más o menos normales a lo largo del tiempo, confundándose con el resto de la población al adaptarse a los roles de género tradicionales, es decir, viviendo como hombres o mujeres comunes y corrientes (Dreger & Herndon, 2009, pág. 201). Como relata Foucault en “*El sexo verdadero*”, el hermafroditismo era abordado con bastante simplicidad por el derecho civil y canónico: si en un recién nacido se “*yuxtaponían*” en cualquier proporción los dos sexos, el padre o padrino debía asignar al momento del bautismo al niño el sexo que parecía ser predominante en él; luego, al llegar a la adultez (y especialmente al momento de casarse), el hermafrodita podía decidir por sí mismo si quería continuar con el sexo ya asignado o adoptar el otro, bajo la única condición de que no podría volver a cambiarlo nunca más por el resto de sus días, bajo pena de sodomía (Foucault, 2007).

No obstante, a partir del siglo XIX la sexualidad (en general) y la intersexualidad (en particular) pasan a ser un objeto de especial preocupación por el mundo científico. Aunque desde la Ilustración la sexualidad humana había empezado a ser abordada desde una perspectiva científica (bajo la cual se buscó asociarla a los procesos fisiológicos con la finalidad de que las diferencias entre géneros o sexos se pudieran establecer en base a criterios científicos y no sociales), la aparición de la teoría darwinista influyó en el desarrollo de una concepción de la sexualidad centrada en el binarismo hombre-mujer y la prevalencia de la heterosexualidad, bajo la premisa de que “*todas las especies se dividen en machos y hembras por naturaleza y, consecuentemente, el comportamiento sexual estará orientado a la*

*reproducción y conservación de la especie, considerándose con ello la heterosexualidad como el objeto final del proceso evolutivo” (Hernández Guanche, 2009, pág. 92).*

Con la consolidación de la medicina moderna y la profesionalización de las ciencias que se da durante el tránsito al siglo XX, surgieron nuevas disciplinas que efectuaron las primeras conceptualizaciones científicas de la intersexualidad. Por un lado, la sexología (que se abocó a la tarea de definir la categoría de sexo y las patologías que la afectan) determinó que los entonces llamados *“hermafroditas”* eran seres *“incompletos”* en su desarrollo, que debían ser reorientados hacia el sexo al cual verdaderamente pertenecían, dado que la especie humana estaba dividida en dos sexos distinguibles por sus genitales; por otro lado, la endocrinología (de la mano de R. Goldschmidt) desarrolló el concepto *“intersexual”* para englobar todas las *“desviaciones sexuales”*, entre las que se encontrarían tanto la homosexualidad como el hermafroditismo (Hernández Guanche, 2009, pág. 93). Así, ante la presencia de un hermafrodita, el rol del médico no se limita únicamente a constatar que hay dos sexos entremezclados o a identificar cuál prevalece sobre el otro, sino que debe *“desnudar las anatomías equívocas hasta encontrar, detrás de los órganos que pueden haber revestido las formas del sexo opuesto, el único sexo verdadero [...] los hermafroditas son siempre ‘pseudo-hermafroditas’.”* (Foucault, 2007, pág. 13).

A lo largo del siglo XX, esta visión patologizante de la intersexualidad incentivó a numerosos médicos a desarrollar procedimientos quirúrgicos y hormonales destinados a corregir la fisonomía de las personas nacidas con características sexuales *“indeterminadas”*, bajo el convencimiento de que mantener esta ambigüedad genital podría dificultar su desenvolvimiento social en la adultez o incluso incentivar el desarrollo de comportamientos sexuales *“desviados”*, ya que existía el temor de que estos individuos, aun cuando fueran conscientes de su sexo *“verdadero”*, podrían aprovecharse de sus *“extravagancias anatómicas para servirse de su propio cuerpo como si fuera de otro sexo”* (Foucault, 2007, pág. 14). Las prácticas médicas orientadas a corregir los cuerpos ambiguos se volvieron cada más frecuentes en los Estados Unidos, convirtiéndose en un protocolo estandarizado en la década de 1950, gracias al respaldo teórico que recibieron de los académicos de la Universidad John Hopkins (entre los que destacan el psicólogo John Money y el pediatra y endocrinólogo Lawson Wilkins), que puede resumirse en el concepto de *“Género Óptimo de Crianza”* u O.G.R. por sus siglas en inglés - Optimum Gender of Rearing (Dreger & Herndon, 2009, pág. 202).

El O.G.R. es una teoría sobre el desarrollo psico-sexual humano asentada en la premisa de que los niños nacen psico-sexualmente neutros, por lo que desarrollan su identidad de género en base a la

crianza o educación que reciben, sin que los genes o las hormonas prenatales tengan una influencia determinante. No obstante, resulta necesario que el individuo tenga una anatomía sexual que calce en una identidad de género determinada (hombre o mujer) para que dicha identidad se pueda desarrollar de forma estable a medida que crece. Consecuentemente, las personas intersexo o *“hermafroditas”* serían entonces catalogables como individuos con una anatomía sexual impropriamente diferenciada o *“inacabada”* y, por tanto, no podrían tener un desarrollo psico-sexual conforme a la crianza que reciban a menos que tales anomalías físicas se *“corrigieran”* tempranamente y lograran obtener una apariencia de *“normalidad”* genital que no obstaculice el óptimo desarrollo del género del individuo a lo largo del tiempo (Gregori Flor, 2006, pág. 106).

Los médicos que habían adherido a este enfoque catalogaban a los nacimientos de infantes intersexo como una *“emergencia psico-social”* que requería ser abordada por un equipo multidisciplinario de especialistas (generalmente cirujanos y endocrinólogos) con el objeto de que examinaran al menor, le asignaran un género específico (hombre o mujer) y luego informaran a los progenitores cuál es su *“sexo verdadero”*, de modo de obtener el consentimiento necesario para iniciar a la brevedad los tratamientos quirúrgicos y hormonales que sean necesarios para lograr la máxima adecuación entre el sexo asignado y la fisonomía del paciente (Chase, 1998, pág. 302).

Estos tratamientos de *“corrección”* de sexo generalmente implicaban la extracción de gónadas sanas (aunque fueran potencialmente fértiles), la ablación de clítoris excesivamente grandes o penes demasiado pequeños y, en general, una preferencia por acomodar los cuerpos al estándar de la genitalidad femenina, ya que se buscaba fabricar órganos que pudieran ser funcionales para el coito, lo que, ante las limitaciones técnicas de las cirugías gineco-plásticas, solo resultaba más o menos viable cuando se optaba por *“hacer una mujer”* en vez de *“hacer un hombre”*. Adicionalmente, estas intervenciones netamente quirúrgicas eran complementadas durante la adolescencia con tratamientos hormonales y a veces, psicológicos. También era una práctica habitual el ocultamiento del historial médico al paciente, con la finalidad de evitar que este pudiera sentirse confundido o depresivo al enterarse de su condición (Dreger & Herndon, 2009, págs. 202-203).

Este consenso médico-científico no fue objeto de ninguna crítica académica o social hasta finales del siglo XX, cuando a partir de 1990 un conjunto de investigadores norteamericanos especializados en estudios de género (Susane Kessler, Anne Fausto-Sterling, entre otros) empezaron a efectuar cuestionamientos éticos al modelo O.G.R. y a la rígida y binaria concepción de la sexualidad humana en la que se fundaba. Al mismo tiempo, numerosas personas intersexo que fueron víctimas de

los tratamientos en comento, empezaron a organizar asociaciones que demandaban un reconocimiento social de la existencia de su condición y el término de su patologización por parte de los profesionales de la salud, como la Sociedad Intersexo de Norte América (ISNA, por sus siglas en inglés), fundada por la activista Cheryl Chase. Estas organizaciones estaban influenciadas por los principios del feminismo (como el derecho a hablar por sí mismo y las críticas al sexismo), las reivindicaciones de personas gays y lesbianas (particularmente las críticas al heterosexismo y homofobia) y de los derechos de los pacientes (especialmente con respecto a la autonomía, consentimiento informado y entrega de información verdadera) y a medida que su labor adquiría visibilidad, recibió también apoyo desde el mundo académico y de organizaciones locales e internacionales de derechos humanos. Paralelamente, también se conformaron numerosas agrupaciones de apoyo interdisciplinario a niños intersexo y sus familias, con la finalidad de constituir una alternativa al enfoque médico tradicional, al que consideraban vulneratorio de su dignidad e integridad física y psíquica (Dreger & Herndon, 2009, pág. 204).

A pesar de que en la actualidad la visión que históricamente ha patologizado a la intersexualidad se encuentra en disputa por parte de otras disciplinas del saber, forzando a que la misma ciencia médica revise sus planteamientos al respecto, la idea de que existe un “*sexo verdadero*” para cada ser humano está lejos de haber desaparecido por completo y, por tanto, seguirá siendo el principal escollo que para que las personas intersexuales sean aceptadas por la sociedad tal cual son, sin exigir como requisito previo para su integración a la vida en sociedad un escudriñamiento al interior de sus cuerpos en busca de la “*sexualidad auténtica*” ni muchos menos intentar ajustar su corporalidad artificialmente. En otros términos, mientras perdure en el tiempo la creencia de que siempre habrá un sexo verdadero en cada individuo, que lo determina no sólo a nivel biológico, sino que también social, todo tipo de “*irregularidad*” o “*anormalidad*” en el ámbito de la sexualidad humana tenderá a ser rechazada por la sociedad y mantendrá vigente el riesgo de que la dignidad de las personas que son catalogadas como “*atípicas*” sea vulnerada. Así lo plantea Foucault, cuando señala que:

*“Sea cual sea la opinión de los biólogos sobre este punto, se mantiene, aunque sea difusamente, la creencia de que entre el sexo y la verdad existen relaciones complejas, oscuras y esenciales [...] [s]e es, ciertamente, más tolerante con aquellas prácticas que transgreden las leyes. Pero se continúa pensando que algunas de ellas insultan a la ‘verdad’: un hombre ‘pasivo’, una mujer ‘viril’, gente del mismo sexo que se ama entre sí... Puede que se esté dispuesto a admitir que todo esto no constituye un grave atentado contra el orden establecido, pero también se suele considerar con facilidad que existe*

*en ellas algo así como un 'error'. Un 'error' en un sentido filosófico más tradicional: una manera de proceder inadecuada a la realidad; la irregularidad sexual pertenecería, más o menos, al mundo de las quimeras. Por esta razón, resulta fácil abandonar la idea de que tales conductas son criminales, pero no tanto las sospecha de que se trata de ficciones involuntarias o consentidas, pero en cualquier caso inútiles y que valdría la pena [...]” (Foucault, 2007).*

### 3. Las críticas a la patologización de la intersexualidad

El principal argumento sostenido por los médicos para defender la patologización y medicalización de la intersexualidad es la creencia de que los cuerpos con genitales ambiguos constituyen una desviación de las normas sociales sobre diferenciación sexual que es altamente estigmatizada por la sociedad, por lo que, ante la posibilidad de que el menor intersexual pueda experimentar algún grado de sufrimiento emocional como consecuencia del rechazo que eventualmente va a recibir por su condición, la presión que recibirían de parte de los progenitores angustiados por este mismo supuesto y los inconvenientes jurídico-administrativos que podría acarrear (como la imposibilidad en algunos países de inscribir un nacimiento o emitir documentos de identidad sin escoger entre el sexo masculino y el femenino), se justifica intervenirlos quirúrgicamente aun cuando su salud física no lo requiera (Gregori Flor, 2006, pág. 111). En palabras de la académica y activista intersexo Cheryl Chase, *“el estatus intersexual es considerado tan incompatible con la salud emocional que la tergiversación y ocultación de hechos, y el mentir abiertamente (tanto a los progenitores como después a la persona intersexo) son desvergonzadamente recomendados en la literatura profesional de los médicos”*. Pero en la práctica, el resultado es diametralmente opuesto al esperado: *“el ocultamiento sistemático del hecho de los nacimientos intersexuales y el uso de técnicas violentas para normalizar los cuerpos intersexuales han causado un profundado dolor físico y emocional a los intersexuales y sus familias”* (Chase, 1998, pág. 302).

En efecto, el problema de estas cirugías radica en que, mientras la anatomía intersexual rara vez está asociada a algún problema médico subyacente, los genitales ambiguos tampoco son, por sí mismos, dolorosos o dañinos para la salud, de tal modo que la cirugía se vuelve un proceso esencialmente destructivo: se pueden remover y (en una extensión limitada) reubicar tejidos, pero no se pueden crear nuevas estructuras. Esta limitación técnica, sumada a una visión simplista de la anatomía sexual femenina,<sup>1</sup> ha llevado a los médicos a asignar al noventa por ciento de los infantes

---

<sup>1</sup> Mauro Cabral plantea que bajo estos procedimientos subyace también una concepción simplista de la anatomía genital femenina, la se reduciría a ser un mero cuerpo-sin-pene: *“[...]la femineidad es frecuentemente reducida a la combinación de un clítoris que no pueda ser confundido con un pene por su tamaño, y la capacidad de ser penetrada vaginalmente en una*

intersexo como mujeres, por medio de la extirpación de tejidos genitales que no se adecuen al estándar de femineidad, mientras que el diez por ciento restante, que son asignados como hombres, son sujetos de múltiples intervenciones que buscan, en algunos casos, enderezar el pene y construir una uretra capaz de mantener una postura urinaria, y en otros, reconstruir un pene que pueda llegar a ser sexualmente funcional, lo que en la práctica nunca resulta (Gregori Flor, 2006).

Cabe precisar, en todo caso, que la crítica a la patologización y medicalización tradicional de la intersexualidad no implica una exclusión absoluta de la intervención de la medicina, sino que más bien una limitación y racionalización de esta. Como veremos en el capítulo II, en la legislación y jurisprudencia extranjera se ha establecido que las intervenciones quirúrgicas y hormonales se pueden ejercer sin el consentimiento directo y expreso del paciente en algunos casos excepcionales en que el estado intersexual que posee tienen algún aspecto específico que genera un peligro para su salud (y que por tanto, requiere un tratamiento inmediato); si lo anterior no ocurre, las intervenciones deben postergarse perentoriamente hasta que el individuo tenga capacidad suficiente para decidir por sí mismo y pueda evaluar autónomamente si tales prácticas médicas son o no necesarias para reforzar su identidad de género o para su bienestar en general.

#### 4. La convivencia de las personas intersexuales en el cuerpo social.

¿Cómo es la convivencia de las personas intersexuales dentro del cuerpo social? A pesar de su creciente visibilidad en la actualidad, las investigaciones sociales sobre esta materia siguen siendo pocas, lo cual dificulta que se pueda caracterizar adecuadamente a este tipo de personas y así demandar a las instituciones políticas y jurídicas una preocupación mayor sobre ellas.

Un estudio realizado por el Instituto Neerlandés para la Investigación Social (SCP) del año 2014 aporta algunas luces en este sentido (Van Lisdonk, 2014). En líneas generales, señala que la mayoría de las personas intersexo han experimentado emociones como sentirse “*diferentes*”, soledad o vergüenza, y dificultades para aceptar su condición. Cuando esta última tiene efectos en la apariencia externa, puede afectar la imagen que el individuo tiene de sí mismo en tanto hombre o mujer, y a la vez afectar su capacidad de constituir relaciones afectivas o tener una experiencia positiva de la sexualidad.

---

*relación heterosexual “normal”. Por el contrario, la masculinidad es cuidadosamente reservada sólo para aquellos individuos capaces de conformar el estereotipo peneano de nuestra cultura, enviando hacia la femineidad a todos aquellos que fracasan en esta empresa – paradigmáticamente, a quienes nacieron con micropenes, cuyo tamaño les impediría, desde este punto de vista, habitar exitosamente lo masculino. El pene aparece como un órgano irreproducible – no imitable, no ironizable, podríamos decir, no parodiable (y toda imitación sería, en definitiva, una parodia). Por el contrario, la femineidad es un hueco.”.* (Cabral & Benzur, 2005, pág. 291).

Muchos de estos problemas pueden exacerbarse durante la pubertad, que suele ser una etapa de la vida en que la sexualidad, la intimidad y la apariencia externa son aspectos significativamente sensibles.

La mayoría de las personas entrevistadas en dicha investigación manifiestan dificultades para hablar sobre este tema con otras personas, tratando de mantenerlo oculto por miedo a recibir un trato negativo como consecuencia de la ignorancia o falta de comprensión de los demás. Las personas intersexo suelen tener que lidiar con distintos tipos de prejuicios relativos a su condición, como ser considerados *“algo intermedio”* entre un hombre y una mujer, ser tildados como *“incompletos”*, *“inferiores”* o *“anormales”*, o atribuirles necesariamente una orientación sexual homosexual (aun cuando muchos son heterosexuales).

Este miedo al rechazo social es considerado como una de las causas de que la intersexualidad siga manteniéndose relativamente invisible en la sociedad, junto con el hecho de que muchas personas intersexo no se ven a sí mismas como un *“grupo”* o una *“identidad”* en particular, sino que se consideran a sí mismos como hombres o mujeres propiamente tales, que no obstante su condición, desean ser vistos y tratados como normales, considerando que las características sexuales (físicas) no guardan una relación directa ni necesaria con la identidad de género.

Aunque la patologización tradicional de las variaciones en el desarrollo sexual va en retroceso, el estudio en comento identifica algunos nuevos puntos problemáticos en relación con las prácticas médicas. En primer lugar, señala que los profesionales de la salud tienen un conocimiento deficiente sobre esta materia, lo cual guarda relación con la poca atención que se les da a los asuntos relativos a la sexualidad en los programas de formación de médicos. Esta falta de conocimiento debe revertirse en los médicos en general, ya que los pacientes acuden muchas veces a profesionales no especialistas en esta condición.

En segundo término, las personas entrevistadas en el estudio ya citado acusan una falta de sensibilidad en el trato recibido de parte de sus médicos. Dado que la intersexualidad afecta temas sensibles como la apariencia física, la fertilidad o la sexualidad, los pacientes intersexo esperan ser tratados con respeto, comprensión y empatía, pues de lo contrario, les resultará aún más difícil lidiar con su condición.

Finalmente, los profesionales no-médicos y los defensores de las personas intersexo demandan que sus puntos de vista sean considerados a la hora de mejorar la formación que los profesionales de la salud tienen sobre esta materia. Como hemos mencionado previamente, los tratamientos médicos

a las personas intersexo no responden únicamente a criterios biológicos, sino que también a las ideas sociales sobre el sexo, de tal modo que, si la sociedad empieza a ver la intersexualidad como algo normal, ésta dejará de ser patologizada y se reducirán las intervenciones médicas a aquellos aspectos estrictamente necesarios. Esta “*des-medicalización*” es uno de los principales objetivos de las organizaciones sociales y de derechos humanos, las que plantean como criterio general que el hecho de que una persona sea diferente no conlleva la necesidad de ser tratada o corregida médicamente.

## 5. ¿Qué desafíos plantean las personas intersexo al ordenamiento jurídico?

A lo largo de este capítulo hemos intentado introducir al lector en el contenido del concepto de “*Intersexualidad*”, caracterizándolo como un fenómeno tanto biológico como social que, si bien solo afecta a un acotado número de personas en el mundo, resulta ser un reflejo de la forma en que la sociedad occidental entiende la sexualidad humana. Como señalábamos previamente, las variaciones en el desarrollo de las características sexuales humanas han dejado de ser meros problemas médicos para transformarse en una reivindicación política que, como tal, demanda de parte de la sociedad una respuesta permanente y efectiva a través de sus instituciones jurídicas y sociales.

A este respecto, la pregunta que naturalmente corresponde formular es cómo puede nuestro ordenamiento jurídico abordar adecuadamente las reivindicaciones de las personas intersexo. Para empezar a responder esta interrogante, y antes de entrar en el examen de las experiencias legislativas y jurisprudenciales en el derecho chileno y comparado (que realizaremos en los capítulos siguientes), quisiéramos identificar cuáles son los problemas específicos que la realidad social de las personas intersexo plantea a la ciencia jurídica:

### 5.1. Reconocimiento legal de sexo y género

Siguiendo el enfoque con el que han analizado esta materia órganos como el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa y la Agencia de la Unión Europea para los Derechos Humanos, el primer problema legal que enfrentan las personas intersexo es el reconocimiento legal del sexo y el género. Diferentes Estados a lo largo del mundo exigen la indicación del sexo de todo recién nacido para poder proceder a expedir un registro o certificado oficial de nacimiento, debiendo los solicitantes escoger entre las dos únicas opciones disponibles: “*masculino*” o “*femenino*”. Esta exigencia se basa en la creencia de que el sexo es una de las características esenciales de la identidad de una persona y que todas las personas pueden ser claramente asignadas a una u otra de las categorías señaladas (Agius, 2017, pág. 37).

Esta visión limitada sobre el sexo biológico genera consecuencias negativas para los individuos que no calzan en esta dicotomía. Por un lado, los padres de los menores intersexo experimentan la doble presión social de tener un hijo física y legalmente “*ambiguo*”, lo que los lleva a acceder más fácilmente a cualquier propuesta de restablecer “*médicamente*” esa “*normalidad sexual*”; por otro lado, si al llegar a la madurez el menor se manifiesta disconforme con el sexo asignado al nacer, le será muy difícil (sino imposible) poder rectificar su partida de nacimiento (FRA EU, 2015, pág. 4).

Sobre este último punto, cabe señalar que en el último tiempo numerosos países han consagrado el derecho al reconocimiento legal de la identidad de género para todos sus ciudadanos, lo cual facilitaría a las personas intersexo poder rectificar a futuro su sexo de nacimiento con un mayor grado de flexibilidad. No obstante, y como analizaremos más adelante, no existe una única respuesta sobre cómo resolver el problema de la asignación de sexo en las partidas de nacimiento y otros documentos de identidad oficiales basados en el binarismo de género tradicional, especialmente cuando el menor no ha manifestado autónomamente su propia identidad de género y los padres han optado por no corregir quirúrgicamente el sexo biológico de sus hijos (Agius, 2017, págs. 38-39).

## 5.2. Patologización y medicación de la intersexualidad

Un segundo problema que requiere un urgente pronunciamiento del ordenamiento jurídico es la patologización y medicalización de la intersexualidad. Como mencionábamos anteriormente, el trabajo realizado desde los años noventa por comunidades organizadas y académicos en orden a denunciar los efectos nocivos de los tratamientos de reasignación de género ha empezado a tener un efecto visible en la sociedad occidental, permeándose al mundo del Derecho. Si en el pasado dichas prácticas médicas eran consideradas un mero procedimiento para tratar una “*enfermedad*” rara (que sólo interesaba a ciertos profesionales de la salud), en los últimos años se han transformado en un objeto de preocupación para distintos organismos internacionales de protección de derechos humanos, que las han recatalogado como conductas lesivas a los derechos fundamentales de los pacientes y han llamado a los Estados a adoptar medidas concretas para ponerles término.

En el Derecho comparado existe un tratamiento incipiente de este problema en torno a dos dimensiones relacionadas entre sí. Por un lado, algunos países han consagrado por vía legislativa un nuevo derecho a la protección de las características sexuales de toda persona, el cual implicaría un reconocimiento de la existencia de la diversidad corporal (es decir, de sujetos que no calzan en la dicotomía hombre-mujer) y un respaldo jurídico a la despatologización de la intersexualidad. Por otro, tanto legislativa como jurisprudencialmente se ha considerado necesario reforzar el ejercicio del

derecho al consentimiento informado por parte de los menores intersexo frente a la posibilidad de que se les practique un tratamiento médico que afecte sus características sexuales, para lo cual se ha buscado establecer criterios generales sobre cuándo dicho consentimiento debe ser exigido previa y perentoriamente, y cuándo puede ser subrogado por sus progenitores u otros terceros que tengan su tuición legal (FRA EU, 2015, págs. 5-7).

### 5.3. Protección frente a la discriminación

Finalmente, el tercer problema jurídico que debemos abordar es la protección frente a actos de discriminación arbitraria. En este punto la discusión es más acotada, y gira en torno a si las personas intersexo se encuentran actualmente protegidas por la legislación antidiscriminación a lo largo del mundo (FRA EU, 2015, pág. 3).

En efecto, muchas de estas leyes individualizan expresamente los distintos tipos de discriminación que prohíben (como sexo, raza, religión, orientación sexual, etc.) con la finalidad de hacer más efectiva la aplicación de estas normas. No obstante, no hay claridad sobre si las distintas situaciones de discriminación a las que están expuestas las personas intersexo pueden subsumirse en alguna de estas categorías preexistentes o requieren de la consagración legal de una categoría más específica (como ocurre en diversos casos en el Derecho comparado que analizaremos en los capítulos siguientes). En opinión del Comisionado para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, la falta de garantías específicas de no discriminación a las personas intersexo (junto con la falta de visibilidad y conocimiento al respecto que hay al interior de la sociedad) puede facilitar que éstas sean discriminadas con total impunidad (Agius, 2017, pág. 43).



## Capítulo II. Las personas intersexo en el derecho extranjero.

El surgimiento de las organizaciones sociales de personas intersexo hacia finales del siglo XX no sólo les ha permitido alcanzar visibilidad ante la sociedad en general, sino que también frente al mundo del derecho. Si bien el reconocimiento de los problemas jurídicos específicos de las personas intersexo está todavía en una etapa germinal, existen ciertas fuentes en el derecho extranjero que nos permitirían dilucidar cuáles son los conceptos y principios necesarios para abordar esta materia.

En particular, es posible identificar tres grupos de fuentes: i.- las opiniones jurídicas de diversos Organismos Internacionales sobre las personas intersexo; ii.- las leyes de reconocimiento a los derechos a la identidad de género y a la protección de las características sexuales dictadas en Malta y Portugal; y iii.- la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. La contribución de cada una de estas experiencias será analizada a continuación, siguiendo la problematización planteada al final del capítulo anterior.

### 1. Las opiniones jurídicas de los organismos internacionales de Derechos Humanos.

Aunque todavía no existe ningún tratado internacional que haga una alusión directa a las personas intersexo, en los últimos años diversos organismos de cumplimiento de tratados, pertenecientes al Sistema Universal de Derechos Humanos, se han pronunciado sobre esta materia al analizar la observancia que algunos países han tenido respecto de los derechos fundamentales bajo su competencia, considerando a las problemáticas específicas de estas personas como casos específicos de vulneración a ciertas garantías. Tales entidades corresponden al Comité contra la Tortura (CAT, 2011), el Comité de los Derechos del Niño (CRC Suiza, 2015), el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD, 2015), el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (HCHR, 2015 A) (HCHR, 2015 B), el Relator Especial para el Derecho a la Salud (Grover, 2009) y el Relator Especial contra la Tortura (Méndez, 2013).

Por otro lado, en un nivel más regional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (IACHR, 2012), y la Asamblea Parlamentaria (PACE, 2017) y el Alto Comisionado para los Derechos Humanos del Consejo de Europa (Agius, 2017) también han emitido opiniones jurídicas sobre esta materia, en las que se destaca una visión más integral de los derechos fundamentales involucrados y de las acciones que debieran tomar los Estados para garantizar su protección. Particularmente relevante es la resolución N°2191 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre *“Promoción de los derechos humanos de las personas intersexo y eliminación de la discriminación en su*

*contra*” (2017), pues constituye el pronunciamiento jurídico más completo y específico que se haya realizado hasta la fecha por un organismo internacional en torno a las acciones que deben tomar los Estados para garantizar la protección de los derechos fundamentales de las personas intersexuales.

En general, el contenido de todos estos documentos gira en torno a recomendar a los Estados el poner término a todo tipo de intervenciones médicas no consentidas en menores de edad cuya finalidad sea la mera “normalización” de las características sexuales de los pacientes, calificando la patologización y medicalización tradicional de las condiciones intersexuales como una forma de trato inhumano, degradante y discriminatorio, que además vulnera el derecho a la salud, a la integridad física y psíquica y los derechos del niño en general, con lo cual se busca elevar a esta materia a la categoría de problema de protección de derechos fundamentales.

### 1.1 Reconocimiento legal de sexo y género.

Aunque el énfasis de las opiniones consultadas está puesto en el problema de la patologización y medicalización, es posible encontrar algunos elementos específicos sobre el reconocimiento legal de sexo y género. Preliminarmente, resulta útil indicar que en el estudio llamado *“Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes”* del año 2012 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos planteó una definición de *“personas intersexo”*, bajo la cual se alude a *“todas aquellas situaciones en las que el cuerpo sexuado de un individuo varía respecto al estándar de corporalidad femenina o masculina culturalmente vigente”* (IACHR, 2012, pág. 3).

Pero en lo que respecta a este apartado, la resolución 2191 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (PACE, 2017), llama a sus Estados miembros a asegurar que las leyes y prácticas que regulan los registros de nacimiento sean lo suficientemente flexibles para abordar la situación de los niños intersexo sin necesidad de forzar a los padres o médicos a revelar tal estatus innecesariamente, sugiriendo evaluar la posibilidad de que el registro del sexo en certificados de nacimiento u otros documentos de identidad sea opcional. También se recomienda simplificar los procedimientos de reconocimiento legal de género y asegurar que éstos sean rápidos, transparentes y accesibles para cualquier persona en base a su autodeterminación, asegurando que las clasificaciones de género que ocupan las autoridades incluyan a las personas intersexo que no se identifican como masculinas o femeninas. Del mismo modo, se solicita que a las personas intersexo no se les impida suscribir una unión civil o matrimonio (ni se les obligue a terminar uno preexistente) como consecuencia del reconocimiento legal de su género (Párrafo 7.3.).

## 1.2 Patologización y medicalización de la intersexualidad

Como lo mencionábamos previamente, los organismos internacionales se han centrado en criticar la patologización y medicación de la intersexualidad que tradicionalmente realizaban los profesionales de la salud.

En el caso de los comités de cumplimiento de tratados del sistema universal de protección de derechos humanos, aunque sus opiniones se encuentran dispersas en distintos informes, estas pueden sintetizarse en torno a tres planteamientos generales:

- a) **Rechazo a los tratamientos médicos no consentidos y médicamente innecesarios a niños intersexo.** Se recomienda a los Estados terminar con las intervenciones quirúrgicas y otros tratamientos médicos tradicionalmente aplicados a los niños intersexo, ya que éstos son considerados como prácticas médicamente innecesarias, que tienen un carácter invasivo e irreversible, y producen un daño físico y psicológico ((CRC Suiza, 2015) Párrafo 42, literal b), Párrafo 43, literal b); (HCHR, 2015 A) Párrafo 53 y 78 literal h)). Además, desde un punto de vista de derechos humanos, su práctica es calificable como una forma de tortura o trato cruel, inhumano o degradante<sup>2</sup>, y dado que en muchos casos supone la extracción de gónadas potencialmente fértiles o la extracción de clítoris atípicos, constituye también una forma de esterilización forzada y de mutilación genital femenina ( (HCHR, 2015 B) Párrafo 62.).
- b) **Necesidad de resguardar el derecho a la integridad corporal de los niños intersexo, garantizando el consentimiento informado.** Bajo la premisa de que las intervenciones de asignación sexual carecen de fines terapéuticos reales, y que, por el contrario, pueden generar daños irreparables a quien no las ha requerido, se recomienda a los Estados priorizar el resguardo de la integridad corporal de los menores intersexo, exigiéndoles garantizar el ejercicio efectivo del derecho al consentimiento informado antes de someterles a cualquier intervención quirúrgica o tratamiento médico invasivo e irreversible, que no tenga un carácter urgente. Los organismos entienden el concepto de consentimiento informado como la entrega de información completa al paciente (y a sus padres, si se trata de menores de edad) sobre la justificación, efectos y alternativas del tratamiento que se le pretende aplicar ( (CAT, 2011)

---

<sup>2</sup> “Los Estados tienen la obligación de proteger a todas las personas, incluidas las personas LGBT e intersexuales, contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes cuando se encuentren bajo custodia y en entornos médicos y de otra índole [...] Las prácticas médicas condenadas por los mecanismos de las Naciones Unidas en este contexto incluyen la denominada terapia de “conversión”, los exámenes genitales y anales forzados, la esterilización forzada o no voluntaria, así como los procedimientos quirúrgicos y tratamientos innecesarios desde el punto de vista médico practicados en niños intersexuales”. (HCHR, 2015 A) Párrafos 13, 14 y 38.

Párrafo 20, literales a) y d); (CRPD, 2015) Párrafo 38, literal d)), en orden a resguardar su autonomía, libre determinación, integridad física y bienestar ( (Grover, 2009) Párrafo 9), por lo que, en este tipo de casos, se recomienda a los Estados prescribir el aplazamiento de tales prácticas médicas hasta que el infante tenga la madurez suficiente para consentirlas o rechazarlas ( (Grover, 2009) Párrafo 46).

- c) **Necesidad de educar y concientizar en torno a diversidad sexual, física y biológica.** Se recomienda a los Estados educar a los profesionales y prestadores de salud en torno a las temáticas de la diversidad sexual y de género, incluyendo el reconocimiento a diversidad física y biológica que caracteriza a las personas intersexuales, y capacitándolos en torno a las necesidades específicas de este grupo ( (CAT, 2011) Párrafo 20, literal c); (CRPD, 2015) Párrafo 38, literal d); (Grover, 2009) Párrafo 46; (HCHR, 2015 A) Párrafo 79 literal e)). Del mismo modo, se exige que se garantice la orientación y el apoyo integral y multidisciplinario a las familias de los niños de estas características ( (HCHR, 2015 A) Párrafo 17) y en los casos debidamente investigados en que se hayan practicado intervenciones médicas no consentidas, se puedan otorgar reparaciones efectivas a las víctimas ( (CAT, 2011) Párrafo 20, literal b); (CRPD, 2015) Párrafo 38, literal d); (HCHR, 2015 A) Párrafo 13).

En cuanto a los organismos regionales de protección de derechos humanos, los pronunciamientos han sido dispares en extensión y exhaustividad, pero comparten la misma visión crítica sobre la medicalización. En el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, esta se ha limitado a emitir dos comunicados de prensa que reflejan su opinión:

- a) **Comunicado del 5 de abril de 2013:** La CIDH declaró que *“Niñas y niños intersex se ven sujetos a todo tipo de intervenciones médicas, sin su consentimiento informado o el de sus padres o madres, la mayoría de carácter irreversible y dirigida a “normalizar” sus genitales en un intento por hacerlos parecer “más femeninos” o “más masculinos”. Estas intervenciones casi nunca son necesarias desde el punto de vista médico y provocan grandes daños a niñas/os y personas adultas intersex, incluyendo, entre otros, dolores crónicos y traumas para el resto de sus vidas, insensibilidad genital, esterilización y sufrimiento psicológico, lo que en parte se debe al secretismo que rodea estos procedimientos. La CIDH urge a los Estados a adoptar medidas urgentes para revisar estas intervenciones médicas a personas menores de 18 años a la luz*

*del derecho de toda persona a la integridad personal, la dignidad, la privacidad, la identidad, la autonomía, el acceso a la información, los derechos sexuales y reproductivos y la salud*<sup>3</sup>.

- b) **Comunicado del 24 de octubre de 2016:** la Comisión reiteró sus críticas a los procedimientos médicos innecesarios, llamando urgentemente a los Estados a prohibirlos y a respetar el derecho de las personas intersexo a la salud, a la integridad física y mental, a vivir libres de violencia y prácticas nocivas y a no ser sometido a tortura y malos tratos; añadiendo que *“deben tener acceso a apoyo adecuado, así como a servicios médicos que respondan a sus necesidades específicas de salud y que se basan en la no discriminación, el consentimiento informado y el respeto de sus derechos fundamentales. En este sentido, es fundamental aumentar la integración de los principios de derechos humanos en los estándares y protocolos emitidos por organismos reguladores y profesionales [...] Los Estados deben investigar las violaciones de derechos humanos en contra de personas intersex, deben responsabilizar a las personas halladas culpables de perpetrar tales violaciones, y también proporcionar reparaciones e indemnización a las personas intersex sometidas a abusos”*<sup>4</sup>.

Por su parte, en el ámbito europeo esta materia ha sido abordada con mayor exhaustividad: el ex Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, Nils Muižnieks, emitió en 2014 un comunicado llamado *“A boy or a girl or a person – intersex lack of recognition in Europe”* y elaboró el informe *“Human Rights and intersex people”* en 2015, sirviendo ambos documentos como insumo para la elaboración posterior de la resolución 2191 de la Asamblea Parlamentaria sobre *“Promoción de los derechos humanos de las personas intersexo y eliminación de la discriminación en su contra”* (PACE, 2017). En esta resolución se puede encontrar tanto una caracterización crítica de las prácticas médicas patologizantes como un conjunto de recomendaciones a los estados para asegurar la protección de la salud física y mental de las personas intersexuales:

- a) **Crítica a la patologización y medicalización de la intersexualidad:** La Asamblea reconoce que las personas intersexuales son personas sanas por lo que los tratamientos tradicionales a los que son sometidas carecen de fines auténticamente terapéuticos, siendo practicadas más para evitar o minimizar problemas sociales que para abordar problemas médicos (párrafo 2). Además, constata el hecho de que los padres de estos niños suelen ser presionados para tomar

---

<sup>3</sup> Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2013/023A.asp>. El énfasis es propio.

<sup>4</sup> Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/153.asp>. El énfasis es nuestro.

una decisión apresurada sobre la condición médica de sus hijos, sin tener una clara comprensión de los efectos que tendrán en largo plazo los tratamientos aplicados (párrafo 3).

b) **Recomendaciones a los Estados miembros del Consejo de Europa:**

- a. **Protección efectiva del derecho de los niños a la integridad física y a la autonomía corporal, y empoderamiento de las personas intersexo en el ejercicio de estos derechos (Párrafo 7.1.).** Se recomienda prohibir las cirugías de normalización sexual médicamente innecesarias, esterilizaciones y otros tratamientos practicados en niños intersexo sin su consentimiento informado y, salvo que se trate de un riesgo a la salud urgente, se posterguen todo tipo de tratamientos que busquen alterar las características sexuales de los niños (incluyendo gónadas, genitales u órganos sexuales internos) hasta que alcance la edad suficiente para participar en la decisión sobre éstos. Además, se exige asegurar que las personas intersexo tengan acceso efectivo a la asistencia médica y acceso completo a sus registros médicos, y capacitar sobre estas materias a médicos, psicólogos y otros profesionales, poniendo especial énfasis en señalar que *“los cuerpos intersexo son el resultado de variaciones naturales en el desarrollo sexual y, como tales, no necesitan ser modificados”*.
- b. **Apoyo a las personas intersexo, sus padres y las personas que los rodean para enfrentar las actitudes sociales hacia las personas con variaciones en las características sexuales (Párrafo 7.2.).** Se recomienda asegurar el acceso a mecanismos de apoyo psicológico para estas personas a lo largo de su vida y apoyar el trabajo de las organizaciones de la sociedad civil que buscan visibilizar su situación.
- c. **Investigación sobre la situación y los derechos de las personas intersexo (Párrafo 7.5.).** Se recomienda a los Estados impulsar procesos de investigación respecto al impacto en las personas intersexo de las cirugías y otros tratamientos *“normalizantes”* practicados sin su consentimiento en el pasado, y evaluar la posibilidad de otorgarles una compensación por los daños sufridos. Adicionalmente, se recomienda mantener un registro de todas las intervenciones practicadas a niños respecto a sus características sexuales.

### 1.3 Protección frente a la discriminación.

En cuanto a la protección frente a la discriminación, los organismos de cumplimiento de tratados han llamado a los estados a tomar acciones para evitar que los niños intersexuales sean discriminados ( (HCHR, 2015 A) Párrafo 17 y 79 literal c)), opinión que es compartida por la Comisión Interamericana (ver supra).

En el contexto europeo, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa también hace recomendaciones para el combate a la discriminación en contra de las personas intersexo, solicitando a los Estados asegurar que las leyes antidiscriminación protejan efectivamente a estas personas, lo cual puede lograrse por medio de la incorporación de las características sexuales como una categoría específica de discriminación y/o concientizando a abogados, jueces y otros profesionales relevantes de que la discriminación en contra de las personas intersexo puede subsumirse dentro de las categoría de discriminación por sexo o dentro de “*otras*” formas de discriminación ( (PACE, 2017). Párrafo 7.4).

Como se puede apreciar, las distintas opiniones jurídicas que se han presentado coinciden en caracterizar a los padecimientos de las personas con características sexuales “*atípicas*” como casos específicos de violaciones a derechos humanos ya reconocidos en los instrumentos internacionales. Este aspecto es sumamente relevante, ya que permite comprender que las personas intersexuales son sujetos de derecho que requieren una especial preocupación de parte del sistema normativo de cada país, el cual debe contar con normas que las protejan expresamente y aborden adecuadamente los problemas jurídicos que las afectan. A modo de síntesis, podemos señalar que los derechos humanos que son especialmente vulnerables, en opinión de los organismos internacionales citados, son:

1. La prohibición de tortura o tratos inhumanos o degradantes;
2. La prohibición de toda forma de discriminación arbitraria;
3. El derecho al respeto a la vida privada, que incluye los derechos a la integridad física y psíquica, a la autodeterminación y autonomía personal;
4. El derecho a la salud, tanto en su dimensión física como mental, y con especial consideración de la salud sexual y reproductiva, y
5. Los derechos del niño, a saber: la primacía de su interés superior, a tener un nombre, a preservar su identidad, a expresar su opinión libremente en los asuntos que lo conciernen, y a la libertad de buscar, recibir y emitir información.

## 2. La intersexualidad en el Derecho comparado: leyes sobre identidad de género, características sexuales y protección frente a la antidiscriminación

En paralelo a la incipiente preocupación de los organismos internacionales por la situación de derechos humanos de la población intersexo, algunos Estados han intentado abordar estas problemáticas al interior de sus ordenamientos jurídicos, por medio de la incorporación de normas explícitas sobre esta materia en las leyes respectivas sobre protección contra la discriminación y reconocimiento del derecho a la identidad de género. De este modo, se sigue un tratamiento jurídico similar al planteado por los organismos citados en el apartado anterior, en tanto se caracterizan a las personas intersexo como sujetos especialmente vulnerables a violaciones de derechos humanos latamente reconocidos (tanto en el derecho internacional como local) que requieren, por lo tanto, un nivel de protección mucho más específico.

Concretamente, existen en el derecho comparado dos experiencias legislativas notables que han abordado de forma integral esta materia: la **Ley de Identidad de Género, Expresión de Género y Características Sexuales de Malta** (Act N°XI of 2015, *“The Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act”*, en adelante, la *“GIGESC Act”*); y la **Ley que establece el Derecho a la autodeterminación de la identidad de género y expresión de género y la protección de las características sexuales de cada persona de Portugal** (denominada Decreto N° 203/XIII, *“Direito à autodeterminação da identidade de género expressão de género e à proteção das características sexuais de cada pessoa”*, en adelante, el Decreto N° 203). Para efectos metodológicos, expondremos el contenido de ambos cuerpos legales agrupándolo en torno a los tres problemas jurídicos que enunciamos en el capítulo primero: (i) reconocimiento legal de sexo y género; (ii) patologización y medicalización de la intersexualidad, y; (iii) protección frente a la discriminación.

### 2.1. Reconocimiento legal de sexo y género

Como analizábamos en el primer capítulo, el primer problema legal que deben afrontar las personas intersexo y sus familias es la exigencia de indicar su sexo como requisito para emitir el registro de nacimiento y otros documentos oficiales de identidad. La tradicional rigidez de las opciones disponibles (sólo masculino o femenino), la urgencia de las instituciones por otorgar una respuesta y las trabas legales para modificar posteriormente una decisión de esta naturaleza, constituyen una presión significativa sobre los padres de los niños intersexo que puede conducirlos a aceptar tratamientos médicos que, a pesar de no ser terapéuticos, puedan “corregir” la ambigüedad física y jurídica de sus hijos. Como una forma de soslayar este problema, la GIGESC Act y el Decreto N° 203

buscan vincular las problemáticas intersexo con las relativas al reconocimiento del derecho a la identidad de género de todo individuo, para lo cual regulan algunos aspectos de forma general y otros de formas específica.

Preliminarmente, ambas leyes determinan como su objeto el establecimiento de tres derechos: la autodeterminación de la identidad de género, la expresión de género y la protección de las características sexuales (GIGESC Act, art. 3, n°1, literal a y d; Decreto N° 203, art. 1°). En lo que respecta al contenido de los derechos a la identidad y a la expresión de género, la GIGESC Act define preliminarmente ambos conceptos en su artículo 2, incisos 3° y 4°, para luego declarar en el artículo 3, que todas las personas que sean ciudadanos de Malta *“tienen el derecho a:[...] (a) el reconocimiento de su identidad de género; [...] (b) el libre desenvolvimiento de su persona en concordancia con su identidad de género; [...] (c) a ser tratado de acuerdo a su identidad de género y, particularmente, a ser identificado de esta forma en los documentos en que se haga mención de su identidad [...]”*. El Decreto N° 203, en cambio, no realiza una definición de expresión o identidad de género, pero sí realiza una especificación similar (aunque más acotada) al expresar en su artículo 3° n° 1 que el ejercicio de ambos derechos de una persona *“se garantiza, en particular, mediante el libre desenvolvimiento de su personalidad de acuerdo con su identidad y expresión de género”*.

Sobre la base de esta consagración del derecho a la identidad de género, ambas leyes regulan sendos procedimientos de cambio de identidad de género, cuya finalidad es otorgar un reconocimiento jurídico de los procesos de transición de toda persona que ha experimentado a lo largo de su vida una disconformidad con el sexo asignado al nacer. Ambos procedimientos pueden resumirse en los siguientes puntos:

- i. **Naturaleza y características generales.** El procedimiento establecido en ambas normas tiene una naturaleza administrativa, de carácter breve y confidencial, cuyo objetivo es modificar tanto el sexo registrado en el acta de nacimiento del solicitante como su primer nombre. La información relativa a dichas modificaciones sólo podrá ser entregada a terceros previa autorización del titular o de un tribunal que lo estime necesario para la sustanciación de un proceso judicial (GIGESC Art. 4 numeral (7); Decreto N°203 Art. 6° n°1, 2° y 4°).
- ii. **Etapas del procedimiento.** La ley maltesa establece que el procedimiento se realiza en dos pasos: primero, el solicitante debe efectuar declaración notarial que dé cuenta inequívocamente de su intención de rectificar su sexo registral y su primer nombre; luego,

dicha declaración es recogida en una escritura pública o “*note of enrolment*” que debe ser presentada ante el director del Registro Civil (*Public Registry*), quien deberá darle curso y modificar el acta de nacimiento dentro del término de quince días desde la declaración notarial en los términos solicitados (GIGESC Art. 4 y 5.; Decreto N°203 Art. 8° y 9°). En el caso portugués, el requerimiento se hace directamente ante cualquier oficial del Registro Civil, quien deberá pronunciarse sobre aquél dentro del plazo máximo de ocho días, efectuando un nuevo registro de nacimiento si así fuera necesario.

- iii. **Titularidad.** Según corresponda, la solicitud puede ser realizada por todas las personas de nacionalidad maltesa o portuguesa a partir de los dieciocho años. Aunque no se les concede titularidad a los ciudadanos extranjeros, en ambos casos se establece que será reconocida como válida toda decisión final sobre la identidad de género de una persona que haya sido pronunciada por autoridades o tribunales foráneos en conformidad a sus leyes internas (GIGESC Artículo 9. (1).; Decreto N°203 Artículo 6° N°4.)<sup>5</sup>. Respecto a menores de edad, existen un tratamiento disímil: el Decreto N° 203 le concede titularidad para efectuar la solicitud sólo a los menores de entre dieciséis y dieciocho años por medio de sus representantes legales; la GIGESC, en cambio, no establece una edad mínima para que los representantes del menor efectúen el requerimiento en su nombre, pero traspasa la competencia para pronunciarse al respecto a un tribunal civil. En ambos se consagra que la corte o el oficial de registro civil a cargo del procedimiento deberá asegurar que este se realiza en conformidad con los principios de Protección del Interés Superior y de Autonomía Progresiva, de acuerdo con lo establecido en la Convención de los Derechos del Niño (GIGESC Art. 7 numerales (1) al (3); Decreto N°203 Artículo 7° número 2).
- iv. **Requisitos.** Con excepción de las exigencias relativas a la minoría de edad y la nacionalidad, el único requisito que ambas leyes establecen es la voluntad de querer ejercer el derecho a la identidad de género. Se prohíbe categóricamente que el funcionario competente exija, como requisito previo para dar curso a la solicitud, la entrega de antecedentes que den cuenta de la realización de tratamientos médicos de cualquier tipo, ya sean quirúrgicos, hormonales o psiquiátricos en la persona del solicitante (GIGESC art. 5 numeral 2; Decreto N°203, art. 9° numeral 2).

---

<sup>5</sup> En el caso de Malta, se puede hacer extensiva la titularidad a las personas extranjeras que tienen calidad de refugiados (art. 4 numeral 8).

- v. **Efectos.** El principal efecto es la rectificación del sexo registrado en el acta de nacimiento y la modificación del primer nombre del solicitante en conformidad a su identidad de género. En virtud de lo anterior, el solicitante deberá pedir la actualización de sus documentos oficiales de identidad ante las autoridades correspondientes dentro del plazo fijado por la ley respectiva (quince días en Malta y treinta en Portugal: GIGESC Art. 10 numerales 1 y 2; Decreto N°203 número 2 y 3), y en caso de que quisiera a futuro rectificar nuevamente su acta de nacimiento, será necesario contar con una autorización judicial previa (GIGESC Art. 8 (2); Decreto N°293 art. 6° numeral 3). Además, ambas leyes establecen categóricamente que tales modificaciones no afectarán de forma alguna los derechos y vínculos familiares derivados de las relaciones de parentesco o matrimonio del solicitante, sus derechos sucesorios y en general todo otro derecho patrimonial o relación jurídica constituida con anterioridad a la modificación de su sexo registral (GIGESC Art. 3 numeral 2; Decreto N°203 Art. 10 número 1).

Sobre este marco general, ambos cuerpos legales establecen algunas reglas especiales para el ejercicio del derecho a la identidad de género por parte de las personas intersexo. La GIGESC permite postergar la indicación del género en el acta de nacimiento hasta los dieciocho años, pero estableciendo correlativamente la obligación de que, antes de cumplir dicha edad, quien tenga la autoridad parental sobre el menor de edad deberá comparecer ante un tribunal civil y declarar ante éste, cuál es su género y su primer nombre (en el caso de que el representado desee expresamente cambiarlo: GIGESC art. 7 (4)). De este modo, **los niños intersexo pueden determinar tanto su identidad de género como el nombre que mejor la represente a cualquier edad y sin ninguna presión legal,** pudiendo obtener el reconocimiento jurídico de tal identidad por medio de una resolución judicial.

El Decreto N° 203, por su parte, establece, aparentemente, una excepción a los requisitos de edad que establece para ejercer el derecho a la identidad de género. En efecto, en el artículo 7°, que regula los requisitos de legitimidad, se señala en el numeral 3 que *“La persona intersexo puede requerir el procedimiento de cambio de mención de sexo en el registro civil y la consecuente modificación del nombre propio, a partir del momento en que se manifieste su identidad de género”*( Decreto N°203, art. 7° numeral 3)<sup>6</sup>. A diferencia del caso maltés, la redacción portuguesa resulta confusa, pues no deja claro si los niños intersexo están autorizados a comparecer por sí mismos ante el oficial del registro civil a solicitar la rectificación del sexo registral o también requieren hacerlo a través de sus representantes

---

<sup>6</sup> Traducción propia.

legales (como ocurre con los menores de dieciocho y mayores de dieciséis años). Por otro lado, resulta posible interpretar que los menores de dieciséis años deberían acreditar que tienen una condición intersexo, pues de lo contrario se abre la posibilidad de burlar el requisito de edad mínimo que establece el numeral 2 del mismo artículo 7°.

## 2.2. Patologización y medicalización de la intersexualidad

Resulta relevante destacar que ambas leyes realizan una significativa innovación jurídica al incorporar el concepto de características sexuales como un objeto a proteger por el ordenamiento legal, estableciendo un derecho general al resguardo de la integridad y autonomía corporal y, al mismo tiempo, fijando ciertas garantías explícitas respecto a la situación específica de los menores de edad intersexo. En efecto, la GIGESC Act efectúa una definición preliminar del concepto de *“características sexuales”* en el mismo artículo 2, inciso final, señalando que éste *“hace referencia a las características cromosómicas, gonadales y anatómicas de una persona, las cuales incluyen características primarias como órganos reproductivos y genitales y/o estructuras cromosómicas y hormonas; y características secundarias como masa muscular, distribución capilar, pechos y/o estructura”*. Posteriormente, en el mismo artículo 3, la ley declara que todos los ciudadanos malteses tienen también el derecho a *“(d) la integridad y autonomía física.”* El Decreto N° 203, por su parte, no realiza una definición conceptual como la descrita, sino que hace una breve precisión en su artículo 4°, en el que señala que *“Todas las personas tienen derecho a preservar las características sexuales primarias y secundarias”*.

Sobre la base de la consagración de este derecho, las dos leyes se pronuncian expresamente sobre la posibilidad de que pueda ser vulnerado como consecuencia de la práctica de algún tratamiento médico. El artículo 14 (1) de la GIGESC Act declara que:

***“Será ilegal para médicos y otros profesionales llevar a cabo cualquier tratamiento de asignación de sexo y/o intervención quirúrgica sobre las características sexuales de un menor cuyo tratamiento y/o intervención pueda ser postergado hasta que la persona a tratar pueda proveer su consentimiento informado: [...] bajo el supuesto de que dicho tratamiento de asignación de sexo y/o intervención quirúrgica en las características sexuales del menor sea realizado si el menor da su consentimiento informado a través de la persona que ejerce la autoridad parental o del tutor del menor”***<sup>7</sup>.

La regla general sobre esta materia es que todo tratamiento sobre las características sexuales de un niño requiere que éste otorgue, previa e informadamente, su consentimiento expreso (a través

---

<sup>7</sup> Traducción propia. El énfasis es nuestro.

de sus representantes legales). A su vez, la ley también establece una excepción a este criterio general en el artículo 14 (2):

***“En circunstancias excepcionales, el tratamiento puede ser realizado una vez alcanzado un acuerdo entre el equipo interdisciplinario y las personas que ejercen la autoridad parental o el tutor del menor que es todavía incapaz de otorgar su consentimiento: [...] Pero si la intervención está motivada por factores sociales y no cuenta con el consentimiento del menor, será considerada una violación a esta ley”<sup>8</sup>.***

De acuerdo con el tenor de la norma citada, la integridad corporal de los niños intersexo puede ser protegida al anteponerse como requisito perentorio el consentimiento informado del niño, limitando el consentimiento sustituto (es decir, el otorgado por terceros en su representación) a “casos excepcionales”, para los cuales añade como requisito adicional que la voluntad de los representantes legales sea concordada con un equipo interdisciplinario de profesionales. A su vez, la contra excepción prevista en la segunda parte del artículo 14 (2) constituye una prohibición expresa de los tratamientos no consentidos que hayan sido motivados por fines no terapéuticos.

En el caso portugués, el artículo 5° del Decreto N° 203 también ordena expresamente postergar las intervenciones médicas sobre las características sexuales de los niños intersexo, con excepción de aquellas que son estrictamente necesarias para resguardar su salud. La norma señala que:

***“Salvo en situaciones de comprobado riesgo para su salud, los tratamientos y las intervenciones quirúrgicas, farmacológicas o de otra naturaleza que impliquen modificaciones en el nivel del cuerpo y de las características sexuales de la persona menor intersexo, no deben realizarse hasta el momento en que se manifieste su identidad de género”<sup>9</sup>.***

Además de ser más escueto que la ley maltesa, el artículo no establece como requisito el consentimiento informado del menor, sino que vuelve usar el criterio más ambiguo de la “manifestación de la identidad de género”. Esta redacción no parece ser muy efectiva a la hora de proteger la integridad corporal, ya que abre la posibilidad de que los representantes del menor puedan autorizar en su nombre la práctica de tratamientos médicos que no necesariamente van a beneficiar la consolidación de la identidad de género y que, por el contrario, podrían acarrear más daños que beneficios si no hay certeza de que fueron efectivamente deseados por el paciente.

---

<sup>8</sup> Traducción propia. El énfasis es nuestro.

<sup>9</sup> Traducción propia. El énfasis es nuestro.

Las normas estudiadas también hacen mención de dos tópicos relacionados con la salud que resultan relevantes para las personas intersexo: el **acceso a prestaciones de salud** relativas al sexo y/o género, y la **revisión de las prácticas médicas** en estas materias.

Respecto al primer tema, el artículo 15 de la GIGESC Act garantiza a todas las personas el acceso permanente a apoyo psicosocial y a intervenciones médicas en materia de sexo o género, por medio del asesoramiento experto, sensible y personalizado de psicólogos y profesionales de la salud o por consejería de pares. Por su parte, el artículo 11° del Decreto N° 203 establece el deber del Estado portugués de garantizar (a través de servicios o unidades médicas especializadas en el sistema público de salud) el acceso a tratamientos médicos de tipo quirúrgico, farmacológico o de otra naturaleza que tenga como objeto hacer corresponder el cuerpo de los pacientes con su identidad de género. En nuestra opinión, ambas normas pueden interpretarse como una validación de la visión despatologizante de la intersexualidad y transexualidad, bajo la cual las prestaciones de salud (y los profesionales de esta área) se encuentran subordinadas a las decisiones que las personas toman autónomamente respecto a su sexo o género<sup>10</sup> y, al mismo tiempo, son una garantía de su ejercicio efectivo.

En cuanto a las prácticas médicas en torno al sexo y al género, ambas leyes mandatan a las autoridades respectivas el iniciar un proceso de revisión de los estándares vigentes en la actualidad. La GIGESC Act dispone que el Ministro de Equidad, tras consultar a su par de Salud, deberá constituir un grupo de trabajo (integrado por profesionales de la salud, profesionales psicosociales y expertos en derechos humanos) cuya función será estudiar los protocolos que se siguen en los establecimientos de salud, para elaborar a futuro un informe con recomendaciones. En el mismo sentido, el Decreto N° 203 ordena que la Dirección General de Salud de Portugal diseñe un modelo de intervención técnica para los profesionales de la salud que establezca directrices sobre cómo abordar los asuntos relativos a la identidad y expresión de género y a las características sexuales.

### 2.3. Protección frente a la discriminación

Como adelantábamos en el capítulo anterior, existe una discusión en torno a si las personas intersexo se encuentran adecuadamente protegidas por las normas generales antidiscriminación, o

---

<sup>10</sup> Refuerza lo anterior el artículo 14 (5) de la GIGESC Act, que establece que el deber de los médicos de considerar el interés superior y la autonomía progresiva de los niños al señalar que: “[...] Cuando la decisión sobre el tratamiento [que afecte las características sexuales] sea expresada por un menor con el consentimiento de las personas que ejercen la autoridad parental o del tutor del menor, **los profesionales médicos deberán: (a) garantizar que el mejor interés del menor, tal como se consagra en la Convención sobre los Derechos del Niño, sea la consideración primordial; y (b) considerar los puntos de vista del menor, teniendo en cuenta su edad y madurez.**” [énfasis propios].

bien, requieren la consagración de una prohibición específica de la discriminación en su contra. En este sentido, en las dos leyes estudiadas podemos observar que se opta por esta última postura, realizando otra innovación jurídica destacable al establecer la discriminación por características sexuales como un campo específico de discriminación.

En efecto, el artículo 13 (2) de la GIGESC Act establece que el sector público tiene el deber de asegurar que toda forma de discriminación ilegal y acoso motivada por razones de orientación sexual, identidad o expresión de género, o características sexuales sean eliminadas y, al mismo tiempo, promover en el ejercicio de sus funciones la igualdad de oportunidades para todas las personas sin distinción<sup>11</sup>. El párrafo 3 hace extensiva ésta y todas las demás disposiciones de dicha ley al sector privado, lo cual se ve reforzado en el artículo 19, que incorpora el campo de la discriminación por características sexuales a la definición de discriminación que realiza el artículo 2 de la Ley de Igualdad para Hombres y Mujeres de Malta (*Equality for Men and Women Act*), norma que regula profusamente esta materia tanto de modo general como ámbitos específicos como mercado laboral, las comunidades educativas, etc.

Por su parte, el artículo 2° del Decreto N° 203 prohíbe toda forma de discriminación, directa o indirecta, en función del ejercicio de los derechos a la identidad y expresión de género y a la protección de las características sexuales. Del mismo, también hace extensiva dicha prohibición tanto al sector público como privado, estableciendo el deber adicional, respecto de las entidades estatales, de promover dentro del ámbito de sus competencias las condiciones necesarias para el ejercicio efectivo de los derechos que consagra esta ley.

La inclusión expresa de esta forma específica de discriminación tiene consecuencias relevantes para las personas intersexo, ya que fortalece el derecho a la protección de las características sexuales que analizábamos en el apartado anterior y les otorga nuevas herramientas jurídicas para poner término a la estigmatización de la diversidad corporal. Desde un punto de vista meramente reactivo, se facilita el acceso y sustanciación de las acciones judiciales tanto civiles como penales por actos de discriminación, ya que se evita a los abogados patrocinantes el trabajo analítico de subsumir los hechos

---

<sup>11</sup> “El servicio público tiene el deber de garantizar que se elimine la discriminación sexual y la discriminación sexual, la identidad de género, la expresión de género y las características sexuales, mientras que sus servicios deben promover la igualdad de oportunidades para todos, independientemente de la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género y las características sexuales”. [Traducción propia].

de la causa en otros campos de discriminación (como el sexo o el género), poniendo el foco del debate en la calificación jurídica de tales hechos como discriminatorios<sup>12</sup>.

Por otro lado, desde un punto de vista preventivo, las personas intersexo pueden exigir que sus problemáticas sean incorporadas a las políticas de combate contra la discriminación y a los deberes de promoción de la igualdad entre todas las personas que el Estado desarrolla a través de sus diversos órganos. Ejemplo de lo anterior son el artículo 13 (2) de la GIGESC Act que mencionábamos previamente y el artículo 12 (1) de la ley maltesa de Igualdad para hombres y mujeres, que establece el deber de la Comisión Nacional para la Promoción de la Igualdad entre Hombres y Mujeres, de apoyar a las personas que sufren discriminación para que ejerzan efectivamente los derechos que consagra la ley (entre los que se incluye, el no ser discriminado por sus características sexuales). A su vez, el decreto N° 203 establece en su artículo 12° el deber del Estado portugués de garantizar que al interior del sistema educativo se adopten las medidas necesarias para promover el respeto de los derechos a la identidad y expresión de género y a protección de las características sexuales, las cuales deberán orientarse a prevenir y combatir la discriminación, evitar situaciones de riesgo para los niños y capacitar a los profesionales de la educación en estas materias con un enfoque de integración socioeducativa.

### 3. La intersexualidad en la jurisprudencia extranjera: la doctrina del Consentimiento Informado en la doctrina del fallo SU-337/99 de la Corte Constitucional de Colombia.

Así como las leyes previamente analizadas representan las primeras experiencias legislativas para dar una respuesta a las problemáticas jurídicas de las personas intersexo, existen otros casos en el derecho comparado donde fueron los tribunales de justicia quienes emitieron un primer pronunciamiento sobre estas materias. Aunque existen varios fallos judiciales destacados en el mundo, hemos querido centrar nuestro análisis en la experiencia de Colombia, país cuyo tribunal constitucional tiene una lata jurisprudencia en torno al problema del consentimiento informado en las cirugías de reasignación sexual de menores intersexuales. El consentimiento informado, como hemos visto, es un elemento central para abordar el problema jurídico de la patologización y medicalización de la intersexualidad, y para iniciar su análisis, expondremos el contenido de la Sentencia de Unificación SU-337/99, dictada con fecha 12 de mayo de 1999 por la Corte Constitucional colombiana, en la cual se

---

<sup>12</sup> Véase el Art. 11 de la GIGESC Act, el Art. 19 de la Equality for Men and Women Act (Malta) y el Art. 13° al 16° del Decreto N°203.

hizo un profuso estudio de esta materia y se fijó una doctrina jurídica que podemos calificar como pionera en su tipo.

### 3.1. Antecedentes del fallo SU-337/99.

El fallo en cuestión tiene como antecedente una acción de tutela interpuesta por la madre de una menor singularizada como N.N. en contra del Estado colombiano, como consecuencia de que el Instituto de Seguros Sociales de Colombia se negó a practicar a la niña una cirugía de reasignación sexual. En efecto, la niña (nacida el 14 de octubre de 1990 y que a la fecha del litigio tenía siete años de edad) aunque había sido asignada originalmente al sexo femenino, cuando tenía tres años de edad fue diagnosticada con un *“pseudohermafroditismo masculino”* aparejada de una *“ambigüedad genital”*, por lo que el médico tratante le recomendó efectuar un tratamiento quirúrgico de readecuación de los genitales, que incluía además la extirpación de las gónadas y una clitoroplastia, el cual debía realizarse antes de que la niña llegara a la pubertad.<sup>13</sup>

A pesar de este diagnóstico, los médicos del ISS se niegan a practicar la cirugía, basándose en que la jurisprudencia previa de la Corte Constitucional (sentencia T-477 de 1995) establecía que las intervenciones que afecten la identidad sexual de los hijos no pueden ser tomadas por sus padres, siendo una atribución exclusiva de la persona afectada. La madre de la niña NN decide interponer una acción ante el Juez de Tutela correspondiente para que autorice la intervención, alegando que la negativa vulneraba los derechos de la niña a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la protección especial de la niñez, ya que la infanta tiene derecho a que sea definida su sexualidad a tiempo para su normal desarrollo personal y social (Antecedentes N°2). El juez de tutela también niega la autorización, por lo que se deriva el fallo para su revisión en sede constitucional, etapa procesal que se inicia con fecha 21 de mayo de 1997. Durante este proceso, la corte efectuó consultas a un gran número de especialistas sobre intersexualidad, incluyendo profesionales médicos y activistas sociales, quienes aportaron al proceso las distintas visiones existentes sobre la necesidad y los efectos de los tratamientos tradicionales sobre esta condición.

### 3.2. Problema jurídico y presupuestos teóricos para su resolución.

En el fundamento jurídico N°4 del fallo, la corte conceptualiza el problema jurídico a resolver de la siguiente manera: *“¿los titulares de la patria potestad o los representantes de los menores pueden o no autorizar una intervención médica y quirúrgica destinada a readecuar los genitales de un infante*

---

<sup>13</sup> El tratamiento quirúrgico consistía en una *“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.”* (Antecedentes N°1).

a quien le fue asignado alguna forma de ambigüedad sexual o genital, y que no esté de por medio del riesgo de muerte?”.

Para abordar este problema, la Corte establece en los fundamentos jurídicos del fallo un complejo marco teórico en el que se relacionan los principios éticos y jurídicos de la actividad médica con las características y requisitos del consentimiento informado en general, con la finalidad de determinar la naturaleza ético-jurídica de las intervenciones médicas que patologizan la intersexualidad, definir el estándar de consentimiento informado exigible para tratamientos que se aplican a menores de edad y luego aplicarlo al caso en concreto.

**a) Principios ético-jurídicos de la Medicina y el Consentimiento Informado.**

La Corte señala que toda práctica médica está guiada por los siguientes principios: i.- el *Principio de Beneficencia*, que se manifiesta a través del *Principio de Benevolencia* (deber de contribuir positivamente al bienestar del paciente) y del *Principio de No Maleficencia* (deber de abstenerse de causar malestar físico o psíquico al paciente); ii.- el *Principio de Utilidad*, que implica el deber de producir el máximo bienestar posible al mayor número de personas; iii.- el *Principio de Justicia*, que obliga a permitir el más amplio acceso a los servicios médicos a todas las personas; y iv.- el *Principio de Autonomía*, que establece que toda intervención en el cuerpo de un individuo debe, preliminarmente, contar con la autorización del propio afectado<sup>14</sup>.

A su vez, algunos de estos principios pueden colisionar entre sí cuando se analiza si se requiere o no el consentimiento de un paciente para someterlo a un tratamiento médico. Por un lado, y teniendo como base el reconocimiento de la dignidad y la autonomía de la persona humana, existiría una *prevalencia prima facie del principio de autonomía* por sobre los demás, lo cual se traduce en el deber de que, previamente a la realización de toda intervención médica, se debe contar con el consentimiento informado del paciente<sup>15</sup>. No obstante, existen excepciones a esta regla general en las cuales el *principio de autonomía cede en beneficio del de beneficencia* (como ocurre en los casos de emergencias médicas, incapacidad del paciente o riesgo a terceros), en las cuales los médicos pueden omitir la

---

<sup>14</sup> Estos principios, además, se vinculan a deberes constitucionales como la protección de la vida y la integridad de las personas (y especialmente de los menores), el deber del Estado de proteger el interés general, contribuir al bienestar de la población y estimular el desarrollo científico, el derecho a la igualdad en el ámbito de la salud, y el reconocimiento de la dignidad, la inviolabilidad y la libertad de todas las personas. Corte Constitucional de Colombia, 1999, Fundamento Jurídico N°7.

<sup>15</sup> “Esta prevalencia se base en principios de constitucionales y derechos humanos como el reconocimiento de la dignidad y la autonomía de las personas y la inviolabilidad de su propio cuerpo, y busca garantizar que la concepción del bienestar y la salud del paciente se anteponga a la que tiene el propio médico.” (Corte Constitucional de Colombia, 1999) Fundamento Jurídico N°11.

obtención del consentimiento informado, pero debiendo soportar la carga de probar la necesidad de esta decisión (Fundamento Jurídico N°13).

El **consentimiento informado**<sup>16</sup>, para que pueda ser una manifestación de voluntad válida por parte del paciente, debe satisfacer los siguientes requisitos: i.- Que se trate de una autorización libre (sin coacciones); ii.- que sea informada previamente (indicando al paciente los riesgos y beneficios de la intervención, sus alternativas terapéuticas y los efectos de no practicarla); y iii.- que emane de un paciente con capacidad para decidir.

El cumplimiento satisfactorio de estos requisitos, a su vez, está condicionado por la naturaleza del tratamiento, de tal manera que en ciertos casos se puede exigir un estándar de **consentimiento cualificado**. Para tal efecto, la Corte hace una distinción entre Terapias Ordinarias o No Invasivas, que son aquellas con bajo riesgo y que no afectan la vida normal del paciente, y las Terapias Extraordinarias o Invasivas, que tienen mayores riesgos y afectan significativamente la vida del paciente. En las primeras el consentimiento del paciente se puede obtener con menos rigurosidad (incluso de forma tácita) y la información previa a entregar puede ser mínima; en las segundas, el consentimiento tiene un carácter cualificado, pues se requiere entregar una mayor cantidad de información al paciente y la autorización de este debe tener el máximo de claridad y formalidad (Fundamento Jurídico N°17 y N°18). Por otro lado, la relación entre los riesgos y beneficios de la intervención exige evaluar el **nivel de autonomía del paciente para decidir**: a menor riesgo y mayor beneficio, se requiere constatar una menor autonomía para aceptar o rechazar el tratamiento; a mayor riesgo y menor beneficio, los médicos tratantes deben verificar que el paciente cuenta con plena capacidad para decidir autónomamente sobre la aceptación o negación de la terapia (Fundamento Jurídico N°19). Además, esta autonomía para prestar el consentimiento informado debe entenderse como distinta a la capacidad legal para celebrar actos jurídicos, de tal modo que algunos incapaces legales pueden ser plenamente autónomos para consentir un tratamiento o viceversa (Fundamento Jurídico N°20).

#### **b) Consentimiento informado en menores de edad y personas incapaces.**

En general, la incapacidad temporal o permanente de un paciente para consentir un tratamiento médico no es un impedimento para que este se aplique, ya que, de lo contrario se estaría vulnerando su derecho fundamental a la vida y a la salud, por lo que en estos casos debe prevalecer el principio de beneficencia por sobre el de autonomía a través de la figura del **“consentimiento**

---

<sup>16</sup> Véase el esquema N°1 al final del texto.

**sustituto**”, que consiste en una autorización médica prestada por los familiares u otras personas a en representación de un paciente incapaz (Fundamento Jurídico N°21).

En lo que respecta a los **menores de edad**<sup>17</sup>, el consentimiento sustituto halla su justificación en el deber de protección del derecho a la vida, a la integridad física y a la salud de todo niño, de tal modo que toda persona adulta que tenga a su cargo el cuidado los intereses de un menor tiene la legitimidad para autorizar la práctica de los tratamientos médicos que vayan en su beneficio. Esta facultad, a su vez, tiene ciertos límites. Por un lado, aunque se considera que los niños son sujetos que no han alcanzado el criterio suficiente para diseñar autónomamente su plan de vida y tener plena conciencia de sus intereses, el principio de la autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos obliga a considerar la opinión del menor, conforme a su grado de madurez, a la hora de autorizar o no un tratamiento médico. Por otro lado, el consentimiento sustituto puede perder legitimidad cuando la decisión de los padres o representantes va en contra de la salud y la integridad del niño a su cargo.

Aunque la **pertinencia del consentimiento sustituto** se evalúa caso a caso, existen tres **criterios generales** para su análisis: i.- la urgencia e importancia misma del tratamiento para los intereses del menor; ii.- los riesgos y la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño; y iii.- la edad y madurez del paciente. El análisis combinado de estos criterios permite identificar un espectro de situaciones posibles, que se mueven desde aquellas en las que es improcedente el consentimiento sustituto (por ejemplo, una cirugía plástica en un adolescente a punto de cumplir la mayoría de edad, que no es urgente ni tiene beneficios terapéuticos y que afecta significativamente la autonomía del paciente) hasta aquellas en que es totalmente necesario (por ejemplo, una vacuna a un recién nacido, que es un tratamiento ordinario, de bajo riesgo y altamente benéfico). Estas últimas son consideradas como casos de “consentimiento orientado hacia el futuro”, en los cuales se efectúa una decisión que hipotéticamente el menor también adoptaría si tuviera la autonomía para decidir en su propio beneficio.

Con todo, afirma la Corte que ninguna de estas categorías es absoluta, y en el análisis de cada caso, puede haber distintas concepciones (muchas veces contradictorias) sobre la naturaleza de los tratamientos, sus riesgos y beneficios, o sobre si la edad del paciente garantiza efectivamente que ha alcanzado la autonomía suficiente para decidir.

---

<sup>17</sup> Véase el esquema N°2 al final del texto.

**c) Naturaleza y carácter del consentimiento para los tratamientos médicos de la intersexualidad.**

Como mencionábamos previamente, uno de los requisitos para la validez del Consentimiento Informado es la **capacidad para decidir del paciente**. Dado que en los casos de intervenciones médicas destinadas a “readecuar” los genitales de un niño intersexual este suele ser incapaz de tomar la decisión por sí mismo, la autorización pertinente es otorgada por sus padres o representantes legales por medio de la figura del consentimiento sustituto. Sin embargo, esta autorización resulta ser un **asunto problemático** por dos razones: la existencia de una creciente discusión en torno a la necesidad, urgencia y riesgos de las terapias convencionales; y la evidente tensión entre los principios de autonomía y de beneficencia que se manifiesta en este tipo de cirugías. La Corte describe este conflicto de principios en los siguientes términos:

*“Así, esta Corporación ha señalado que en general corresponde a la propia persona definir su identidad sexual, por lo cual la protección a la autonomía sugiere que esas intervenciones hormonales y quirúrgicas debían ser postergadas hasta que el paciente pueda prestar un consentimiento informado; sin embargo, según muchos galenos, esa espera tiene no sólo efectos psicológicos graves sobre el menor sino que además reduce considerablemente las posibilidades de éxito de los procesos de identificación sexual y de género de la persona, por lo cual conforme al principio de beneficencia, parece necesario asignar el sexo y realizar las correspondientes intervenciones médicas lo más rápido posible.”* (Fundamento Jurídico N° 27).

Bajo el paradigma médico tradicional, la colisión de principios (en los términos descritos) se solucionarían dando prevalencia al principio de beneficencia y legitimando el consentimiento sustituto. No obstante, la existencia, en la actualidad, de un gran número de cuestionamientos a la medicalización de la intersexualidad llevaría a una solución distinta, basada en una calificación más rigurosa del estándar de consentimiento que se requiere para este tipo de tratamientos.

Basándose en la gran cantidad de antecedentes recopilados en torno al debate médico y social sobre esta materia a lo largo del proceso, la Corte, en primer lugar, llega a la conclusión de que las intervenciones de reasignación sexual requieren de un **consentimiento cualificado** ya que son tratamientos con un **carácter extraordinario e invasivo**.

En segundo término, respecto a la posibilidad de que los representantes de un menor intersexo puedan autorizar un tratamiento de “readecuación” genital, el tribunal concluye que tales intervenciones **no satisfacen los criterios de procedencia del consentimiento informado**. Según los

términos del fallo “la Corte *no encuentra razones que justifiquen la urgencia y necesidad* de las actuales terapias [...] conforme a la evidencia disponible al momento de tomar esta decisión, es claro que para la menor XX el *riesgo de provocar daños graves e irreversibles* es altamente probable.” (Fundamento Jurídico N°66)<sup>18</sup>.

En lo que respecta al criterio de la *edad y madurez del paciente*, la Corte señala que los diversos estudios al interior de la psicología “*coinciden en general en indicar que a los cinco años un menor no sólo ha desarrollado una identidad de género definida sino que, además, tiene conciencia de lo que sucede con su cuerpo y posee una autonomía suficiente para manifestar distintos papeles de género y expresar sus deseos.*” (Fundamento Jurídico N°88.). Como consecuencia de lo anterior, un tratamiento que afecte las características sexuales de un niño que ya ha superado esta edad, podría posiblemente ser percibido como un agresión o maltrato y generar secuelas psicológicas graves al paciente (Fundamento Jurídico N°85). Por otro lado, mientras más avanzada sea la edad de un niño, gozará de una mayor autonomía que a su vez merece una mayor protección constitucional, todo lo cual hace disminuir significativamente la legitimidad del consentimiento sustituto paterno (Fundamento Jurídico N°86).

La Corte, además, analiza otro de los *requisitos de validez del consentimiento informado*, a saber, que esta sea una ***decisión previa y debidamente informada***. A este respecto, plantea que en las cirugías de reasignación sexual no se satisface plenamente este requisito, en tanto los médicos tratantes entregan a los padres una información parcializada que impide a los padres contar con todos los elementos para realizar un juicio ponderado sobre el tratamiento que se les sugiere y así dar un consentimiento realmente informado. Así lo expresa el fallo al decir que:

*“Es cierto igualmente que en la actualidad los equipos médicos informan mejor a los padres que antaño [...] Sin embargo, los actuales protocolos suponen que, en los casos de recién nacidos, los padres deben decidir en tiempos relativamente cortos, cuando se encuentran emocionalmente afectados, y los equipos sanitarios no suelen ofrecer tratamientos alternativos, ni indican los riesgos de las actuales terapias, ni señalan que no existen datos concluyentes sobre la necesidad o bondad de los procedimientos, todo lo cual limita considerablemente la posibilidad de que pueda existir un verdadero consentimiento informado.”* (Fundamento Jurídico N°64).

---

<sup>18</sup> (Corte Constitucional de Colombia, 1999) Énfasis propio.

### 3.3. Decisión del caso y consecuencias sobre los problemas jurídicos de la intersexualidad.

El extenso razonamiento que hemos descrito previamente llevó a la Corte Constitucional colombiana a concluir que, habida cuenta de que la niña N.N., por su edad, ya había desarrollado una identidad de género determinada y tenía una clara conciencia de su cuerpo, *“no es legítimo el consentimiento sustituto paterno para que sea operada, pues los riesgos son excesivos, no aparece clara la utilidad de practicar esa cirugía antes de que el propio paciente pueda autorizarla, y la menor ya goza de una importante autonomía que obliga a tomar en cuenta su criterio en decisiones tan importantes para su vida.”* (Fundamento Jurídico N°87).

Además, el tribunal consideró que la información suministrada por el equipo médico a la madre de N.N. había sido *“equivoca e insuficiente”* (Fundamento Jurídico N°87), añadiendo que, en su percepción, la progenitora demandaba el tratamiento motivada por temor de que su hija no pudiera alcanzar la normalidad si no se sometía a tal intervención, por lo que decide *“que las cirugías tempranas y los tratamientos hormonales a la menor hermafrodita deberían ser postergados hasta que la propia persona pueda brindar un consentimiento informado puesto que la decisión paterna puede no estar orientada a verdaderamente proteger los intereses de la menor.”* (Fundamento Jurídico N°80).

De este modo, en el párrafo Tercero de la parte dispositiva del fallo, se resuelve confirmar la sentencia del juez de tutela en cuanto negó las pretensiones de la acción de tutela interpuesta por la madre de la menor N.N.

#### **a) Reconocimiento legal de sexo y género.**

Aunque el fallo en análisis está centrado en el problema de consentimiento médico para las intervenciones de readecuación genital, es posible encontrar algunos pasajes que abordan el derecho de las personas intersexuales al reconocimiento legal de su sexo y género.

En efecto, el párrafo Cuarto de la parte dispositiva de la sentencia ordena *“proteger el derecho a la identidad sexual, al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad de la menor”*. El derecho a la identidad de género, en opinión de la Corte y de acuerdo con su jurisprudencia anterior, se desprende del reconocimiento que hace la Constitución colombiana del derecho al libre desarrollo de la personalidad, en virtud del cual se identifica a la persona humana como un ser que determina autónomamente su vida y su identidad. De este modo, se afirma que *“uno de los elementos esenciales de cualquier plan de vida y de nuestra individuación como una persona singular es precisamente la*

*identidad de género, esto es, el sentimiento de pertenecer a un determinado sexo”* (Fundamento Jurídico N°39).

Aunque este tribunal no hace una distinción entre derecho a la identidad de género y derecho a la protección de las características sexuales (como veíamos en la legislación comparada), considera que la medicalización de la intersexualidad tiene un impacto decisivo en la definición de la identidad sexual del paciente y, por ende, afecta profundamente la autonomía del paciente (Fundamento Jurídico N°39). Como se observa a lo largo del fallo, la protección de la autonomía de la niña N.N. es una preocupación constante para la Corte, lo que la lleva a razonar que si ésta ya posee una identidad de género consolidada, la remodelación quirúrgica no tendrá ninguna utilidad para el desarrollo psicológico de su personalidad actual; a su vez, si eventualmente los cambios asociados a la pubertad llevaran a la niña, en el futuro, a sentirse afectada por su *“ambigüedad”* genital, lo que corresponde en tal caso es que sea la misma niña, con el debido apoyo psicológico, quien determine con mayor precisión su identidad de género y decida autónomamente si asume o no los riesgos de las cirugías y los tratamientos hormonales destinados a reconstruir sus genitales (Fundamento Jurídico N°84). Podemos concluir que, en el fallo en análisis, hay al menos un reconocimiento de que el derecho a la identidad de género de las personas intersexo está potencialmente amenazado por las intervenciones de remodelación sexual y que, por lo tanto, requiere de una especial protección.

Cabe mencionar que también este fallo adhiere a la postura de que la postergación de las cirugías de remodelación genital no implica postergar la asignación legal del género de los recién nacidos intersexuales, sino que por el contrario siempre debe asignarse un género que permita al menor tener social y legalmente una identidad sexual clara, siendo la verdadera materia de debate el si es necesario o no que esta asignación legal vaya acompañada de un modificación quirúrgica u hormonal de la genitalidad (Fundamento Jurídico N°65).

#### **b) Patologización y medicalización de la intersexualidad.**

Si bien la corte señala que no desea resolver ni mediar el debate científico en torno a la medicalización de la intersexualidad, podemos afirmar que a lo largo del fallo adopta una posición crítica-moderada en torno al enfoque médico tradicional.

Sobre la base del material probatorio recopilado durante el proceso, el tribunal afirma que no puede determinar si las cirugías a temprana edad son o no benéficas ni tampoco determinar que un adecuado apoyo terapéutico garantice un desarrollo saludable de los niños intersexo que haga innecesaria cualquier intervención médica (Fundamento Jurídico N°62). Sin embargo, afirma que este

tipo de tratamientos son procedimientos altamente invasivos y que conllevan significativos riesgos a la salud futura del paciente (Fundamento Jurídico N°63) y al ejercicio efectivo de sus derechos individuales, lo cual al menos implica reconocer que no son técnicas infalibles, que pueden afectar bienes jurídicos protegidos a nivel constitucional y que, por tanto requieren, en lo particular, elevar la rigurosidad del estándar exigido para la validez de su consentimiento, y en general, empezar a examinar estas terapias desde otras perspectivas distintas a las de la medicina.

Esta necesidad de ir más de allá del enfoque médico tradicional es especialmente evidente en el párrafo Cuarto de lo dispositivo del fallo y en el fundamento jurídico, en los cuales el Tribunal, con la finalidad de proteger los derechos a la identidad sexual, al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad de N.N., ordena a los servicios de salud a los que está afiliada que constituyan un equipo interdisciplinario que atienda su caso y le brinde el apoyo psicológico y social necesario para que la niña y su madre puedan comprender la situación en que se encuentran y ser acompañadas en el largo plazo. La Corte enfatiza expresamente que este equipo debe incluir no sólo a profesionales de la salud, sino que también a un sicoterapeuta y a un trabajador social. Además, la Corte dispone que debe ser este equipo de profesionales quienes determinen el momento en el que la menor ha alcanzado el nivel de autonomía suficiente para prestar el consentimiento informado necesario para someterse a cualquier tratamiento quirúrgico u hormonal sobre sus características sexuales, en la eventualidad que este sea el deseo de la niña a futuro.

Otro elemento que da cuenta de su visión crítica a la medicalización de la intersexualidad es la desconfianza de la Corte en la capacidad de los padres de niños de intersexuales de adoptar decisiones en materia de salud que vayan realmente en beneficios de sus hijos. El tribunal considera que los padres tienen una legitimidad *prima facie* para adoptar decisiones sanitarias en representación de sus hijos como consecuencia de que los primeros son los que mejor comprenden y amparan los intereses de los segundos, y porque dentro de ciertos límites, las familias pueden tener distintas visiones de salud. Sin embargo, también afirma que *“existen evidencias fuertes de que los padres [...] tienen mucha dificultad para entender verdaderamente los intereses de sus hijos con ambigüedad genital.”* Para la Corte, el hermetismo con el que se ha tratado dentro de la sociedad a la intersexualidad genera que los nacimientos de niños intersexo sean vistos como una experiencia traumática y difícil de comprender para sus padres, lo cual los lleva a adoptar decisiones en materia de salud que se basan más en sus propios temores y prejuicios que en las necesidades reales del menor a su cargo (Fundamento Jurídico N°79).

Como se puede apreciar, aunque el tribunal busca tomar una postura más neutral en el debate científico en torno a la intersexualidad, hace un reconocimiento claro de que el enfoque médico tradicional no tiene toda la efectividad que pretende tener y de que las terapias de remodelación sexual responden más a finalidades sociales que verdaderamente terapéuticas, todo lo cual hace necesario que dicho paradigma sea revisado o al menos complementado por otras áreas del conocimiento.

**c) Protección frente a la discriminación.**

El tribunal también adopta dos posicionamientos en materia de protección frente a la discriminación. En primer lugar, hace un interesante planteamiento respecto al consentimiento sustituto de los padres a los tratamientos que medicalización de los niños intersexuales, al que considera que puede ser un acto discriminatorio. En efecto, al analizar las motivaciones de los padres para autorizar estos tratamientos, señala la Corte que *“En cierta medida, los padres hacen parte de las mayorías sociales, que tienen una sexualidad biológica definida, y que ven entonces en los hermafroditas unos seres extraños que ojalá pudieran ser ‘normalizados’ lo más rápidamente posible. Los hijos corren entonces el riesgo de ser discriminados por sus propios padres.”* (Fundamento Jurídico N°79).

En segundo término, al finalizar la parte considerativa de la sentencia, la Corte señala que *“Los estados intersexuales interpelan entonces nuestra capacidad de tolerancia y constituyen un desafío a la aceptación de la diferencia. Las autoridades públicas, la comunidad médica y los ciudadanos en general tenemos pues el deber de abrir un espacio a estas personas, hasta ahora silenciadas.”* (Aclaración final).

Aunque son solo menciones breves, se puede afirmar que la Corte reconoce que las personas intersexuales son sujetos especialmente vulnerables a sufrir discriminación, tanto dentro de sus familias como en su vida social, lo cual hace necesario que la sociedad en su conjunto adopte medidas para su integración y protección.

## Capítulo III. Las personas intersexo frente al derecho chileno.

En la legislación chilena todavía no podemos encontrar una mención expresa a las personas intersexuales, ni mucho menos la consagración de derechos específicos cuya titularidad recaiga en ellos. No obstante, existen algunas normas jurídicas de carácter administrativo y fallos judiciales que sí han abordado parcialmente los problemas de reconocimiento de género y medicalización y que, dada su breve extensión analizaremos conjuntamente en este capítulo.

### 1. El rol del Registro Civil en el reconocimiento legal de sexo y género.

En el derecho chileno (como probablemente en todo el mundo), se exige como requisito perentorio para practicar la inscripción del nacimiento de una persona el indicar su sexo biológico. Este dato no solo queda registrado en la partida respectiva, sino que también es incorporado en los certificados respectivos que emite el Registro Civil y en los documentos de identidad como la Cédula Nacional de Identidad y el Pasaporte.

En efecto, como señala el artículo 123 del DFL N°2.128, relativo al Reglamento Orgánico del Servicio de Registro Civil, *“Las partidas de nacimiento deberán contener, además de las indicaciones comunes a toda inscripción, las siguientes: [...] 2.o) El sexo del recién nacido; [...]”*. Tal exigencia es especialmente reforzada por el artículo 124 del mismo reglamento, que establece que *“[s]on requisitos esenciales de la inscripción de un nacimiento: la fecha de éste, y el nombre, apellido y sexo del recién nacido.”*.

El artículo 112 del mismo Reglamento Orgánico dispone que la inscripción de nacimiento deberá realizarse dentro del término de sesenta días desde el hecho del parto, añadiendo en el artículo 121 que, para realizar tal gestión, se debe acreditar la efectividad del hecho vital del nacimiento, *“sea por medio de certificado del médico o partera que lo hubiere presenciado o por declaración de dos testigos conocidos.”*. En la actualidad, este certificado o *“Comprobante de atención de parto”* está incorporado al reverso de los formularios de inscripción de nacimiento, es revisado y preparado exclusivamente por profesionales de la salud (en conformidad a las reglas establecidas por el Ministerio de Salud) y es firmado por el médico o matrona del establecimiento donde ocurrió el parto, quien certifica, entre otros datos, el **sexo del hijo** y la fecha y hora de su nacimiento (SRCel, 2012, pág. 3). Este comprobante de parto es considerado el instrumento fundante de la inscripción de nacimiento, de tal modo que los hechos vitales que acredita no pueden ser constatados o revisados por los Oficiales Civiles del Registro Civil, sino que son meramente transcritos por tales funcionarios en los formularios

de inscripción (SRCel, 2018, pág. 3). De este modo, se busca que el sexo registral de un menor coincida siempre con aquel sexo biológico declarado por el facultativo médico en el certificado correspondiente.

Como puede apreciarse en la lectura de estas normas, el sistema jurídico da una relevancia particular al sexo biológico de las personas desde el primer minuto de su vida, tratándolo como un dato esencial para la correcta individualización del individuo a la hora de celebrar su primer acto jurídico, a saber, la inscripción en el registro de nacimiento estatal. La urgencia de registrar tan tempranamente el sexo del recién nacido refleja no solo la concepción binaria de la sexualidad humana que impera en nuestra sociedad, sino que también una necesidad de que no haya ningún tipo de duda sobre la vigencia de esta primera división en la convivencia social.

Ahora bien, ¿qué ocurre con los menores intersexo cuyo sexo no puede ser clasificado al nacer dentro de las categorías tradicionales masculino/femenino? Tanto el comprobante de parto como el formulario de inscripción de nacimiento utilizados en Chile incorporan en el rubro “sexo” una tercera casilla con la letra “I” correspondiente a “Indeterminado”<sup>19</sup>, por lo que, si el médico que suscribe el certificado opta por utilizar esta categoría, dicho dato será transcrito a la partida de nacimiento que se elabore posteriormente y se mantendrá así indefinidamente a menos que se practique una rectificación de dicho instrumento, ya que el legislador no ha previsto un plazo para la efectuar una determinación del sexo registral de las personas que fueron inscritas en la forma en comento (SRCel, 2018, pág. 3).

Aunque esta forma de registro pareciera en principio ser ventajosa para los menores intersexo (ya que reduce la urgencia de los padres del recién nacido por determinar jurídicamente su sexo/género), no contempla mecanismos adecuados para facilitar la determinación posterior del sexo registral del menor, la cual debe regirse tanto por las reglas generales en materia de rectificación de partidas de nacimiento y como por las normas específicas de la Ley de Identidad de Género.

Como se analizará en el capítulo siguiente, la Ley 21.120 establece una edad mínima de catorce años (vía judicial, en sede de familia) y dieciocho años (vía administrativa, ante el registro civil) para que las personas puedan ejercer el derecho a la identidad de género. Dado que el legislador no hace ninguna mención expresa en esta norma respecto de las personas cuyo sexo registral sea “indeterminado” o de las personas intersexuales en general, estas se encuentran impedidas de acceder a los mecanismos previstos para obtener una rectificación de su partida de nacimiento antes de cumplir las edades mínimas establecidas.

---

<sup>19</sup> Las otras dos casillas son las letras “M” y “F” que corresponden a los sexos “masculino” y “femenino”, respectivamente.

Ante esta omisión de la norma específica sobre identidad de género, la determinación del sexo registral de un menor de catorce años solo resultaría posible por medio de los mecanismos generales de rectificación de las partidas de nacimiento, siguiendo el criterio establecido con anterioridad por el Servicio de Registro Civil en el memorándum S.J. N°475 del año 2018, que *“Informa sobre rectificación de las partidas de nacimiento que registran que el sexo de su titular es indeterminado”*. En tal instrumento, el Servicio opina que, para evitar complicaciones en la vida jurídica y social, es necesario que a la brevedad se determine el sexo de las personas en comento por medio de una segunda certificación médica. Una vez hecha esta determinación, *“se deberá solicitar la rectificación de la partida pertinente por la vía judicial, en lo referente al rubro sexo, acogiéndose a lo dispuesto en los artículos 17 y 18 de la Ley N°4.808, sobre Registro Civil. Esta petición debe ser efectuada por el/la inscrito/a, si es mayor de edad, o por sus representantes legales, si fuese menor de edad, debiendo ser patrocinada la misma por un/a abogado/a habilitado/a para el ejercicio de la profesión.”* (SRCel, 2018, pág. 3).

Cabe destacar la alusión al artículo 17 de la ley 4.808, pues el inciso primero de tal norma establece, a modo de regla general, que *“las inscripciones no podrán ser alteradas ni modificadas sino en virtud de sentencia judicial ejecutoriada”*, mientras que el inciso segundo fija una excepción, a saber, que *“el Director General del Registro Civil Nacional podrá ordenar, por la vía administrativa, la rectificación de inscripciones que contengan omisiones o errores manifiestos.”*<sup>20</sup>. El memorándum ya citado considera que en los casos de rectificación de sexo registral indeterminado *“no resulta procedente rectificar administrativamente la respectiva partida de nacimiento, toda vez que no se configura en ellos un error manifiesto en los términos del artículo 17 de la ley N°4.808, en lo referente al sexo de su titular, razón por la cual la modificación de dicho rubro debe ser solicitada judicialmente.”*.

Si bien el criterio establecido por el Registro Civil parece razonable, la inexistencia de un procedimiento especial para este tipo de casos hace que las personas intersexuales menores de catorce años tengan que acogerse a un procedimiento judicial en sede civil (a saber, el previsto en los artículos 824 del Código de Procedimiento Civil y 18 de la Ley 4.808;) que, si bien es bastante simple, está también desprovisto de las garantías que establece la ley 21.120 para el ejercicio del derecho a la identidad de género, aun cuando se trata de situaciones bastante similares.

---

<sup>20</sup> A su vez, el inciso cuarto del mismo artículo 17 prevé que *“Se entenderán por omisiones o errores manifiestos todos aquéllos que se desprendan de la sola lectura de la respectiva inscripción o de los antecedentes que le dieron origen o que la complementan.”*

## 2. La opinión del Ministerio de Salud en torno a la patologización y medicalización de la Intersexualidad.

De forma similar al apartado anterior, la ausencia de un pronunciamiento del legislador en torno a esta materia se ha tratado de soslayar por medio de normas administrativas emanadas de las autoridades que tienen algún grado de interacción con las problemáticas intersexuales. Concretamente, el Ministerio de Salud emitió dos instrumentos en las que buscó establecer por primera vez un estándar sobre la atención y la obtención del consentimiento médico de los menores de edad con sexo indeterminado: la Circular N°18 del Ministerio de Salud, del 22 de diciembre de 2015, que *“Instruye sobre ciertos aspectos de la atención de salud a niños y niñas intersex”*; y la Circular N°7 del Ministerio de Salud, del 23 de agosto de 2016, que complementa la circular N°18 del 2015.

La Circular N°18 tiene como antecedente el informe *“Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile”* elaborado por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas en 2015. En un apartado titulado *“Prácticas nocivas”*, este organismo internacional reitera su postura crítica ante la medicalización y patologización de la intersexualidad, señalando, respecto de Chile, que *“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.”* (CRC Chile, 2015, pág. 11. Numeral 48).

Consecuencialmente, se efectúa un breve listado de sugerencias al Estado chileno, a saber, 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.”* (CRC Chile, 2015, pág. 11. Numeral 49)<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Los énfasis son propios.

Siguiendo las recomendaciones precedentes, la circular N°18 declara que la autoridad sanitaria está trabajando en *“levantar un protocolo con el fin de regular la atención de salud a niños(as) intersex”* que *“será elaborado por expertos de múltiples disciplinas, con experiencia en el tema”* (MINSAL, 2015). Del mismo modo, dispone dos instrucciones concretas para los servicios de salud que atiendan casos de niños intersexuales mientras se elabora dicho protocolo de atención:

- a) **Detener los tratamientos innecesarios de “normalización” de niños y niñas intersex.** Se prohíbe expresamente la práctica de cirugías genitales irreversibles hasta que los menores tengan edad suficiente para decidir sobre sus cuerpos. Se precisa que esto no se debe traducir en que se dejen de realizar los *“conductos regulares”* (exámenes y otros procedimientos médicos distintos de las cirugías) que permiten adoptar una decisión sobre el sexo registral menor, siguiendo el criterio de las *“mejores expectativas”*<sup>22</sup>.
- b) **Establecer en cada Servicio de Salud una mesa de trabajo interdisciplinaria.** Estas deberían estar integrada por distintos especialistas como endocrinólogos, ginecólogos, psiquiatras, pediatras, etc. y su función sería determinar las conductas a seguir frente a los casos de niños intersexuales, en conjunto con el comité de ética del servicio. La conformación de estas mesas de trabajo sería provisional y sujeta a revisión del Comité Central, mientras se encuentre en elaboración el protocolo de funcionamiento.

Aunque en un principio se pensó que el Ministerio de Salud chileno había acogido la misma posición crítica en torno a la medicalización de la intersexualidad que han venido sosteniendo la sociedad civil y los organismos internacionales, prohibiendo totalmente las cirugías genitales en menores que no pueden manifestar su consentimiento, la emisión de la circular N°07 dio cuenta de un brusco cambio de opinión, ya que, bajo la influencia de un grupo de médicos y una organización de padres que objetaron la circular N°18<sup>23</sup>, el MINSAL decidió flexibilizar esta prohibición al indicar (de forma bastante general) las distintas condiciones intersexuales y establecer ciertos criterios para decidir si es posible o no practicar una cirugía genital.

---

<sup>22</sup> La circular no da una definición de que debe entenderse por este concepto ni señala ninguna referencia al respecto.

<sup>23</sup> La adopción de la nueva circular se explica porque un grupo de médicos dedicados al tratamiento del mencionado “desórdenes/trastornos del desarrollo sexual” (DSD) objetaron la adopción de la Circular 18 arguyendo que esta usaba un lenguaje erróneo y porque obstaculizaba la práctica de cirugías genitales irreversibles.

El principal apoyo a este grupo de médicos provino de una agrupación de familiares de niñas con hiperplasia suprarrenal congénita (HSC), los que indicaron al Ministerio que sus hijas no tenían ambigüedad de género y que de no ser intervenidas tempranamente podrían tener problemas físicos y psicológicos. (INDH, 2017, pág. 73)

Concretamente, la circular hace una distinción entre las condiciones intersexuales en las que *“existe un sexo claramente determinado, tanto genética y/o somáticamente”* (MINSAL, 2016, pág. 2. Párrafo Segundo.) y aquellas que tienen *“potencialidad hacia ambas líneas de asignación de sexo”*. En el caso de las primeras, **se autoriza la realización de cirugías que afecten los genitales del paciente**<sup>24</sup>, pero estas deberán ser producto de un **acuerdo entre un equipo multidisciplinario especializado y la familia** y, si estos lo estiman necesario, podrán consultar también la opinión del Comité de Ética Asistencial. En cualquier caso, *“la decisión final del paciente y/o su representante, debe ser respaldada con la firma de un consentimiento/asentimiento informado específico.”* (MINSAL, 2016, pág. 2. Párrafo Tercero.).

En el caso de las segundas, la circular dispone que deberá informarse claramente a los padres la existencia de esta potencialidad, y que **tanto la asignación de sexo como las cirugías** que se le practiquen al paciente también **deberán ser consensuadas entre la familia y un equipo multidisciplinario, con consulta al Comité de Ética Asistencial**, quien *“actuará como salvaguarda de que todas las opciones han sido consideradas”*. Particularmente, se ordena *“explicitar [a los familiares] la posibilidad de diferir la cirugía hasta una edad en que el paciente pueda manifestar o demostrar tendencias de identidad sexual”* (MINSAL, 2016, pág. 2. Párrafo Cuarto). La circular también menciona un tercer caso, en cual autoriza directamente la práctica de cirugías cuando estas tengan la finalidad de tratar una urgencia derivada de la condición del paciente con la finalidad de proteger su integridad física (MINSAL, 2016, pág. 2. Párrafo Sexto).

En cuanto a los **equipos multidisciplinarios que atenderán a los menores intersexuales**, se establece que estarán constituidos, *“idealmente, por cirujano urólogo infantil, endocrinólogo, genetista clínico, asistente social, psicólogo, psiquiatra, radiólogo pediátrico, ginecólogo infanto-juvenil y médico experto en fertilidad”*, quienes además deberán contar *“con experiencia en el manejo integral de personas con DSD.”* Estos equipos de profesionales **estarán radicados en centros médicos especializados** (que deberán contar con el apoyo de un Comité de Ética Asistencial) (MINSAL, 2016, pág. 3. Párrafo Séptimo), a donde serán referidos tanto los recién nacidos como los niños y adolescentes en los que haya *“sospecha de DSD/intersexualidad”* (MINSAL, 2016, pág. 2. Párrafo Quinto).

---

<sup>24</sup> La circular menciona algunos tipos de intervenciones como la clitoroplastia, la cirugía del seno urogenital y las genitoplastias.

En términos generales, se puede considerar que esta segunda circular contiene tanto avances como retrocesos. Por un lado, se puede calificar como positivo el reconocimiento de que las personas intersexuales y sus familias deben ser atendidas y apoyadas por centros médicos especializados y equipos multidisciplinarios de profesionales (tanto de la salud como psicosociales). Por otro lado, aun cuando incorpora expresamente la exigencia de un consentimiento latamente informado, resulta preocupante que se adopte una postura contraria a las tendencias internacionales en la materia, al autorizar la práctica de cirugías genitales que no son clínicamente urgentes, que son altamente riesgosas y que sólo tienen la finalidad de respaldar una asignación de sexo heterónoma en menores que aún no han desarrollado una identidad de género determinada y que tampoco tienen edad suficiente para evaluar los riesgos y consecuencias de este tipo de tratamientos.

Otra consecuencia negativa que podría tener esta permisividad para la práctica de cirugías genitales no urgentes en menores de edad es una eventual judicialización de estos tratamientos. Entre las pocas menciones que ha tenido la intersexualidad en la jurisprudencia chilena, destaca el fallo dictado por el Juzgado de Familia de Los Ángeles, en la causa RIT P-598-2015 que versaba sobre la supuesta vulneración de derechos que estaba sufriendo una menor de edad por parte de su madre como consecuencia de que esta había interrumpido un tratamiento de “normalización genital” para su hija, cuyo cumplimiento había sido ordenado en una causa anterior sobre la misma materia, basándose en un informe del SENAME que califica dicha interrupción como una conducta “negligente” de parte de la madre.

En efecto, como relata el fallo, los médicos tratantes habían diagnosticado que la niña *“es portadora de una hiperplasia suprarrenal que indujo a una masculinización casi completa de sus genitales externos, pero con genitales internos femeninos y aparentemente normales[.]”*, razón por la cual había sido inscrita con sexo y nombre masculino, pero desarrollando con posterioridad una identidad de género femenina. El equipo médico había prescrito el *“feminizar aspecto externo [de los genitales] con reducción de pene para dejarlo como clítoris y confección de labios menores”* por medio de tres intervenciones quirúrgicas sucesivas, de las cuales solo se concretó la primera. Se menciona también que la madre había intentado el cambio de nombre y sexo registral de la menor, el cual no se había concreto precisamente por no haberse practicado todas las cirugías en comento (considerando Cuarto).

A la hora de pronunciarse sobre el fondo, la magistrada realiza la prevención de que tal diagnóstico debe ser analizado *“no sólo desde la perspectiva médica sino que también con enfoque de*

*derechos y de género, siento esto la primera obligación que debe cumplir cualquier sentenciador o sentenciadora cuando se trata de resolver cualquier debate jurídico” (considerando Octavo). Luego, y tras declarar que la menor en cuestión es una persona intersex, la jueza analiza cuáles son las obligaciones que en relación a ella tiene el Estado, “no sólo como niño sino que además como niño intersex, siendo a su respecto no sólo aplicable la Convención Internacional de los Derechos del niño sino que también como instrumento de derecho internacional, los Principios sobre la Aplicación del Derecho Internacional de Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género, denominados Principios de Yogyakarta, [...] y que Chile se comprometió a aplicarlos en el Examen Periódico Universal (EPU) de la ONU del año 2009.” (considerando Undécimo).*

Tras citar los principios N°10 y N°18 de Yogyakarta y mencionar las observaciones de organismos internacionales de derechos humanos del sistema universal de protección respecto a la situación de los niños, niñas y adolescentes intersexuales en Chile (considerandos Duodécimo a Décimo Quinto), la magistrada declara que la niña *“ha sido gravemente vulnerado en los derechos contemplados en el artículo 19 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, esto es, a ser protegido contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, vulneraciones que han sido cometidas por instituciones públicas que han tenido participación en su vida, así el sistema de salud que al diagnosticarle hiperplasia suprarrenal y efectuado el estudio de cario grama, poseyendo genitales externos ambiguos ha instruido a su familia a darle el trato de niña y ha ordenado se realicen diversas intervenciones quirúrgicas para modificar sus genitales buscando la “normalización” de estos conforme al criterio del médico tratante [...]”.* Añade que también fue vulnerado el artículo 9 de la misma Convención, en relación al derecho del niño a vivir con su familia, toda vez que el SENAME había avalado tal tratamiento médico, calificando la negativa de la madre a practicarlo como una conducta “negligente” y recomendado el ingreso de la niña al sistema residencial para concretar las cirugías pendientes (considerando Décimo Sexto); y hace extensiva la responsabilidad en estas vulneraciones al propio Poder Judicial, pues en otros fallos sobre esta misma materia, los tribunales habían dispuesto que *“la madre debe cumplir con el tratamiento quirúrgico del niño, el que obviamente incluye la mutilación genital de que fue víctima”* (considerando Décimo Séptimo).

La magistrada, en el mismo fallo, también evalúa la validez de la autorización para la práctica de una de las tres cirugías programadas: respecto de la menor misma, señala que su consentimiento no fue considerado por tener a la fecha de la intervención tan solo dos años y nueve meses de edad; respecto de la madre, considera que ésta no manifestó un consentimiento debidamente informado,

*“toda vez que se efectúa en una audiencia en la que señala que su incumplimiento con tal tratamiento es constitutivo de negligencia y pudo [SIC] traer como consecuencia el ingreso del niño a sistema de residencia [...]”, lo cual lleva a razonar que la madre “no se encontraba en posición de prestar su negativa a tal intervención” (considerando Décimo Noveno).*

Aun cuando la sentencia en análisis se dictó antes de la publicación de la circular N°07 del MINSAL, aporta algunas luces sobre la forma en que los tribunales pueden reaccionar frente a futuros casos de judicialización de la patologización y medicalización de la intersexualidad. La ausencia de normas de rango legal que regulen esta materia puede terminar siendo suplida por la aplicación de normas y principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual quitaría peso a normas reglamentarias como la circular N°07 a la hora de defender la práctica de intervenciones de “normalización genital”. De forma similar a la Corte Constitucional de Colombia, el Tribunal de Familia en comento también cuestionó la validez del consentimiento informado sustituto, pues también consideró que en el caso concreto no se dieron las circunstancias adecuadas para que la decisión estuviera plenamente orientada a garantizar el interés superior del menor. Por otro lado, el fallo también establece una responsabilidad institucional del Estado, compartida entre los diversos órganos públicos que respaldaron la intervención quirúrgica de la paciente (servicio de salud, SENAME y tribunales), pero a la hora de dictar medidas de reparación y de protección, sólo se limita a exigir de parte del SENAME la incorporación de la víctima a un programa de intervención social con perspectiva de género, en el cual se preste orientación psicosocial a esta y a su madre, para acompañar el proceso de desarrollo de la identidad de género de la menor (considerando Vigésimo y siguientes).

En definitiva, la existencia de estos fallos como el analizado, la falta de normas legales en esta materia y el creciente número de pronunciamientos de organismos internacionales de derechos humanos en contra de la medicalización y patologización de la intersexualidad podría llevar a que en el futuro los pacientes que resulten disconformes con las intervenciones practicadas al alero de la circular N°07 interpongan acciones legales en contra de los servicios de salud involucrados.

### 3. El silencio de la ley antidiscriminación.

A diferencia de la legislación extranjera estudiada en el capítulo anterior, ni la ley 20.609 ni la ley 21.120 hacen mención expresa de las características sexuales o los estados intersexuales como campos específicos de discriminación. Tampoco existen fallos judiciales u otras normas legales al respecto.

No obstante, el Instituto Nacional de Derechos Humanos, en su informe del año 2017, recoge varios testimonios de niños intersexuales que sufrieron actos de *“bullying”* y discriminación al interior de las comunidades educativas donde estudiaban, tanto de parte de estudiantes como de profesores. El INDH advierte que *“los espacios educativos —si no se toman las medidas adecuadas— pueden constituirse en espacios en los que esos obstáculos se transformen en malos tratos y acciones arbitrarias en contra de los y las estudiantes intersex.”* (INDH, 2017, pág. 75).

El Instituto también constata *“una gran desventaja que enfrentan las personas intersex, y es que —cuando acceden a la educación— terminan desertando o atrasándose respecto de aquellas personas no intersex”,* pues *“producto de la seguidilla de tratamientos que deben enfrentar entre su nacimiento y la adolescencia, niños y niñas intersex deben pasar largos períodos de internación y recuperación dificultando la asistencia a clases.”* (INDH, 2017, pág. 76).

Las referencias precedentes hacen evidentes que las personas intersexuales, en cuanto tales, son vulnerables a sufrir discriminación a lo largo de su vida, lo que demuestra que el silencio de la ley antidiscriminación al respecto podría, eventualmente, perpetuar esta situación en el tiempo.

## Capítulo IV. Bases para un estatuto de derechos de las personas intersexo en Chile.

En los capítulos precedentes hemos analizado la realidad médica y social de las personas intersexuales y los problemas que plantean a la ciencia jurídica y algunas de las respuestas que se la han dado en el derecho y la jurisprudencia extranjeros. Del mismo modo, hemos hecho una exposición sobre las breves menciones que ha tenido el concepto de intersexualidad en el derecho y la jurisprudencia local, en donde hemos podido constatar que estos no logran satisfacer adecuadamente las interrogantes jurídicas que formulados en el primer capítulo.

A continuación, analizaremos cuáles son los elementos presentes en el derecho chileno vigente que pueden resultar útiles para avanzar hacia un mayor nivel de protección de los derechos de las personas intersexuales chilenas, aun cuando no las aludan expresamente, con la finalidad de identificar sus limitaciones y determinar cuáles son los lineamientos necesarios para reformas legales futuras.

### 1. Reconocimiento legal de sexo y género.

#### 1.1. El derecho a la identidad de género en la Constitución y la ley 21.120.

La reciente dictación de la ley 21.120<sup>25</sup>, que *“Reconoce y da protección al derecho a la identidad de género”*, constituye una innovación en nuestro ordenamiento jurídico que permitiría abordar (al menos, parcialmente) las problemáticas de reconocimiento legal de sexo y género de las personas intersexuales, a pesar de que estas no son mencionadas expresamente en dicho cuerpo legal, ni incorpora el reconocimiento al derecho a la protección de las características sexuales que observamos en el equivalente normativo de Malta y Portugal que analizamos en el capítulo 2.

Como lo señala en su propio título, la ley de identidad de género viene a reconocer un derecho subjetivo cuya existencia sería anterior a su dictación, pues sería una consecuencia específica del reconocimiento de la dignidad humana y del derecho a la personalidad jurídica. Como señala la académica costarricense Ana Flores Salazar, *“[e]l reconocimiento de la dignidad contempla el derecho a un proyecto de vida, el derecho a un nombre, el derecho a la vida privada y a la propia imagen. Por su parte, el derecho a la personalidad jurídica se relaciona con decisiones autónomas de las personas sobre cómo desean proyectarse y vivir la vida, aspectos directamente vinculados a la identidad personal de los que se interpreta son parte la identidad sexual y de género.”* (Flores Salazar, 2018, pág. 220). En una

---

<sup>25</sup> Promulgada el 28 de noviembre de 2018 y publicada el 10 de diciembre del mismo año.

línea similar, el Tribunal Constitucional de España ha justificado la existencia del derecho a la identidad de género apelando al derecho fundamental al libre desarrollo de la persona humana (consagrado en el art. 10.1 de la Constitución Española), al señalar que una de las cualidades principales de la persona es la identidad, la cual incluye aspectos como el nombre y el sexo, de modo que al darle a un individuo la facultad de modificar su nombre y sexo registral, se les está permitiendo poder tomar decisiones sobre su identidad con eficacia jurídica. En palabras del mismo Tribunal: *“[e]stablecer la propia identidad no es un acto más de la persona, sino decisión vital, en el sentido que coloca al sujeto en posición de poder desenvolver su propia personalidad. Cualquiera que se vea obligado a vivir a la luz del Derecho conforme a una identidad distinta de la que es propia sobrelleva un lastre que le condiciona de un modo muy notable en cuanto a la capacidad para conformar su personalidad característica y respecto a la posibilidad efectiva de entablar relaciones con otras personas.”* (T.C. de España, 2019, Fundamento Jurídico N°4).

En el medio nacional, la académica Ximena Gauché opina que el derecho a la identidad de género goza de fundamento constitucional en el derecho chileno en virtud del artículo 1° incisos primero y cuarto de la Constitución Política de la República, que al regular las bases de la institucionalidad, reconocen la dignidad de la persona humana y el principio de servicialidad del Estado, al señalar que *“[l]as personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”* y que *“[e]l Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, por lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional, su mayor realización material y espiritual posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.”* Para Gauché, dicha realización de la persona humana tiene como requisito básico el reconocimiento del nombre, el sexo y el respeto de la identidad de género, pues *“[s]ólo cuando se reconocen puede aspirarse a una vida plena, con pleno respeto al orden público e institucional y pleno goce y ejercicio de los derechos esenciales como la igualdad y la no discriminación; la identidad en su amplio sentido, la integridad psíquica, al nombre, a la libertad de expresión y conciencia, a la vida privada y a la honra, entre otros.”* En una línea de análisis similar, la Biblioteca del Congreso Nacional plantea en uno de sus informes técnicos que *“parte de la libertad individual, que emana de la dignidad humana constitucionalmente reconocida y amparada, consiste en determinar libremente, no sólo la propia orientación sexual, sino también la identidad de género.”* (BCN, pág. 11).

A su vez, el derecho a la identidad de género estaría respaldado (en virtud de lo dispuesto por el artículo 5° inciso segundo de la Carta Fundamental) por el artículo 8° de la Convención de los

Derechos del Niño, que reconoce el derecho a la identidad, y por la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, que reconoce el derecho a la integridad, la honra y la intimidad (Comisión DDHH Senado, 2013, pág. 8).

Bajo este enfoque teórico, la ley 21.120 viene a cumplir dos funciones dentro de nuestro ordenamiento jurídico: i.- delinear el contenido específico del derecho a la identidad de género y ii.- regular los procedimientos para acceder a la rectificación de la partida de nacimiento de una persona, cuando su nombre y sexo no coincidan con su identidad de género<sup>26</sup>.

En relación con el contenido de este derecho, el artículo 1° de la ley, en su inciso primero, lo define como *“la facultad de toda persona cuya identidad de género no coincida con su sexo y nombre registral, de solicitar la rectificación de éstos.”*. En cuanto al concepto mismo de *“identidad de género”*, el inciso segundo lo define como *“la convicción personal e interna de ser hombre o mujer, tal como la persona se percibe a sí misma, la cual puede corresponder o no con el sexo y nombre verificados en el acta de inscripción del nacimiento.”*

El derecho a la identidad de género, en tanto derecho subjetivo, tiene tanto un aspecto interno como uno externo. En cuanto a su aspecto interno, y de acuerdo a las definiciones transcritas, se estructura en torno a tres elementos: i.- el **titular** o sujeto, que puede ser cualquier persona<sup>27</sup>; ii.- el **objeto**, que corresponde al sexo y nombre registral del titular; y iii.- el **contenido**, que es la facultad del titular de solicitar la modificación del sexo y nombre registral en orden a que estos se adapten a su identidad de género, es decir, al sexo y nombre que el individuo considera que reflejan mejor su identidad.

En cuanto a su aspecto externo, este derecho tiene como principal sujeto obligado al Estado, quien, a través del Registro Civil y/o los Tribunales de Familia, y en conformidad a los procedimientos que establece la misma ley, tiene el deber de reconocer la identidad de género de todas las personas y disponer la modificación del sexo y nombre registral, en los casos en que sea necesario (artículo 2°). No obstante, el artículo 4° establece cuatro *“garantías asociadas al goce y ejercicio del derecho a la identidad de género”*, es decir, un conjunto de derechos complementarios o garantías sustantivas que, al no individualizar un sujeto obligado, podemos interpretar que establecen deberes tanto para el

---

<sup>26</sup> Artículo 2° Ley 21.120.

<sup>27</sup> Aunque con ciertas limitaciones que establece la ley respecto de los ciudadanos extranjeros (artículo 7°) y los menores de edad (artículos 12° y 14°).

Estado como para la sociedad en su conjunto. En efecto, señala el artículo en comento que toda persona tiene derecho:

- i. **Al reconocimiento y protección de la identidad y expresión de género.** La ley define como *“expresión de género”* a *“la manifestación externa del género de la persona, la cual puede incluir modos de hablar o vestir, modificaciones corporales, o formas de comportamiento e interacción social, entre otros aspectos.”*<sup>28</sup>.
- ii. **A ser reconocida e identificada en conformidad a su identidad y expresión de género en los instrumentos públicos y privados que acrediten su identidad respecto del nombre y sexo** (o *“garantía específica de la identidad de género”*). Dicho reconocimiento sólo es exigible una vez efectuada la rectificación registral que prevé la ley<sup>29</sup> e implica también que *“las imágenes, fotografías, soportes digitales, datos informáticos o cualquier otro instrumento con los que las personas figuren en los registros oficiales deberán ser coincidentes con dicha identidad.”*<sup>30</sup>.
- iii. **Al libre desarrollo de su persona en conformidad a su identidad y expresión de género.** Lo cual tiene como objetivo garantizar la mayor realización espiritual y material posible del individuo<sup>31</sup>.

**Al libre ejercicio del derecho a la identidad de género.** Consiste en una prohibición general de que ninguna persona natural o jurídica, así como tampoco ninguna norma o procedimiento jurídico, podrá limitar, restringir, excluir, suprimir o imponer otros requisitos que los contemplados por esta ley para el ejercicio de este derecho. Se prohíbe especialmente que se le exija a cualquier persona, como condición para el reconocimiento del derecho a la identidad de género o como condición para dar curso, rechazar o acoger la solicitud de rectificación registral respectiva, el haberse sometido previamente a algún tipo de intervención o tratamiento (médico, quirúrgico u otros análogos) cuya

---

<sup>28</sup> Artículo 4° inciso primero letra a).

<sup>29</sup> Artículo 3°.

<sup>30</sup> Artículo 4° inciso primero letra b).

<sup>31</sup> Artículo 4° inciso primero letra c).

finalidad sea modificar la apariencia o función corporal<sup>32</sup>. Adicionalmente, el artículo 5° de la ley establece un listado no taxativo de “*principios relativos al derecho a la identidad de género*”<sup>33</sup>, es decir, un grupo de principios jurídicos conexos, que complementan las garantías sustantivas, y cuya función es orientar la actuación del Estado y sus agentes durante los procedimientos administrativos o judiciales que permiten a las personas ejercer el derecho en comento. Tales principios son:



*Fuente: Elaboración propia.*

En cuanto a los procedimientos que establece la ley, esta establece tres: uno de carácter administrativo, seguido directamente ante el Servicio de Registro Civil e Identificación, y que procede respecto de personas mayores de edad sin vínculo matrimonial vigente; uno de carácter judicial, seguido ante los tribunales de familia y que procede cuando el solicitante es una persona mayor de catorce y menor de dieciocho años de edad; y un segundo procedimiento judicial, también de conocimiento de los tribunales de familia, que se aplica cuando el solicitante es un persona con vínculo matrimonial vigente.

En las siguientes gráficas se ilustran los aspectos esenciales de los primeros dos procedimientos, los cuales son relevantes para esta investigación:

<sup>32</sup> Artículo 2° inciso segundo; artículo 4° inciso segundo.

<sup>33</sup> “El derecho a la identidad de género reconoce, entre otros, los siguientes principios: [...]” Artículo 5° inciso primero.

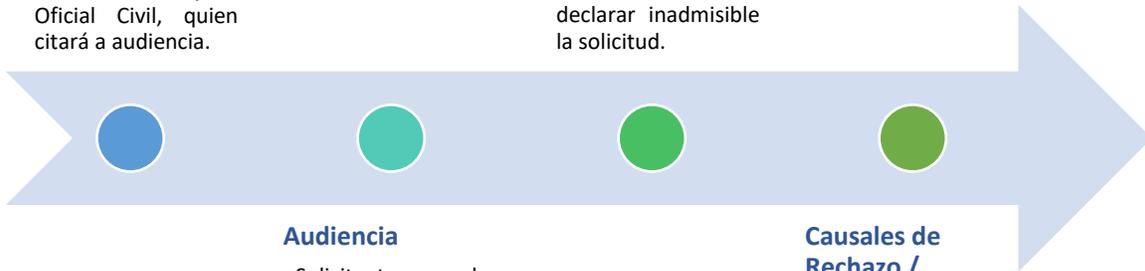
## Procedimiento de rectificación de personas mayores de 18 años sin vínculo matrimonial vigente (Títulos II y III, Ley 21.120).

### Solicitud

- Persona mayor de edad, chilena o extranjera, sin vínculo matrimonial vigente.
- Puede efectuarse la rectificación hasta por dos veces.
- Puede solicitarse ante cualquier Oficial Civil, quien citará a audiencia.

### Resolución

- Plazo de 45 días desde solicitud.
- Director Nacional del Registro Civil podrá acoger, rechazar fundadamente o declarar inadmisibles la solicitud.



### Audiencia

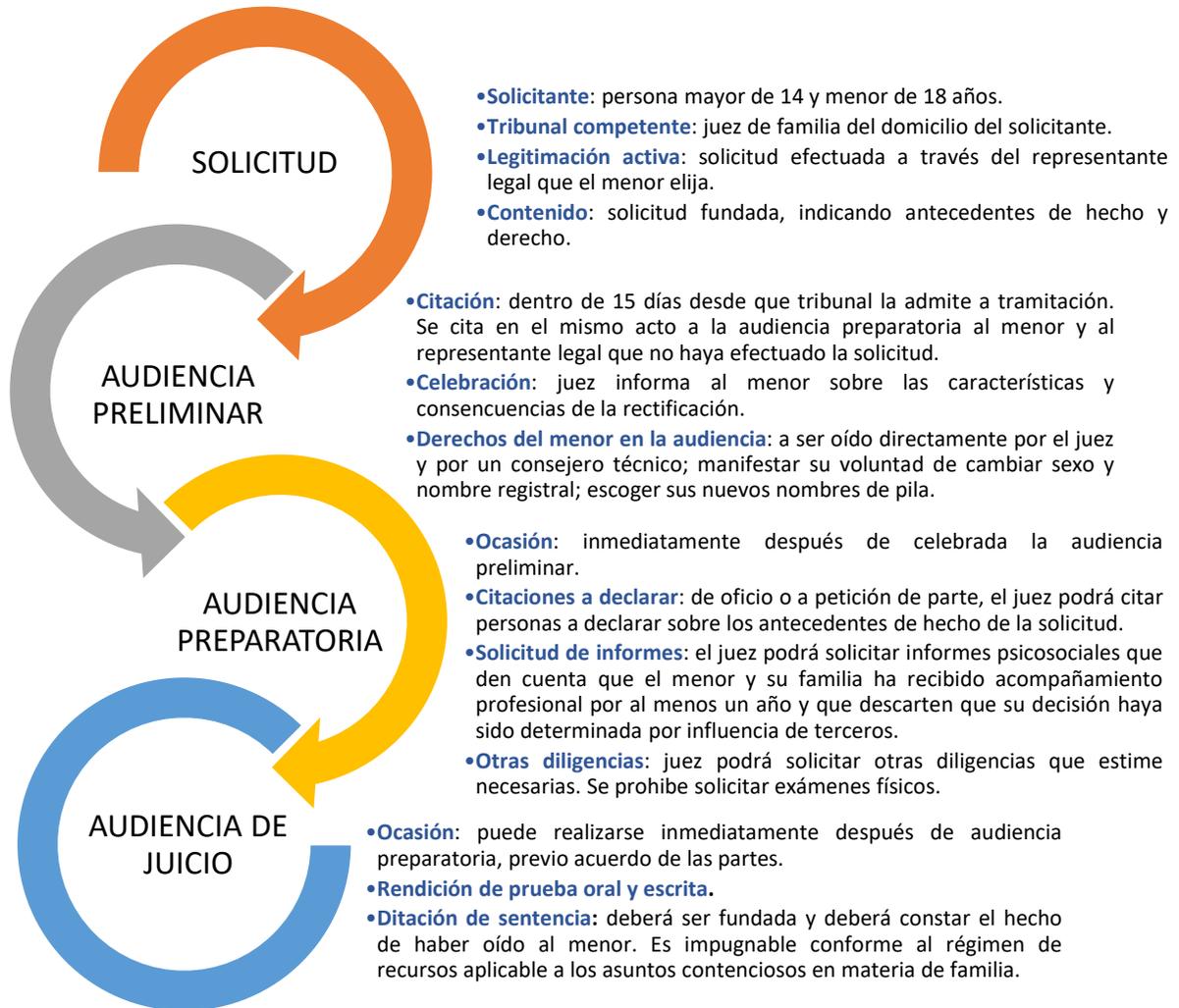
- Solicitante y dos testigos hábiles declararán que el primero conoce todos los efectos jurídicos que implica la rectificación de nombre y sexo registral.
- Oficial civil levanta acta.

### Causales de Rechazo / Inadmisibilidad

- Sólo procede el rechazo por no verificarse la identidad del solicitante o por no haberse verificado la declaración de este y sus testigos.
- Sólo procede la inadmisibilidad si el solicitante es menor de edad o tiene un vínculo matrimonial no disuelto.

*Fuente: Elaboración propia.*

## Procedimiento de rectificación de personas mayores de 14 y menores de 18 años (Título IV, Párrafo 1°, Ley 21.120).



*Fuente: Elaboración propia.*



*Fuente: Elaboración propia.*

## 1.2. Oportunidades y nuevas dificultades para el ejercicio del derecho a la identidad de género.

Tal como ocurre en el decreto N°203 de Portugal, que fue analizado en el capítulo 2, la ley chilena opta por restringir el ejercicio del derecho a la identidad de género a los menores de edad, al colocar una edad mínima, a saber, catorce años, para poder efectuar las solicitudes pertinentes a través de sus representantes legales, lo cual nos lleva a tener que distinguir diferentes situaciones para analizar las ventajas o desventajas que esta norma genera.

En general, podríamos afirmar que esta nueva ley constituye un avance para las personas intersexuales que han sido asignadas a un sexo no coincidente con el que se identificaron posteriormente al crecer, especialmente cuando esta asignación fue acompañada por tratamientos quirúrgicos y hormonales, ya que les permite acceder a la rectificación de género sin necesidad de someterse a nuevas intervenciones corporales (que pudieran alargar la experiencia traumática de los tratamientos previos) ni a peritajes médico-legales (que pueden resultar innecesariamente incómodos o denigrantes), pudiendo acceder a un procedimiento (ya sea administrativo como judicial) más breve y jurídicamente más certero que el relativo al cambio de nombre ante los tribunales civiles.

Sin embargo, la situación resulta problemática para las personas intersexo menores de catorce años, pues ante el silencio de la ley sobre su situación específica, las expone a una situación de incerteza jurídica en donde diversos escenarios son posibles. Un primer escenario sería el caso de los menores intersexo que fueron asignados al sexo masculino o al femenino al nacer: se puede afirmar que estos estarían derechamente marginados no sólo del procedimiento regulado en el párrafo 1° del Título IV de la ley 21.120<sup>34</sup>, sino que también de los procedimientos seguidos ante los tribunales civiles para el cambio de nombre y de apellidos y para la rectificación de la partida de nacimiento, previstos en las leyes 17.344 y 4.808, respectivamente. Estas gestiones no contenciosas, que permitieron en el pasado ejercer el derecho a la identidad de género sin ninguna restricción de edad<sup>35</sup>, podrían en la actualidad

---

<sup>34</sup> Aunque la ley no los excluye expresamente, la historia de la tramitación del boletín permite interpretar claramente la decisión del legislador de impedir el ejercicio de este derecho por parte de menores de catorce años. En efecto, esta materia era abordada en el informe de la comisión mixta que proponía intercalar en el Título IV del proyecto un nuevo Párrafo 2°, titulado “*De la solicitud de rectificación de la partida de nacimiento de las personas menores de catorce años*” (Informe Comisión Mixta, Boletín N° 8.924-07, 2018, págs. 312, 322); no obstante, al votarse dicha propuesta en la Cámara baja, esta fue rechazada por no alcanzarse el quorum suficiente para su aprobación (Sesión 72° Ordinaria, 2018, págs. 87,88).

<sup>35</sup> La ley 17.344 no exige ninguna edad mínima para efectuar las solicitudes que regula, y es posible interpretar en base a su articulado que está disponible para menores de edad de todas las edades, al señalar en su artículo 1° inciso segundo que “*cualquiera persona podrá solicitar por una sola vez, que se la autorice para cambiar sus nombres o apellidos [...]*” y al regular en el inciso sexto del mismo artículo cómo deberán proceder los jueces cuando los menores no tuvieran representante legal, o aun teniéndolo, este estuviera impedido o se negase a autorizar la solicitud respectiva.

ser derechamente rechazadas por los tribunales civiles como consecuencia de que la ley establece una edad mínima para que los menores de edad ejerzan el derecho a la identidad de género, y que la competencia para conocer estas materias está radicada en los tribunales de familia.

Un segundo escenario corresponde al de los menores intersexo que fueron asignados como individuos de “*sexo indeterminado*” en la partida de nacimiento. Como se expuso en el capítulo anterior, el Registro Civil considera que la rectificación de la partida de nacimiento para reemplazar esta categoría registral por la masculina o la femenina debe realizarse en virtud de una sentencia judicial dictada en sede civil, siendo posible que esta gestión sea solicitada por cualquier persona sin ninguna restricción de edad; no obstante, cabe preguntarse qué efecto tendría la ley 21.120 en dicha interpretación jurídica.

Hasta el momento, es posible afirmar que tanto el articulado de la ley de identidad de género como el memorándum SJ N°475 serían perfectamente compatibles, ya que mientras la primera autoriza la rectificación de la partida de nacimiento en virtud de la discrepancia existente entre el sexo registral y la convicción personal e interna de ser hombre o mujer de una persona, el segundo la justifica en virtud de un cambio del antecedente fundante de la inscripción, a saber, el certificado que emite un médico para dar cuenta, conforme a su criterio profesional y científico, del sexo biológico de un individuo que no había sido posible de determinar previamente.

Aunque las normas legales en comento resulten ser compatibles, estas por sí solas no resultan ser idóneas para abordar integralmente los problemas de reconocimiento legal de los menores de edad intersexuales, ya que presentan dos grandes falencias.

La primera de ellas es que la ley 21.120, en la práctica, no está reconociendo realmente el derecho a la identidad de género de las personas menores de catorce años y, por tanto, generando una distinción injustificada y discriminatoria entre aquellos y las personas mayores de catorce años y los adultos. Los niños, niñas y adolescentes son titulares de todos los derechos humanos, incluidos el derecho a la identidad y la identidad de género, por lo que la ley no puede establecer una edad de corte o límite formal para ejercer un derecho, sino que sólo fijar criterios de madurez para determinar cuando el niño puede ejercer autónomamente tal derecho o cuando debe hacerlo a través de un representante o de la justicia en subsidio (Espejo & Lathrop, 2015, págs. 411-412). Por otro lado, esta discriminación de orden legal importa también una vulneración tanto al derecho a la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad (art. 1° de la Constitución Política) como al derecho a la intimidad (art. 19° N°4), en tanto que, además de impedir que los niños puedan determinar su identidad de género

autónomamente, los obliga a exponer pública e innecesariamente la discordancia que hay en entre su identidad de género y el sexo registral que consta en todos sus documentos de identificación de carácter oficial (como la Cédula Nacional de Identidad, el Pasaporte o el Certificado de Nacimiento). Resulta pertinente citar la argumentación que sostiene el Tribunal Constitucional de España, el cual opina, al analizar la constitucionalidad de que la ley de identidad de género de dicho país impida a los menores de edad ejercer el derecho a la rectificación de nombre y género registral, que: *“[e]llo comporta, como consecuencia directa, que estas personas no gozan de documentación que les permita identificarse en sus actividades en general conforme a su sexo y nombre queridos, con lo que no pueden reservar del conocimiento ajeno la diferencia entre el sexo atribuido originariamente y el percibido como propio. Se les impide, por tanto, excluir del conocimiento ajeno su condición de transexual, y esa publicidad forzada le obstaculiza conformar libremente su personalidad y establecer las relaciones personales de su preferencia [...] Este Tribunal aprecia que esa medida legal tanto afecta al derecho a la intimidad, por exponer al público circunstancias que el sujeto puede pretender reservadas, como condiciona la autonomía personal por no poder desenvolver la vida propia y las relaciones sociales conforme a la identidad de género que se siente como propia.”* (T.C. de España, 2019, Fundamento Jurídico N°6).

La segunda falencia del actual marco legal, y que es una consecuencia directa de la anterior, es que obliga a los niños que quieran abandonar el sexo registral indeterminado a tener que someter su pretensión ante el conocimiento de un juez menos idóneo y a seguir un procedimiento desprovisto de los derechos y garantías que los establecidos en la ley de identidad de género. La rectificación de nombre y sexo registral en sede civil se caracteriza por ser un procedimiento que genera incerteza jurídica en torno a la pertinencia de que el juez exija o no la realización de tratamientos médicos o exámenes físicos para acceder o rechazar la solicitud (Espejo & Lathrop, 2015, pág. 395), situación opuesta a la prevista en el artículo 17 de la ley de identidad de género que regula expresamente los documentos cuya presentación el juez de familia puede exigir al peticionario que acompañe (informes psicológicos o psicosociales que den cuenta de que el menor y su familia han recibido acompañamiento profesional durante un año y que descarten la influencia determinante de terceros en la decisión del menor)<sup>36</sup> y que prohíbe expresamente que el magistrado decrete la realización de exámenes físicos al titular de la solicitud<sup>37</sup>. Por otro lado, la rectificación civil tampoco garantiza ni regula el derecho del niño a que su opinión sea oída y considerada durante el procedimiento y en la sentencia definitiva

---

<sup>36</sup> Artículo 17 inciso tercero, ley 21.120.

<sup>37</sup> Artículo 17 inciso cuarto, ley 21.120.

como sí lo hace la ley 21.120, que establece expresamente el derecho del menor a ser oído directamente por el juez y un consejero técnico durante la audiencia preparatoria<sup>38</sup>, debiendo constar esta situación en la fundamentación de la sentencia, la cual, perentoriamente, deberá indicar los motivos del tribunal para decir conforme o en contra de tal opinión<sup>39</sup>. Además, la ley prevé el deber del tribunal de procurar que toda actuación del menor sea realizada en un ambiente que garantice su salud física y psíquica y en condiciones que garanticen su participación voluntaria, su privacidad y seguridad<sup>40</sup>, exigencias a las cuales no está obligado el juez civil que conoce la solicitud de cambio de nombre y sexo de un niño intersexual o transgénero.

### 1.3. ¿Cómo asegurar el derecho a la identidad de género de los niños intersexuales? Reformas legales necesarias e interpretaciones jurídicas pertinentes.

Como mencionábamos previamente, la imposibilidad legal de que tanto los niños transgéneros en general e intersexuales en particular puedan ejercer el derecho a la identidad de género antes de los catorce años constituye una restricción arbitraria del derecho del niño a preservar su identidad, situación que sólo puede ser enmendada por medio de una reforma a la ley 21.120 que establezca un procedimiento de rectificación de nombre y sexo registral para las personas transgéneros menores de catorce años<sup>41</sup>, lo cual beneficiaría directamente a los niños intersexuales que se identifiquen con un género distinto al de su sexo registral original (sea masculino, femenino o indeterminado).

Mientras esta modificación legal no ocurra, creemos que, en el caso particular de los niños intersexuales con sexo registral indeterminado, los tribunales civiles que conozcan solicitudes de rectificación de la partida de nacimiento respectiva deberían observar las mismas garantías y principios sustanciales que establece el título I de la ley 21.120, así como las garantías procesales del título IV, párrafo 1° de la misma ley.

Lo anterior se justifica en que el tránsito desde la categoría registral indeterminada a la masculina o femenina no es una mera corrección de un dato consignado en un registro público, como podría serlo la rectificación de un nombre o apellido mal escrito en una partida de nacimiento, sino que supone un acto jurídico mucho más trascendente: aunque el procedimiento judicial bajo el que se sustancia sea distinto, la pretensión que el juez está conociendo coincide con la que describe el artículo

---

<sup>38</sup> Artículo 16 inciso cuarto, ley 21.120.

<sup>39</sup> Artículo 17 inciso séptimo, ley 21.120.

<sup>40</sup> Artículo 17 inciso cuarto, ley 21.120.

<sup>41</sup> Dicho procedimiento estaba incluido en el texto del boletín 8924-07, pero fue rechazado por la Cámara de Diputados durante el tercer trámite constitucional, no siendo incluido en el texto legal definitivo.

1° de la ley, es decir, una persona que tiene una identidad de género (la convicción personal e interna de ser hombre o mujer y que, como demuestra la experiencia, se desarrolla desde una temprana edad) que no coincide con el nombre y sexo registral (indeterminado) y que en consecuencia solicita su rectificación (a través de un representante legal). Siguiendo el viejo adagio *“donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición”*, y efectuando una interpretación sistemática de la legislación, cabe concluir que tanto los principios sustanciales como procesales que la ley 21.120 establece como complementarios al ejercicio del derecho a la identidad de género en sede de familia, deben aplicarse en este tipo de casos excepcionales, donde un vacío o defecto de la legislación permite que un asunto relativo a la identidad de género de un individuo se ventile en sede civil.

En cualquier causa judicial en que se conozcan asuntos relativos a la identidad de género de un niño, inevitablemente se verán afectados durante el proceso los derechos fundamentales de este, como el derecho a la identidad, en tanto fundamento jurídico de la protección a la identidad de género; la autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos, que obliga a considerar su opinión durante el desarrollo del proceso; y la primacía del interés superior, la cual debe guiar al juez a la hora de dictar sentencia y aceptar o rechazar la solicitud. Si el juez civil toma en consideración los principios y garantías de la ley 21.120, será mucho más probable que, a pesar de no ser un magistrado especialista en la materia, tanto la sustanciación del proceso como la sentencia a la que se arribe serán concordantes con una adecuada protección de los derechos fundamentales del menor involucrado.

Otro aspecto que el legislador debe regular es la ausencia de un plazo máximo para que los padres o representantes legales de un menor intersexual registrado con sexo indeterminado inicien las gestiones legales para asignar un sexo al menor bajo su cuidado. Especialistas y organizaciones civiles coinciden en que estar bajo la categoría registral indeterminada es una situación que resulta desfavorable para la integración social del niño, toda vez que el binarismo de género tiene un profundo arraigo socio cultural y que, al constar tal categoría en los documentos de identidad u otros instrumentos públicos, expone y visibiliza innecesariamente su condición intersexual (Agius, 2017, págs. 38-39). Por ello, es preferible que siempre se asigne al niño a cualquiera de los dos géneros tradicionales (masculino o femenino), debiendo esta decisión ser tomada por los padres (con el mayor asesoramiento posible de los médicos y otros profesionales) ya que serán ellos quienes asumirán la tarea de criar al niño y apoyarlo a medida que crece (Ozar, 2006, págs. 21,29). No obstante, esta asignación de género debe ser vista como provisional pues, como cualquier otra persona, el niño intersexual puede manifestar durante su desarrollo una disconformidad con el género asignado al

nacer, por lo que necesitará contar con la posibilidad de ejercer su derecho a la identidad de género a cualquier edad y a través de los medios legales más expeditos posibles (Agius, 2017, págs. 38-39).

## 2. Patologización y medicalización de la intersexualidad.

### 2.1. La doctrina del consentimiento informado en Chile: la ley 20.584 sobre derechos y deberes de los pacientes.

Como se analizó en los capítulos precedentes, un aspecto significativo de los cuestionamientos a la medicalización de la intersexualidad deriva del hecho de que los tratamientos quirúrgicos y hormonales que se practican a las personas intersexuales no respetan adecuadamente el derecho al consentimiento informado de los pacientes. Por ello, es necesario detenerse brevemente en el estado de esta materia en el derecho chileno, la cual está regulada básicamente en la ley 20.584, que *Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud* y en el Decreto 31/2012 del Ministerio de Salud, que *Aprueba reglamento sobre entrega de información y expresión de consentimiento informado en las atenciones de salud*.

De acuerdo con dichas normas, se entiende como Consentimiento Informado el derecho que tiene toda persona “[...] a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud [...]”<sup>42</sup>. El ejercicio de tal prerrogativa exige que la manifestación de voluntad sea libre, voluntaria, expresa e informada, por lo que requiere que previamente el profesional tratante entregue información adecuada, suficiente y comprensible al paciente, conforme a las reglas sobre derecho a la información<sup>43</sup>. El acceso a la información médica en general es considerada un derecho por sí solo y se define como la prerrogativa de toda persona “a ser informada, en forma oportuna y comprensible, por parte del médico u otro profesional tratante, acerca del estado de su salud, del posible diagnóstico de su enfermedad, de las alternativas de tratamiento disponibles para su recuperación y de los riesgos que ello pueda representar, así como del pronóstico esperado, y del proceso previsible del postoperatorio cuando procediere, de acuerdo con su edad y condición personal y emocional.”<sup>44</sup>.

En cuanto a las formalidades para manifestar el consentimiento (o rechazo), éste por regla general es verbal, pero debe constar por escrito cuando se trate de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos, o para la aplicación de procedimientos que

---

<sup>42</sup> Artículo 14 inciso primero Ley 20.584.

<sup>43</sup> Artículo 14 inciso segundo Ley 20.584.

<sup>44</sup> Artículo 10 inciso primero ley 20.584.

conlleven un riesgo relevante y conocido para la salud del afectado. En tales circunstancias, tanto la información misma y el hecho de su entrega, como la aceptación o el rechazo del paciente deberán constar por escrito en la ficha clínica respectiva (la que deberá referirse, al menos, a los contenidos indicados en el inciso primero del artículo 10 de la ley)<sup>45</sup>. La ley establece la presunción de que la persona ha recibido la información pertinente para la manifestación de su consentimiento, cuando hay constancia de su firma en el documento explicativo del procedimiento o tratamiento al cual deba someterse<sup>46</sup>.

El derecho al consentimiento informado, a su vez, tiene excepciones en las cuales no se requerirá la manifestación de voluntad previa del paciente para someterlo a un tratamiento. Tales situaciones corresponden a: i) los casos en que la omisión del tratamiento genere un riesgo para la salud pública; ii) los casos de riesgo vital o secuela funcional grave que requieran una atención médica inmediata e impostergable y en los que sea imposible obtener el consentimiento del paciente, de su representante legal, de su apoderado o de la persona a cuyo cuidado se encuentre; iii) cuando la persona se encuentra en incapacidad de manifestar su voluntad y no es posible obtenerla de su representante legal, por no existir o por no ser habido<sup>47</sup>.

Ni la ley ni el reglamento establecen alguna definición específica del concepto de consentimiento sustituto o subrogado, tanto respecto de adultos como de menores de edad, sino que se limitan a mencionarlo indirectamente como una posibilidad cuando se habla de las excepciones a la obtención previa de la manifestación de voluntad. Lo que sí se regula es la entrega de información médica en el caso de que el paciente, a juicio de su médico tratante, no esté en condiciones de recibir la información directamente, la cual se otorgará al representante legal o a la persona bajo cuyo cuidado se encuentre, y se reiterará al mismo paciente una vez que haya recuperado la conciencia y la capacidad de comprender.

Una lectura general de la ley y su reglamento permitiría afirmar que la doctrina del consentimiento informado<sup>48</sup> ha sido incorporado de forma parcial en el derecho chileno, ya que si bien los textos normativos consagran expresamente los requisitos de información previa y adecuada<sup>49</sup> y de autorización libre y voluntaria<sup>50</sup>, omiten hacer una regulación expresa del requisito de competencia o

---

<sup>45</sup> Artículo 14 inciso cuarto Ley 20.584.

<sup>46</sup> Artículo 14 inciso quinto ley 20.584.

<sup>47</sup> Artículo 15 ley 20.584.

<sup>48</sup> Véase supra Cap. II, sección 3.2; véase también (Ford, 2001, pág. 475)

<sup>49</sup> Artículo 14 inciso segundo ley 20.584.

<sup>50</sup> Artículo 10 inciso segundo del Decreto 31/2012.

capacidad del paciente para decidir y con ello, del deber de los profesionales tratantes de constatar que el nivel de autonomía del paciente y su capacidad de ponderar la información recibida a la hora de aceptar o rechazar un tratamiento médico. A su vez, la distinción teórica entre el consentimiento simple y el consentimiento cualificado tendría su equivalente en la diferenciación que hace la norma positiva entre consentimiento verbal y consentimiento escrito: la ley exige un consentimiento escrito, formal y con el máximo de información médica adjunta para la realización de intervenciones médicas invasivas (consentimiento cualificado) mientras que para las terapias ordinarias y no invasivas basta una aceptación verbal (consentimiento simple o no cualificado).

## 2.2. ¿Es legítimo el consentimiento sustituto para autorizar la medicalización de la intersexualidad en menores de edad en Chile?

Como se analizó en el capítulo anterior, las únicas normas jurídicas que se han pronunciado sobre la práctica de intervenciones médicas en menores intersexuales son las circulares 18/2015 y 07/2016 del Ministerio de Salud, en las que la directriz de la autoridad sanitaria pasó de la prohibición total de tales tratamientos a un criterio flexible, bajo el cual pueden realizarse dependiendo de si cuentan con el consentimiento conjunto de padres y profesionales de la salud.

En la última circular, en su párrafo tercero, se incorpora expresamente la exigencia del consentimiento informado, al señalar que, tras alcanzarse un acuerdo entre el equipo multidisciplinario y la familia, y previa consulta al comité de ética asistencial, *“la decisión final del paciente y/o su representante, debe ser respaldada con la firma de un consentimiento/asentimiento informado específico”* (Chile. Ministerio de Salud, 2016). La exigencia de un consentimiento escrito, a su vez, supone un reconocimiento del carácter invasivo de esta clase de procedimientos en los términos previstos por el reglamento<sup>51</sup>.

Cabe preguntar entonces si es legítimo el consentimiento sustituto para la práctica de intervenciones invasivas en menores intersexuales en Chile. Hay un par de razones para pensar que no. En primer lugar, porque los actuales cuestionamientos a la medicalización de los estados intersexuales hacen perentoria la exigencia de un tratamiento más riguroso de parte del Estado a la hora de abordar esta problemática, ya que existen diversos antecedentes (informes de organismos internacionales,

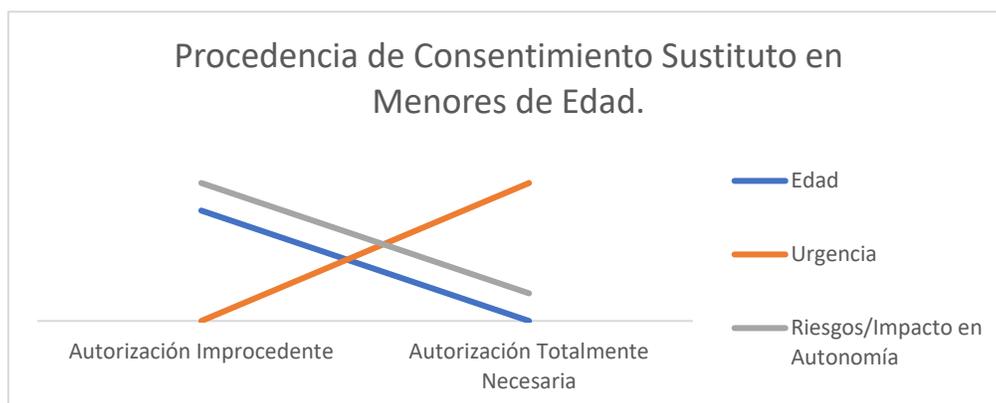
---

<sup>51</sup> *“Para efectos de este reglamento, se entiende por procedimiento diagnóstico o terapéutico invasivo todo aquel que, involucrando solución de continuidad de piel o mucosas o acceso instrumental a cavidades naturales que requieren ser realizados con técnicas estériles, producen en el paciente dolor que haga necesaria sedación o anestesia.”* Artículo 2°, inciso cuarto, Decreto 31/2012, Ministerio de Salud.

legislación y jurisprudencia comparada) que permiten afirmar que este tipo de praxis médica vulnera los derechos fundamentales de los pacientes involucrados o, al menos, los pone eventualmente en peligro. Las dos circulares del MINSAL, dada su naturaleza de normas administrativas, no parecen ser por sí solos instrumentos idóneos para regular una materia que involucra derechos fundamentales como la salud e integridad física y psíquica, la prohibición de torturar y tratos crueles, el interés superior del niño, su autonomía progresiva o su derecho a la identidad; lo que junto a la ausencia de una regulación general de la figura del consentimiento sustituto en menores de edad (tanto en la ley 20.584 como en el reglamento 31/2012) impide configurar un adecuado estándar normativo para la protección de los pacientes sometidos a tratamientos de esta naturaleza.

En segundo lugar, existen también argumentos desde la doctrina del consentimiento informado que cuestionan la legitimidad de estas autorizaciones médicas.

Un buen ejemplo de ello, lo podemos encontrar en la sentencia SU-337/99 de la Corte Constitucional de Colombia (ya expuesta en el capítulo 2), la cual considera que la institución del consentimiento sustituto está siempre condicionada por los principios de autonomía progresiva y protección del interés superior del niño. En base a ello, plantea tres criterios para analizar si tal autorización es pertinente o no en un caso concreto: a) la urgencia e importancia de la intervención para el interés del niño; b) los riesgos e intensidad del tratamiento en la autonomía actual y futura del menor; y c) la edad y madurez del paciente. En base a tales criterios, el consentimiento sustituto es más legítimo y necesario en la medida que la edad del paciente sea menor y la intervención médica sea más urgente e implique menores riesgos para la salud y la autonomía del niño, y viceversa.



*Fuente: Elaboración propia.*

Bajo este marco teórico, la Corte colombiana estimó que el consentimiento sustituto para autorizar intervenciones médicas en niños intersexuales es improcedente, toda vez que llegó a la convicción de que dichas prácticas conllevan un alto riesgo de generar a los pacientes un daño grave e irreversible y no tienen beneficios que justifiquen el carácter de urgente y necesario que los médicos les atribuyen, por lo que no existe necesidad de realizarlas antes de que el niño intersexual haya alcanzado la madurez suficiente para autorizarlas por sí mismo. Por otro lado, la Corte también cree que en estos casos los padres suelen recibir una información parcial y sesgada de parte de los médicos tratantes y se encuentran demasiado afectados emocionalmente para poder comprender adecuadamente los efectos de su decisión en los intereses del menor, lo cual impide que se cumplan los requisitos básicos del consentimiento informado, a saber, que sea libre, informado y con capacidad para decidir.

Una argumentación similar plantea el académico de la Universidad de Yale Kishka-Kamari Ford, quien analiza el consentimiento sustituto parental para la práctica de tratamientos médicos experimentales en niños. Basándose en la jurisprudencia estadounidense en materia de niños donantes de órganos, el autor plantea que la autorización en estos casos debe satisfacer dos requisitos: primero, que, si el tratamiento no es médicamente necesario, tampoco debe ser irrazonablemente doloroso; y segundo, que la actuación debe ir en beneficio del interés superior del menor y no únicamente de los padres o terceras personas (Ford, 2001, pág. 481).

Ford opina que las intervenciones médicas en niños intersexuales tienen una naturaleza eminentemente experimental, pero no logran satisfacer los requisitos de pertinencia para el consentimiento sustituto. En primer lugar, porque las investigaciones recientes acreditan que, para muchos intersexuales, *“la cirugía de normalización genital ha devenido genitales con aspecto deforme, dolor, y pérdida de sensibilidad y funcionalidad[,]”* y aun cuando sean estéticamente exitosas, no siempre coinciden con la identidad de género que el paciente asume a lo largo de su vida, todo lo cual hace asumir que no tienen un impacto positivo en el interés del menor (Ford, 2001, págs. 482-484).

En segundo término, el académico también cuestiona que la autorización parental por sí misma satisfaga los requisitos para un consentimiento médico legalmente válido: no está realmente informada, pues los médicos que practican las cirugías de readecuación genital no cuentan con investigaciones científicas que respalden sus beneficios y que pueda contrastarse con aquellas relativas a los riesgos, lo cual impide que la información entregada sea adecuada; no es realmente voluntaria, pues frecuentemente los médicos entregan información parcial a los padres y ejercen una excesiva

influencia en la decisión final al exigirles que decidan a la brevedad; y no es competente, pues los padres de un recién nacido intersexual se encuentran en un estado de estrés extremo que, sumado a la presión de los médicos tratantes, les impide apreciar adecuadamente la naturaleza, extensión y posibles consecuencias del tratamiento que autorizan. *“No importa que tan bien intencionados sean, los padres son incapaces de dar un consentimiento informado legal para la práctica de cirugías de normalización genital en sus hijos porque el actual modelo de tratamiento no ofrece a estos padres las herramientas que necesitan para llegar a una decisión informada, voluntaria y competente”*, sentencia Ford (Ford, 2001, págs. 486-488).

Ahora bien, este escepticismo en torno a la falta de competencia y capacidad de los padres para ejercer el consentimiento médico sustituto no debe extrapolarse como una falencia o inhabilitación general, sino que debe ser una conclusión a la que puede arribarse o no en cada caso concreto, ya que no depende únicamente del rol que jueguen los profesionales de la salud a la hora de entregar información, sino que también de la propia subjetividad de cada padre o representante legal. Aunque la ambigüedad genital no sea per se una enfermedad, algunos estados intersexuales pueden tener aspectos específicos patológicos que van a requerir algún tipo de intervención médica invasiva y, por ende, la autorización sustituta de los padres, en orden a evitar un peligro o daño a la salud e integridad del paciente. Por ello, es que para poder discernir si en un caso concreto los padres están en condiciones o no de ejercer tal facultad se requiere un marco normativo más complejo, que además de contar con una adecuada regulación general de la figura del consentimiento sustituto en menores de edad, involucre conceptos nuevos como el derecho a la protección de las características sexuales.

### 2.3. La necesidad de reconocer el derecho a la protección de las características sexuales en el derecho chileno.

A pesar de que las circulares 18/2015 y 07/2016 del Ministerio de Salud son las primeras normas jurídicas que intentan regular la práctica de intervenciones médicas en menores intersexuales, no constituyen una regulación satisfactoria de esta materia. Aunque contienen disposiciones valorables como la exigencia de un consentimiento informado cualificado y la creación de centros de referencia especializados y equipos profesionales multidisciplinarios para la atención de los pacientes, también hacen posible la práctica de intervenciones quirúrgicas y tratamientos invasivos cuyo carácter terapéutico ha sido latamente cuestionado por organismos internacionales, la legislación y jurisprudencia comparada, el mundo académico y las organizaciones sociales a lo largo del mundo. Es posible afirmar, sin lugar a duda, que tales normas administrativas mantienen vigente una visión

patologizante de las personas y, especialmente los niños intersexuales, que amenaza permanente sus derechos fundamentales.

En consecuencia, es necesario que Chile da un paso más allá y siguiendo el modelo de Malta y Portugal (analizado en el capítulo 2) reconozca legalmente el derecho a la protección de las características sexuales, por medio de una modificación a ley 21.120 sobre identidad de género y a la ley 20.584 sobre derechos y deberes de los pacientes. Este cambio legislativo también debiera establecer, además: i.- la prohibición expresa de practicar toda cirugía o tratamiento hormonal que afecte las características sexuales de un menor de edad que esté motivado por finalidades meramente estéticas o psicosociales, con la excepción de aquellas que atiendan un peligro concreto para la salud del paciente, fijando además una sanción para quienes la contravengan y mecanismos de reparación para las víctimas; ii.- que la asignación de género de menores intersexuales se haga siguiendo criterios que no impliquen previa o posteriormente la aplicación de procedimientos médicos invasivos; y iii.- garantizar el derecho, tanto de los niños, niñas y adolescentes intersexuales como de sus familias, a contar con un apoyo médico y psicosocial adecuado y permanente hasta alcanzar la mayoría de edad, en centros médicos especializados y de parte de equipos profesionales multidisciplinarios, que se rijan bajo un enfoque de derechos fundamentales en la atención de salud.

Complementariamente, también se debería reemplazar las actuales circulares del ministerio de salud por un reglamento específico sobre esta materia, que regule aspectos como la forma de proceder ante una condición intersexual que efectivamente pueda amenazar la salud del paciente o la configuración de los equipos multidisciplinarios para su atención y la de su familia.

Finalmente, y tal como se ha mencionado previamente, resulta necesario realizar una modificación específica a la ley de derechos y deberes de los pacientes y a su reglamento sobre consentimiento informado, con la finalidad de establecer una regulación general de la figura del consentimiento sustituto en menores de edad, incorporando los criterios que la doctrina ha elaborado para evaluar su pertinencia en cada caso concreto, lo que permitiría reforzar la protección de los derechos fundamentales de los niños intersexuales en el contexto de su atención de salud.

### 3. Protección frente a la discriminación.

Finalmente, el último aspecto a analizar es la protección de las personas intersexuales frente a la discriminación. El marco legal en Chile sobre esta materia está dado por la ley 20.609 que Establece medidas contra la discriminación, cuya finalidad principal fue crear un mecanismo judicial *“que permita*

restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria.”<sup>52</sup>. A su vez, la ley establece una definición del concepto de discriminación arbitraria en los siguientes términos:

*“Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria **toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable**, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que **cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales** establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, **en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género**, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.”*<sup>53</sup>.

Como se puede observar, la ley establece un listado no taxativo de causales de discriminación, con la finalidad de identificar situaciones en las cuales las personas son habitualmente susceptibles de discriminación. Ahora bien, cabe preguntarse si esta enumeración es adecuada o no para proteger a las personas intersexuales en situaciones de discriminación.

En algunos países se ha interpretado que la causal de discriminación por “sexo” incluye implícitamente no solo a los hombres y mujeres, sino que también a las personas intersexuales, por lo cual ya estarían protegidas si las normas antidiscriminación consideran esta forma de exclusión. Sin embargo, esta opinión ha cambiado con el tiempo como consecuencia de que la incorporación de los conceptos de “orientación sexual” e “identidad de género” como causales de discriminación han otorgado a las comunidades LGTB poderosas herramientas para aumentar su visibilidad y promover la igualdad, lo que lleva a pensar que las personas intersexuales también podrían beneficiarse de la consagración legal de una causal específica de discriminación en su contra, aunque no existe aún un consenso internacional en torno a cuál sería el concepto más adecuado para enunciar tal causal, ya que tanto los términos “características sexuales” y “estatus intersexual” son usados indistintamente (Agius, 2017, pág. 44).

---

<sup>52</sup> Artículo 1° ley 20.609.

<sup>53</sup> Artículo 2°, inciso primero, ley 20.609. Los énfasis son propios.

Siguiendo este punto de vista, es posible sostener que nuestra ley antidiscriminación también requiere una reforma legal que incorpore en la enumeración de su artículo 2° el concepto de características sexuales y/o condición intersexual como motivo de discriminación arbitraria, lo cual permitiría garantizar la certeza jurídica en este tipo de situaciones y tendría la ventaja adicional de jugar un rol educacional en la sociedad en el largo plazo al proveer una mayor visibilidad a este grupo de personas (Agius, 2017, pág. 46). Dicho rol debe también complementarse con la inclusión expresa de las personas intersexuales y de sus organizaciones sociales en el desarrollo de las políticas públicas que los distintos órganos de la Administración desarrollan dentro del ámbito de sus competencias para prevenir la discriminación arbitraria y asegurar el goce de los derechos fundamentales de todas las personas.



## Conclusiones.

Desde finales del siglo veinte, y gracias al trabajo de académicos, activistas y organizaciones sociales, la tradicional invisibilidad en que han vivido las personas intersexuales a lo largo de la historia ha quedado atrás, dando paso a un proceso paulatino de reconocimiento social tanto de la existencia misma de personas con características sexuales que no calzan con el estándar de corporalidad masculino-femenino, como de la necesidad de terminar con la patologización y medicalización de la intersexualidad que hace la ciencia médica.

Tal tendencia también ha alcanzado al mundo del derecho. A partir del análisis de las opiniones jurídicas de organismos internacionales de derechos humanos y de la legislación y jurisprudencia extranjeras, es posible afirmar que las personas intersexuales se enfrentan en su convivencia social a tres problemas de relevancia jurídica: i.- el reconocimiento jurídico de sexo y género; ii.- las implicancias jurídicas de la medicalización y patologización de la intersexualidad; y iii.- la protección frente a la discriminación.

### Reconocimiento jurídico de sexo y género.

El problema del reconocimiento de sexo y género se compone, a su vez, de dos problemáticas más pequeñas: por un lado, que a la hora de registrar jurídicamente los nacimientos de algunos casos de niños con características sexuales atípicas, no resulta posible asignarlos dentro de las categorías de “masculino” o “femenino”, lo que obliga a tener que optar por una categoría de sexo registral “indeterminado”; por otro lado, que a medida que los niños intersexuales crecen, estos pueden manifestar disconformidad con su sexo registral y necesitar su modificación. Diversas opiniones consideran que es preferible no utilizar la categoría registral indeterminada, pues implica una exposición pública e innecesaria de la condición intersexual de un menor de edad que podría, potencialmente, vulnerar su intimidad o exponerlo a situaciones de discriminación; por el contrario, es recomendable que siempre se utilicen las categorías tradicionales (dado su profundo arraigo cultural) y, en la eventualidad de que el niño manifieste disconformidad entre su identidad de género y el sexo registral, pueda modificar este último en cualquier momento de su desarrollo.

En el derecho chileno no existe un marco legal adecuado para abordar los problemas de sexo/género de los menores de edad intersexuales. Ello ya que desde hace décadas se permite utilizar el sexo registral “indeterminado” en las partidas de nacimiento, pero nunca se ha establecido una regulación específica en torno a la cantidad de tiempo en que un niño puede permanecer bajo esta

categoría o sobre cómo puede ser modificada. Por otro lado, la ley 21.120 (que constituye un significativo avance al reconocer el derecho a la identidad de género y establecer un marco jurídico para su ejercicio) impide a los menores de catorce años acceder a la modificación del sexo registral, lo cual obliga a los niños intersexuales que requieran la modificación del sexo registral (especialmente en el caso ya descrito) a tener que optar por el procedimiento judicial tradicional para modificar las partidas de nacimiento, el cual está desprovisto de las garantías sustanciales y procesales que consagra la ley de identidad de género para regular esta misma materia respecto de personas mayores de catorce años.

En virtud de lo anterior, es necesario realizar una reforma a la ley 21.120 que haga extensivo el ejercicio del derecho a la identidad de género a los niños de cualquier edad, lo cual permitiría a los menores intersexuales abordar sus problemas de reconocimiento de sexo y género dentro del marco jurídico general.

### Implicancias jurídicas de la patologización y medicalización.

La patologización y medicalización de la intersexualidad es sin duda el problema más abordado por la ciencia jurídica. Diversos organismos internacionales de derechos humanos han coincidido en diagnosticar que los tratamientos quirúrgicos y/o hormonales a los que se somete a las personas intersexuales desde la más temprana infancia constituyen una forma de tortura o trato cruel, inhumano o degradante, que además vulnera otros derechos fundamentales como el derecho a la salud, el respeto a la vida privada y los derechos del niño. Algunos países como Malta y Portugal han puesto término a esta praxis médica por medio del reconocimiento en sus leyes de identidad de género de la existencia de un *“derecho a la protección de las características sexuales”* de toda persona, además de prohibir y sancionar expresamente toda intervención médica en las características sexuales de un menor de edad que busque satisfacer necesidades meramente sociales y no cumpla ningún fin terapéutico. En el medio latinoamericano, la Corte Constitucional de Colombia ha planteado que la aplicación a un menor de edad de cualquier tratamiento de reasignación sexual debe postergarse hasta que este pueda prestar directamente su consentimiento informado, descartando la pertinencia del consentimiento sustituto de los padres o adultos responsables, ya que estos no siempre están en las mejores condiciones para adoptar una decisión que atienda realmente al interés superior del niño y no hipoteque su autonomía futura.

En el medio chileno las herramientas para abordar este problema también dejan bastante que desear. Desde una perspectiva general, la ley 20.584 sobre derechos y deberes de los pacientes carece

de una regulación expresa y específica del consentimiento médico sustituto en menores de edad, el cual pareciera estar implícito en la institución general del consentimiento informado. Desde un punto de vista más específico, las circulares 18/2015 y 07/2016 del Ministerio de Salud, si bien constituyen un primer intento de establecer una regulación específica para el tratamiento de las personas intersexuales en contextos de atención de salud (incorporando la exigencia del consentimiento informado y ordenando la creación de equipos profesionales multidisciplinarios para atender a este tipo de pacientes), tienen disposiciones claramente contradictorias respecto a la posibilidad de practicar o no intervenciones médicas orientadas a complementar la asignación de sexo/género al o la paciente, lo cual, sumado al hecho de que son normas de rango infra legal, las vuelve instrumentos inidóneos para abordar un problema que involucra derechos fundamentales.

Siguiendo la tendencia internacional, Chile debería modificar la ley 21.120 y/o la ley 20.584 y reconocer la existencia del *“derecho a la protección de las características sexuales”*, prohibir las intervenciones médicas de cualquier tipo sobre tales atributos que no cumplan una función estrictamente terapéutica mientras el paciente no tenga edad suficiente para prestar su consentimiento informado y consagrar el derecho de las personas intersexuales a contar con apoyo profesional multidisciplinario (tanto médico como psicosocial) a lo largo de su vida. Una materia de esta naturaleza, que afecta directamente los derechos fundamentales de las personas, debe estar perentoriamente regulada por normas de rango legal, pudiendo los reglamentos y circulares abordar aspectos más específicos como la enumeración de las variaciones en el desarrollo sexual que sí requieren una intervención médica urgente para proteger la vida del paciente, los protocolos de actuación aplicables y la forma de obtener el consentimiento sustituto.

### Protección frente a la discriminación.

Siguiendo también la tendencia internacional sobre la materia, resulta necesario incorporar en la ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación la existencia de la discriminación motivada por las características sexuales o por la condición o estatus intersexual de la víctima, lo cual tendría ventajas tanto jurídicas como extra jurídicas: por un lado, evitaría la necesidad de subsumir esta causal dentro de las otras que prevé la ley a la hora de entablar una acción judicial por este motivo; por otro lado, ayudaría a reforzar la visibilidad de las personas y comunidades intersexuales e incentivaría su reconocimiento de parte de la sociedad en su conjunto.

Finalmente, cabe afirmar que, aun cuando Chile pueda desarrollar un marco jurídico más adecuado para la protección de los derechos e intereses de las personas intersexuales, este seguirá insuficiente si no se desarrollan políticas públicas específicas sobre esta materia, especialmente en los ámbitos de la atención de salud, la educación escolar y la formación de los profesionales de la salud. Este último ámbito es especialmente relevante, pues la mayoría de las problemáticas que afectan a este tipo de personas se dan en el contexto de las atenciones de salud que reciben y la relación que se construye entre los médicos, los familiares y el o la paciente. Aún el consenso más amplio que pueda existir al interior de las ciencias de la salud debe someterse constantemente al escrutinio de la sociedad en general, para asegurar que los derechos fundamentales y la dignidad humana estén constantemente protegidos de toda limitación, privación o vulneración.

## Bibliografía

- Agencia de la Unión Europea para los Derechos Humanos. (2015). *The fundamental rights situation of intersex people. FRA Focus*. Obtenido de <https://fra.europa.eu/en/publication/2015/fundamental-rights-situation-intersex-people>
- Agius, S. (2017). *Human rights and intersex people: Issue paper*. Oficina del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa. Estrasburgo: Consejo de Europa. Obtenido de <https://rm.coe.int/16806da5d4>.
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2015 A). *Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*.
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2015 B). *Buenas prácticas y principales dificultades en la prevención y eliminación de la mutilación genital femenina*.
- Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. (12 de Octubre de 2017). Resolución 2191. *Promoting the human rights of and eliminating discrimination against intersex people*. Estrasburgo, Francia.
- Balocchi, M. (2014). The medicalization of intersexuality and the sex/gender binary system: a look on the Italian case. *LES Online*, 6(1), 65-78. Obtenido de <https://lesonlinesite.files.wordpress.com/2017/03/the-medicalization-of-intersexuality.pdf>
- Belmar Steggman, X. (2018). *Informe de la Comisión Mixta recaído en el proyecto de ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género. Boletín N° 8.924-07*. Tercer Trámite Constitucional, Congreso Nacional de Chile, Comisión Mixta, Valparaíso.
- Belmar Stegmann, X. (2013). *Informe de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género. Boletín N° 8.924-07*. Primer Trámite Constitucional, Senado de Chile, Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, Valparaíso.
- Biblioteca del Congreso Nacional. (s.f.). *Identidad de Género en la Constitución Chilena*. Obtenido de [https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/20375/5/FINAL%20CDDHH%20\\_%20Identidad%20de%20genero2\\_v5.pdf](https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/20375/5/FINAL%20CDDHH%20_%20Identidad%20de%20genero2_v5.pdf)
- Cabral, M., & Benzur, G. (junio de 2005). Cuando digo intersex: un diálogo introductorio a la intersexualidad. *Cadernos Pagu*(24), 283-304. doi:<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-83332005000100013>
- Cámara de Diputados. (12 de septiembre de 2018). Legislatura 366°, Sesión 72° Ordinaria. (G. Cumming Díaz, Recopilador) Valparaíso, Chile.
- Chase, C. (abril de 1998). Hermaphrodites with attitude: Mapping the emergence of intersex political activism. *GLQ*, 4(2). doi:<https://doi.org/10.1215/10642684-4-2-189>

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2012). *Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: Algunos términos y estándares relevantes*.
- Comité contra la Tortura. (2011). *Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de Alemania*.
- Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2015). *Observaciones finales sobre el informe inicial de Alemania*.
- Comité de los Derechos del Niño. (30 de octubre de 2015). *Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile*.
- Comité de los Derechos del Niño. (2015). *Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo al cuarto combinados de Suiza*.
- Dreger, A. D., & Herndon, A. M. (abril de 2009). Progress and politics in the intersex rights movement: Feminist Theory in Action. *GLQ*, 15(2), 199-294. doi:<https://doi.org/10.1215/10642684-2008-134>
- Espejo Yaksic, N., & 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 Universidad Católica del Norte*, 22(2), 393-418.
- Flores Salazar, A. L. (2018). El Registro Civil soporte del derecho a la identidad. Las personas trans y el reconocimiento de la identidad de género. *Revista de Derecho Electoral*(25), 215-231.
- Ford, K.-K. (2001). "First, do no harm": The fiction of legal parenting consent to genital-normalizing surgery on intersexed infants. *Yale Law & Policy Review*, 19(2), 469-488. Obtenido de <https://www.jstor.org/stable/40239572>
- Foucault, M. (2007). El sexo verdadero. En A. Serrano (Ed.), *Herculine Barbin llamada Alexina B.* (Segunda ed.). Madrid, España: Talasa Ediciones.
- Godoy, C. (2016). Derechos humanos de las personas intersex en Chile. En Centro de Derechos Humanos UDP, & T. Vial Solar (Ed.), *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2016* (Primera ed., págs. 321-355). Santiago, Chile.
- Gregori Flor, N. (2006). Los cuerpos ficticios de la biomedicina. El proceso de construcción del género en los protocolos médicos de asignación de sexo en bebés intersexuales. *AIBR Revista de Antropología Iberoamericana*, 1(1), 103-124. Obtenido de <http://www.aibr.org/antropologia/01v01/articulos/010106.pdf>
- Hernández Guanche, V. (2009). Intersexualidad y prácticas científicas: ¿Ciencia o ficción? *Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas*, 8(1), 89-102.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2017). *Informe anual sobre la situación de derechos humanos en Chile 2017*. Santiago, Chile.
- Kemp, S. F. (2006). The role of the genes and hormones in sexual differentiation. En S. E. Sytsma (Ed.), *Ethics and intersex* (págs. 2-16). Springer Science & Business Media.

- Méndez, E. J. (2013). *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*. Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.
- Ozar, D. T. (2006). Towards a more inclusive conception of gender-diversity for intersex advocacy and ethics. En S. E. Sytsma (Ed.), *Ethics and Intersex*. Dordrecht, Países Bajos: Springer.
- Relator Especial sobre el Derecho a la Salud. (2009). *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Salud*.
- Van Lisdonk, J. (2014). *Living with intersex/DSD: an exploratory study of the social situation of persons with intersex/DSD*. (Primera ed.). La Haya: The Netherlands Institute for Social Research | scp.
- Vargas Barrantes, É. (2013). Bases de la diferenciación sexual y aspectos éticos de los estados intersexuales. *Reflexiones*, 92(1), 141-157. Obtenido de <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/reflexiones/article/view/8756>

## Normativa citada

- Chile. (1980). Constitución Política de la República.
- Chile. Ministerio de Justicia. (1930). Decreto con Fuerza de Ley N° 2.128. *Aprueba reglamento orgánico del Servicio de Registro Civil*.
- Chile. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2018). Ley 21.120. *Reconoce y da protección al derecho a la identidad de género*.
- Chile. Ministerio de Salud. (2012). Decreto 31/2012. *Aprueba reglamento sobre entrega de información y expresión de consentimiento informado en las atenciones de salud*.
- Chile. Ministerio de Salud. (2012). Ley 20.584. *Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud*.
- Chile. Ministerio de Salud. (22 de diciembre de 2015). Circular N° 18: Instruye sobre ciertos aspectos de la atención de salud a niños y niñas intersex. Obtenido de <https://ihra.org.au/wp-content/uploads/2016/01/Circular-08-22.12.15-Instruye-Sobre-Ciertos-Aspectos-de-la-atencion-de-Salud-a-Ninos-y-Ninas-Intersex.pdf>
- Chile. Ministerio de Salud. (23 de agosto de 2016). Circular N° 07: Complementa circular N° 18 que instruye sobre ciertos aspectos de la atención de salud a niños y niñas intersex. Obtenido de [https://diprece.minsal.cl/wrdprss\\_minsal/wp-content/uploads/2018/03/Circular-aclaratoria-002.pdf](https://diprece.minsal.cl/wrdprss_minsal/wp-content/uploads/2018/03/Circular-aclaratoria-002.pdf)
- Chile. Ministerio Secretaría General de Gobierno. (2012). Ley 20.609. *Establece medidas contra la discriminación*.
- Chile. Subdirección Jurídica del Servicio de Registro Civil e Identificación. (01 de octubre de 2012). Memorandum SJ N°1139.

Chile. Subdirección Jurídica del Servicio de Registro Civil e Identificación. (07 de marzo de 2018).  
Memorándum SJ N°475. *Informa sobre rectificación de las partidas de nacimiento que registran que el sexo de su titular es indeterminado.*

Malta. House of Representatives. (1 de abril de 2015). Act N° XI of 2015. *The Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act.*

Portugal. Assembleia da República. (13 de abril de 2018). Decreto N° 203/XIII . *Direito à autodeterminação da identidade de género expressão de género e à proteção das características sexuais de cada pessoa.*

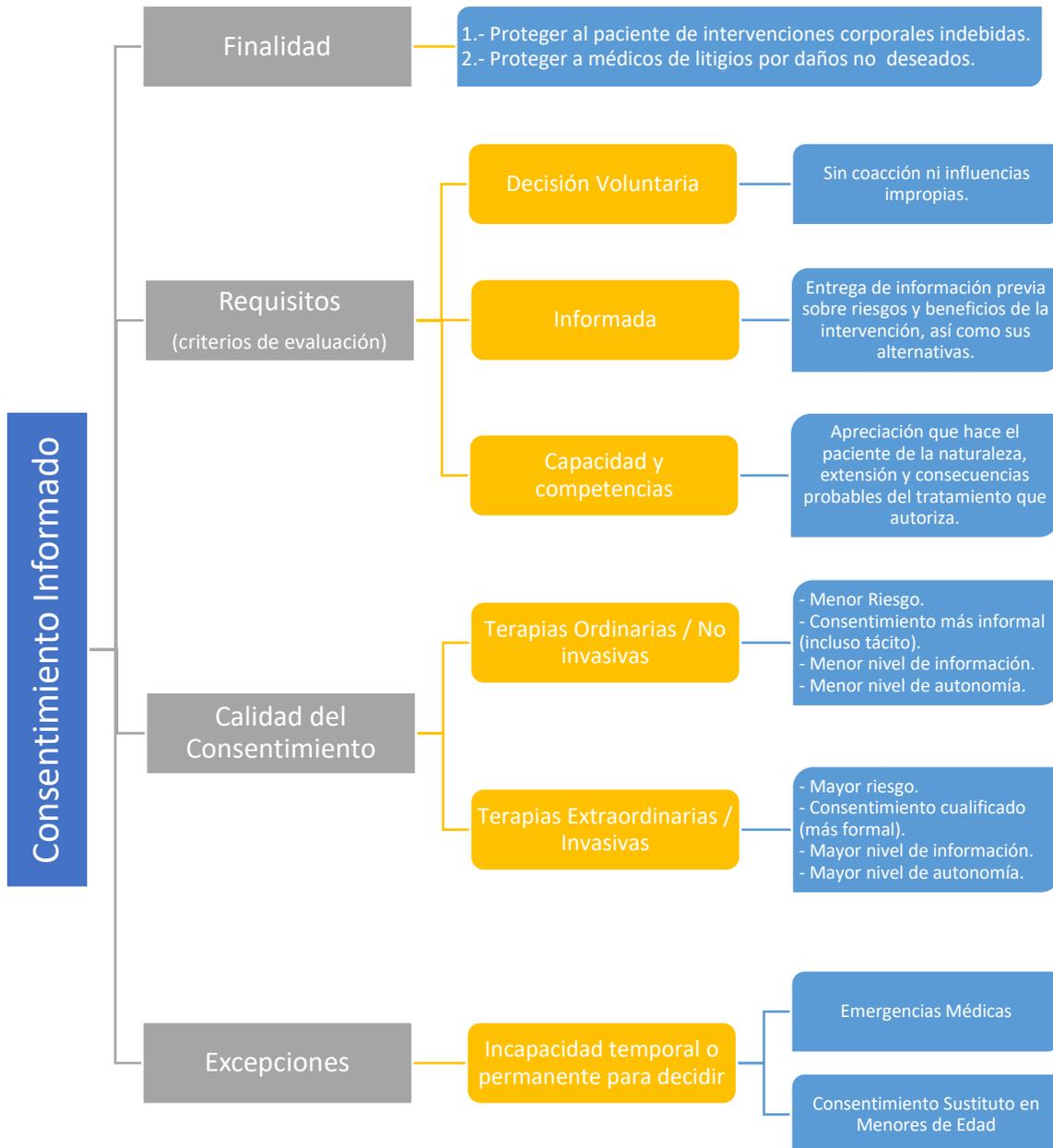
## Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Unificación SU-337/99, Expediente T-131547 (12 de mayo de 1999).

Juzgado de Familia de Los Ángeles. Sentencia de Juicio sobre Vulneración de Derechos, RIT P-598 2015 (07 de marzo de 2016).

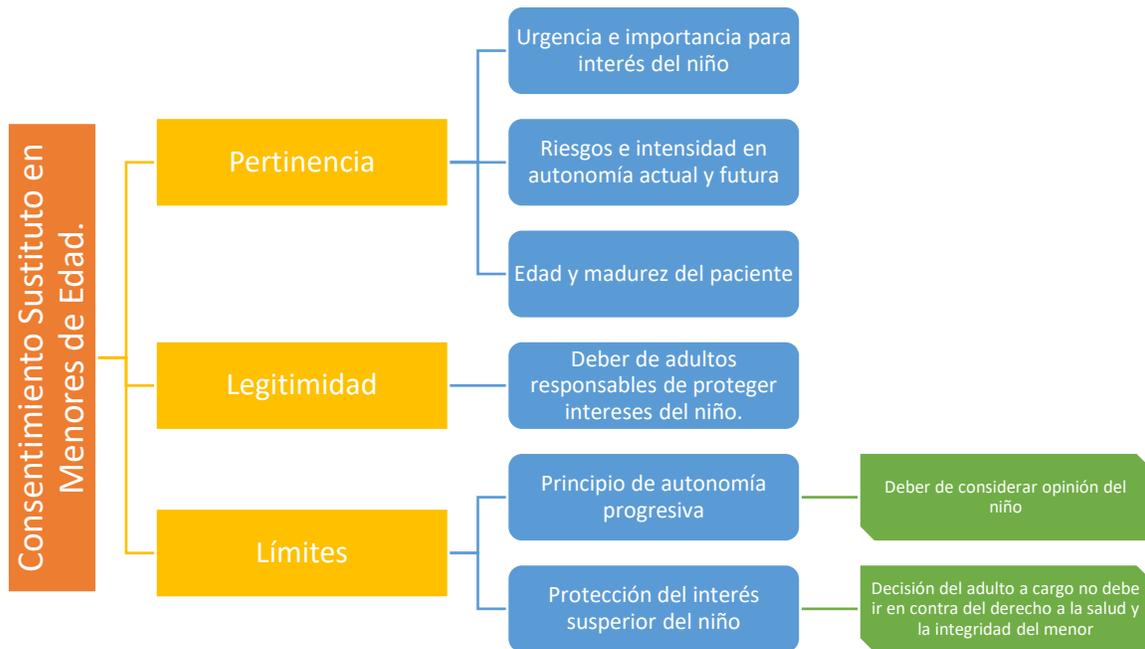
Tribunal Constitucional de España. Sentencia 99/2019, Cuestión de Constitucionalidad N°1595-2016(18 de julio de 2019).

## Esquema 1: La doctrina del Consentimiento Informado



Fuente: Elaboración propia.

## Esquema 2: El consentimiento sustituto en menores de edad.



### Procedencia de Consentimiento Sustituto en Menores de Edad.



*Fuente: Elaboración Propia.*