

La identidad de género en menores de edad corresponde a su autodeterminación

De acuerdo con la Relatoría Especial para los Derechos de las Personas LGBTI de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la orientación sexual es la capacidad de cada persona de sentir atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, existiendo tres grandes grupos dentro de ésta categoría: la heterosexualidad, homosexualidad y bisexualidad. Por su parte, la identidad de género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona se autopercibe, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento de nacer.

Del mismo modo, la Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) ha presentado también su aporte para explicar la diferenciación de los conceptos sexo y género, señalando que el sexo se refiere a un hecho biológico y el género a una construcción social. Así entonces, al referirse a la construcción de esa identidad, expertos han afirmado que este proceso puede tener modificaciones a lo largo de la vida por lo cual no podría decirse que existe un momento puntual en que un individuo define su identidad de género.

Ahora bien, resulta pertinente mencionar que durante un tiempo, la Corte Constitucional consideró el sexo como una característica objetiva determinada principalmente por la genitalidad. Sin embargo, progresivamente modificó la consideración de ese componente del registro civil y reconoció su relación con la autodeterminación e identidad de las personas. Así pues, habiendo concebido que se trataba de un dato inmodificable, actualmente considera que está íntimamente relacionado con la afirmación de la identidad de los sujetos y por ello hoy existen mecanismos judiciales y administrativos a los que pueden acudir las personas para modificar el componente sexo como elemento del estado civil para que se ajuste a su identidad de género.

En éste contexto, la Corte Constitucional en Sentencia T- 447 proferida el 27 de septiembre de 2019, revisó los fallos de primera y segunda instancia proferidos por juzgados que conocieron la acción de tutela presentada por una madre de familia en representación de su hijo quien habiendo nacido con lo que fue llamado por los médicos "ambigüedad genital", esto es que sus genitales no evidenciaban plenamente que correspondieran a genitales femeninos o genitales masculinos, fue registrado con nombre femenino y educado bajo los parámetros socialmente concebidos para una niña, siendo esto lo que fue recomendado por los médicos a su madre.

No obstante, pocos años después, ante las manifestaciones del menor de que era un niño, le fueron practicadas pruebas genéticas en las que se estableció que sus cromosomas corresponden al sexo masculino cariotipo: 46XY. Sumado a ello, el menor manifestó que no deseaba seguir siendo llamado por el nombre que le había sido dado, no deseaba seguir usando ropa de niña y por el contrario, considerándose un niño, eligió su nombre, pidió ser llamado así y ser reconocido como un niño ante su familia y su entorno.

Luego, ante la súplica de su hijo, la madre, adjuntando una larga serie de certificados médicos que daban fe que no existía en el menor la llamada ambigüedad genital, sino que se trataba de genitales masculinos, elevó petición ante la Notaría de la localidad para realizar el cambio de nombre y de género en el registro civil, ante lo cual, la Notaría despachó desfavorablemente la petición al considerar que la Instrucción Administrativa 12 de 2018 emitida por la Superintendencia de Notariado y Registro establece entre los requisitos necesarios para el procedimiento, que el individuo cuente con 17 años de edad, requisito que no se encontraba cumplido pues el menor tenía 10 años de edad y no existía un procedimiento notarial para tales efectos, cuyos beneficiarios fueren menores de 17 años.

Por esta razón, la madre acudió a la acción de tutela por considerar que la negativa de la Notaría vulneraba los derechos fundamentales de su hijo. Seguidamente, el amparo solicitado fue negado en primera y segunda instancia por los juzgados que conocieron el asunto pues a su criterio, la acción de tutela no era el mecanismo idóneo para la prosperidad de sus pretensiones y en su lugar, la madre debía iniciar un proceso judicial cuya duración no tendría la brevedad de la acción de tutela.

Posteriormente, el asunto fue seleccionado por la Corte Constitucional en sede de revisión y consideró que **las pretensiones de corrección del nombre y del sexo formuladas en la tutela, estaban fundadas en la identidad de género** del menor y buscaban reafirmarla. Por ello, el vacío legal identificado, inexistencia de regulación respecto al cambio de género en el registro civil de menores de 17 años, que le impidió al niño materializar la afirmación de su identidad, vulneró sus derechos fundamentales a la personalidad jurídica, la definición de su identidad y al libre desarrollo de la personalidad, los cuales están íntimamente ligados a la dignidad humana.

Adicionalmente, en lo relativo al nombre, la Corte Constitucional manifestó que el ordenamiento jurídico estableció la posibilidad de modificar ese componente del estado civil de los menores de edad, por medio de escritura pública y ordenó a la Notaría en cuestión que mediante escritura pública proceda a protocolizar el cambio de nombre del niño por el que escogió de manera autónoma, protegiendo el desarrollo de su identidad. Y en lo referente al sexo, la Corte determinó que el menor cuenta con la capacidad para decidir el cambio de ese componente en el registro civil de nacimiento, teniendo en cuenta que el niño se reconocía como sujeto titular de derechos, sumado a sus capacidades evolutivas y la superación de umbral sobre la comprensión del concepto de identidad de género, esto es 5 a 7 años de edad. Igualmente, encontró que el consentimiento emitido por el niño en relación con el cambio del elemento sexo en sus documentos es libre, informado y cualificado, por lo tanto, ordenó a la Notaría que mediante escritura pública protocolice el cambio del sexo del menor para que dé cuenta de su identidad de género.

Oportunamente, la Corte Constitucional aprovechó esta oportunidad para exhortar al Congreso de la República para que obre con prontitud frente a una obligación en mora, la de reglamentar y expedir una ley en la que diseñe las herramientas de reconocimiento, desarrollo y protección efectiva de la identidad de género, que incluya el mecanismo notarial y expedito para la modificación del componente sexo del estado civil. Asimismo, exhortó al Gobierno Nacional y a sus Ministerios para que presenten un proyecto de ley que prevea herramientas de reconocimiento, desarrollo y protección efectiva de la identidad de género,

que incluya mecanismos de ajuste entre la información obrante en el registro civil de nacimiento y los documentos de identidad.

De la misma manera, en esta ocasión, la Corte Constitucional reiteró que para los procedimientos de corrección de nombre y de sexo en el registro civil, la exigencia de pruebas médicas va en contra de la dignidad humana, de la libertad, de la autonomía de los individuos y resulta gravemente discriminatorio, pues tal requerimiento nace a partir de la concepción binaria y herméticamente cerrada de género hombre y mujer y de los paradigmas médicos de normalidad. Más aún, planteó que la realización de tales pruebas sólo tendrá lugar cuando el individuo manifieste su consentimiento para que le fueren practicadas.

Bajo éstos preceptos, es de aclarar que si bien el caso sobre el cual la Corte Constitucional se pronunció en la citada sentencia, se trató inicialmente de un asunto de aparente intersexualidad, entendida como el fenómeno biológico que consiste en la existencia de estados intermedios entre hombre y mujer, transcurrido el tiempo, la anatomía del menor dio cuenta de que se trataba de un niño, sin embargo, aún si se hubiese tratado de un niño transgénico, entendido como aquel al que se le ha asignado sexo femenino al nacer, pero percibe su identidad de género como masculina, el amparo de la Corte Constitucional hubiese tenido similares efectos por las razones que motivaron la decisión materia de exposición en tanto que en esencia, existe un mismo origen en ambos casos, que la asignación del sexo no es un hecho biológico innato; más bien, el sexo se asigna al nacer con base a la percepción que otros tienen sobre sus genitales desde el sistema binario de género/sexo siendo este un modelo social y cultural dominante en la cultura occidental que considera que el género y el sexo abarcan sólo dos categorías rígidas masculino/hombre, femenino/mujer, excluyendo a aquellos que no se enmarcan en ellas, como intersexual y transgénico.

Incluso, el antropólogo francés Olliver Allard ha manifestado que desde el binarismo occidental no se puede concebir la existencia de algo que es a la vez lo propio y su contrario en la lectura binaria del mundo como legado de la cultura occidental que nos fue impuesta tras la conquista, que ha sido planteada como legítima, universal y ordenadora del mundo, ignorando que por el contrario que las culturas precolombinas identificaban categorías mucho más amplias. Oportuno es mencionar que elementos de la cultura kichwa, por ejemplo, han dado herramientas para revisar la homosexualidad ya no en clave binaria sino en una denominada dualidad fluida. Por su parte los Zapotecas empleaban el término muxhe para referirse a una persona que al nacer le fue asignado sexo masculino, y que utiliza ropa y se comporta de acuerdo a una identidad considerada femenina y son vistas como un tercer género.

En este punto y para concluir, es de resaltar que la educación juega un papel de relevancia para el reconocimiento de la identidad de las personas trans, por lo tanto, se hace necesario en los entornos educativos, una estructurada formación sobre perspectiva de género, pues el abordaje de ésta se ha limitado a asuntos relacionados con la protección de la mujer, sin embargo, siendo ese sólo uno de los asuntos que incluye, la perspectiva de género abarca además la violencia sobre corporeidades diversas y el derecho a recibir protección en lo relativo a la orientación sexual, identidad y expresión de género, así como promover saberes relativos a que la diferencia no representa anormalidad y que nuestros ancestros indígenas concebían la coexistencia de lo femenino y lo masculino no en

contradicción sino en simbiosis entendida como una fluidez que permita ser cualquiera de las combinaciones posibles entre lo femenino y lo masculino.

Diana Carolina Burbano Valdés
Abogada ASLEYES