

**Sentencia T-450A/13
(Bogotá D.C., julio 16)**

Referencia: Expediente T-3.253.036.

Fallo de tutela objeto de revisión: sentencia el 2 de septiembre de 2011 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que confirmó la decisión del Tribunal Superior de Distrito Judicial de RR, Sala Civil Familia, del 3 de agosto de 2011.

Accionante: Personería Municipal de FF.

Accionados: Ministerio de la Protección Social, Instituto Nacional de Medicina Legal, Departamento Administrativo Nacional de Estadística –DANE-, Registraduría Nacional del Registro Civil. Además, la Dirección Territorial de Salud del Departamento WW y YY, y Cafesalud EPSS por vinculación oficiosa en primera instancia.

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda de tutela.

1.1. Elementos de la demanda.

1.1.1. *Derechos fundamentales invocados:* derecho a un adecuado nivel de vida, derecho a la vida en conexidad con la salud, a la intimidad personal y familiar, a la seguridad social, a la personalidad jurídica, los derechos de los niños.

1.1.2. *Conducta que causa la vulneración:* el hecho de que en el certificado de nacido vivo no se haya especificado el sexo del bebé NN y que por esta razón los funcionarios de la Registraduría del Estado Civil del Municipio de FF se hayan negado a registrarlo, obstaculizando de este modo el acceso del menor a los servicios de salud y en general a la garantía de sus derechos como ciudadano colombiano.

1.1.3. *Pretensiones*: (i) Ordenar a la Dirección Nacional del Registro Civil, que en el término perentorio de 24 horas proceda a autorizar el registro del bebe NN hijo de XX ante diagnóstico presunto de hermafroditismo o intersexualidad a determinar, haciendo los ajustes que sean necesarios al formato de Registro Civil de Nacimiento; (ii) Ordenar a la Dirección Nacional del Registro Civil, que en el término perentorio fijado por el juez, se proceda a reglamentar la inscripción de un bebe hermafrodita o en condición de intersexualidad para garantizar su derecho de personalidad jurídica y a acceder a los otros beneficios que le otorga ser reconocido como ciudadano colombiano; (iii) Ordenar a la Dirección Nacional del Registro Civil, que dentro del término antes mencionado para la reglamentación que debe asumir, tenga en cuenta la modificación que debe hacer del actual formato de Registro Civil, cuya incidencia se extiende al Registro Civil de Defunción con base en el certificado de defunción, por el caso eventual de muerte de éste bebe intersexual, su estado de salud y cuyo sexo no puede ser elegido por sus progenitores por expresa prohibición de la Corte Constitucional (sentencia SU-337 de 1999); (iv) Ordenar al DANE proceda en término perentorio fijado por el juez, a reglamentar la inscripción en el “Certificado de nacido vivo” del nacimiento de un bebé hermafrodita o condición de intersexualidad, para garantizar su derecho de personalidad jurídica y acceder a los otros beneficios al ser reconocido como ciudadano colombiano; (v) Ordenar al DANE que dentro de la reglamentación que debe asumir, tenga en cuenta la modificación del actual formato de “nacido vivo”, cuya incidencia se extiende al “certificado de defunción” en razón a la condición en que nació este bebe y cuyo sexo no puede ser elegido por sus progenitores por expresa prohibición de la Corte Constitucional (sentencia SU-337 de 1999); (vi) Ordenar al Instituto Nacional de Medicina Legal, proceda a practicar, a todo costo, las pruebas indispensables y necesarias para determinar la condición de intersexualidad del bebé NN hijo de la madre XX; (vii) ORDENAR al Ministerio de la Protección Social regular, en un término perentorio, la forma de acceso a la Seguridad Social integral de este menor de edad NN, hijo de XX, en la ciudad ZZ, de manera inicial, y a través de la Dirección territorial de Salud de YY quien expedirá las autorizaciones correspondientes de acuerdo con las órdenes médicas que lleguen a emitir los médicos tratantes del Hospital Infantil o a donde deban remitir al mismo, asumiendo el Ministerio de Protección Social todos los costos de transporte, alojamiento y manutención en que tenga que incurrir el bebé NN hijo de XX con un acompañante desde el lugar de residencia hasta cualquier parte del país donde deba garantizarle el eficaz y efectivo acceso a la salud de su grupo familiar; (viii) Prevenir a las accionadas, que en ningún caso vuelvan a incurrir en las acciones que dieron mérito a esta tutela y que si lo hacen serán sancionadas como lo dispone el artículo 52 del decreto 2591 de 1991

1.2. Fundamentos de la pretensión.

1.2.1. El 12 de junio de 2011 nace en el Hospital de FF, un bebé vivo de presunto sexo femenino, según la historia clínica, hijo de la madre XX a quien se le entregó de manera inmediata.

1.2.2. En el folio 11 de la Historia Clínica del Hospital FF donde se atendió el parto, se advierte que en el ítem “*Datos del recién nacido*” el género se denominó “*masculino*”; sin embargo, más adelante, en una anotación se refiere que el parto obtiene “*producto de sexo FEMENINO con adaptación espontánea... GENITALES FEMENINOS NORMOCONFIGURADOS*”. Según la accionante, la médica rural que atendió el parto no pudo determinar ni especificar en la historia clínica, que se trataba de un bebé intersexual o ambiguo, y le informó a la madre que había nacido una niña, aunque posteriormente ésta notó que se trataba de un bebé con genitales ambiguos.

1.2.3. Considera la demanda que el Instituto de Medicina Legal es responsable por la insuficiente experiencia, conocimiento y pericia de la médica rural que atendió el parto de la madre del bebé NN, la cual no dejó por escrito ninguna observación en relación con la condición del bebé. En efecto, a la madre le fue entregado el Certificado de Nacido Vivo con logotipos del Ministerio de la Protección Social y el DANE, sin diligenciar la casilla de “*sexo del nacido vivo*”, sin nota marginal ni ninguna observación.

1.2.4. En el momento de presentar el certificado de nacido vivo a la Registraduría del Estado Civil del Municipio FF, se le informó al padre que el bebé NN no podía ser registrado porque los protocolos de formato de registro civil de nacimiento, tienen como base el certificado de nacido vivo que indica el sexo femenino o masculino. Como éste no estaba definido, no estaba permitido diligenciar el registro civil de nacimiento. Cuando el padre del bebé solicitó a la funcionaria del Registro que colocara sexo femenino en el espacio correspondiente, ésta se negó a hacerlo argumentando que la norma no lo admitía.

1.2.5. Debido a algunos problemas de salud del bebé, éste fue llevado a Cafesalud EPSS en la ciudad de FF, para inscribirlo en el Sistema de Seguridad Social Subsidiada, pero en un principio se le negó el acceso al mismo por no contar con registro civil de nacimiento. Como consecuencia de lo anterior, se acudió al Comisario de Familia del Municipio, quien ordenó de manera inmediata el restablecimiento de los derechos del bebé y ordenó al Hospital de FF que atendiera las necesidades del bebé en los términos del artículo 59 de la Constitución y del artículo 27 de la Ley 1098 de 2006. Por lo anterior, la accionante considera que el entonces Ministerio de la Protección Social es responsable por haberse impedido el acceso a la salud del bebé debido a temas netamente administrativos ajenos a la voluntad de los padres del menor.

1.2.6. La madre del bebé no contaba con inscripción a la seguridad social subsidiada al momento del parto. Éste trámite se formalizó el día antes de interponer la acción de tutela ante Cafesalud EPSS, y el bebé será atendido de manera provisional con el carné de la madre. Así, el día anterior a la interposición de la acción de tutela, el bebé fue valorado de manera particular por un pediatra del Hospital de la ciudad de ZZ, debiendo ser hospitalizado de manera inmediata debido a algunas alteraciones, como consecuencia de ser un bebé intersexual.

1.2.7. Advierte la accionante que en caso de fallecimiento del bebé NN, sus padres seguramente tendrán problemas al obtener el certificado de defunción a cargo del DANE, base de la expedición del registro civil de defunción al no existir un espacio o casilla que indique la condición de intersexualidad del menor.

2. Respuestas de las entidades accionadas.

2.1. *El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses:* se pronunció con relación a la acción de tutela alegando que no es competencia de dicha entidad establecer el proceder de la médico rural que atendió el parto de la accionante, profesional que además no tiene vínculo laboral alguno con dicho Instituto. Aclara que las actividades de los médicos estarán sujetas al control de dicha entidad, solo frente a los procedimientos médico legales que realicen como resultado de los requerimientos de las autoridades competentes en la medida en que la función del Instituto es la de dar apoyo técnico y científico a la Administración de Justicia prestando los servicios médico legales y de ciencias forenses solicitados por dichas autoridades. Por lo anterior el Instituto pide ser desvinculado del proceso de la referencia.

2.2. *El DANE:* consideró que no ha vulnerado ningún derecho de los alegados por la accionante ya que su competencia se limita a producir estadísticas vitales de nacimiento, y no a certificar si un bebé nace vivo o muerto, o si es de sexo femenino o masculino. En este orden de ideas, no cuenta con la potestad para modificar, corregir, arreglar o enmendar dichos certificados, asunto que corresponde exclusivamente a la IPS y al médico que atendió el parto en el marco de sus conocimientos médico profesionales y quien puede determinar el sexo al que pertenece el recién nacido. Enfatiza que “*el DANE es una entidad netamente estadística y procesa los datos consignados en el formulario, por el médico que certifica el nacimiento o la defunción*”, y que no le corresponde prestar el servicio de salud, ni le compete afiliarse al sistema de salud al bebé NN. Agrega que para la legislación colombiana existen dos sexos, el femenino y el masculino, determinados por la naturaleza humana y certificados por el médico que atiende el parto por lo que, mientras el Decreto 1260 de 1970 no se derogue, no se podrá modificar el formulario, como la accionante lo solicita.

2.3. *El Secretario de Salud de WW:* aportó un escrito en el que manifiesta que el bebé NN se encuentra afiliado a Cafesalud EPSS y que con la expedición del Acuerdo 004 de 2009, 80 de 2009 y el Auto 342 de 2009, se pretende que las EPS el régimen subsidiado asuman la atención integral en salud a los menores, dada su vulnerabilidad y estado de indefensión. Por lo anterior, advierte que la Secretaría de Salud en ningún momento ha vulnerado los derechos a los accionantes y se solicita no imputar responsabilidad alguna a esta entidad.

2.4. *La Dirección Territorial de YY:* señaló que el reporte de novedades, como lo es el retiro, el ingreso o el traslado, no es de su competencia y aduce que es la EPS de la madre la obligada a prestar la atención integral del menor en su primer mes de vida. Agrega que de acuerdo con la Resolución 2042 de 2010, los menos favorecidos deben poder afiliarse al régimen subsidiado mientras que aquellos que tengan capacidad de pago deben permanecer en el régimen contributivo. Acorde con lo anterior, solicita absolver a la Dirección territorial de YY de responsabilidad en la presente acción constitucional.

2.5. *La Registraduría Nacional del Estado Civil:* adujo que no ha vulnerado los derechos de la accionante y solicitó que el juez declare improcedente o deniegue la acción de tutela. En su escrito de respuesta a la acción de tutela cita los artículos 49 y 52 del Decreto Ley 1260 de 1970 y posteriormente señala que en la copia del Certificado de nacido vivo, no se indicó el sexo del recién nacido, por lo cual, ante la inobservancia de los artículos transcritos, el funcionario encargado de la función de registro, no cuenta con la información necesaria para efectuar la inscripción. En consecuencia, advierte que es necesario que el DANE se pronuncie sobre el certificado de nacido vivo del bebé NN y proceda a realizar la inscripción de acuerdo al pronunciamiento de esa entidad. Indica que en el momento de realizar la inscripción y mientras exista un dictamen médico relacionado con la determinación del sexo del menor, en el espacio de notas podrá dejarse constancia de que la casilla referida al sexo queda en blanco por tratarse de sexo sin determinar a la fecha, de forma que pueda realizarse un reemplazo de folio al momento de tener certeza sobre el mismo.

2.6. *El Ministerio de la Protección Social:* respondió a la acción de tutela afirmando que de acuerdo a lo establecido en el Decreto 205 de 2003, sus competencias se limitan a fijar las políticas y directrices en materia de protección social, y que no actúa como una entidad prestadora de servicios de salud, función que compete a los hospitales públicos, a las E.P.S. y a las Direcciones Departamentales o Distritales de Salud según sea el caso. Indica que en los términos del artículo 50 de la Constitución Política y del artículo 166 de la Ley 100 de 1993, la atención a niños menores de un año es gratuita, considerándose como un derecho fundamental cuando se trata de recién nacidos, que en consecuencia, deberán ser atendidos de manera gratuita por las instituciones de salud, así se encuentre por fuera de toda protección en

seguridad social. Dicho lo anterior, señala que en este caso, los padres del bebé NN se encuentran desafiliados del Régimen Contributivo de la EPS Cafesalud. Por lo anterior, la entidad territorial deberá solicitar la afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud y mientras éstos tengan la calidad de vinculados, deberán ser atendidos con cargo al subsidio a la oferta. En virtud de lo expuesto, el Ministerio solicita que se declare improcedente la acción de tutela en su contra.

3. Decisiones judiciales objeto de revisión.

3.1. *El Tribunal Superior de Distrito Judicial de RR, Sala Civil Familia*, se pronunció en primera instancia sobre la acción de tutela de la referencia, el 3 de agosto de 2011. En sus consideraciones, se empieza citando de manera extensa la sentencia SU-337 de 1999 y el precedente en esta materia. A partir de lo anterior, se concluye que la jurisprudencia constitucional referida a los estados intersexuados, tiene que ver con la posibilidad de remodelar por procedimientos quirúrgicos y/o hormonales, los genitales de un menor, pero no se encuentra ningún caso relacionado con la imposibilidad de sentar el registro civil de nacimiento en eventos de ambigüedad genital. Con base en la jurisprudencia, advierte el Tribunal que las pretensiones del accionante no son las alternativas que mejor se ajustan a los postulados constitucionales. En efecto, se ha considerado que lo mejor para el menor es asignarle un sexo lo más pronto posible, razón por la cual, sería innecesario adicionar una casilla para la intersexualidad o hacer una anotación en el registro civil, documento que al ser exhibido en todo momento, provocaría exponer a la familia y al niño generando discriminación y rechazo social. Sin embargo, se admite la ausencia de un protocolo que regule cómo proceder en casos de ambigüedad sexual. Con base en las pruebas aportadas al expediente, se establece que hasta el momento, el menor y su familia han sido atendidos por un equipo interdisciplinario de médicos, así como de psicólogos y trabajadores sociales, lo cual es acorde a los planteamientos de algunas sentencias de la Corte en este tema. Teniendo en cuenta que la asignación del sexo, sin necesidad de cirugías depende del concepto de un equipo de diferentes especialistas, la Sala estima que la medida más razonable para conjurar la vulneración derivada de no efectuar el registro civil de nacimiento, consiste en que a la mayor brevedad posible se integre ese equipo interdisciplinario que asigne el sexo al menor, y posteriormente y con base en ese concepto, el funcionario del estado civil proceda a registrar el nacimiento. El Tribunal concluye que quien debe asumir los servicios médicos del menor en el sentido fijado por la providencia, así como los gastos de transporte para acceder a los servicios de salud por fuera de su Municipio, es Cafesalud EPSS de la cual es beneficiaria la madre del bebé tal y como consta en las pruebas, reconociéndole a dicha entidad la facultad de recobrar por el costo de aquellos servicios no POS que deba brindar, ante la Secretaría de Salud del Departamento.

3.2. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en providencia proferida el 2 de septiembre de 2011, confirmó el fallo de primera instancia. Se refirió únicamente a los asuntos que plantea la impugnación por parte de la Personería y del Registrador Municipal del Estado Civil de FF, la Corte estima que, si antes de producirse el amparo constitucional, Cafesalud EPSS venía prestando un servicio de salud parcial, luego de la sentencia de primera instancia la situación quedó solucionada totalmente porque se ordenó un servicio integral, POS o no POS y el cubrimiento de los gastos de desplazamiento con todo lo que eso implica. Adicionalmente es clara la orden en el sentido de que luego de que el equipo interdisciplinario asigne el sexo, se elaborará el Registro Civil con la indicación del sexo del menor, y no se desprende del fallo, como erróneamente lo plantea la Personería, que dicho documento público se expedirá sin registrar el sexo del bebé. De otro lado, la Sala considera que la responsabilidad civil, penal, ética o disciplinaria en que pudo haber incurrido el médico rural que atendió el parto, deberá ser propuesta ante la jurisdicción ordinaria ya que ésta competencia no es propia del juez de tutela. Por último, la Sala desestima los argumentos de la Registraduría Municipal advirtiendo que el mandato impartido en el fallo contra dicha autoridad, *“no es arbitrario, subjetivo ni antojadizo”* ya que tiene sustento tanto en la Constitución Política y la jurisprudencia.

4. Actuaciones surtidas en la Corte Constitucional y pruebas solicitadas.

4.1. Mediante auto del 16 de febrero de 2012, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional decidió suspender los términos del proceso, hasta tanto se hubiesen conseguido las siguientes pruebas:

- A la Personería de FF, para que en el término de cinco días hábiles, contados a partir de la notificación del auto, remitiera a este Despacho información sobre:

- La situación actual de salud del bebé NN, el estado de su proceso de registro, y la posición de los padres frente a la asignación de su sexo.
- La atención que debe prestar de manera integral la EPSS Cafesalud, y el concepto emitido por el grupo interdisciplinario de especialistas ordenado por el Juez de instancia referido a la asignación del sexo del bebé.
- La respuesta de la Registraduría Municipal del Estado Civil de FF y sus acciones frente al concepto emitido por el grupo interdisciplinario de especialistas.

-A Cafesalud EPSS, para que en el término improrrogable de cinco días hábiles, contados a partir de la notificación del presente auto, remitiera al Despacho copia de concepto emitido por el grupo interdisciplinario de especialistas ordenado por el Juez de instancia referido a la asignación del sexo del bebé.

4.2. En oficio remitido a la Corte Constitucional por la Personería del Municipio de FF, y registrado en la Secretaría General el 2 de marzo de 2012, se comunicó a esta Corporación que *“a la fecha no ha sido posible registrar el nacimiento del bebé NN, porque la EPS CAFESALUD, si bien ha expedido órdenes para la práctica de pruebas genéticas, éstas han sido inocuas por la no existencia de contratación con genetistas, según lo informó en el día de ayer el progenitor del bebé NN (...) Por lo anterior a la fecha no se cuenta con concepto de grupo interdisciplinario según lo ordenado por el Juez de Tutela de primera instancia”*.

Asimismo se adjuntaron una serie de correos electrónicos dirigidos por la Personera Municipal de FF a un funcionario de Cafesalud y del Grupo Saludcoop, en el que se pone de presente que si bien la tutela fue resuelta el 3 de agosto de 2011, a la fecha estas entidades no han cumplido con la práctica de pruebas genéticas para proceder al registro del menor. También se adjuntó un correo electrónico en el que se advierte que hay mora en la entrega de los medicamentos del bebé especialmente en el frudocortisona de 0.1 % base para su tratamiento.

4.3. Hasta la fecha no se ha obtenido respuesta alguna de Cafesalud.

4.4. El 11 de julio de 2012, el padre del bebe NN remitió al Despacho del Magistrado Sustanciador el resultado del “cariotipo”, como prueba de avance para la definición de la identidad de su hijo. De la misma manera, manifestó que toda su familia se ha trasladado a Bogotá para facilitar el tratamiento del bebé sin que la EPS les haya suministrado alojamiento, manutención y transporte. Señaló que el bebé se encuentra a la espera de recibir los medicamentos y la atención prioritaria por endocrinología pediátrica, urólogo pediatra, genética y otros, *“pero la EPS a pesar de las notas de prioridad no atiende oportunamente la salud de nuestra bebé. Encontramos constantes obstáculos por parte de la EPS, porque estamos en Bogotá atendiendo el caso de la niña y ella tiene carné de XXX y por ello nos han negado los servicios y que los van a suspender si no trasladamos definitivamente el carné para Bogotá”*. Puso de presente que ya debe más de 6 millones de pesos en préstamos a diferentes personas y que se encuentra afectado emocionalmente. En dicha comunicación, indicó que la familia ha vuelto a FF para registrar al bebé teniendo como soporte el examen del “cariotipo”.

4.5. En conversación telefónica con la madre del bebé NN en la misma fecha en la que se recibió la prueba del “cariotipo”, ésta manifestó que ya habían podido registrar al bebé pero que seguían teniendo problemas con la EPS por la demora en la entrega de los medicamentos y en la valoración de los expertos. Asimismo se comprometió a enviar copia del registro civil del bebé.

4.6. En el auto 178 del 27 de julio de 2012, la Sala Segunda de Revisión decretó medidas provisionales al constatar la situación de grave peligro a la

vida, salud e integridad del bebé NN y ordenó a Cafesalud para que en el término improrrogable de cuarenta y ocho horas, contadas a partir de la notificación del auto, iniciara todos los exámenes y realizara una valoración completa por especialistas, para el estudio, manejo y tratamiento del trastorno de diferenciación sexual que padece el bebé NN manteniendo informados a los padres sobre los derechos, competencias y alternativas de que disponen, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte. Asimismo, se ordenó a dicha entidad, que remitiera al Despacho en el menor tiempo posible, copia de concepto emitido por el grupo interdisciplinario de especialistas referido a la asignación del sexo del bebé.

En el mismo auto se ofició a la Superintendencia de Salud y a la Defensoría del Pueblo, para que supervisaran la actuación de Cafesalud en relación con el bebé NN, verificando y orientando a la Entidad Promotora de Salud, sobre las reglas jurisprudenciales aplicadas por la Corte Constitucional en estos casos.

Hasta el momento Cafesalud no ha enviado el estudio interdisciplinario solicitado por la Corte.

4.7. El 11 de septiembre de 2012, fue remitida al Despacho la copia del Registro Civil del bebé en el que se identifica con sexo femenino.

4.8. Mediante auto del 20 de septiembre de 2012, el Magistrado Sustanciador ordenó oficiar a la Academia Nacional de Medicina; a la Sociedad Colombiana de Urología; a la Sociedad Colombiana de Psicología; a la Sociedad Colombiana de Psiquiatría; a las Facultades de Medicina de la Pontificia Universidad Javeriana, de la Universidad de los Andes, de la Universidad del Rosario, de la Universidad Nacional; a las Facultades de Psicología de la Universidad Javeriana, de la Universidad de los Andes, de la Universidad del Rosario, de la Universidad Nacional; a las Facultades de Antropología de la Universidad Javeriana, de la Universidad de los Andes, de la Universidad Nacional y a la Escuela de Ciencias Humanas de la Universidad del Rosario; a la Facultad de Sociología de la Universidad Nacional, al Departamento de Sociología de la Pontificia Universidad Javeriana; a Bernardo Ochoa Arismendy; al Intersex Society of North America (ISNA) (actualmente AIC –Advocates for Informed Choice); The Lawson Wilkins Pediatric Endocrine Society (LWPES); The European Society for Pediatric Endocrinology (ESPE); al Dr. Milton Diamond del Pacific Center for Sex and Society (PCSS); para que en el término de los cinco días hábiles siguientes a la notificación del auto, se pronunciaran sobre las siguientes preguntas:

- 1) ¿Desde su disciplina se reconoce o acepta la existencia de personas que no puedan clasificarse en las categorías de femenino o masculino?

- 2) En caso afirmativo, ¿cuáles son los criterios que definen a la persona que no se clasifica de acuerdo con estas categorías y cuál es o debe ser su denominación?
- 3) El reconocimiento de dicha categoría ¿qué efectos produce desde el punto de vista médico, psicológico, familiar y social?
- 4) ¿Quién está en mejor posición de decidir la categoría en la cual se clasifica una persona (el mismo individuo, la familia, la comunidad médica, el Estado)?
- 5) ¿El Estado debería reconocer la existencia de una categoría diferente a femenino y masculino para efectos de identificar a un individuo en la sociedad?

4.8.1. A continuación se presenta un resumen de las intervenciones multidisciplinarias recibidas por la Sala de Revisión.

Desde el punto de vista médico, se reconoce la existencia de personas que se encuentran dentro de una amplia gama de condiciones, denominadas trastornos del desarrollo sexual, en las que se incluyen la ambigüedad genital¹ y la intersexualidad². Para efectos de comprender dichas condiciones, es necesario tener en cuenta los criterios que definen el sexo y que se enuncian a continuación: 1) genético o cromosómico –XX o XY-; 2) gonadal –testículos u ovarios-; 3) fenotípico, dado por el aspecto de los genitales externos; 4) hormonal –andrógenos o estrógenos-; 5) legal de acuerdo con el sexo señalado en los documentos de identidad de la persona; 6) psicológico. En la mayoría de los casos, los factores anteriormente reseñados son congruentes pero para los intersexuales algunos de estos criterios pueden variar ya sea por ambigüedad en uno o varios de los mismos, o por incongruencia entre diferentes factores. En este orden de ideas, se pueden identificar múltiples diferenciaciones sexuales que dan lugar a la intersexualidad³. El

¹ La ambigüedad genital se caracteriza porque “*el sexo cromosómico, gonadal o anatómico varía de lo normal y pueden ser incongruentes unos con otros, exigen de la ciencia médica no solamente un diagnóstico específico sino también, la asignación de un género. Estos dos elementos requieren tiempo y de la participación de un equipo multidisciplinario entrenado, para evitar conclusiones apresuradas inconsistentes con el diagnóstico principal*”. Intervención de la Facultad de Medicina de la Universidad Javeriana Folio 123 del Cuaderno principal.

² La doctrina médica define la intersexualidad como una patología o trastorno, que se manifiesta en una anomalía de los genitales externos e internos, que impide establecer si el individuo es hombre o mujer (Violeta Hernández Guanche. Universidad de La Laguna. Facultad de Filosofía. [Intersexualidad y prácticas científicas: ¿ciencia o ficción?](#) RIPS. Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas. ISSN 1577-239X. Vol. 8, núm. 1, 2009, 89-102. Universidad de Santiago de Compostela, España). El nacimiento de una persona en condición de intersexualidad, desencadena una emergencia médica que debe ser asumida por un grupo interdisciplinario de médicos y concluye con la asignación de sexo y posterior operación. Lo anterior debido a que, de acuerdo con algunos autores (Citados por Hernández Guanche: Esther Ortega, Carmen Romero Bachiller y Silvia García Dauder: [Transformaciones tecnocientíficas de cuerpos, sexos y géneros](#), comunicación presentada en el VI Congreso Iberoamericano de Ciencia, Tecnología y Género. Universidad de Zaragoza. Septiembre de 2006), los protocolos médicos parten de cuatro supuestos bien definidos: (1) la dualidad sexual -sólo existen dos sexos; (2) la mono-sexualidad -cada persona sólo puede tener un sexo; (3) la necesidad de coherencia sexo-género y deseo heterosexual; (4) la existencia de una única identidad de género, cuyo éxito depende de una anatomía externa funcional, visualmente aceptable y que se parezca a lo considerado como “sexo natural”.

³ De acuerdo con estudios científicos, la sentencia SU-337 de 1997 definió de la siguiente manera la ambigüedad sexual o intersexualidad: “-A partir de lo anterior, los conceptos médicos presentados definen la

hermafroditismo en particular, es definido como una forma de ambigüedad entre los factores descritos, y específicamente como una anomalía de los órganos externos. Se divide en tres categorías: 1) hermafroditismo verdadero que se presenta cuando el mismo individuo cuenta con gónadas de tipo femenino y masculino a la vez; 2) pseudohermafroditismo femenino en personas con cariotipo femenino, gónadas femeninas pero con cierto grado de virilización antes del nacimiento; 3) pseudohermafroditismo masculino en sujetos con gónadas masculinas pero con alteraciones cromosómicas, no virilizados normalmente.

Así, los criterios que definen a la persona que no se clasifica de acuerdo con las categorías de femenino o masculino, son de tipo biológico, y desembocan en trastornos congénitos sexuales o desórdenes del desarrollo sexual. Sin embargo, doctores consultados como Milton Diamond, no considera que los intersexuales sufran de algún desorden, sino de una serie de variaciones en el desarrollo. Señala que no es una condición rara, ya que la padece el 1% de la población, siendo algunas de sus características ocultas y otras obvias desde el nacimiento. Según su criterio, el género es social más que médico y depende del sexo del cerebro: “hembra” y “macho” son términos biológicos y médicos mientras que “hombre” y “mujer” son términos sociales. Se advierte que el sexo cerebral no puede conocerse en la infancia, por lo cual si al individuo intersexual se le designa determinado sexo en su niñez, debería permitirse que este vuelva a registrarse más adelante con el género que prefiera⁴.

Las facultades de ciencias humanas y sociales igualmente sostienen que se acepta la existencia de personas que no se clasifican en las categorías de femenino y masculino⁵. Algunas intervenciones resaltan las corrientes que se oponen a la definición de criterios de definición del sexo por parte de expertos ya que ello se constituye en un ejercicio de poder que regula los cuerpos sin tener en cuenta las dimensiones emocionales y de autoidentificación de los sujetos, así como su posible reconocimiento como colectivos más amplios⁶. Si bien durante mucho tiempo las investigaciones se centraron en la lógica binaria “biología-cultura”, así como en aspectos psico-sociales sustentados en evidencias corporales y asignados por la sociedad como “libretos-sociales”

ambigüedad sexual o intersexualidad como "trastornos de la diferenciación y el desarrollo sexual" que se traducen en "alteraciones en los procesos biológicos". Por ende, un embrión humano con sexo genético XY no presenta los genitales externos e internos del sexo masculino, mientras que el embrión humano con sexo genético XX no presenta genitales externos e internos femeninos. En otros términos, la intersexualidad surge cuando se presentan simultáneamente "estructuras anatómicas genitales masculina y femenina en un mismo sujeto", y en especial en aquellos casos en donde se presentan "diferentes tipos de defectos que se manifiestan a nivel de los genitales externos, en particular, cuando no se puede establecer desde el punto de vista clínico a que sexo pertenece el niño recién nacido."

⁴ Intervención del doctor Milton Diamond del Pacific Center for Sex and Society, folios 87 a 90 del cuaderno principal.

⁵ En particular, la Facultad de Sociología de la Universidad Javeriana apuntó que a los sexos masculinos y femenino le fueron asignados roles, estatus y significados de género y que a las configuraciones biológicas sexuales les fueron asociadas unas dimensiones simbólicas lo cual desembocó en una escisión simbólica entre hombre y mujer. Folios 74 a 76 del Cuaderno Principal.

⁶ Intervención de la Facultad de Antropología de la Universidad Javeriana. Folios 71 a 72 del Cuaderno Principal.

que determinan roles relacionados con las construcciones identitarias masculino-femenino, desde la última década del siglo XX esta tendencia ha cambiado. En efecto, los nuevos estudios desde el contruccionismo social y las psicologías postmodernas, sugieren un giro en la comprensión sobre la sexualidad, ligada al reconocimiento de diferentes conceptos como identidad sexual, identidad de género y roles de género⁷. Desde la sociología, se acepta la existencia de individuos de sexo masculino, femenino o masculino y femenino⁸. Las relaciones y jerarquías entre sujetos sexuados es una construcción social, y *“el binomio masculino-femenino no necesariamente abarca a todas las identidades, todos los cuerpos y todas las formas de subjetivización”*⁹, de hecho, los intersexuados no son identificables en ninguna de estas dos categorías¹⁰. No obstante lo anterior, conceptos como los del AIC –Advocates for Informed Choice, anteriormente ISNA-, sostienen que clasificar a un niño o niña en una categoría diferente de las tradicionales podría generar estigmatizaciones.

4.8.2. La mayoría de las intervenciones resalta los beneficios del reconocimiento por parte del Estado, de la existencia de una categoría diferente a femenino y masculino para efectos de identificar a un individuo en la sociedad. En efecto, *“el Estado en su posición de garante de la construcción de una cultura democrática, debe partir del reconocimiento y el respeto de las diferencias”*¹¹ lo cual lleva a la necesidad de ampliar las categorías de género y superar las formas binarias de pensamiento. El sexo es una categoría política, expresión *“de la lógica binaria que funda y legitima ordenamientos jerárquicos al oponer hombre y mujer, cuerpo y espíritu o psique, razón y emoción, etc.”*¹².

Desde el punto de vista médico, se estima que dicho reconocimiento beneficiaría a este tipo de *“pacientes”*¹³. En efecto, considerar *“una categoría indeterminada, permitiría proteger la autonomía de estas personas en la construcción de la identidad sexual y de la expresión de la sexualidad, con instrumentos jurídicos”*, y además serviría para reconocerlos como sujetos de derechos con capacidad para decidir y no como *“seres raros y contranaturales”*¹⁴. Se requieren entonces de *“acciones personales y públicas*

⁷ Intervención de la Facultad de Psicología de la Universidad Javeriana. Folios 94 a 104 del Cuaderno Principal.

⁸ Intervención de la Facultad de Sociología de la Universidad Javeriana. Folios 74 a 76 del Cuaderno Principal.

⁹ Intervención de la Facultad de Antropología de la Universidad Javeriana. Folios 71 a 72 del Cuaderno Principal.

¹⁰ Intervención de la Facultad de Antropología de la Universidad Javeriana. Folios 71 a 72 del Cuaderno Principal.

¹¹ Intervención de la Facultad de Psicología de la Universidad Javeriana. Folios 94 a 104 del Cuaderno Principal.

¹² Ibidem

¹³ Aunque la Universidad de los Andes, y la Academia Nacional de Medicina señalan que en la mayoría de los casos se trata de situaciones transitorias por lo que generalmente estos trastornos conducen a que se reasigne el sexo y la identidad a masculino o femenino.

¹⁴ Intervención de la Facultad de Medicina de la Universidad Javeriana. Folios 122 a 124 del Cuaderno principal.

que les permitan obtener identidad civil como garantía para el ejercicio de sus derechos y la obtención de una adecuada posición social”¹⁵. Así, se facilitaría la pronta intervención de un equipo multidisciplinario para la atención inmediata y el seguimiento de la persona, y el asesoramiento a la familia haciendo posible una adecuada integración no traumática al entorno social¹⁶. Además del acceso a los servicios de salud con confidencialidad, a la educación para la socialización y a la justicia para permitir el respeto por la diversidad y la diferencia.

En este mismo orden de ideas, el AIC cree que es positivo reconocer una nueva categoría diferente de femenino y masculino para definir el sexo de las personas, siempre que sea una decisión tomada por el mismo individuo, ya que se asegura el acceso a servicios médicos y psicológicos adecuados. En efecto, los intersexuales no siempre reciben la mejor atención porque los profesionales no tienen la preparación para hacerlo ni para responder a sus necesidades específicas. Así, el reconocimiento por parte del Estado, promueve que la comunidad médica responda a los requerimientos particulares de esta población. Se advierte que tampoco las familias saben cuál es la mejor manera de satisfacer las necesidades de estas personas. Por ende, su reconocimiento ayudaría a los padres a criar a sus hijos de modo que no se asuma que una persona con una condición intersexual será forzada a permanecer para siempre en una categoría arbitraria. Sin embargo, en otros conceptos se señala que, los efectos del reconocimiento de otra categoría diferente a las tradicionales serían “catastróficos” y podrían manifestarse en forma de trastornos de ansiedad, depresivos, de personalidad, adicciones, entre otros¹⁷.

Desde el punto de vista psicológico, se aprecia que el reconocimiento de una nueva categoría puede producir efectos negativos si la diversidad sexual no se acepta en espacios públicos, académicos y sociales que propicien prácticas de inclusión, para evitar la estigmatización basada en una lógica binaria y en el “*fundamentalismo identitario*”¹⁸. Aun así, otras intervenciones indican que el reconocimiento de dicha categoría sería positivo ya que la aceptación de diferentes categorías de identidad sexual y de género haría más fuerte, abierta y equitativa a la sociedad en tanto que facilita la integración y respeta la diferenciación producida por los procesos de cambio social, lo cual se traduce en ampliación de la democracia y profundización de los derechos fundamentales¹⁹.

¹⁵Ibídem

¹⁶ Intervención de la Facultad de Medicina de la Universidad Javeriana y de la Sociedad Colombiana de Urología. Folios 66 y 67, y 122 a 124 del Cuaderno principal.

¹⁷ Intervención de la Facultad de Medicina de la Universidad de los Andes y la Academia Nacional de Medicina. Folios 54 a 55, 68 a 70 del Cuaderno Principal.

¹⁸ Intervención de Facultad de Psicología de la Universidad Javeriana. Folios 94 a 104 del Cuaderno Principal.

¹⁹ Intervención de las Facultades de Sociología y de Antropología de la Universidad Javeriana. Folios 71 a 72 y 74 a 76 del Cuaderno Principal.

4.8.3. Respecto del problema de determinar quién está en mejor posición de decidir la categoría en la cual se clasifica una persona, en casos de intersexualidad o ambigüedad genital, las opiniones son ligeramente divergentes. Por una parte, los médicos consultados consideran que la decisión debe ser tomada por un grupo interdisciplinario de médicos, con el concurso de la familia y el paciente, teniendo en cuenta consideraciones biológicas, éticas, psicológicas y socioculturales²⁰. En los casos de niños recién nacidos siempre se requiere de la participación de los padres para la toma de las decisiones iniciales, y para fijar los roles de crianza del individuo hasta que éste pueda ejercer su autodeterminación. Sin embargo, las intervenciones de sociólogos y psicólogos tienden a considerar que es el mismo individuo quien debe tomar la decisión, aunque no se descarta el punto de vista de la familia, la comunidad médica y el Estado. Si el Estado pretende clasificar a sus ciudadanos en categorías sexuales debería permitir al menos que los sujetos decidan la categoría en la que prefieren estar²¹. En este sentido, el AIC, asume una posición intermedia al sostener que si la persona es menor de edad debe ser la familia quien decida por ella, de lo contrario, el adulto decidirá por sí mismo en qué categoría se clasifica: femenina, masculina, o en otra tal y como sucede en países como Australia, Nueva Zelanda, Pakistán y Nepal²².

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

Esta Sala es competente para revisar la providencia de tutela antes reseñada, con base en lo prescrito en la Constitución Política, artículos 86 y 241 numeral 9; en el Decreto 2591 de 1991, artículos 33 a 36; y en el auto del veinte de octubre de dos mil once (2011) de la Sala de Selección de Tutela Número Diez de la Corte Constitucional.

2. Problemas jurídicos.

De acuerdo con la situación fáctica expuesta, corresponde a esta Sala de Revisión responder a los siguientes problemas jurídicos:

²⁰ Sin embargo, el doctor Milton Diamond cree que solamente la persona concernida es quien toma la decisión sobre cómo catalogarse, y en ese caso tanto la familia como los médicos deberán sujetarse a su voluntad. El Estado puede interceder y designar un sexo por necesidad práctica en situaciones que así lo exijan como por ejemplo, para la ubicación en cárceles o para la prestación del servicio militar. Sin embargo, para todo lo demás, la persona debe ser registrada como ella lo decida y revelar su condición solo en caso de necesidad (por ejemplo médica).

²¹ Intervención de la Facultad de Sociología de la Universidad Javeriana. Folios 74 a 76 del Cuaderno Principal.

²² La AIC indicó que hay intersexuales que tienen identidad de género femenina o masculina pero otros carecen de identidad por ende, en estos casos, el Estado no debería identificarlos ni como hombres ni como mujeres. Si estos individuos se catalogan en otra categoría, ésta podría denominarse “otros”, “tercer sexo”, “intersexuales” u otro término apropiado para la comunidad intersexual de Colombia. Folios 85 a 86 del Cuaderno Principal.

2.1. Si desconoce el derecho al registro y a la personalidad jurídica, la no inscripción de un niño cuyo certificado de nacido vivo no precisa el sexo.

2.2. Si se vulnera el derecho a la personalidad jurídica del menor que nace sin sexo determinado, por la inexistencia de una opción de registro diferente del sexo femenino y masculino.

2.3. Si viola el derecho a la salud y a la vida del menor que nace sin sexo determinado, la omisión de las autoridades de salud de brindarle especial atención por el hecho de que éste no se encuentre registrado.

Sin embargo, antes de responder los problemas planteados, la Corte deberá verificar la procedencia de la acción de tutela, para evaluar si cabe hacer un pronunciamiento de fondo sobre este asunto. De considerarse procedente la acción de tutela, la Sala resolverá el caso concreto luego de haber analizado los siguientes temas: 1) El derecho al registro y a la personalidad jurídica; y 2) El derecho a la salud de los niños y las niñas.

3. Procedencia de la demanda de tutela.

3.1. Alegación de afectación de un derecho fundamental.

Se alega la vulneración de los derechos a la vida, a la salud en conexidad con la vida, a la intimidad personal y familiar, a la seguridad social, a la personalidad jurídica, y los derechos de los niños.

3.2. Legitimación activa.

La acción de tutela es presentada por la Personería de FF actuando en nombre del bebé NN²³.

3.3. Legitimación pasiva.

3.3.1. El Ministerio de la Protección Social, el Instituto Nacional de Medicina Legal, el Departamento Administrativo Nacional de Estadística –DANE-, la Registraduría Nacional del Registro Civil, la Dirección Territorial de Salud del Departamento WW y YY, son autoridades del orden Nacional, Departamental y Municipal contra las cuales procede la interposición de la acción de tutela²⁴.

3.3.2. Cafesalud es una entidad prestadora del servicio público de salud por lo tanto contra la misma también procede la interposición de la acción de tutela²⁵.

²³ Decreto 2591 de 1991, inciso 3° del artículo 10

²⁴ Art. 1° del Decreto Ley 2591 de 1991

²⁵ Numeral 2°, Art. 42 del Decreto Ley 2591 de 1991

3.4. Inmediatez.

El menor nace el 12 de junio de 2011, y la acción de tutela se interpone el 19 de julio de 2011, por lo anterior, se considera cumplido el presupuesto de procedencia de la acción de tutela.

3.5. Subsidiaridad.

3.5.1. La Corte ha reiterado en su jurisprudencia que, de acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo de protección de carácter residual y subsidiario²⁶, que puede ser utilizado ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales, cuando no exista otro medio idóneo para la protección de los derechos invocados, o cuando existiendo otros medios de defensa judiciales, se requiera acudir al amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable²⁷.

3.5.2. En el presente caso, la acción de tutela se considera el mecanismo idóneo para amparar los derechos fundamentales del bebé NN. En efecto, se trata de un menor, sujeto de especial protección constitucional, que presenta problemas de salud y que requería ser registrado de forma ágil por las autoridades para poder acceder al servicio de salud. Si bien el niño pudo ser registrado después de un año de su nacimiento, su situación y el hecho de que aún no se hayan realizado todos los estudios pertinentes para la definición del sexo del bebé, ameritan un pronunciamiento de fondo por parte de la Corte Constitucional.

4. El derecho al registro y a la personalidad jurídica. Desconocimiento del derecho a la personalidad jurídica por ausencia de registro debido a la indeterminación del sexo – Respuesta a los problemas jurídicos 1º y 2º.

4.1. El derecho a la personalidad jurídica y los atributos de la personalidad.

4.1.1. El artículo 14 de la C.P. establece que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. A su vez, los artículos 33 y 74 del Código Civil, definen persona como todo “*individuo de la especie humana*”, sin distinción de sexo, estirpe o condición, evidenciando la relación de esta noción con los principios de dignidad e igualdad. Según la doctrina²⁸, el

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-827 de 2003.

²⁷ Sobre la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable, resultan relevantes las sentencias C-1225 de 2004; SU-1070 de 2003; SU-544 de 2001; T-1670 de 2000, y la T-225 de 1993 en la cual se sentaron las primeras directrices sobre la materia, que han sido desarrolladas por la jurisprudencia posterior. También puede consultarse la sentencia T-698 de 2004 y la sentencia T-827 de 2003.

²⁸ Parra Benítez, Jorge y Álvarez, Luz Elena. El estado civil y su registro en Colombia. Librería jurídica Comlibros. Colombia, 2008

concepto jurídico de persona es el eje del derecho y debe diferenciarse de la noción de hombre y de sujeto de derecho.

4.1.2. El derecho a la personalidad jurídica, también se encuentra garantizado en múltiples tratados internacionales como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos²⁹, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁰, la Convención Americana sobre Derecho Humanos³¹, la Convención sobre los Derechos del Niño, suscrita en 1989³².

La consagración del derecho a la personalidad jurídica en los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos, revela el reconocimiento del individuo como titular de derechos tanto en el ámbito nacional como en el internacional, y determina la responsabilidad que le cabe a los Estados por las acciones u omisiones que comprometan este derecho³³.

4.1.3. De conformidad con las disposiciones anteriormente citadas, la Corte Constitucional ha reconocido desde sus primeras sentencias³⁴ que el derecho fundamental a la personalidad jurídica supone, no solo considerar al individuo como titular de derechos y obligaciones, sino también que, por el simple hecho de existir, se le garanticen los atributos que conforman la esencia de la personalidad³⁵.

²⁹ Artículo 6º: Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

³⁰ Adoptado mediante la Ley 74 de 1968, Artículo 16: Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Artículo 24:

1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.

3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad

³¹ Adoptada mediante la Ley 16 de 1973, artículo 3: ARTÍCULO 3o. DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA. Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

³² Artículo 7º-1: El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

Artículo 8º: los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas". Y agrega que "cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección debidas con miras a restablecer rápidamente su identidad".

³³ Cabe citar como ejemplos, los casos de "Niñas Yean y Bosico Vs República Dominicana", y "Niños de la calle" (caso Villagrán morales y Otros versus Guatemala), en los que la Corte Interamericana de derechos Humanos protegió los derechos a la personalidad jurídica de niños que no habían sido registrados, negándosele su derecho al estado civil. En estos casos la Corte advirtió que la negación de la personalidad jurídica ponía a los niños en una situación de mayor vulnerabilidad que lesionaba su dignidad humana al negársele la posibilidad de ser reconocidos como sujetos de derechos.

³⁴ C-109 de 1995, T-979 de 2001, T-721 de 2010

³⁵ La sentencia C-109 de 1995 cita los siguientes partes del Informe- Ponencia para primer debate en Plenaria en materia de derechos, deberes, garantías y libertades, en los que el constituyente Diego Uribe Vargas, se refiere a la personalidad jurídica como: *"reconocimiento del individuo como sujeto principal de derecho, cuyos atributos tienen valor inminente. Los atributos que la doctrina reconoce a la persona son: el nombre, el domicilio, el estado civil, el patrimonio, la nacionalidad y la capacidad. No puede haber personas a quienes se les niegue la personalidad jurídica, ya que ello equivaldría a privarles de capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones."*

“8- La doctrina moderna considera que el derecho a la personalidad jurídica no se reduce únicamente a la capacidad de la persona humana a ingresar al tráfico jurídico y ser titular de derechos y obligaciones sino que comprende, además, la posibilidad de que todo ser humano posea, por el simple hecho de existir e independientemente de su condición, determinados atributos que constituyen la esencia de su personalidad jurídica e individualidad como sujeto de derecho. Son los llamados atributos de la personalidad. Por consiguiente, cuando la Constitución consagra el derecho de toda persona natural a ser reconocida como persona jurídica (CP art. 14) está implícitamente estableciendo que todo ser humano tiene derecho a todos los atributos propios de la personalidad jurídica. Así, en el Informe- Ponencia para primer debate en Plenaria en materia de derechos, deberes, garantías y libertades, el constituyente Diego Uribe Vargas, se refiere a la personalidad jurídica como ese:

“reconocimiento del individuo como sujeto principal de derecho, cuyos atributos tienen valor inminente.

Los atributos que la doctrina reconoce a la persona son: el nombre, el domicilio, el estado civil, el patrimonio, la nacionalidad y la capacidad. No puede haber personas a quienes se les niegue la personalidad jurídica, ya que ello equivaldría a privarles de capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones.”³⁶

4.1.4. Los atributos de la personalidad son características inalienables, irrenunciables, imprescriptibles, vitalicias, personales y absolutas de los individuos, y comprenden el nombre, el estado civil, la nacionalidad, la ciudadanía, el domicilio, la capacidad de goce, el patrimonio y la filiación³⁷. Es importante anotar que al ser el derecho a la personalidad jurídica inherente al ser humano, *“el Estado, a través del ordenamiento jurídico, tan sólo se limita a su reconocimiento sin determinar exigencias para su ejercicio”³⁸*. De este modo es claro que desde su nacimiento el individuo es titular de derechos pero con el registro se facilita su ejercicio frente al Estado. Por lo anterior se considera que el registro es la prueba de la personalidad.

Entre los atributos de la personalidad, el nombre y el estado civil, tienen carácter de derechos fundamentales. El nombre –que comprende el nombre, apellido y seudónimo-, permite identificar a la persona en la sociedad e indica su vinculación con una familia. El estado civil, como se verá más adelante, ubica al individuo en la familia y ante la sociedad para que pueda ejercer sus

³⁶ C-109 de 1995

³⁷ Serrano Gómez, Rocío. Derecho Civil Personas. Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá D.C., 2011

³⁸ T-476 de 1992

derechos y contraer obligaciones³⁹. La jurisprudencia de la Corte ha reconocido que el nombre es un elemento del estado civil⁴⁰.

4.1.5. De lo expuesto se desprende la íntima relación que existe entre el reconocimiento de la personalidad jurídica y el derecho fundamental y personalísimo a la identidad. Tal y como lo señala la doctrina, la personalidad *“es la vertiente dinámica de la identidad”*⁴¹, la que se exterioriza en el mundo haciendo posible individualizar al sujeto. En otras palabras, es un derecho que *“salvaguarda a la persona misma y a su proyección social, que defiende su mismidad, cuyo núcleo esencial evita que un ser humano concreto se presente con atributos que no son propios de su personalidad”*⁴².

En este sentido, la identidad desborda el simple concepto de identificación, que se refiere a la información sobre la fecha de nacimiento, el nombre, el apellido y el estado civil. La identidad es el conjunto de características que hacen irrepetible a los individuos, que lo ubican como ser individual y social. En su faceta dinámica, la identidad ubica al sujeto como ser relacional y cambiante; desde el punto de vista estático, la identidad se define a partir de las características biológicas, físicas y los atributos de la identificación. Ambos elementos constituyen derechos subjetivos de las personas⁴³. Tal y como lo señala la jurisprudencia constitucional en esta materia,

“El derecho a la identidad personal es un derecho de significación amplia, que engloba otros derechos. El derecho a la identidad supone un conjunto de atributos, de calidades, tanto de carácter biológico, como los referidos a la personalidad que permiten precisamente la individualización de un sujeto en sociedad. Atributos que facilitan decir que cada uno es el que es y no otro. El derecho a la identidad, en cuanto determina al ser como una individualidad, comporta un significado de Dignidad humana y en esa medida es un derecho a la Libertad; tal reconocimiento permite la posibilidad de desarrollar su vida, de obtener su realización, es decir, el libre desarrollo de su personalidad”⁴⁴.

Así, el derecho a la personalidad jurídica y el derecho a la identidad se relacionan íntimamente con el principio de dignidad humana ya que parten del reconocimiento del individuo como sujeto. En estos términos ha sido descrito el derecho a la personalidad jurídica por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en jurisprudencia citada por la Corte Constitucional,

“En este caso se le trataría como a un objeto -materia de una relación jurídica, no sujeto de ella-, o se le reduciría a la condición de esclavo. De

³⁹ Op. Cit., Serrano Gómez

⁴⁰ C-152 de 1994, C-495 de 1994, T-168 de 2005

⁴¹ Op. Cit., Parra Benítez, citando a Fernández Sessarego

⁴² Ibídem, Citando A Mauricio Luis Mizrahi

⁴³ Ibídem

⁴⁴ T-477 de 1995

todo lo dicho se desprende que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica tiene sustancia o entidad propias y no puede ser visto como un reflejo de una situación de hecho que prive al individuo de la posibilidad de ejercer los derechos de los que, sin embargo, no se le ha negado la titularidad. Esto entrañaría una situación jurídica - desconocimiento de la personalidad de este carácter-, en tanto aquello constituye un hecho, tan deplorable o limitante como se quiera, pero no necesariamente derogatorio, en sí mismo, de la personalidad jurídica del ser humano que lo padece.”⁴⁵

4.1.6. Cabe precisar que la personalidad jurídica no debe confundirse con la capacidad jurídica dado que la primera se relaciona con la *“aptitud de ser titular de derechos y deberes”*⁴⁶, mientras que la segunda tiene que ver con la posibilidad de ejercerlos. En efecto, un recién nacido o un niño pequeño, o una persona con discapacidad mental, por el solo hecho de existir como seres humanos, tienen personalidad jurídica, no obstante no tengan plena capacidad jurídica.

4.1.7. En síntesis, en el marco del Estado Social de Derecho, el derecho a la personalidad jurídica tiene como fin reconocer a todas las personas como seres humanos libres e iguales y se erige como límite al poder estatal. Dicha categoría jurídica expresa la capacidad de la persona humana para ser titular de derechos y deberes *“en el plano del comportamiento y las relaciones humanas reglamentadas”*⁴⁷. El derecho a la personalidad jurídica es entonces el estatus que soporta todas las relaciones de derechos que se establecen entre los individuos y que si bien es inherente al ser humano, también supone un compromiso del Estado y de la Constitución para promover su respeto y efectivo ejercicio⁴⁸.

4.2. El derecho a la personalidad jurídica, el estado civil y el registro civil.

4.2.1. El último inciso del artículo 42 superior, establece que la Ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes. El Decreto 1260 de 1970 *“Por el cual se expide el Estatuto del Registro del Estado Civil de las personas”*, dispone en el artículo 1º, que el estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y la sociedad, determinada por su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, y que se caracteriza por ser indivisible, indisponible e imprescriptible, y su asignación corresponde a la ley.

⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, sentencia de noviembre 25 de 2000, párrafos 11, 12 y 15), citada por la sentencia T-721 de 2010

⁴⁶ Voto concurrente del Juez A.A. Cancado Trínidade a la Opinión Consultiva n. 17 sobre la *“Condición jurídica y Derechos Humanos del Niño”*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, agosto de 2002

⁴⁷ Op.cit., A.A. Cancado Trínidade,

⁴⁸ Xavier Bioy. Le droit á la personnalité juridique. <http://webu2.upmf-grenoble.fr>

4.2.2. Así, el estado civil, como atributo de la personalidad jurídica, se ha definido como un estatus o una situación jurídica que expresa la calidad de un individuo, frente a su familia y a la sociedad⁴⁹, en otras palabras *“el estado civil es la posición jurídica de la persona vista su doble condición: individuo y elemento social”*⁵⁰. Se trata de una institución de orden público, universal, indivisible, inherente al ser humano, indisponible, inalienable, irrenunciable, inembargable, imprescriptible, que no puede establecerse por confesión, otorga estabilidad, y tiene efectos erga omnes⁵¹.

La función del estado civil es demostrar la capacidad de la persona para que esta pueda ser titular de derechos y obligaciones. Las fuentes del estado civil son los hechos, como el nacimiento, los actos, como el matrimonio, y las providencias, como la interdicción judicial⁵². Los elementos que conforman el estado civil son la individualidad, la edad, el sexo, el lugar de nacimiento y la filiación.

La Corte⁵³ ha señalado que la información del estado civil es indispensable para el reconocimiento de la personalidad jurídica, y guarda estrecha relación con los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la identidad personal, ya que ubica a la persona jurídicamente en su núcleo familiar y social. La constitución y la prueba de las calidades civiles de las personas se realizan mediante la inscripción en el registro civil.

“Ahora bien, uno de los atributos o calidades jurídicas de las personas, que permite identificarlas y diferenciarlas en el conglomerado social, es el estado civil. Por su intermedio, los seres humanos definen ciertos hechos fundamentales de su personalidad y logran una ubicación jurídica en su núcleo familiar y social. Así, en lo que toca con la personalidad, se puede establecer si se trata de hombre o mujer, si es menor o mayor de edad y si esta vivo o ha fallecido. Por el lado de la familia y la sociedad, se determina si es hijo legítimo o extramatrimonial y si esta casado o es soltero.

“Dada la importancia de las calidades civiles de las personas, su constitución y prueba se realiza mediante la inscripción en el registro civil, siendo el de nacimiento la forma idónea de asegurar que en efecto el ser humano puede ejercer efectivamente sus derechos. Que se proceda a éste en forma inmediata es, entonces, un derecho del niño, indispensable para el reconocimiento de su personalidad jurídica.

⁴⁹ Op. Cit., Parra Benitez

⁵⁰ T-504 de 1994

⁵¹ Op. Cit., Parra Benitez

⁵² El citado autor Parra Benítez, aclara que *“la fuente del estado civil es el título –causa- de adquisición de ese estado civil, que se prueba con un título de legitimación, a saber, el título en sentido formal”*

⁵³ T-277 de 2002 y T-168 de 2005

“La importancia del registro es inmensa si se tiene en cuenta que mediante él se adquiere oficialmente otro de los atributos esenciales de la personalidad: el nombre.”⁵⁴

4.2.3. El registro es un trámite que realiza el Estado a través de funcionarios competentes para esta labor y que se encuentra regulada por normas de orden público. Se ha establecido que las funciones del registro son la de publicidad de los hechos del estado civil, la de prueba de los hechos, actos y providencias del mismo, y la función auxiliar para fines estadísticos⁵⁵.

Además de lo anterior, la importancia del registro radica en que el Estado tenga conocimiento de la existencia física de una persona para garantizarle sus derechos. Por esta razón, es fundamental registrar a los menores inmediatamente después de su nacimiento, tal y como lo establece el artículo 48 del Decreto 1260 de 1979 al disponer que el registro debe realizarse al mes siguiente del nacimiento del menor. Lo anterior concuerda con las normas internacionales y en especial con el artículo 24-2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵⁶, el artículo 3° del Pacto de San José de Costa Rica de 1969 y en el artículo 7°-1 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁵⁷.

Asimismo, a través del registro, la persona adquiere otro de los atributos esenciales de la personalidad, el nombre⁵⁸, consagrado en el artículo 44 de la Carta, como uno de los derechos fundamentales de los niños,

“La propia Constitución hace especial énfasis en el derecho de los niños a tener nombre, por ser esta la edad en que normalmente se adquiere. Es evidente que el ordenamiento jurídico reconoce y protege el derecho al nombre del niño, precisamente con el fin de que tenga un nombre durante toda su vida.”⁵⁹

4.3.4. De acuerdo con el Decreto 1260 de 1970, los nacimientos se inscriben en el registro civil. El registro de nacimiento se llevará en folios que se distinguirán con un código; en dicho registro se realizarán las anotaciones

⁵⁴ T-168 de 2005

⁵⁵ Op. Cit Parra Benítez

⁵⁶ "Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre".

⁵⁷ "El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos"

⁵⁸ Al respecto, la sentencia T-594 de 1993 precisó que: “[...] dentro de los atributos de la personalidad, se encuentra el nombre que goza de naturaleza plural al ser (i) un derecho fundamental inherente a todas las personas por el solo hecho de su existencia, (ii) un signo distintivo que revela la personalidad del individuo y (iii) una institución de policía que permite la identificación y evita la confusión de personalidades. El nombre permite fijar la identidad de una persona en el marco de las relaciones sociales y en las actuaciones frente al Estado⁵⁸, de suerte que la potestad que se desprende del derecho constitucional a la determinación de los atributos de la personalidad jurídica, en el sentido de definirlos libre y autónomamente, satisface una de las necesidades primarias de la persona, cual es la de ser reconocido como ente distinto y distinguible dentro del conglomerado social”.

⁵⁹ T-090 de 1995, T-277 de 2002

relativas al estado civil y a la capacidad de la persona. El Título VI de dicho Decreto regula todo lo concerniente al registro civil de nacimiento. En el artículo 49 se determina que el nacimiento se acreditará ante el funcionario encargado de llevar el registro del estado civil mediante certificado del médico o enfermera que haya asistido a la madre en el parto, y en defecto de aquel, con declaración juramentada de dos testigos hábiles. Por su parte, el artículo 52, señala el contenido de la inscripción de nacimiento la cual se compone de una sección genérica y otra específica. En la primera se consignarán el nombre del inscrito, su sexo, el municipio y la fecha de su nacimiento, la oficina donde se inscribió y los números del folio y general de la oficina central, y en la segunda la hora y el lugar del nacimiento, el nombre de la madre, el nombre del padre; en lo posible, la identidad de una y otro, su profesión u oficio, su nacionalidad, su estado civil y el código de sus registros de nacimiento y matrimonio; el nombre del profesional que certificó el nacimiento y el número de su licencia. Se resalta que la expresión de los datos de la sección genérica constituye requisito esencial de la inscripción.

4.3.5. Aunque es indispensable registrar a los niños inmediatamente después de su nacimiento, la Corte⁶⁰ ha establecido que, por el hecho de que un menor carezca de registro, no se le pueden negar sus derechos fundamentales, como a la salud porque eso supone poner en peligro injustificadamente al niño o niña, haciendo primar los formalismos en situaciones en las que están de por medio sujetos de por sí vulnerables.

Al respecto conviene reiterar que los derechos del menor priman sobre los demás tal y como lo ha señalado la Corte al reconocer a los niños *“una caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes y en darle un trato equivalente a esa prevalencia que lo proteja de manera especial, que lo guarde de abusos y arbitrariedades y que garantice “el desarrollo normal y sano” del menor desde los puntos de vista físico, psicológico, intelectual y moral y la correcta evolución de su personalidad”*⁶¹.

4.3. El registro de personas intersexuales en los documentos públicos.

4.3.1. Antes de abordar el tema del registro y reconocimiento jurídico en los documentos públicos de personas intersexuales, resulta pertinente enunciar algunos conceptos que deben ser diferenciados para comprender la problemática que se estudia en este caso.

⁶⁰ T-979 de 2001, T-885 de 2005: “No podrán primar, entonces, los formalismos, cuando éstos impidan el ejercicio pleno de los derechos fundamentales de los menores, puesto que los colocaría en una situación de debilidad manifiesta que los hace vulnerables. La condicionalidad, en estos casos, se encuentra proscrita”.

⁶¹ Entre las sentencias más recientes de la Corte Constitucional en relación con el carácter fundamental y prevalente de los derechos del niño están las siguientes: SU-819/99, T-093/00, T-153/00, T-395/00, T-582/00, T-610/00, T-622/00, T-623/00, T-748/00, T-945/00, T-974/00, C-1064/00, T-1331/00, T-1346/00, T-1430/00, T-1462/00, T-1480/00, T-188/01 y T-231/01.

De un lado, el *sexo* se ha definido “*el conjunto de características físicas, biológicas, anatómicas y fisiológicas de los seres humanos, que los definen como hombre o mujer. El sexo viene determinado por la naturaleza, es una construcción natural, con la que se nace*”⁶². Por otra parte, el *género* se refiere a los estereotipos, roles sociales, condición y posición adquirida, comportamientos, actividades y atributos apropiados que cada sociedad en particular construye y asigna a hombres y mujeres⁶³. La *orientación sexual* se define a su vez como la atracción sexual, afectiva y romántica hacia otros⁶⁴, así las cosas, se ha definido como “*la organización específica del erotismo y/o el vínculo emocional de un individuo en relación al género de la pareja involucrada en la actividad sexual*”⁶⁵.

No obstante exista consenso en torno a estos conceptos, expertos autorizados en la materia han considerado que la diferencia enunciada entre sexo y género no es tal ya que también el sexo -y no solo el género-, depende de factores culturales y sociales⁶⁶.

4.3.2. Ahora bien, el sexo legalmente determinado, esto es, el sexo que se indica en documentos de identificación de las personas, se basa casi siempre en la morfología externa de los genitales en el momento del nacimiento⁶⁷. Así, en general los ordenamientos jurídicos identifican dos sexos biológicos, de modo que las personas pueden identificarse como hombres o mujeres, lo cual plantea puede ser problemático para los niños que nacen con genitales ambiguos y para los intersexuales en general.

4.3.3. En muchos países, los vacíos legales con respecto a la definición de sexo legal han ocasionado la intervención de los jueces en temas relativos a la falta de regulación de ciertos asuntos que interesan a intersexuales o a transexuales, y a veces también de la Administración a través de actos de carácter general y abstracto. Las decisiones judiciales en estas materias, han permitido establecer las tendencias de diferentes países sobre la inclusión de personas que no se clasifican en las categorías sexuales de hombre o mujer, en especial con respecto al matrimonio, el cambio de nombre y sexo en los documentos oficiales y en temas de acoso y discriminación laboral.

⁶² <http://www.fao.org/>

⁶³ <http://www.who.int/topics/gender/en/>

⁶⁴ <http://www.apa.org/centrodeapoyo/sexual.aspx>

⁶⁵ Definición de la *Organización Panamericana de la Salud*, 2002

⁶⁶ Era esta precisamente la crítica de Anne Fauste Sterling, en su libro *Cuerpos Sexuados*.

⁶⁷ Julie A. Greenberg. *Defining Male and Female: Intersexuality and the collision between law and biology*. *Arizona Law Review* [Vol. 41:265] (1999). De acuerdo con la autora, a pesar de ser la apariencia externa de los genitales lo que define el sexo legal de las personas, existen otros criterios que pueden ser utilizados más adelante para determinados propósitos. Por ejemplo el Comité organizador de los Juegos Olímpicos, ha realizado test cromosómicos. En 1985, la atleta María Patiño, quien planeaba participar en el Mundial de Juegos Universitarios, fue sometida a un test de esta naturaleza cuyo resultado indicó que era cromosómicamente hombre, si bien morfológicamente, fenotípicamente y psicológicamente era mujer, razón por la cual se le impidió participar en los juegos. Ver también Anne Fausto Sterling. *Cuerpos sexuados. La política de género y la construcción de la sexualidad*. Ed. Melusina.

Respecto de los documentos oficiales, y especialmente de los certificados de nacimiento que determinan el sexo para el resto de documentos como pasaportes, licencias de conducción, entre otros⁶⁸, de acuerdo con los estudios realizados en Estados Unidos⁶⁹, por ejemplo, cuando un transexual o intersexual cambia de sexo o es operado, existe la posibilidad de corregir el documento oficial o hacer uno nuevo, requiriéndose para estos efectos, dependiendo del Estado, de una orden judicial o médica. Este tipo de casos en su mayoría son dirimidos en las Cortes y se niegan cuando se pruebe un interés sustancial que justifique el rechazo del cambio de sexo, o cuando se detecte un intento de fraude. En el Reino Unido, en la decisión de *Goodwin v. United Kingdom* (2012), la Corte ordenó al Estado, reconocer los derechos de los individuos con un género diferente de femenino y masculino, y concretamente ordenó el cambio de sexo en los documentos de identificación de un transexual operado, que había sido negado por las autoridades competentes de ese país. En Nepal, la Suprema Corte de Nepal, examinó el caso denominado *Pant v. Nepal*, y ordenó al Gobierno expedir documentos de identidad en los que se incluyera la opción de “tercer género” u “otro” para comprender a personas que no se identifican en la categoría de hombre o mujer, o que actúan con un género diferente al asignado en el momento del nacimiento⁷⁰. También India desde 2005 ha reconocido el registro en los pasaportes de personas que no se clasifican en el sexo femenino o masculino sino en el de enucos y denotados con la letra “E”; en 2010 amplió dicho reconocimiento en los documentos para votar en las elecciones –tal y como sucede en Bangladesh– y posteriormente en los censos de modo que en el 2011, la Autoridad Única de Identificación de este país, estableció un nuevo sistema de identificación, reconociendo a los “transgénero” como una tercera opción de género⁷¹. Australia y Nueva Zelanda agregaron otra opción para la identificación de sus ciudadanos además de “hombre” o “mujer” en documentos y pasaportes⁷²: en Australia el cambio de sexo en los documentos es posible con un certificado médico y no se requiere que el peticionario se haya sometido a una operación de reasignación de sexo, pero también se puede solicitar que el documento no contenga ninguna especificación sobre el sexo de la persona⁷³; en Nueva Zelanda es necesaria una orden judicial para efectuar cambios en el certificado de nacimiento. Asimismo, en una decisión

⁶⁸ Con respecto a este asunto, ha habido avances legislativos y no solo judiciales. Ver por ejemplo, en Argentina (2012), la ley de identidad de género reguló la posibilidad de cambio de sexo y nombre en los documentos de identidad mediante un trámite expedito, y sin acudir a la justicia, previa presentación de un formulario de pedido de reconocimiento de la identidad y copia certificada de la partida de nacimiento y del documento nacional de identidad -DNI, estableciéndose que salvo una orden judicial o interés legítimo, los datos modificados se someterán a reserva. Ley 26.743. Sancionada: Mayo 9 de 2012 y Promulgada: Mayo 23 de 2012. <http://www.leydeidentidad.org/>.

⁶⁹ Op.cit. Greenberg

⁷⁰ Nepal's Third Gender and the Recognition of Gender Identity. <http://jurist.org>. También ver documento de Michael Bochenek y Kyle Knight “Establishing a third gender category in Nepal: Process and Prognosis” y que puede consultarse también en <http://jurist.org>.

⁷¹ Ibídem

⁷² En el pasaporte en Nueva Zelanda hay tres opciones a la hora de indicar el sexo: F, M o X. <http://www.passports.govt.nz/Transgender-applicants#birth>

⁷³ Sex Discrimination Amendment (Sexual Orientation, Gender Identity and Intersex Status) Bill 2013. <https://www.humanrights.gov.au/new-protection>.

del 25 de abril de 2011, la Corte Suprema de Pakistán en el caso “*Khaki v. Rawalpindi*”⁷⁴, ordenó al director del Organismo Nacional de Registro que expidiera documentos de identidad a la población transgénero –conocida como *Hijira*- con una categoría sexual denominada “*khwaja sira*”; en la sentencia también se ordenó a la Policía dejar de discriminar a esta población y al Gobierno le ordenó que asegurara la inclusión del “tercer sexo” en el censo y las encuestas oficiales^{75, 76}.

4.4. Reglas jurisprudenciales en relación con los estados intersexuales y de ambigüedad genital: el principio de beneficencia y el principio de autonomía.

4.4.1. La Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de revisar en varias ocasiones, casos relativos a sujetos con ambigüedad sexual o en condición de intersexualidad.

Una sentencia relevante en esta materia es la SU-337 de 1999 en la que se estudiaron los alcances y límites del consentimiento informado en los tratamientos quirúrgicos a menores de edad y cuyo precedente ha sido reiterado desde entonces por la Corte en situaciones similares⁷⁷. La complejidad del referido caso, consistía no solo en los eventuales daños físicos y psicológicos en un menor con ambigüedad sexual, sino en la posible afectación de su derecho a la autonomía. En otras palabras, el fallo se orientaba a resolver las tensiones que se producen entre el principio de autonomía y el principio de beneficencia, teniendo en cuenta la urgencia del tratamiento, los riesgos inherentes al mismo, y la edad del paciente.

Si bien el asunto estudiado por la Corte en aquella ocasión no es asimilable al que plantea la situación que se analiza en el presente caso, dicha sentencia resulta de fundamental importancia por haber recogido el estado de la discusión sobre la condición de ambigüedad sexual e intersexualidad. En este orden de ideas, se citaron numerosas investigaciones como las del doctor Money que desde los años 50 sostuvo que la ambigüedad sexual era una dolencia física que requería tratamiento urgente por razones psicosociales, así como estudios más recientes en los que se cuestionan dichas posiciones. A pesar de las divergencias, la tesis dominante, de acuerdo con la citada sentencia, es la que postula que al menor hay que asignarle un sexo, ya sea

⁷⁴ <http://dawn.com/2011/05/06/justice-for-eunuchs-a-quest-for-dignity/>

⁷⁵ Como dato igualmente relevante, cabe citar las recomendaciones de la Organización Civil de Aviación Internacional, que establece los procedimientos de inmigración en los diferentes países y señala que al identificar el sexo del pasajero, el pasaporte debe indicar con letras mayúsculas “F” si es mujer, “M” si es hombre” o “X” para sexo inespecificado. Ver Convention on International Civil Aviation. Standards for machine-readable passports.

⁷⁶ Ordenamientos jurídicos (mediante actos administrativos de carácter general) que contemplan la posibilidad de registrar un menor como indeterminado, incluyen el francés. Sin embargo dichas disposiciones advierten la inconveniencia de registrar a un niño como indeterminado. Ver, Instruction générale de l'état civil (IGEC- 11-05-1999).

⁷⁷ Sobre este mismo problema jurídico, consultar también las sentencias T-477 de 1995, T-551 de 1999, T-692 de 1999, T-1390 de 2000 y T-1025 de 2002, T-912 de 2008

femenino o masculino, en el momento del nacimiento⁷⁸. No obstante lo anterior, se deja abierta la puerta para futuros desarrollos jurídicos y cambios normativos en la materia.

En las siguientes providencias relativas a los casos de menores intersexuales o con ambigüedad genital, se reiteraron las reglas establecidas en la sentencia SU-337 de 1999 las cuales fueron aplicadas teniendo en cuenta cada caso concreto y por ende, haciendo prevalecer en ocasiones el principio de beneficencia, y en otras situaciones, el principio de autonomía. Las sentencias T-551 de 1999 y T-692 de 1999, recalcaron la necesidad de salvaguardar el consentimiento sustituto informado, cualificado y persistente. En la sentencia T-1390 de 2000, se insistió en la obligación médica de salvaguardar los elementos integrantes del consentimiento sustituto. Por su parte, la sentencia T-1025 de 2002, además de confirmar el precedente de la SU-337 de 1999, reiteró la necesidad de que al menor se le asigne rápidamente un género, ya que dejarlo en un estado de indefinición, sería condenarlo al rechazo social y generarle traumas psicológicos:

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

Por otra parte, someter al menor por la apariencia extraña de sus genitales al rechazo social y al traumatismo psicológico derivado de su estado patológico, sería desconocer el alcance que tiene el derecho fundamental a la salud (artículo 44 de la Constitución), que comprende no sólo el cuidado o la atención física del paciente sino también la salvaguarda de su salud síquica. Por esta razón, el *bienestar sicofísico* del individuo se vería turbado si se le privara del reconocimiento de su real identidad sexual o de género”.

⁷⁸ Al respecto ver el documento “PRINCIPIOS Y DERECHOS INVOLUCRADOS EN EL ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS ESTADOS INTERSEXUALES EN PACIENTES MENORES DE EDAD EN COLOMBIA”, Catalina Velásquez Acevedo, Patricia González Sánchez, Isabel Cristina Sarmiento Echeverri, Artículo de investigación producto del Proyecto de investigación “Abordaje Jurídico de los Estados Intersexuales en Colombia: el caso del hermafroditismo”, inscrito ante el Comité para el Desarrollo de la Investigación (CODI) de la Universidad de Antioquia (2007). En el mismo se resaltó lo siguiente: “En la jurisprudencia constitucional consultada sobre los casos de estados inter- sexuales en menores de edad, la interpretación sobre el principio de dignidad prevalece para la toma de decisiones, y se propone analizarlo desde la posición del menor en el contexto cultural colombiano, debido a que las condiciones sociales no son propicias para reconocer que pueden existir diferentes opciones para el menor intersexual; por tanto, la tendencia es tratar de identificar al menor en uno de los dos sexos, masculino o femenino, los cuales son excluyentes entre sí. En otras palabras, la Corte considera que la cultura no reconoce los individuos que no cumplen con los estándares creados para la diferenciación y rol sexual en caso de indefinición. En esta medida, la decisión adoptada por la Corte favorece una dignidad que se expresa en la posibilidad de que dicho individuo se ubique en uno de los dos géneros”.

<http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/viewFile/2533/2066>

De acuerdo con el citado precedente, se desprende que la posición de la Corte a partir de la sentencia SU-337 de 1999, consiste en considerar que al menor hay que asignarle un sexo lo más tempranamente posible, y posteriormente realizar una cirugía. En este orden de ideas, la Corte ha suscrito la posición de que dichas condiciones deben ser corregidas y deben adecuarse al sistema binario reconocido⁷⁹.

4.4.2. Así, el precedente fijado por la Corte hace más de 17 años, sigue siendo un referente importante en relación con el consentimiento informado de los pacientes, especialmente de los menores de edad. Sin embargo, no es enteramente aplicable a la situación que se estudia en esta ocasión por dos razones fundamentales. En primer lugar, porque en el presente caso no se está debatiendo la realización de una operación quirúrgica para readecuar el sexo del bebé, sino que se cuestiona el hecho de no haber registrado a un menor debido a que no le fue asignado un sexo en el momento del nacimiento en razón de un problema de ambigüedad sexual. En segundo lugar, porque en el marco de la Constitución Política de 1991, y de la evolución jurisprudencial sobre el alcance de los derechos fundamentales, la Corte debe considerar la realización del derecho a la dignidad, la identidad y a la igualdad en el contexto del pluralismo, como principio de rango constitucional⁸⁰.

4.5. Caso concreto: respuesta al problema jurídico sobre desconocimiento del derecho a la personalidad jurídica por indeterminación del sexo de un menor.

4.5.1. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones se examinará si en el caso concreto, se han desconocido los derechos al registro y a la personalidad jurídica, por la no inscripción de un bebé cuyo certificado de nacido vivo no

⁷⁹ Esta posición abierta y pluralista de la Corte Constitucional, es reiterada en la sentencia T-551 de 1999 en la que se destaca lo siguiente: *“Igualmente, y como se indicó en la mencionada sentencia SU-337 de 1999, esta transición normativa y cultural que pueden estar viviendo nuestras sociedades en este campo indica que en el futuro próximo serán necesarios e inevitables ciertos ajustes normativos para regular, en la mejor forma posible, los desafíos que plantean a nuestras sociedades pluralistas los estados intersexuales. Esto tiene consecuencias importantes, tanto sobre el alcance de estas decisiones de la Corte Constitucional como sobre la responsabilidad de los distintos órganos estatales y de la propia sociedad colombiana en este campo. De un lado, esta Corporación considera que los criterios establecidos en estas sentencias son los que mejor preservan los derechos fundamentales y los valores constitucionales, en el actual momento histórico; sin embargo, debido a la complejidad del tema, es posible que conocimientos científicos más depurados o nuevos cambios culturales, obliguen a revisar algunos de los resultados del presente análisis, y procedimientos médicos que hoy todavía son legítimos, pueden tornarse inconstitucionales”*.

⁸⁰ Op. Cit. Velásquez Acevedo, González Sánchez, Sarmiento Echeverri. *“(…) La aceptación de diferentes tipos de población sin discriminación alguna, por tanto, es función del Estado reconocer que existen diferencias sexuales en los casos en los que se presenta un estado intersexual, como es el caso del menor hermafrodita. Esta situación obliga al Estado a crear herramientas y posibilidades jurídicas para la protección de los derechos que se ven amenazados o violentados por la necesidad jurídica de concretar al menor en uno de los dos sexos. De esta forma, se piensa que se reducen los problemas jurídicos, médicos y psicológicos para ese menor, desconociendo finalmente, los derechos a la pluralidad y a la igualdad (…). Si el Estado colombiano se define como pluralista, y se defiende el argumento anterior de que no todos los individuos deben ser iguales en términos de sexo masculino o femenino con base en la dignidad humana, entonces se debería llegar a admitir la posibilidad de que el sujeto no se incluya en uno de esos dos sexos, lo que implica que previamente se disponga de los medios sociales y jurídicos adecuados a ese tipo de problemáticas, que permita que sea el paciente quien tome las decisiones respectivas a su estado intersexual”*.

precisa el sexo debido a que en el momento de su nacimiento no pudo identificarse si era niño o niña.

4.5.2. La Sala encuentra que la situación que está llamada a examinar, plantea la difícil confrontación entre (i) el interés del Estado de identificar a los ciudadanos y registrarlos para efectos de ubicarlos en la sociedad y la familia, y garantizarles todos los derechos consagrados en la Constitución y en el ordenamiento jurídico en general; y, de otro lado, (ii) el derecho a la identidad, y a la identidad sexual, los cuales a su vez se relacionan con otro conjunto de derechos y principios constitucionales de fundamental relevancia tales como la dignidad humana.

4.5.3. La exigencia de señalar el sexo masculino o femenino del recién nacido en la parte genérica del certificado de nacimiento, es legítima y necesaria para realizar los fines dispuestos en la Constitución, en otras palabras, el sexo es un criterio de identificación válido que sirve para definir el matrimonio y fomentar la inclusión y protección especial de la mujer y la madre.

Sin embargo, a partir de las pruebas recabadas y de los estudios analizados en la presente sentencia, se desprende que existen personas intersexuales que no pueden clasificarse como hombres o mujeres desde su nacimiento debido a razones médicas y biológicas, lo cual no equivale a la negación de sus derechos fundamentales. El sexo de un individuo no determina su condición de ciudadano ni su calidad de ser humano, y no puede de ninguna manera convertirse en un criterio excluyente o nugatorio de los derechos de toda persona y de todo ciudadano, como lo es el derecho a la personalidad jurídica. En otras palabras, desconocer a un intersexual sus derechos por esta razón significaría degradarlo y negar su calidad de ser humano.

4.5.4. Teniendo en cuenta el deber de las autoridades de no obstaculizar el reconocimiento de los derechos a la población intersexual y considerando la necesidad de que el proceso de captura de información estas personas sean reconocidos como sujetos de derecho, se hace necesario establecer los efectos concretos de estas consideraciones.

En este sentido, la Sala cree que debe ser el Legislador el llamado a regular todas las situaciones jurídicas que puedan plantear un obstáculo para el reconocimiento y el ejercicio de los derechos de las personas intersexuales. Sin embargo, mientras eso ocurra, el juez constitucional podría fijar pautas para efectos de determinar la manera de identificar a las personas que en el momento de nacimiento no puedan ser clasificadas en las categorías de femenino y masculino.

4.5.5. La Sala considera que para resolver el caso concreto y aquellos que compartan los mismos supuestos fácticos, hasta tanto el legislador no regule la materia, con el fin de evitar un déficit de protección de la población

intersexual o con ambigüedad genital en detrimento de sus derechos fundamentales y del interés superior del menor, los niños que no puedan ser identificados en el momento del nacimiento como hombre o mujer, mientras se asigne el sexo, podrán ser inscritos sin llenar alguna de las dos casillas en el certificado de nacido vivo y en el registro civil de nacimiento. En el caso de que el menor no se clasifique como hombre o mujer, se permitirá realizar una anotación en un folio aparte que podrá ser suprimido una vez se asigne el sexo. Evidentemente, en estas situaciones, los datos sobre el sexo serán reservados. En efecto, se entiende que este tipo de información, especialmente cuando se refiere a menores de edad, hace parte de aquellos datos sensibles que la Corte⁸¹ ha comprendido en el núcleo esencial del derecho a la intimidad y que se encuentran reconocidos igualmente en la Ley 1581 de 2012⁸². Si bien en la mayoría de los casos se optará seguramente por una clasificación del menor en alguna de las dos categorías de hombre y mujer, en los eventos en los que la decisión sea diferente y que no se asigne rápidamente el sexo, se aplicarán las mismas medidas de reserva a los otros documentos que el niño requiera.

Cuando se adopte una decisión definitiva sobre la asignación de sexo, y sea necesario modificar los datos relativos al nombre y al sexo inicialmente consignado en el documento oficial, el procedimiento será reservado y expedito.

Estas reglas no solo garantizan el derecho a la personalidad jurídica del individuo sino que constituyen la base de su desarrollo personal y de su proyecto de vida. Tal y como lo ha sostenido la Corte, *“la fijación de la individualidad de la persona ante la sociedad y ante el Estado, requiere de la conformidad del individuo con la identidad que proyecta, de suerte que siempre tendrá la facultad legítima de determinar la exteriorización de su modo de ser, de acuerdo con sus íntimas convicciones”*⁸³.

4.5.6. Ahora bien establecido el anterior criterio, debe determinarse quién está llamado a decidir el sexo que aparecerá en el registro de nacimiento del menor. Los sujetos involucrados en la toma de esta importante decisión, son los padres, la persona involucrada y el equipo interdisciplinario de médicos, psicólogos y trabajadores sociales, principalmente.

Si bien en estos casos no está de por medio una operación quirúrgica, que por su naturaleza entraña riesgos y es además irreversible, la decisión sobre la asignación del sexo, también es de trascendental importancia, no solamente

⁸¹ C-692 de 2003, C-748 de 2011

⁸² Ley 581 de 2012. **Artículo 5°. Datos sensibles.** Para los propósitos de la presente ley, se entiende por datos sensibles aquellos que afectan la intimidad del Titular o cuyo uso indebido puede generar su discriminación, tales como aquellos que revelen el origen racial o étnico, la orientación política, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, organizaciones sociales, de derechos humanos o que promueva intereses de cualquier partido político o que garanticen los derechos y garantías de partidos políticos de oposición así como los datos relativos a la salud, a la vida sexual y los datos biométricos.

⁸³ T-594 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, reiterado en la T-1033 de 2008 y T-977 de 2012

para efectos de establecer el sexo jurídico o legal de una persona, sino también para determinar pautas de crianza, y por resultar decisivo para futuras intervenciones médicas.

Por lo anterior, es necesario que la decisión sobre la asignación de sexo en el documento sea tomada en principio por el equipo médico que puede determinar con mayor conocimiento cuál será el desarrollo del menor.

4.5.7. En todo momento, menores y padres deberán permanecer informados por el grupo de médicos sobre el diagnóstico y las mejores opciones de asignación de sexo. Estos podrán interponer acciones de tutela cuando sientan que sus derechos estén siendo desconocidos y gozarán de la asesoría y acompañamiento constante de las autoridades estatales correspondientes - Ministerio de Salud, Superintendencia de Salud, Ministerio Público, autoridades municipales y departamentales encargadas.

En cualquier caso, el Estado acogerá en los certificados y registros de identificación, el sexo determinado por el equipo médico. Los datos serán reservados y el legislador deberá regular un procedimiento expedito para facilitar el cambio de sexo y nombre en el caso en el que se decida modificar la asignación de sexo inicialmente adoptada⁸⁴. Cuando el menor sea identificado como intersexual, y él mismo o sus padres acepten esta clasificación, dicha caracterización aparecerá en un folio separado que permanecerá bajo reserva hasta tanto se tome la decisión definitiva sobre la asignación del sexo.

4.5.8. Así, en el caso *sub examine*, la Sala ordenará que el equipo interdisciplinario de médicos de la EPS en la que se encuentra inscrito el bebé N.N, le realice todas las pruebas pertinentes para establecer las mejores opciones de asignación de sexo e informe debidamente a los padres sobre sus hallazgos.

En este punto la Corte debe llamar la atención sobre el hecho de que a pesar de las solicitudes de la Corte y de las ordenes contenidas en las medidas cautelares enviadas a Cafesalud en julio de 2012 para que en el término improrrogable de cuarenta y ocho horas, contadas a partir de la notificación del auto, iniciara todos los exámenes y una valoración completa por especialistas, para el estudio, manejo y tratamiento del trastorno de diferenciación sexual que padece el bebé manteniendo informados a los padres sobre los derechos, competencias y alternativas de que disponen, a la fecha el Despacho no ha recibido el concepto ordenado. Es lamentable y reprochable la demora de Cafesalud para enviar a la Corte el concepto interdisciplinario ordenado. Por consiguiente, se solicitará a las autoridades competentes para

⁸⁴ Actualmente, el cambio en el estado civil requiere de escritura pública o de sentencia judicial, tal y como lo dispone el Decreto 1260 de 1970 en su artículo 95: <MODIFICACIÓN DE UN INSCRIPCIÓN>. *Toda modificación de una inscripción en el registro del estado civil que envuelva un cambio de estado, necesita de escritura pública o decisión judicial firme que la ordena o exija, según la ley.*

que investiguen el proceder de dicha entidad promotora de salud e imponga las sanciones correspondientes en caso de ser necesario.

Además, se ordenará al Juez de primera instancia, a la Superintendencia de Salud⁸⁵, al Instituto Nacional de Salud, al Defensor del Pueblo, al Defensor del usuario en salud⁸⁶ y a las Autoridades municipales y departamentales donde actualmente reside el bebé, que hagan seguimiento al caso y acompañen a los padres y al menor en este proceso.

En la medida en la que el menor ya fue registrado, no se ordenará su inscripción en el registro de nacimiento. Sin embargo, se exhortará a las autoridades encargadas del registro, a que cumplan con las instrucciones dictadas por la Corte en la parte considerativa de la presente providencia, y en particular en los puntos 4.4.8. y 4.4.12., hasta tanto el legislador expida una regulación que facilite el registro de menores intersexuales.

4.6. Conclusión con relación al supuesto desconocimiento del derecho a la personalidad jurídica del menor NN.

4.6.1. La indeterminación del sexo no puede ser obstáculo para el ejercicio del derecho a la personalidad jurídica, el cual es inherente al ser humano por el solo hecho de existir y que se encuentra íntimamente relacionado con el principio de dignidad humana y con la igualdad. Así, no existe ninguna razón constitucional que justifique que bebés y niños cuyo sexo no pueda ser identificado al nacer, no sean registrados y permanezcan ocultos frente al Estado y la sociedad.

4.6.2. La tensión entre el interés del Estado de identificar y registrar a los ciudadanos para efectos de ubicarlos en la sociedad y la familia, y garantizarles todos sus derechos y, de otro lado, el derecho a la identidad, y a la identidad sexual de las personas intersexuales o con ambigüedad genital que no se clasifican en el momento de su nacimiento como hombres o mujeres, debe resolverlo el legislador sin perder de vista el interés superior del menor.

4.6.3. Mientras se regula la materia, el modo de garantizar el interés superior del menor, la dignidad, la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la identidad, la personalidad jurídica y la intimidad de la persona intersexual o con ambigüedad genital que no puede clasificarse como hombre o mujer, es el de disponer de un protocolo especial que permita al equipo interdisciplinario de médicos expertos asignar el sexo, que puede ser femenino, masculino o intersexual. En el evento en el que la decisión sea la clasificación como intersexual, esta se comunicará por escrito a las autoridades competentes junto al diagnóstico de intersexualidad o ambigüedad

⁸⁵ De acuerdo con las competencias fijadas en el capítulo VII, art. 35 y 40 de la Ley 1122 de 2007.

⁸⁶ Art. 42 Ley 1122 de 2007

genital del menor, los datos se mantendrán bajo estricta reserva y serán suprimidos una vez se tome una decisión definitiva, previéndose mecanismos expeditos para realizar las respectivas modificaciones de sexo y nombre, si es el caso.

5. Deber de las autoridades frente al derecho a la salud y a la vida el menor que nace sin sexo determinado y que carece de registro civil de nacimiento – problema jurídico 3-

5.1. El interés superior del menor y su reconocimiento como sujeto de especial protección constitucional.

5.1.1. El artículo 44 de la Constitución establece que los derechos de los niños prevalecen sobre los demás, por lo cual es deber de la familia, la sociedad y el Estado asistirlos y protegerlos, para garantizar su desarrollo armónico e integral y el goce pleno de sus derechos.

5.1.2. Desde sus primeras sentencias, la Corte ha considerado que los derechos de los niños son derechos fundamentales de aplicación inmediata, que aseguran una garantía mayor para los menores y una responsabilidad especial del Estado en el cuidado y protección de sus derechos⁸⁷.

De acuerdo con la sentencia C-041 de 1994, los derechos del niño y los correlativos deberes de la familia, la sociedad y el Estado, reciben en la Constitución un notorio reforzamiento institucional. En particular se señala que el menor se eleva a la categoría de *“sujeto fundamental merecedor de un tratamiento especial y prioritario por parte de la familia, la sociedad y el estado. [...] En el otorgamiento de este estatus especialísimo del menor seguramente se han tomado en consideración las necesidades específicas de protección derivadas de su falta de madurez física y mental - debilidad - y la trascendencia de promover decididamente su crecimiento, bienestar y pleno desarrollo de su personalidad. [...] La consideración del niño como sujeto privilegiado de la sociedad produce efectos en distintos planos. La condición física y mental del menor convoca la protección especial del Estado y le concede validez a las acciones y medidas ordenadas a mitigar su situación de debilidad que, de otro modo, serían violatorias del principio de igualdad (C.P. art. 13)”*.

5.1.3. De este modo, la Constitución y la jurisprudencia reconocen el interés superior del menor, en todos los ámbitos, desde las asignaciones prioritarias dirigidas a atender los derechos prestacionales en favor de los niños, la sanción a los infractores de los derechos de los niños, y en la aplicación de la

⁸⁷ T-283 de 1994

regla *pro infans* en situaciones en las que se encuentre involucrado un menor⁸⁸.

5.2. Derecho a la salud de los menores de edad.

5.2.1. La Constitución Política y la jurisprudencia constitucional⁸⁹ han reconocido el derecho a la salud como un derecho fundamental, autónomo, prevalente, de aplicación inmediata⁹⁰ y como un servicio público a cargo del Estado, el cual debe realizarse conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad⁹¹.

5.2.2. Por su parte, el artículo 47 prevé que aquellas personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta merecen una atención especializada. Así, es responsabilidad del Estado adelantar políticas públicas tendientes a la *“previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.”*

5.2.3. El Código de Infancia y Adolescencia prevé en el artículo 27 que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la salud integral y que ningún Hospital, Clínica, Centro de Salud y demás entidades dedicadas a la prestación del servicio de salud, sean públicas o privadas, podrán abstenerse de atender a un niño, niña que requiera atención en salud so pena de incurrir en una multa de hasta 50 salarios. Incluso cuando los menores no figuren como beneficiarios en el régimen contributivo o en el régimen subsidiado, el costo de tales servicios estará a cargo de la Nación.

5.2.4. De acuerdo a tratados internacionales ratificados por Colombia, tales como el Protocolo Adicional de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos en materia de DESC y el Pacto Internacional de DESC⁹², que integran el bloque de constitucionalidad, se ha fijado en cabeza del Estado la obligación de garantizar la atención médica que se requiera, estableciendo los elementos esenciales del contenido del derecho a la salud⁹³, como son: la

⁸⁸ C-041 de 1994, T-075 de 1996, SU- 225 de 1998, T-236 de 1998, T-286 de 1998, T-453 de 1998, T-514 de 1998, T-556 de 1998, T-784 de 1998, T-796 de 1998, T-046 de 1999, T-117 de 1999, T-119 de 1999, T-093 de 2000, T-153 de 2000, T-610 de 2000, T-622 de 2000, T-1430 de 2000, T-421 de 2001, T-801 de 2004, T-569 de 2005, T-540 de 2006, T-799 de 2006, T-564 de 2007, T-760 de 2008 y T-091 de 2009.

⁸⁹ T-872 de 2011,

⁹⁰ T-640 de 1997. Ver también la sentencia T-1220 de 2001 en la que se señaló: *“(…) el derecho a la salud en el caso de los niños, en cuanto derivado necesario del derecho a la vida y para garantizar su dignidad, es un derecho fundamental prevalente y por tanto incondicional y de protección inmediata cuando se amenaza o vulnera su núcleo esencial. En consecuencia, el Estado tiene en desarrollo de la función protectora que le es esencial dentro del límite de su capacidad, el deber irrenunciable e incondicional de amparar la salud de los niños.”*

⁹¹ Ver entre muchas otras, C-041 de 1994, T-283 de 1994, T-094 de 2004

⁹² Que entró en vigor en Colombia en 1968.

⁹³ El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en la Observación General No. 14 relativo al disfrute del más alto nivel de salud, interpretó el artículo 12 del Pacto Internacional de DESC, el cual establece como característica del derecho a la salud como un “derecho humano fundamental” (Párr. 1).

disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad, la calidad y la prohibición de discriminación de los bienes y servicios de salud.

La Convención sobre los Derechos del Niño consagra como obligación de los Estados partes el respeto a los derechos de los menores, sin distinción alguna de la raza, idioma, origen étnico o "*impedimentos físicos*" (artículo 2), al mismo tiempo que impone a todas las instituciones públicas y privadas el deber garantizar el bienestar y los derechos de los niños (artículos 3 y 4)⁹⁴.

5.2.5. Tanto la normatividad como la jurisprudencia en materia del derecho fundamental a la salud de los menores, ordenan que los niños deben acceder a los servicios de salud que requieran para salvaguardar su integridad, incluso cuando dicha prestación se encuentre excluida del Plan Obligatorio de Salud⁹⁵.

5.3. Menores intersexuales y derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte.

5.3.1. La jurisprudencia constitucional, además de resaltar el carácter fundamental y prevalente del derecho a la salud de los niños, ha señalado que no es posible justificar la negación de esta prestación, en la ausencia de un contrato con las entidades prestadoras del servicio de salud, o por el hecho de que el menor no cuente con registro civil de nacimiento. Además de señalar las tensiones que se generan en los casos de niños intersexuales y que fueron brevemente reseñadas arriba, la jurisprudencia ha indicado otras reglas que deben servir de referente en materia de derecho a la salud para los mismos.

5.3.2. Tal y como lo advirtieron algunas de las intervenciones, cuando menores con genitales ambiguos, es necesario, en primer lugar resolver los problemas inmediatos que afectan la salud en general. Posteriormente, se procede a realizar evaluaciones pertinentes con el fin de completar el enfoque diagnóstico, y luego se asigna el género. Para estos efectos se tienen en cuenta diversas variables tales como las características cromosómicas, las gónadas presentes, el hábito corporal, los rasgos físicos externos con el grado de masculinización o feminización de los genitales, los genitales internos, la posibilidad de fertilidad y de sexualidad, el riesgo de la aparición de tumores en el futuro a partir de las gónadas y la influencia de las hormonas prenatales sobre los tejidos, incluido el cerebro. El último paso es la cirugía, la cual busca una identidad de género más estable y mejores resultados psicosociales

⁹⁴ T-872 de 2011

⁹⁵ T-640 de 1997, T-134 de 2002 y T-760 de 2008. en esta última providencia se resaltó que: "La jurisprudencia constitucional ha expresado en forma reiterada que el derecho a la salud de los niños, en tanto 'fundamental', debe ser protegido en forma inmediata por el juez constitucional en los casos en que sea amenazado o vulnerado. En el caso de los niños y de las niñas, la acción de tutela procede directamente para defender su derecho fundamental a la salud; no se ha requerido, pues, que exista conexidad con otro derecho como la vida o la integridad. La jurisprudencia ha señalado que los servicios de salud que un niño o una niña requieran son justiciables, incluso en casos en los que se trate de servicios no incluidos en los planes obligatorios de salud (del régimen contributivo y del subsidiado)."

y psicosexuales. Se advierte entonces la delicada labor del equipo médico en estas etapas tempranas.

En este orden de ideas, en la sentencia T-1025 de 2002, relativa al caso de un menor hermafrodita al que no se le habían practicado los exámenes pertinentes y al que no se le había autorizado la cirugía, por ausencia de contrato con el Seguro Social, la Corte consideró que era inadmisibles que por esta razón se le negara la prestación del servicio de manera diligente y eficiente. En este orden de ideas, se indicó que *“debe requerirse de las instituciones de salud y, especialmente, de los médicos tratantes, en aplicación del principio de beneficencia, el acatamiento de su deber clínico de proceder con diligencia y profesionalismo en la prestación de los servicios de diagnóstico, terapia y rehabilitación en torno al tratamiento médico de los estados 'intersexuales' o 'hermafroditismo', precisamente, para equilibrar la dimensión enormemente traumática que para las personas y sus familias representan dichos estados”*⁹⁶ (SIC).

Lo anterior incluye: (i) el pronto diagnóstico de dichos estados, (ii) la formulación oportuna de terapias o alternativas médicas disponibles para su superación, (iii) el seguimiento, la constante valoración y la protección del componente humano sensible e indefenso y, perentoriamente, (iv) la prestación del acompañamiento psicológico y terapéutico necesario para la rehabilitación⁹⁷. Lo anterior está íntimamente relacionado con el principio de eficiencia, que impone a las instituciones de salud la obligación de brindar una atención oportuna y eficiente, y con el principio de integridad que exige la garantía de una cobertura del servicio adecuada. Teniendo en cuenta dichos principios, la jurisprudencia ha establecido que para el caso de personas intersexuales y sus familias, se hace necesaria la presencia de un equipo interdisciplinario de apoyo que atienda íntegramente las eventualidades médicas, psicológicas y jurídicas que se requirieran, de modo que se aseguren los derechos a la vida, a la integridad y a la identidad personal de estos individuos.

5.3.3. Además de los principios que deben orientar el servicio de salud, en particular para los menores intersexuales, es importante reiterar que cuando se encuentra en riesgo la vida del paciente, no son admisibles demoras en la autorización de cirugías, exámenes o tratamientos⁹⁸.

5.3.4. La negación del servicio de salud o la demora injustificada del sistema de salud para atender los requerimientos de los menores de edad, y en especial de los intersexuales, también es reprochable cuando se sustenta en la falta de registro de nacimiento del paciente. En la sentencia T-885 de 2005, se examinó el caso de un menor en grave estado de salud que no era atendido

⁹⁶ T-1025 de 2002

⁹⁷ Ibídem

⁹⁸ T-692 de 1999

por las instituciones con el argumento de que debía ser nuevamente encuestado por ser extranjero y no contar con el registro civil colombiano. En aquella ocasión, se consideró que “Ninguna institución de Salud del régimen subsidiado podrá negarse, entonces, a dar atención al menor, escudándose en que éste no cuenta con documento de identidad cualificado, porque esta discriminación atentaría contra su derecho prevalente a la salud” (subrayado fuera del texto). Y agregó que en estos casos no podían primar los formalismos cuando se impide el ejercicio pleno de los derechos fundamentales de los menores.

5.3.5. Se concluye entonces que los menores de edad, son sujetos de especial protección constitucional a los cuales se les debe garantizar el derecho a la salud como fundamental y prevalente. En el caso de menores intersexuales, la atención brindada por los médicos debe ser eficiente y oportuna. De ninguna manera el acceso a los servicios de salud de los menores puede depender de trámites y formalismos, incluida la exigencia del registro civil de nacimiento para iniciar los tratamientos médicos que su condición de salud exija.

5.4. Análisis del caso concreto

En el presente caso, ha quedado comprobado que el bebé NN nacido el 12 de junio de 2011 cuenta con un certificado de nacido vivo que, al margen de algunas anotaciones contradictorias, deja sin especificar el sexo del menor en las casillas correspondientes de dicho formato.

A raíz de lo anterior, la Registraduría del Estado Civil del Municipio FF, informó al padre que el menor NN no podía ser registrado porque los protocolos de formato de registro civil de nacimiento, tienen como base el certificado de nacido vivo que indica el sexo femenino o masculino.

Debido a problemas de salud del bebé, relacionados con su condición intersexual, éste fue llevado al Hospital de FF, pero en un principio se le negó el acceso al mismo por no contar con registro civil de nacimiento. Solo la intervención oportuna del Comisario de Familia del Municipio, logró restablecer los derechos del bebé y obtener atención en el Hospital de FF.

De acuerdo con las pruebas aportadas al expediente, actualmente la madre y el menor se encuentran inscritos en Cafesalud EPS.

De las pruebas recibidas por la Sala, enviadas por la Personería Municipal de FF, y a partir de las conversaciones sostenidas con la madre el 11 de julio de 2012, se deduce que Cafesalud no ha actuado con la prontitud y la urgencia que requiere el caso, dilatando injustificadamente el concepto interdisciplinario que ni siquiera ha sido remitido a la Corte Constitucional. Asimismo, la atención requerida por el bebé no ha sido pronta, oportuna e integral. De este modo se han violado los derechos fundamentales del bebé a

la salud, la vida y la integridad personal desconociendo por completo el interés superior del menor consagrado en la Constitución.

Solo a mediados de 2012, cuando el bebé contaba ya con un año de edad, pudo efectuarse el registro a partir del resultado de un examen cromosómico, que en estas situaciones representa solo una de las múltiples pruebas que deben realizarse en menores intersexuales o con ambigüedad genital.

Tal y como se advirtió anteriormente, la negación del servicio de salud o la demora injustificada del sistema para atender las necesidades de los menores de edad, y en especial de los intersexuales, son reprochables, desconocen sus derechos fundamentales y son absolutamente inconstitucionales cuando se sustentan en la falta de registro de nacimiento del paciente.

En este caso, tanto el Hospital de FF que en principio se negó a atender al menor, como Cafesalud, vulneraron todas las reglas aplicables al diagnóstico y tratamiento de los bebés intersexuales o con ambigüedad genital, ya que no han realizado, de acuerdo con las pruebas aportadas al expediente, un pronto diagnóstico de este estado, tampoco han prestado de manera oportuna el tratamiento médico requerido, no han realizado una valoración del paciente ajustado a su condición de sujeto de especial protección constitucional, ni se ha previsto el acompañamiento psicológico y terapéutico necesario para la rehabilitación.

Por estas razones, la Sala ordenará a la Superintendencia de Salud que investiguen las conductas del Hospital de FF y de Cafesalud, imponiendo las sanciones comprobadas por las omisiones y faltas cometidas en detrimento de los derechos fundamentales del menor NN.

5.4. Conclusión respecto del problema jurídico sobre la presunta violación del derecho a la vida y a la salud del menor NN.

5.4.1. Los menores intersexuales o con genitales ambiguos deben recibir desde su nacimiento atención urgente y prioritaria por parte de un equipo interdisciplinario que informe a los padres sobre su condición y que emita un concepto para la asignación del sexo del bebé.

5.4.2. Asimismo el menor intersexual o con genitales ambiguos será atendido de manera integral en el sistema de salud sin dilaciones y sin necesidad de presentar como requisito previo el registro civil de nacimiento.

6. Razón de la decisión.

6.1. En el presente caso, un menor cuyo sexo no fue identificado en el momento del nacimiento, no fue registrado por los funcionarios de la Registraduría del Estado Civil del Municipio FF porque en el certificado de

nacido vivo no se señalaba su sexo. Al no contar con el registro civil de nacimiento, el Hospital de FF se negó en un primer momento a atenderlo hasta que fue necesaria la intervención de las autoridades. Hasta el momento, la entidad promotora de salud a la cual se encuentra inscrito el menor, no ha realizado un estudio completo ni ha enviado a la Corte el concepto del equipo médico interdisciplinario para establecer cuáles son las mejores opciones para dicho menor. A partir de un estudio parcial sobre el sexo del menor éste pudo finalmente ser registrado por sus padres un año después de su nacimiento. La atención brindada al bebé hasta el momento no ha sido oportuna ni integral.

6.2. Teniendo en cuenta los hechos del caso, la Sala considera que de ninguna manera puede la indeterminación del sexo convertirse en un obstáculo para el ejercicio del derecho a la personalidad jurídica, el cual es inherente al ser humano por el solo hecho de existir. Atendiendo al principio de dignidad humana y al derecho a la igualdad, no existe razón que justifique que bebés y niños cuyo sexo no pueda ser identificado al nacer, no sean registrados y permanezcan ocultos frente al Estado y la sociedad.

6.3. Por consiguiente, las autoridades están en la obligación de registrar a los menores intersexuales o con ambigüedad genital. La decisión sobre la asignación del sexo en el registro civil de nacimiento depende de la decisión del equipo médico interdisciplinario de expertos. Las opciones de asignación de sexo en el registro civil para los intersexuales incluyen femenino, masculino o una anotación en un folio aparte conforme a lo señalado en la parte motiva de esta sentencia. El legislador regulará todo lo concerniente al registro de los menores intersexuales.

6.4. Al margen de lo anterior, se reitera la necesidad de ofrecer atención urgente y prioritaria a los menores intersexuales o con genitales ambiguos desde su nacimiento por parte de un equipo médico interdisciplinario, sin que ello dependa de la presentación de un registro de nacimiento. Los padres deben mantenerse permanente informados para que puedan tomar una decisión acorde a los intereses superiores del menor para tomar una decisión autónoma sobre la asignación de su sexo.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución

RESUELVE

PRIMERO.- TUTELAR el derecho a la intimidad de los peticionarios y del menor NN, para cuyo efecto, sus nombres no podrán ser divulgados, y el presente expediente queda bajo estricta reserva, y sólo podrá ser consultado por los directamente interesados, conforme a lo señalado en el fundamento jurídico

de esta Sentencia. El Secretario General de la Corte Constitucional y el Secretario del Tribunal Superior de Distrito Judicial de RR que decidió en primera instancia el caso, deberán garantizar esta estricta reserva.

SEGUNDO.- CONFIRMAR la sentencia el 2 de septiembre de 2011 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que confirmó la decisión del Tribunal Superior de Distrito Judicial de RR, Sala Civil Familia, del 3 de agosto de 2011, en relación con la protección de los derechos a la identidad personal y sexual, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud, pero con el alcance previsto en esta providencia.

TERCERO.- ORDENAR al Cafesalud que en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, envíe al Tribunal Superior de Distrito Judicial de RR el concepto del equipo interdisciplinario de médicos sobre la asignación del sexo del menor NN y el informe a los padres del mismo sobre las mejores opciones para su hijo.

CUARTO.- ORDENAR a la Superintendencia de Salud que realice atento seguimiento al cumplimiento de las órdenes de esta providencia y que investigue la conducta de Cafesalud y del Hospital FF. También se ordenará al Instituto Nacional de Salud, al Defensor del Pueblo, al Defensor del usuario en salud y a las Autoridades municipales y departamentales, que hagan seguimiento a las órdenes de la presente sentencia.

QUINTO.- ORDENAR a la Dirección Nacional del Registro Civil:

- a) Implementar los cambios ordenados en esta sentencia respecto de la inscripción de menores intersexuales o con genitales ambiguos cuando la asignación de sexo no corresponda a las categorías de femenino o masculino, disponiendo su consignación en un folio diferente que se suprimirá cuando se asigne definitivamente el sexo. Para lo anterior se requerirá de diagnóstico médico de intersexualidad o ambigüedad genital y autorización escrita del menor o de los padres.
- b) Disponer de un mecanismo expedito para cambiar el sexo y nombre del menor cuando se tome decisión definitiva sobre el sexo.
- c) Mantener estricta reserva sobre la información referida al sexo del menor, la cual hace parte de los datos sensibles del mismo.
- d) Extender las citadas modificaciones al registro civil de defunción y a todos los demás documentos que se requieran.

SEXTO.- ORDENAR al Tribunal Superior de Distrito Judicial de RR que haga seguimiento a las órdenes impartidas en esta sentencia.

SÉPTIMO.- EXHORTESE al Congreso de la República a que regule de manera urgente y prioritaria la materia tratada en esta sentencia con el fin de establecer las reglas que permitirán registrar e identificar a las personas intersexuales o con genitales ambiguos para efectos de garantizar su derecho a la personalidad jurídica teniendo en cuenta el interés superior del menor.

OCTAVO.- LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.
Magistrado
Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ
Secretaria General

**SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
A la Sentencia T-450A/13**

Referencia: Expediente T-3.253.036

Acción de tutela instaurada por Personería Municipal FF contra el Ministerio de la Protección Social, el Instituto Nacional de Medicina Legal, Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE, Registraduría Nacional del Registro Civil . Además de la Dirección Territorial de Salud del Departamento WW y YY y Cafesalud EPSS por vinculación oficiosa en primera instancia.

Magistrado Ponente:

MAURICIO GONZALEZ CUERVO.

La complejidad de los problemas jurídicos planteados en la decisión, a mi juicio, exigen un desarrollo legislativo ante la carencia de normas que regulen las situaciones que se derivan de la intersexualidad o la ambigüedad sexual, temas que plantean diversidad de opiniones científicas, éticas, jurídicas y sociales. En efecto, la Corte Constitucional ha adoptado decisiones que se concretan no solo al estudio de los derechos fundamentales vulnerados, sino que ha fijado criterios que vislumbran nuevos horizontes y que ofrecen un espacio de igualdad y pluralismo, pero que en todo caso se dirigen a cesar la vulneración de un derecho fundamental o evitar un perjuicio irremediable para cada caso en concreto.

No se desconocen los desafíos jurídicos que actualmente enfrenta el juez constitucional y los funcionarios administrativos ante la falta de protocolos o normas que reglamenten el tema del reconocimiento y registro de los menores intersexuados, sin embargo, en aras de proteger derechos como la salud, la vida, identidad sexual o el libre desarrollo de la personalidad, la Corte Constitucional interviene con el fin de eliminar las barreras y formalidades que en algunos eventos vulneran los derechos fundamentales. No obstante lo

anterior, considero que en el caso *sub examine* no existen los elementos de juicio objetivos y suficientes que otorguen competencia a una Sala de Revisión para adoptar medidas que reglamenten aspectos como la inscripción en el registro civil de menores intersexuales, mecanismos para el cambio de sexo, u otros acontecimientos materia de inscripción, los cuales deben ser regulados mediante procedimientos legales y con una competencia reglada, lo anterior en consideración a que el 11 de septiembre de 2012 se efectuó el registro civil y se inscribió como femenino el sexo del bebe NN, prueba allegada en esta instancia. La omisión en expedir dicho acto dio origen a la presentación de la acción de tutela, por consiguiente, el cumplimiento de dicha actuación, a mi juicio, constituye un hecho superado, bajo el entendido de que la jurisprudencia de esta Corte ha sostenido que en el trámite de la acción de tutela este se configura cuando, por la acción u omisión del obligado, cesa la afectación del derecho fundamental, al punto de que carece de objeto un pronunciamiento del juez orientado a otorgar una protección, que ya no se requiere.

El hecho que dio origen a la discusión jurídica entre las distintas entidades administrativas fue la negativa por parte de la Registraduría del Estado Civil del Municipio FF de efectuar la inscripción del registro civil, lo que obstaculizó que el menor pudiera acceder a los servicios de salud, acto que ya fue expedido por la autoridad competente y que estimo, como ya lo deje expresado, un hecho superado, razón por la cual la Sala de Revisión no debió proferir las ordenes de que trata el numeral quinto de la sentencia, pues ninguna de ellas contempla las advertencias o prevenciones que la jurisprudencia constitucional⁹⁹ ha señalado procede en estos casos.

⁹⁹ “En esta hipótesis, la jurisprudencia constitucional ha indicado que si bien no resulta viable emitir la orden de protección que se solicitaba en la acción de tutela, es perentorio que, tanto el/la juez/a de instancia como la Corte Constitucional en sede de revisión^[17];

- (i) Se pronuncien de fondo en la parte motiva de la sentencia sobre la presencia del daño consumado y sobre si existió o no la vulneración de los derechos invocados en la demanda, lo cual incluye, en el caso del juez/a de segunda instancia y de la Corte Constitucional, la revisión de los fallos precedentes para señalar si el amparo ha debido ser concedido o negado^[18].
- (ii) Hagan una advertencia “a la autoridad pública para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela (...)”, al tenor del artículo 24 del decreto 2591 de 1991^[19].
- (iii) Informen al actor/a o a sus familiares sobre las acciones jurídicas de toda índole a las que puede acudir para la reparación del daño^[20].
- (iv) De ser el caso, compulsen copias del expediente a las autoridades que considere obligadas a investigar la conducta de los/las demandados/as cuya acción u omisión causó el mencionado daño^[21]. (T-200-2013).

Por último, considero que ante la complejidad del asunto y de los debates sociales, éticos, jurídicos y biológicos que se suscitan a su alrededor, homogeneizar las distintas situaciones que se puedan desprender de un caso en específico en la búsqueda de avanzar o profundizar en la temática respectiva, no puede ser tarea del juez de tutela, pues solo hasta cuando se adopten las medidas legislativas por parte del Congreso de la República, las circunstancias y condiciones que se evidencien en cada caso en concreto son las que deben determinar las decisiones que pueda adoptar la Corporación en la acción de amparo y que tienen por objetivo cesar o impedir la vulneración de los derechos fundamentales, sin perjuicio de la utilización de los mecanismos que actualmente prevé la ley para solucionar este tipo de situaciones o irregularidades administrativas.

Con fundamento en lo expuesto, salvo mi voto a la presente decisión.

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado