

**CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA CIRUGÍA DE REASIGNACIÓN DE SEXO EN
EL DERECHO**

KETTY MARIA GUTIERREZ LORA

DARWIN PEREZ CERA

ESTUDIANTES

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

DEPARTAMENTO DE INVESTIGACION

DERECHO VESPERTINO

2015

**CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA CIRUGÍA DE REASIGNACIÓN DE SEXO EN
EL DERECHO**

KETTY MARIA GUTIERREZ LORA

DARWIN PEREZ CERA

ESTUDIANTES

RAFAELA SAYAS CONTRERAS

ASESORA

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

DEPARTAMENTO DE INVESTIGACION

DERECHO VESPERTINO

2015

AGRADECIMIENTOS.

En esta oportunidad en la que quiero dedicar mis agradecimientos en esta etapa de mi vida en que finalizare una de mis etapas cumbres y vitales de mi vida, la culminación de mi carrera profesional como uno de los peldaños que me va a permitirme consolidar no sólo como instrumento para el servicio social mediante mi conocimiento sino además me va a permitir ser mejor persona con espíritu humano.

He aquí donde inicio mi aparte de agradecimiento, y conmemoración a aquellos motores y partícipes de mi vida que me han permitido llegar a esta etapa con todo los altibajos que requiere la culminación y cumplimiento de una meta personal.

En primer lugar a Dios todo poderoso motor de mi vida y al que soy una servidora más, al que le agradezco la oportunidad de brindarme en su misericordia de dones y talentos necesarios para lograr mis metas espirituales y personales.

También a Dios le agradezco que me ha dado la oportunidad en inicialmente de regalarme unos padres maravillosos, unos luchadores de la vida que forjaron su hogar cimentado en principios y valores cristianos que me han convertido en mejor ser humano, a pesar de las vicisitudes y circunstancias adversas.

Agradezco a mi hermana a quien considero mi compañera de lucha y mi guía espiritual por ser mi consoladora y también mi mejor amiga.

Agradezco a mi madrina por que con su cariño maternal, me ha entrega entregado la fiel muestra de un amor incondicional y sincero, en el que ha sido facilitadora de todos los procesos de mi vida. También es la oportunidad de agregar a todos los familiares que me han colaborado y han impulsado mi vida de forma directa o indirecta.

También agradezco a mi comunidad de la iglesia, porque gracias a ellos he podido crecer y desarrollarme en el aspecto más importante que el ser humano debe tener, el crecimiento espiritual que nos lleva a amar a Dios con toda el alma y a amar al prójimo incondicionalmente como a sí mismo.

De forma especial resalto y valoro las enseñanzas de la secundaria, en las cuales conocí de personas transparentes y sinceras que siempre quieren lo mejor de uno, sin envidias ni resentimientos y en últimas me dio la oportunidad de conocer las mejores amigas con las que seguramente continuaré hasta que la vida lo permita.

Agradezco a esta universidad, que me ha dado la oportunidad de brindarme las mejores enseñanzas Para mi realización en un espíritu crítico, reflexivo y de proyección social. Sobre todo este es un capítulo dedicado a los profesores problemáticos, que con su metodológica crítica y su necesidad de transmitir su conocimiento a los demás me han dado la posibilidad de complementar mi crecimiento profesional y personal e igualmente me han asistido para que crezca en experiencia profesional. También agradezco a mi mentora de investigación y asesora de tesis, por la confianza que me ha brindado a mí para desarrollar todo mi potencial.

Agradezco finalmente a mis compañeros de clase, con los que aprendí que finalmente la vida es de matices, no de extremos blancos y negros. Por lo que hay que disfrutar lo que la vida nos regala en sus degradados...

AGRADECIMIENTOS

Siempre he visto en todas las tesis este acápite, más me he preguntado si es un deber u obligación social que como ser humano inmerso en una sociedad , demostrar tal gratitud a aquellos que de una u otra forma me han ayudado o han sido solidarios en alguna etapa de mi ciclo vital.

No es que considere que un gesto de palabras escritas mas no orales, sea poco para manifestar tal gratitud a Dios, familiares, seres queridos, docentes, y demás personas que de forma directa e indirecta han contribuido a mi formación tanto personal como académica.

Sino que por el contrario, creo que este acápite debe trascender al resto de los demás por ser el motor impulsivo que ha permitido el logro de tal trabajo, por lo que he considerado no hacer lo que por regla general siempre se dice en este acápite sino dejar una reflexión por medio de una canción la cual he creado para agradecer de una forma más amplia a cada una de las personas que me han acompañado en el logro de mis objetivos.

I

En tu tierra nací corralito querido

Ciudad insigne que a mí me enseñara principios

Pues aquí entendí el valor de un amigo

Y por eso aunque todo agradezco a Dios por mis padres queridos

II

En un principio fui a una escuela pequeña

Y allí conocí a una llave maestra

Que años muy después me ha enseñado su uso

Con la cual he logrado abrir muchas puertas y entender este mundo

III

Hoy recuerdo aquel día que tu suelo pisaba

Camine por caminos de sapiencia e ignorancia

En las noches mire tus balcones vetustos

Y por eso alma mater te digo que olvidarte es injusto

IV

Hay personas que en vida te dejan una huella

Pero hay otras sentidas que son como gavelas

Esas grandes personas son aquellos docentes

Que colocan un 5 a los estudiantes cuando se lo merecen

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	1
1. Reseña histórica.....	3
2. Concepto medico jurídico.....	5
3. Transexuales en Colombia: avances y retrocesos.....	7
4. Consecuencias derivadas de la intervención de Médico- quirúrgica de reasignación de sexo en Colombia.....	11
4.1 Desde el derecho civil (Cambio de sexo en el estado civil).....	11
4.1.2 Proceso de jurisdicción voluntaria ante el juez de familia para Cambio de sexo en el estado civil.....	15
4.1.3 Efectos procesales de la sentencia.....	17
4.1.4 Desde las obligaciones y contratos civiles y comerciales.....	20
4.2. Desde el derecho de familia.....	26
4.2.1 Desde el matrimonio.....	26
4.2.2 Desde la filiación.....	32
4.3 Responsabilidad médica.....	32
4.4 Desde el derecho laboral.....	45
4.5 Desde el derecho penal.....	54
5. Conclusiones y Recomendaciones.....	59
6. Referencias bibliográficas.....	64
7. Anexos	

INTRODUCCION

Aunque el derecho pretenda regular la mayor parte de las conductas humanas , la causa y corolario de la realidad cambiante de los hechos sociales, hacen de la normatividad establecida en un periodo cronológico algo exiguo , conllevando a sin número de situaciones que escapan de la regulación del derecho por distintas causas entre ellas: la ignorancia, indiferencia colectiva, interés coyuntural bajo para ciertos temas e incluso la evasión a la polarización social generalmente derivada de ciertos tópicos; propiciando la existencia de problemáticas que al no estar reguladas generan vacíos legales entre ellas, el transexualismo.

El transexualismo definido en la actualidad desde lo médico como la condición en la que una persona con una diferenciación sexual somática aparentemente normal, tiene la convicción de que él o ella es en realidad un miembro del sexo opuesto. En tanto que desde la óptica de lo jurídico se define como aquellas personas que transforman sus características sexuales y corporales por medio de intervenciones endocrinológicas y quirúrgicas.

Por lo que a nuestro criterio, resulta necesario advertir que para el presente documento, se ha de concebir la noción de persona transexual entendida como la relativa a aquella “que transita del género asignado socialmente a otro género”.

Desde el punto de vista de la medicina y las ciencias naturales se ha logrado reivindicar parte de los derechos a estas personas a través de la realización de un procedimiento médico- quirúrgico conocido como reasignación de sexo, que le posibilita acoger la sexualidad que sea más correspondiente con su identidad y deseos.

Es menester anotar que la posibilidad que una persona tiene de cambiar su sexo por medio de la cirugía de reasignación de sexo, es una situación que permea ámbitos diversos que no pueden ser soslayados por el abordaje de perspectivas de transcendencia moral y jurídicas, las cuales conlleva a una dinámica orgánico- Funcional estatal y a una dinámica social.

No obstante el transexualismo como temática jurídica no ha sido regulada por el ordenamiento jurídico colombiano, constituyendo abiertamente una discriminación injustificada que vulnerante de principios y valores fundantes pregonados en la carta política, entre ellos la aplicación de

igualdad diferencial, dignidad humana, desarrollo de la personalidad y libertades individuales que se protegen en el Estado Social de Derecho.

En la actualidad se hace necesaria la regulación del tema antes expuesto, debido al vacío jurídico en que se halla los transexuales, lo cual decae en una violación de derechos fundamentales en torno al tema y traen consecuencias colaterales que deben ser meticulosamente revisadas desde la óptica de las diferentes ramas del derecho, las cuales pasaremos analizar en los siguientes apartados de este documento.

1. RESEÑA HISTÓRICA

La primera androginia se atribuye pues a Adán, aunque no se sabe si era asexuado o capaz de autofecundarse. En los inicios del cristianismo las disputas teológicas sobre la creación del primer hombre suscitaron fuertes polémicas y persecuciones.

Existen, no obstante, escasas referencias de personajes transexuales en el Génesis. El confuso mito de José es una de ellas. Al parecer José se había hecho o ya era, muy vanidoso, se pintaba los ojos, se peinaba como una mujer, caminaba con afectación y vestía una túnica con largas mangas (que en Egipto se consideraba una vestimenta exclusivamente femenina) que supuestamente le había dado su padre Jacob. Ciertos textos apócrifos señalan que José rechazó a la hermosa esposa del eunuco Potifar, cuyo nombre era conocido como Zuleika, precisamente por su rechazo al sexo femenino.

Por otro lado, en el mundo griego hubo mitos específicos de cambio de sexo, que no derivaban solamente de un deseo humano de placer, sino que también representaban una forma de castigo. El mito griego de Tiresias, que viendo copular a dos serpientes y matar a la hembra es castigado convirtiéndose en mujer, ejemplifica el cambio de sexo en la antigüedad como parte de un castigo.

La diosa Castina, en la mitología griega, respondía con simpatía y conocimiento a los deseos del alma femenina encerrada en cuerpos masculinos (Brisson 1973).

Hipócrates describió entre los Escitas un antiguo grupo humano que vivió en Siria y Palestina, hacia el 3000 AC, que denominó los *no-hombres* similares a los eunucos, sin estar castrados, con ocupaciones sociales e inclinaciones femeninas y generalmente dedicados a templos místicos dedicados a la diosa del lugar.

Mientras que en Roma, los ciudadanos romanos varones invertían sumas importantes para cambiar artificialmente su naturaleza masculina en femenina. Entre los emperadores romanos Nerón y Heliogábalo fueron renombrados trasvertidos y transexuales (Marcus 1961). Nerón fue

uno de los primeros emperadores que legisló sobre las intervenciones quirúrgicas de cambio de sexo, para su uso personal, por lo cual ordenó a sus cirujanos intervenir a su joven esclavo Esporum para convertirlo en mujer. Después de la conversión, Nerón y su esclavo contrajeron matrimonio (Brisson 1997).

Así mismo, este tipo de situaciones continuaron a finales del Renacimiento con la circulación del mito del Monstruo de Rávena. Una de sus características era el doble sexo presuntamente implicado en la sodomía y otros desórdenes morales (Graille 2001).

Otro caso de transexualismo bien documentado fue el de James Barry (1795-1865), cirujano de la Armada Inglesa e Inspector General de Hospitales, quien a su muerte mostró ser una mujer (Raester y Grove 1932). Al igual que El Caballero de Eón (del que deriva el epónimo eonismo como travestismo), vivió 49 años como hombre y 34 como mujer (Cox 1966).

En el siglo XIX, la medicina empezó a realizar aportes desde el diagnóstico y el tratamiento en el transexualismo por lo que Westphal en 1869 describió un fenómeno denominado *conträre sexuellempfinding* que incluía algunos aspectos de la transexualidad. Y en 1894, Krafft- Ebing describió una forma de vestirse, según el sexo contrario, que denominó *metamorphosis sexuales paranoica*.

Posteriormente, Marcuse en 1916 describió un tipo de inversión psicosexual que se orientaba al cambio de sexo. Y en 1931 Abraham refirió el primer paciente al que se le efectuó un cambio de sexo.

CAULDWELL en 1949 utiliza el término transexualismo por primera vez y en 1966 Harry Benjamín popularizó el término transexual y John Money en 1969 acuña el concepto de *Reasignación de Género*, con la intención de englobar distintos estados cuya característica básica es una alteración de la identidad sexual y de género.

FISK propone en 1973 el término "gender disphoria" para este síndrome que se engloba en el más amplio concepto de disforias sexuales. Y Finalmente Ray Blanchard en 1989 sugiere, el

término *autoginefilia* como la propensión a ser activo sexualmente pensando que uno mismo (un varón) es una mujer.

2. CONCEPTO MEDICO Y JURIDICO

A pesar de haberse propuestos tantos términos para definir tal condición, el termino adoptado por la medicina fue el de transexualidad, definida como el desajuste entre sexo biológico- sexo sentido que va fusionado al deseo de cambio, mediante hormonas o cirugía, de rasgos físicos propios del sexo que no se acepta (voz, genitales, vello, etc.).

El DSM IV (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*,) y el CIE-10 (*International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems*) definieron:

- ❖ El trastorno de identidad de género como la “identificación acusada y persistente con el otro sexo unido al malestar persistente con el propio , que no coexiste con enfermedad intersexual y que provoca malestar clínicamente significativo o deterioro social, laboral o de otras áreas del individuo”. Según el DSM IV.

- ❖ El CIE-10 entiende la transexualidad como “el deseo de vivir y ser aceptado como un miembro del sexo opuesto que suele acompañarse de sentimientos de malestar o desacuerdo con el sexo anatómico propio y deseo de someterse a tratamiento quirúrgico u hormonal para hacer que el propio cuerpo concuerde lo más posible con el sexo preferido”.

En la actualidad en la última edición revisada del DSM-5 que fue publicada en mayo 2013, considerada como la biblia de la psiquiatría, se eliminó el conocido Trastorno de Identidad de Género de la categoría como enfermedades mentales.

Los transexuales ya no son enfermos mentales. Así lo certifica el DSM-5, El cual solo conserva la "disforia de género", o la angustia que sufre la persona que no está identificada con su sexo masculino o femenino.

Por lo anterior la definición del término transexualidad ha variado, subsistiendo como una condición en la que una persona con una diferenciación sexual somática aparentemente normal, tiene la convicción de que él o ella es en realidad un miembro del sexo opuesto.

No obstante el concepto jurídico dista del concepto medico actual ya que la Corte Constitucional en sentencia de tutela esbozo una aproximación global que agrupa identidades diversas, tales como: travestis, transformistas, Drag queens o kings y transexuales definiendo a estos últimos, como personas que transforman sus características sexuales y corporales por medio de intervenciones endocrinológicas y quirúrgicas.

Según la Corte Constitucional en sentencia T-314 de 2011, se puede advertir que la noción de persona transexual puede ser entendida como la relativa a aquella “que transita del género asignado socialmente a otro género”.

Del anterior concepto se puede colegir que una persona es transexual siempre y cuando se identifique con un género diferente al asignado socialmente por no coincidir con la perspectiva de la persona, teniendo de presente que el concepto de género según la Organización Mundial de la Salud (OMS) obedece a los conceptos sociales de las funciones, comportamientos, actividades y atributos que cada sociedad considera apropiados para los hombres y las mujeres.

La persona es transexual mientras esté en periodo de identificación en el cual adopte posturas, estilos, estereotipos y demás características distintivas del otro género, convirtiéndose esto en una situación que puede ser permanente o parcial, dependiendo de la decisión que opte la persona transexual, de ser transexual hasta el final de su vida y nunca salir de ese trance o por el contrario de optar por la adopción total de las características morfo-fisiológicas de su sexo afín.

A la luz de la sicología y de las nuevas teorías de la inexistencia de un tercer género, es menester dejar sentado que la persona una vez se adapta al nuevo rol de género que ha asumido de forma permanente, desde los cambios físicos, hasta los sociales y psicológicos se debe decir que pertenece al género masculino o al femenino y no decir o esbozar que es una persona transexual.

Entre los mecanismos que se utilizan de forma principal para lograr este cambio se encuentra la cirugía de reasignación de sexo y de forma complementaria o coadyuvante la terapia de hormonización, realizadas por profesionales de la medicina de diferente especialidad. La cirugía de reasignación de sexo es realizada por un médico cirujano especialista en cirugía plástica, mientras que la terapia de hormonización es realizada por un médico especialista en endocrinología.

3. TRANSEXUALES EN COLOMBIA: AVANCES Y RETROCESOS.

La Corte Constitucional colombiana en relativo a la base de las informaciones allegadas en sede de revisión y de consulta de literatura sobre la materia, advierte que de la población de lesbianas, gays, bisexuales, transgeneristas e intersexuales de Colombia, las personas trans son el grupo sometido a mayor discriminación y exclusión por la sociedad, e incluso por la propia población homosexual y bisexual según fue puntualizado en el concepto del Instituto de Investigación del Comportamiento Humano.

No obstante, la Corte Constitucional no ha sido el único que ha esbozado ese planteamiento, ya que la Procuraduría General de la Nación, en el ejercicio de su mandato constitucional, advierte lo siguiente:

“A pesar de que la sigla LGBT se utiliza hoy en día para referir a diversas vivencias no hegemónicas de la sexualidad, es preciso que tal nominación no se preste a la invisibilización de las graves violaciones a sus derechos que afronta en específico la población transgénero.....”¹

Además de lo anterior, la Oficina Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en el informe de 2007 sobre Colombia, insistió en la preocupación sobre la situación de la población transgénero en Colombia, porque se “reportaron casos de maltrato presuntamente cometidos por miembros de la Policía contra la población transgenerista en ejercicio de la prostitución en Bogotá, Medellín y Cali”. Al igual de seguimientos a situaciones “que afectaron también a sectores como las comunidades lesbiana, gay, bisexual y transgenerista,

¹ Corte Constitucional (2011) Sentencia T-311 MP: Jorge Iván Palacio Palacio.

particularmente en casos de homicidios, como los perpetrados contra personas travestis, especialmente en Cali, donde en el primer semestre de 2007 se reportaron 12 homicidios”.²

Respecto de la situación de transgéneristas en Colombia, la organización Colombia Diversa en la publicación “Voces Excluidas”, referencia que a pesar de la existencia de normas en el Código de Policía de Bogotá que estipulan protección a las personas independientemente de su orientación sexual, en ciudades como Bogotá, Ibagué y Pereira se han presentado persecuciones en contra de travestis.

También vale recordar que a finales de 1995 el Comité Colombiano de Derechos Humanos en Estados Unidos, conjuntamente con el Proyecto Dignidad por los Derechos Humanos y la Comisión Internacional por los Derechos Humanos de los Gais y Lesbianas (IGLHRC), publicó un informe titulado “Ningún ser humano es desechable: limpieza social, derechos humanos y orientación sexual en Colombia”. En el trabajo de campo se enfatizó en la problemática particular de violación a los derechos de travestis y transexuales del cual quedó consignada la siguiente conclusión:

“Se logró establecer que estos grupos, junto con el de los/as trabajadores/as sexuales, son las víctimas más vulnerables y sistemáticas de la comunidad LGBT. Estas personas son objeto de diversas violaciones a sus Derechos Humanos que incluyen la discriminación, la violencia sexual e incluso la violencia física que, en muchos casos, llega al homicidio. Estas violaciones ocurren en un marco que no se limita a la perpetración por parte de grupos privados y policiales, en el contexto de la mal llamada “limpieza social”, cuyos actores, en muchas ocasiones, cuentan con el beneplácito o complicidad silenciosa de la sociedad en general, sino que se han identificado casos en los que los atentados contra la vida de miembros de esta comunidad fueron pagados por propietarios de bares cuya clientela era mayoritariamente homosexual y que deseaban “limpiar” el barrio donde estaban ubicados...”

Adicional a los anteriores datos, resalta la Corte que entre los años 2006 a 2007 se reportó la ocurrencia de al menos 67 homicidios efectuados contra personas LGBTI en el país, de los cuales

² Corte Constitucional (2011) Sentencia T-311 MP: Jorge Ivan Palacio Palacio

se reporta que 24 fueron contra personas transgeneristas. “Estas muertes tienen en común un contexto de discriminación que abarca la violencia verbal y física de particulares hasta la que ejercen los miembros de la fuerza pública, y obedecen a un modelo institucionalizado de discriminación –tanto por acción como por omisión– de las entidades y funcionarios públicos”.

De otra parte, según algunos de los intervinientes en la sentencia de tutela de la Corte Constitucional, la crítica situación de marginación de las transgeneristas sigue siendo muy severa, lo que las convierte en las víctimas más representativas de la violencia por prejuicio en la sociedad que se manifiesta de múltiples formas, tales como **(i)** amenazas escritas o verbales; **(ii)** agresiones físicas; **(iii)** intentos de homicidio y homicidios, tanto en el hogar como en espacios públicos o abiertos al público; **(iv)** ejercidos por ciudadanos comunes, individualmente o en grupo; o **(v)** por la fuerza pública y funcionarios públicos.

Esta situación de marginación social perpetúa el desconocimiento y el temor hacia quienes tienen un comportamiento diferente al del establecimiento heteronormativo, y fomenta la violencia física contra “los diferentes”. Así, cuando la comunidad LGBTI intenta ganar nuevos espacios, cuando sale de su confinamiento forzoso y ocupa espacios que antes le eran socialmente vedados, se genera rechazo, el cual en ocasiones puede llegar a ser violento.

Por otro lado, a nivel estadístico se observa que la Procuraduría General de la Nación trae a colación la investigación efectuada por la Universidad Pedagógica Nacional y la Corporación Promover Ciudadanía en la que se describe que el 95,8% de la población transgénero afirmó haber sido víctima de discriminación en sitios públicos.

En similar sentido se registran por parte de Santamaría Fundación (Organización de trabajadoras sexuales Trans de Santiago de Cali), graves denuncias sobre las violaciones de sus derechos. De ello da cuenta el Boletín 0001 publicado en mayo de 2009 en el portal electrónico de la organización, donde consta que en el mes de marzo de ese año “se registraron y reportaron 5 casos de Transfobia por parte tanto de la autoridad como de la sociedad civil, en abril fueron registrados 9 casos y en mayo 11, sumando un total de 25 en este trimestre y teniendo una tendencia al ascenso, aumentando en abril en casi el doble (80%) y en mayo en más del doble (120%) con respecto a este primer mes”.

Ante este tipo de denuncias de abuso policial en contra de mujeres transgeneristas como las de la capital del Valle del Cauca, la Dirección General de la Policía Nacional expidió la Directiva

Transitoria 058 de 2009 y la Directiva 006 de 2010 para promover el respeto y la garantía de los derechos de la población LGBTI al interior de la institución.

El 25 de junio de 2010, organizaciones de personas transgénero en Bogotá D.C manifestaron similar situación en la capital del país en la socialización de la acción preventiva No.04 de 2010 ante organizaciones no gubernamentales de población LGBTI y organizaciones que defienden sus derechos, así como líderes y lideresas de este sector de la población”.

Ante tal situación de discriminación y exclusión de las personas transexuales las altas cortes, más exactamente la Corte Constitucional ha tratado por medio de decisiones de tutela, reivindicar derechos a este grupo poblacional por lo que los avances, concesiones y triunfos jurídicos han sido mediante fallos judiciales.³

En ese orden de ideas, resulta imperioso destacar que el núcleo esencial por medio del cual se ha garantizado la protección a la identidad y diversidad sexual tiene su fundamento además de la dignidad humana, en el reconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad, que en su ocasión la Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de definir esta facultad subjetiva y de protección constitucional como: “El derecho al libre desarrollo de la personalidad conocido también como derecho a la autonomía e identidad personal, busca proteger la potestad del individuo para autodeterminarse; esto es, la posibilidad de adoptar, sin intromisiones ni presiones de ninguna clase, un modelo de vida acorde con sus propios intereses, convicciones, inclinaciones y deseos, claro está, que se respeten los derechos ajenos y el orden constitucional. Así, puede afirmarse que este derecho de opción comporta la libertad e independencia del individuo para gobernar su propia existencia y para diseñar un modelo de personalidad conforme a los dictados de su conciencia, con la única limitante de no causar un perjuicio social”.

Algunos de sus pronunciamientos de la Corte Constitucional donde se reivindican derechos a la población transexual son los siguientes: Sentencia T-594 de 1993 (cambio de nombre de un transexual), T-1033-2008 (cambio de nombre), T-977-12, T- 062- 2011(vulneración de los transexuales en los centros penitenciarios), T-876-2012(cirugía de reasignación de sexo).

³ Corte Constitucional (2011). Sentencia T-314 de 2011 Magistrado Ponente: JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Con lo reseñado anteriormente se puede concluir que la Corte Constitucional ha sido garantista al conferir en sus pronunciamientos, derechos propios e independientes de los concedidos en general por la comunidad LGTBI a las personas transexuales, entre ellos el cambio de nombre y la posibilidad de realizar el procedimiento quirúrgico para lograr la congruencia con el proyecto de vida y proteger la identidad sexual que se deriva del desarrollo de la personalidad y el respeto por la personalidad jurídica.

4. CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA INTERVENCION DE QUIRURGICA DE REASIGNACIÓN DE SEXO EN COLOMBIA.

4.1 DESDE EL DERECHO CIVIL

4.1.1 CAMBIO DE SEXO EN EL ESTADO CIVIL.

Primeramente resulta necesario definir lo que se entiende por estado civil a la luz del ordenamiento jurídico colombiano, no sin antes acudir a la constitución que estatuye en su artículo 42 lo siguiente “...La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes”⁴. Por lo que es necesario tener en cuenta lo establecido en el artículo 1º del Decreto Ley No. 1260 de 1970 que define el estado civil de las personas, en los siguientes términos:

Artículo 1º. El estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y en la sociedad, que determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible, y su asignación corresponde a la ley.

Dicho concepto fue analizado por la Corte Constitucional, en sentencia T-504 de 1994 magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero cita de sentencia ⁵ llegando a la siguiente conclusión: “Tal texto legal delimita el concepto del estado civil considerándolo como la situación jurídica de la persona en la sociedad, determinada por su identidad objetiva, sus relaciones de familia y por su interrelación con la sociedad. En efecto, el estado civil es la posición jurídica de la persona vista en su doble condición: individuo y elemento social, comportando tanto hechos jurídicos como actos jurídicos⁶”

4 Constitución Política de Colombia (1991) artículo 42.

5 Corte Suprema de Justicia. en Sala de Casación Civil (2007) sentencia de 28 de noviembre del 2007. Magistrado Ponente: Arturo Solarte Rodríguez.

6 Corte Constitucional(1994), en sentencia T-504 de 1994. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero

De igual forma la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil en sentencia de 28 de noviembre del año 2007 con ponencia del magistrado ponente Arturo Solarte Rodríguez⁷ realizó un pronunciamiento en ese sentido, definiendo estado civil como: “El estado civil está conformado por diversos componentes o elementos, y deriva de hechos, actos y providencias. Entre los hechos más relevantes que lo determinan se encuentran la filiación, el sexo y la edad, los cuales, al lado del nombre, permiten delinear la identidad o individualidad de un ser humano. Tales características, se ha sostenido tradicionalmente, son de naturaleza objetiva en cuanto que ellas no dependen de la percepción subjetiva del sujeto que las detenta, sino que derivan de hechos, por lo general verificables de manera concreta o física”.

Ahora bien con el devenir histórico y el progreso de las ciencias médicas la aparente inmutabilidad forjada de la naturaleza objetiva de elementos del estado civil como el sexo, ha sido replanteada en virtud del reconocimiento que el Estado hace al derecho del libre desarrollo de la personalidad, el cual se ha consolidado por medio del respeto a opciones sexuales entre ellas el transexualismo.

El transexualismo como opción de vida se ha convertido en uno de los retos más importantes de las variantes sexuales para el ordenamiento jurídico y a su vez comporta la reforma del elemento sexo, el cual es constitutivo de la identidad de las personas y afectan de forma directa el estado civil, imponiendo lo anterior la obligación de modificar, la inscripción de la persona transexual en el Registro del Estado Civil.

La situación anterior ha provocado cuestionamientos urgentes, entre los cuales cabe destacar ¿Qué ha de hacerse con la persona que se encuentra inscrita en el Registro del Estado Civil, con un nombre y sexo determinados y ahora pretende tener otro sexo?, ¿Es latente la preocupación por el tema en el mundo jurídico, y hasta ahora qué se ha hecho?

Es así como en favor de la diversidad sexual se ha logrado favorecer el fenómeno de la variabilidad del sexo en el estado civil, garantizado en alguno pronunciamientos de las altas cortes como “la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás, siendo claro que los ciudadanos tienen el

⁷ Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil (2007) en sentencia de 28 de noviembre del año 2007. Magistrado Ponente: Arturo Solarte Rodríguez

derecho de determinar, con las restricciones reseñadas, las características que fijen su individualidad”.⁸

Igualmente, se ha indicado que el fenómeno de la transexualidad hace referencia a aquella situación en la que los componentes cromosómicos o psicológicos que determinan la sexualidad de un ser humano no están en consonancia con las manifestaciones físicas de su sexo, con base en lo cual, luego de la realización de diversos tratamientos, particularmente hormonales, se somete a las intervenciones quirúrgicas necesarias para modificar el componente anatómico o morfológico de su sexualidad.⁹

Por lo que Consideramos que la determinación que adopta una persona de modificar su sexo, hace parte del libre desarrollo de su personalidad y, particularmente, del reconocimiento a la autonomía que tienen los individuos de fijar su identidad sexual.

Indiscutiblemente, si se desea que dicha determinación tenga efectos jurídicos y, particularmente, que produzca la correspondiente alteración en el estado civil, es necesario realizar las modificaciones que resulten pertinentes en partidas o folios, para lo cual, es imprescindible analizar la competencia de los diferentes órganos del Estado para adoptar las determinaciones correspondientes.

El cambio de sexo de una persona implica una modificación de su estado civil, de conformidad con la actual legislación colombiana, la competencia para adoptar tal determinación radica en los jueces de familia debido a que están definidas claramente en la ley, en los artículos 89 - modificado por el artículo 3° del decreto 999 de 1988- 91, 95, 96 y 97 del decreto 1260 de 1970.

No obstante por vía jurisprudencial, la Corte Constitucional en providencia T-504-94 se encargó de resolver la procedencia de acudir por vía de tutela para solicitar el cambio de sexo en el estado civil declarando lo siguiente:

⁸ Corte Constitucional (1993) Sentencia T-594 MP: Vladimiro Naranjo Mesa

⁹ Corte Suprema de Justicia (2007) Sentencia 28 de Noviembre MP: Arturo Solarte Rodríguez

“Los componentes individuales que forman el estado civil son objetivos, dado que son hechos jurídicos que caracterizan a la persona. Al respecto, el célebre jurista Josserand sostuvo que el estado civil está "determinado por una serie de elementos, tales como el sexo, la edad¹⁰"

El sexo es un componente objetivo del estado civil que individualiza a la persona, pues como hecho jurídico no depende de la apreciación subjetiva de quien lo detenta, sino del carácter objetivo que tiene por ser un hecho de la naturaleza física.

A pesar de la afirmación anterior, dicho fallo preceptuó el mecanismo judicial de la tutela para la modificación del estado civil de las personas por cambio de sexo, estableciendo lo siguiente:

“La corrección del registro civil de las personas tiene dos caminos, ya sea a través del funcionario responsable del registro o acudiendo a la justicia ordinaria, como se verá a continuación.

La función registral, en relación con la corrección del estado civil, se encuentra dividida en comprobaciones declarativas como fórmula general y comprobaciones constitutivas excepcionalmente, tomando en cuenta que siempre se presenta una comprobación, más no una valoración, pues esta última implica la indeterminación de lo examinado.

Así el artículo 89 del Decreto No. 1260 de 1970, modificado por el artículo 2° del Decreto No. 999 de 1988, establece que "las inscripciones del estado civil, una vez autorizadas, solamente podrán ser alteradas en virtud de decisión judicial en firme o por disposición de los interesados". Esta disposición autoriza la alteración de la inscripción, ya sea por sentencia judicial o por disposición de los interesados, sin brindar elementos que distingan claramente la competencia del juez y del funcionario responsable del registro civil respecto de la corrección del estado civil.

La interpretación de la norma anterior, de acuerdo a lo expuesto, llevaría a pensar que el trámite de corrección notarial sólo debe corresponder a la confrontación de lo empírico con la inscripción para de este modo lograr que la situación jurídica del solicitante responda a la realidad...

Es de mérito anotar que el simple cambio de nombre, no significa el cambio de sexo [3], debido a que el nombre a pesar de ser un elemento indicativo del sexo, no tiene poder definitorio respecto a este último.

10 Corte Constitucional (1994) sentencia T-504-94 M.P: Alejandro Martínez Caballero

En ese orden de ideas, la competencia de corregir o modificar el estado civil de las personas que requiera una valoración de la situación planteada dada su indeterminación le corresponde al juez”.¹¹

En conclusión, el juez de familia es el funcionario competente para conocer, en primera instancia, de los procesos adelantados para la corrección, sustitución o adición de partidas del estado civil, lo que, para el caso en estudio, sería la consecuencia de la demostración plena del cambio del sexo. De acuerdo a los pronunciamientos de la Corte Constitucional y la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

4.1.2 PROCESO DE JURISDICCION VOLUNTARIA ANTE EL JUEZ DE FAMILIA PARA CAMBIO DE SEXO EN EL ESTADO CIVIL.

Resulta necesario tener en cuenta que al ilustrar las altas cortes, la manera en que se debe acceder a la solicitud de cambio de sexo en el estado civil por medio del proceso de corrección, sustitución o adición del estado civil, es pertinente destacar que el tratamiento proporcionado desde lo procesal, corresponde a un tipo de proceso conocido como jurisdicción voluntaria.

El fundamento legal para señalar al cambio de sexo como proceso de jurisdicción voluntaria se encuentra en el artículo 649 del código de procedimiento civil numeral 11: *“la corrección, sustitución o adición de partidas de estado civil o del nombre, o anotación del seudónimo en actas o folios de registro de aquél, según el Decreto 1260 de 1970”*. Disposición que no presenta mayor modificación con el artículo 577 numeral 11 del código general del proceso.

Este proceso de jurisdicción voluntaria de cambio de sexo debe ser entendido haciendo un parangón entre el Código de Procedimiento Civil y el Código General del Proceso.

Desde el código de procedimiento civil, tal proceso inicia con la solicitud al juez por medio de una demanda en forma, y con el cumplimiento de los requisitos del artículo 75 y 76 según el artículo 650, excepto en lo atinente a representantes, apoderado, anexos y pruebas previstos en

¹¹ Corte Constitucional (1994) sentencia T-504-94 M.P: Alejandro Martínez Caballero

los numerales 1., 2 y 6 del artículo 77, y los necesarios para acreditar el interés del demandante, que a la luz del nuevo Código General del Proceso sigue los dictámenes del artículo 578.

Otros de los aspectos que resultan claros de la jurisdicción voluntaria para el cambio de sexo en el estado civil, esta relacionado con la manera en que el proceso debe ser llevado. Desde el antiguo Código de Procedimiento Civil, según lo estipulado en el artículo 651 se inicia el proceso de la siguiente manera:

Luego de admitida la demanda, el juez procederá a ordenar citaciones y publicaciones que sean pertinentes, decretará pruebas de parte o de oficio señalando un término de quince días los cuales pueden ser prorrogados por diez días. Y con posibilidad de realizar citaciones por edicto. En este proceso no se requiere de la intervención del ministerio público, dado que la normatividad no cobija expresamente su intervención en el proceso. El proceso se caracteriza por su celeridad para proferir sentencia e incluso para este propósito se puede contar con la posterior intervención del juez.

La forma de llevar este procedimiento, a la luz del Código General del Proceso conserva esencialmente las mismas formalidades según lo esgrimido en el Artículo 579.

Y en cuanto a los efectos de la sentencia, según lo apuntado por los Código General del Proceso y Código de Procedimiento Civil:

Las declaraciones que se hagan y las autorizaciones que se concedan producirán sus efectos mientras no sean modificadas o sustituidas por otra sentencia, en proceso posterior, si ello fuere posible. La sentencia no hace tránsito a cosa juzgada, salvo los que su naturaleza no permita modificación.

Si bien es cierto que para fijar las formalidades empleadas en la solicitud de cambio de sexo en el estado civil se requiere de la remisión a los estatutos procesales, en lo estatuido a la generalidad de la jurisdicción voluntaria no resultaría del todo convincente, debido a la especialidad de este tipo de procedimiento, y también a la envergadura que conlleva la materialización del derecho de libre desarrollo de la personalidad en reconocimiento de la identidad y diversidad sexual por vía jurídico procesal. En razón de lo anterior se hace imperiosa una mayor regulación dado al número de dudas e interrogantes que se suscitan de este proceso a causa de los vacíos jurídicos.

Ahora bien, en relación con las pretensiones de la demanda, ha de precisarse si como requisito para que prospere la pretensión de cambio de sexo, ¿será necesario haberse realizado la cirugía de reasignación de sexo?

Para este interrogante, es necesario precisar que al no existir regulación expresa del tema, hay que acudir a los pronunciamientos dictados por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia y en un entendido sistemático, resulta necesario haberse realizado la cirugía de reasignación de sexo por ser el sexo un hecho objetivo del estado civil y además porque en este proceso únicamente se persigue que jurídicamente sea viable el cambio de sexo, es decir que la pretensión principal va encaminada a modificar el género.

Por otro lado mientras que el proceso de cambio de sexo en el estado civil ante la jurisdicción ordinaria en su especialización civil- familia es de naturaleza voluntaria, el proceso para solicitar cirugía de reasignación de sexo, es de naturaleza contenciosa teniendo como competente a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral.

Por lo preconcebido es necesario dejar sosegado que las personas transexuales para materializar sus prerrogativas y facultades constitucionales deberán acudir a tres procesos, uno ordinario contencioso laboral, en que obtendrán autorización para la cirugía de reasignación de sexo y dos voluntarios ante el juez de familia para el cambio de nombre y por otro lado el cambio de sexo en el registro civil respectivamente, a fin de constituir al transexual en un ser humano que a la luz de la dignidad humana logre su integralidad, permitiéndole que coincida su sexo psicológico con su sexo biológico y así pueda lograr su autorrealización.

A nuestro juicio y a modo de sugerencia, los tres procesos podrían cambiarse a un proceso singular unificado, donde el demandante pueda solicitar cirugía de reasignación, cambio de nombre y de sexo en el registro civil, en razón de la economía procesal y la celeridad, pues bien el estado debe garantizar que los ciudadanos puedan acudir a una administración de justicia que dé pronta respuesta a sus requerimientos sin dilaciones y así mismo se le dé un trato especial a la comunidad transexual permitiéndole realizar un trámite que persigue garantizar la correspondencia entre el sexo biológico-psicológico con el sexo legal.

Otro punto cuestionable es lo concerniente al tipo de pruebas necesarias que deberá aportar la persona transexual para este tipo de procesos y así poder lograr el convencimiento del operador

judicial, las cuales no aparecen descritas en la ley. A nuestro entender las pruebas necesarias para lograr el convencimiento del operador judicial deben ser aquellas que fundamenten los hechos o las pretensiones de la demanda en cada uno de los tres procesos antes descritos , Entre las cuales se destacan pruebas documentales tales como: registro civil de nacimiento, dictamen positivo o aval de un cirujano plástico de su Eps para realizar cirugía, dictamen médico siquiatra de que la persona no posee ninguna patología mental, negación del servicio por parte de su EPS y finalmente las que se determinen por ley en los procesos en general.

4.1.3 EFECTOS PROCESALES DE LA SENTENCIA

En otros aspectos, resulta necesario destacar que el final de este proceso como en cualquier otro, la sentencia es el desenlace o punto de terminación y que una vez ejecutoriada surte efectos. Entre los efectos de esa sentencia se destaca:

- La irretroactividad: por regla general generan efecto irretroactivo o hacia el futuro, es decir que los hechos o acciones jurídicas derivadas del pronunciamiento de la sentencia que haga prosperar la modificación del cambio de sexo producen efectos desde el momento en que fue reconocido por el juez e inscrito en la partida del estado civil.

De tal manera que se puede deducir con lo anterior que “La sentencia que permite el cambio registral de sexo o, en su caso, de nombre, tendrá efectos constitutivos <<ex nunc>>, quedando, pues, inalterables todos los derechos, obligaciones y relaciones existentes hasta la fecha de dictarse aquella”. (Galiacho: 1998)

Sin embargo, el asunto de la irretroactividad tiene un eje problemático puesto que también resulta necesario tener en cuenta que los efectos del cambio de sexo, no se agotan con un simple cambio de documentos, sino que conllevan a otra serie de situaciones, que hacen necesario realizar una excepción a la generalidad de la irretroactividad, siendo entonces forzoso recurrir al principio de salvaguarda de los derechos adquiridos en los que las situaciones jurídicas consolidadas necesitan estar revestidas de seguridad jurídica, puesto a que en supuesto contrario existiría una abierta contradicción con el sentido de equidad, situación que será planteada con más detalle posteriormente.

- Irreversibilidad teniendo en cuenta que la rectificación registral de sexo tendrá carácter definitivo, mismo imperativo del cual se reviste a todas las actuaciones judiciales, creemos que la modificación por segunda vez, del cambio de sexo y nombre, solo se podrá realizar cuando obedezca a razones jurídicas que evidentemente busquen la protección de la persona que lo colocan en situaciones de peligro inminente. Aunque la ley no sea taxativa en establecer cuantas veces se pueda cambiar el sexo o nombre de una persona en el registro civil consideramos que en observancia al principio de seguridad jurídica de los negocios jurídicos, este procedimiento por segunda vez deberá tener un fin mas principalísimo que cuando se realizo por vez primera.
- Rectificación del sexo en la inscripción de nacimiento: La rectificación deberá producirse cuándo decretada por sentencia la modificación del sexo, el Encargado del Registro Civil, realiza efectivamente la modificación el asiento referido al Acta de Nacimiento dando paso a la posibilidad de ejercer el derecho a cambiar el nombre. Respecto a todos aquellos derechos que están relacionados con “la persona” (“personalidad”), cuando se produzca el cambio registral de sexo, éste sólo afecta al “derecho al nombre”.
- Carácter Reservado: Por último otro de los puntos que hay que clarificar es el referente a la publicidad del cambio de nombre y de sexo de la persona transexual. Pues bien, compartimos la posición de la corte suprema de justicia entendiendo este proceso desde la generalidad, es decir que tiene un carácter público como los procesos de alimentos, filiación y divorcio, en los que se le da prevalencia al principio de publicidad para defender intereses legítimos o proteger derechos de terceros. Sin embargo esta regla no tiene carácter absoluto puesto a que excepcionalmente puede considerarse un proceso reservado cuando el demandante no desea que su situación sea pública, y solicita al juez competente que para este caso es el de familia en primera instancia, que en las copias que se expidan de la sentencia no se incluya su nombre, sino otros aspectos de identificación para efectos de proteger su privacidad.
- Respecto a los efectos de la sentencia, surge el siguiente interrogante ¿en la situación de que el juez negase las pretensiones de cirugía de reasignación de sexo o modificación del cambio de sexo y nombre en el estado civil? y ¿en qué fundamentaría dicha negativa:

Nos atrevemos a señalar que la administración de justicia logra su propósito cuando sus decisiones están racionalmente fundamentadas , y teniendo en cuenta que la naturaleza del proceso de cambio de sexo en el estado civil, busca materializar derechos fundamentales como el derecho al libre desarrollo de la personalidad, libertad sexual y libertad de la personería jurídica, el operador judicial deberá fundamentar su negativa o rechazo a la solicitud del proceso, apaleando a aspectos como los que se enunciará a continuación:

- Que la persona que solicite el cambio de sexo o la cirugía de reasignación de sexo, carezca de capacidad de ejercicio por razones de edad y acuda a la jurisdicción sin un representante. ya que se estaría en el caso de la incapacidad por la edad.
- Que la persona que solicite el cambio de sexo o la cirugía de reasignación de sexo, presente patologías mentales de aquellas que no le permiten decidir y autodeterminarse.
- Que la persona que solicite el cambio de sexo o nombre o la cirugía de reasignación de sexo, presente antecedentes delictivos y con ello pretenda engañar a la autoridad judicial.
- Que la persona que solicite el cambio de sexo o nombre o la cirugía de reasignación de sexo, ya se haya realizado la cirugía de reasignación de sexo y se le haya cambiado el sexo y el nombre en el registro civil.

4.1.4 DESDE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS CIVILES Y COMERCIALES.

En el ámbito de las obligaciones y contratos es posible que luego del fallo del juez en favor del transexual sea viable jurídicamente el cambio de sexo y nombre, dando lugar a distintas situaciones que a luz del derecho merecen análisis, y no podrían comprenderse como situaciones aisladas, puesto que el derecho tiende a la plenitud.

Dentro de los puntos problemáticos encontramos: la validez de actos jurídicos que recaigan sobre derechos reales, la validez y eficacia de los contratos civiles o comerciales anteriores al fallo de sentencia y la validez de las enseñas y nombres comerciales, que principalmente están derivadas del efecto irretroactivo de la sentencia de modificación de cambio de sexo en el registro civil.

1. *Validez de actos jurídicos que recaigan sobre derechos reales:* en lo concerniente a este supuesto, puede presentarse la situación en la que la persona ha celebrado y perfeccionado una serie de actos jurídicos cuyo objeto sea un bien y en el que se hayan constituidos derechos de naturaleza real y que para la legitimación del título y modo, se requiere de solemnidades, como la inscripción en la oficina de registro e instrumentos públicos del título jurídico.

Ante lo anterior planteamos la siguiente situación en la cual, una persona transexual posee derechos reales u obligaciones privilegiadas y acude a la jurisdicción para realizarse el cambio de sexo y nombre en el registro civil, pretensiones que en esta situación hipotética prosperan, surgiendo la dubitación sobre la relación entre el nombre y sexo nuevo del sujeto y el bien o bienes sobre el que este ostenta derechos de naturaleza real, quedando este ante un limbo jurídico en la posición de titular de derechos y por otro lado el acreedor de las obligaciones reales en incertidumbre a prima facie respecto a su deudor verdadero.

No obstante la anterior situación que a la luz del derecho parecería confusa o caótica, pero no lo es en verdad, ya que las actuaciones acontecidas con el anterior nombre no desaparecerían, ni tampoco las obligaciones privilegiadas, con hipotecas, prendas o cualquier tipo de negocio jurídico, Debido a que la extinción de los derechos reales al igual que el de los negocios jurídicos se hace por otras figuras jurídicas y en el artículo 1625 del código civil colombiano no aparece como forma de extinguir las obligaciones el cambio de sexo o de nombre.

No obstante, en congruencia con los principios de derechos adquiridos y seguridad jurídica, será necesario que el juez libre las órdenes para que el titular del derecho real sea identificado con el nuevo nombre o estado civil que aparezca en el registro para que adquiera absoluta validez y no ocasione posteriores altercados cuando se pretenda realizar negocios jurídicos bajo el nuevo nombre. Este razonamiento igualmente resulta aplicable para el caso en el que se tengan derechos morales y patrimoniales que recaigan sobre bienes de propiedad industrial o intelectual, en el cual existe plena validez de estas facultades y lo único que se requiere es solicitar el cambio de identificación del titular a la Superintendencia de Industria y Comercio.

2. La validez y eficacia de los contratos civiles o comerciales anteriores al fallo de sentencia.

Esta situación suele presentarse cuando el sujeto ha celebrado un contrato en el que se constituye como parte bajo su nombre anterior al del fallo que conceda el cambio de sexo o nombre, pero que no ha ejecutado o ha extinguido la obligación, o que en el peor de los casos se ha consolidado como codeudor. De lo anterior procede el siguiente interrogante: ¿Qué sucede con los actos, negocios o hechos jurídicos realizados con el nombre y sexo anterior a la declaración del juez de cambio de sexo y nombre?

En relación a este interrogante nos atreveríamos a afirmar que en estos casos en razón del principio de conservación de los actos jurídicos y de la seguridad en el tráfico jurídico, los actos jurídicos se mantienen vigentes y no darían lugar a nulidad o inexistencia del contrato. Es así como sus obligaciones permanecerían intactas, ya que por razones de equidad y por respeto a los principios de la autonomía de la voluntad de los actos jurídicos resultaría improcedente alegar anulación del contrato en alguna de sus modalidades absoluta o relativa del contrato, e incluso resultaría improcedente extinguir las obligaciones del contrato en razón del cambio de nombre de la parte. No obstante deberá ser renovado e identificado con el nuevo nombre y condición del sujeto, con lo que se deberá cambiar la identificación de los actos jurídicos del antiguo por el nuevo, para que pueda asumir sin inconveniente su rol de acreedor o deudor en el respectivo contrato.

Para realizar el cambio de identificación y lograr mantener sin ningún problema los contratos anteriores, la sentencia ejecutoriada que concede el cambio de sexo y nombre, deberá exigir como requisito de admisión de la demanda, que el demandante enuncie sus obligaciones o identifique a los acreedores para que intervengan como terceros en el proceso y así, el juez libre ordene sobre cambio en el nombre en los anteriores contratos y se les coloque en nuevo nombre, para que exista la identificación plena entre las partes. Con lo anterior se evitaría que el proceso de cambio de sexo y nombre, no sea una puerta para que los sujetos evadan obligaciones y se desnaturalice el proceso.

No obstante lo anterior, el mecanismo más eficaz para evitar la burla de acreedores es la publicación mediante edictos o medios idóneos para que los acreedores conozcan de tal proceso pero también es menester recalcar que esta acción hace pública la actuación del sujeto que desea cambiar de sexo y nombre, lo cual podría conllevar a discriminaciones a futuras. Por lo que a

nuestro juicio será necesario que el que acuda a la jurisdicción para cambio de nombre o sexo preste caución por un término amplio garantizando los posibles perjuicios y obligaciones que podría ocasionar con tal procedimiento a sus acreedores.

Otra inquietud respecto a este asunto, guarda relación con la forma de exigir el cumplimiento del contrato celebrado en circunstancias anteriores al fallo que conceda el cambio de sexo ¿bajo qué título de identificación se acudiría a la jurisdicción para exigir el cumplimiento, según el antiguo o nuevo nombre? En caso de que otra persona acuda a la jurisdicción bajo el nombre anterior a la identificación, ¿qué hipótesis se puede encontrar y cuál sería la solución?

Ciertamente bajo este punto lo ideal es que las partes hayan actualizado la identificación de la parte contratante que por razón de la sentencia ejecutoriada del cambio de sexo haya recurrido al cambio de nombre. No obstante, si no se ha realizado dicha actualización no quiere decir necesariamente que por el cambio de identificación exista el supuesto, por el cual, pueda alegarse inexistencia de la obligación o inexistencia del demandante o demandado, sino que por el contrario tenemos que recurrir a la jurisdicción atendiendo a la aplicación general del efecto irretroactivo de la sentencia, en la cual es válida pedir el cumplimiento del contrato sin considerar el nombre, pues el contrato se mantendrá vigente con las obligaciones.

Y finalmente otra de las situaciones polémicas en el campo de las obligaciones y contratos guarda relación con los contratos *intuitu personae*. Es así como surge el siguiente cuestionamiento ¿La nueva condición del sujeto podría ocasionar nulidad en los contratos *intuitu personae*?

Por regla general resulta necesario respetar los principios de la autonomía de la voluntad y relatividad de los contratos en las cuales prevalece la idea en que el contrato permanezca válido, teniendo en cuenta que el régimen de nulidades desarrollado tanto en el régimen comercial como en régimen civil es taxativo. No obstante puede darse lugar a la celebración de contratos en los que la imagen y el nombre pueden verse comprometidos como sería el caso de los contratos en los que la calidad de la persona resulta tan determinante que el cambio de sexo y nombre de la parte contratante genera un cambio en las condiciones que se presentaron al momento de celebrarse el contrato, como es el caso de los contratos celebrados con modelos, futbolistas entre otros en los que la imagen resulta determinante y el cambio de sexo podría generar algún tipo de nulidad.

Teniendo en cuenta el régimen civil según lo establecido en el artículo 1741 del código civil colombiano:

“ARTICULO 1741. NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato”.

Con lo que estaríamos en presencia de nulidad relativa, debido a que del anterior texto se puede deducir que cuando la calidad o estado de la personas en la naturaleza del contrato fue determinante para su celebración con la identificación anterior, y ante el cambio de sexo no se mantienen tales calidades entonces sería pertinente alegarla, resolviendo el contrato dejándolo sin efectos.

Y teniendo en cuenta el régimen comercial según el artículo 900 del código de comercio colombiano

“ARTÍCULO 900. ANULABILIDAD. Será anulable el negocio jurídico celebrado por persona relativamente incapaz y el que haya sido consentido por error, fuerza o dolo, conforme al Código Civil.

Esta acción sólo podrá ejercitarse por la persona en cuyo favor se haya establecido o por sus herederos, y prescribirá en el término de dos años, contados a partir de la fecha del negocio jurídico respectivo. Cuando la nulidad provenga de una incapacidad legal, se contará el bienio desde el día en que ésta haya cesado”.

Se puede deducir del texto anterior que al no estar señalado el estado o naturaleza de las personas como determinantes en la anulación es dable recurrir a la regla general en la que se señala que la nulidad es absoluta.

Con lo que es dable concluir que son susceptibles de nulidad los contratos cuyo cambio de sexo e identificación afecte de forma determinante o hayan sido condición sine qua non para la celebración y ejecución. No dejando el tema solo desde la óptica de las nulidades sino que también desde la óptica de la responsabilidad pecuniaria por el respectivo incumplimiento.

2.3 En la validez de las enseñas y nombres comerciales. Bajo este punto resulta necesario cuestionar si el objeto del contrato se realiza en razón de un nombre comercial reconocido que coincide con la enseña comercial que utilizaba el nombre propio de sujeto que luego fue transformado por el proceso de cambio de sexo en el estado civil ¿Qué sucedería con el contrato celebrado en razón de la enseña o nombre comercial?

El comerciante adquiere cierta exclusividad mediante el depósito del nombre, e igualmente la enseña comercial identifica el establecimiento de comercio. En algunas ocasiones los comerciantes utilizan el nombre comercial coincidiendo con su enseña comercial, el cual puede ser renovado o modificado a solicitud de la persona. Ante el cambio de nombre, si la persona que ha cambiado su sexo y nombre ha utilizado en el tráfico jurídico comercial su nombre propio, es necesario tener en cuenta que a veces el nombre comercial en el mercado puede adquirir cierto posicionamiento de tal forma que la enseña, nombre comercial e imagen hacen parte de una entidad que resulta determinante en la contratación, por lo que a veces a pesar del cambio de solicitud, las condiciones de contratación cambian y exigirían de la persona que se ha sometido al proceso y que ha cambiado su nombre y enseña comercial que responda por perjuicios que le ocasionen el cambio en las condiciones de contratación en concepto de daño emergente y lucro cesante según el caso.

Y finalmente para destacar, ¿Será procedente la corrección en otros aspectos distintos al estado civil o registro de nacimiento?

Por ejemplo si la persona ha realizado estudios académicos o profesionales o ha reportado una historia laboral con experiencia y decide cambiar de sexo. Siendo acordes al planteamiento

anterior continuarían vigentes, sólo que se cambiaría el nombre por efectos de la modificación de la identificación del registro civil o la cedula.

4.2 DESDE EL DERECHO DE FAMILIA

4.2.1 DESDE EL MATRIMONIO.

A pesar de ser considerado una de las formas de autorrealización con que cuentan las personas para lograr su proyecto de vida, el matrimonio se le atribuye un carácter especial que ha sido objeto de preocupación para el derecho de familia, de tal manera que a la luz de su regulación se le ha establecido la naturaleza jurídica de institución considerada superior a los hombres que por que sus consecuencias trascienden a la voluntad de los cónyuges.

Igualmente a la luz del artículo 113 del Código Civil colombiano, su naturaleza jurídica adquiere la calidad de contrato al tener origen en el acuerdo de voluntades. En este se define al matrimonio como un contrato solemne entre un hombre y una mujer con el fin de vivir juntos, procrear y ayudarse mutuamente, deduciéndose que al recibir la connotación de contrato en el ordenamiento jurídico debe contar con los presupuestos generales del contrato, entre ellos el acuerdo de voluntades libre, espontánea y voluntaria, alejado de todo vicio del consentimiento (error o fuerza). Y además de lo anterior, este cuenta con unos requisitos propios de validez de fondo y de unos requisitos de forma, acorde a la naturaleza específica del contrato.

Por efectos ilustrativos se ha de enunciar a los requisitos de fondo, que son presupuestos para conformar la validez del matrimonio en los que se tiene en cuenta las calidades personales de los contrayentes, que pueden ser:

Positivos: los cuales deben estar presentes, como son:

- Diferencia de sexos y capacidad sexual: (conforme al art. 113 del C.C. el matrimonio es un contrato entre hombre y mujer. Indicando que quienes se casan sean de sexos diferentes no solo porque lo indica la norma sino por la naturaleza y fines del matrimonio. El matrimonio debe cumplir con la satisfacción sexual de manera ordenada, igualmente la diferencia de sexos se deriva del cumplimiento de la consecuencia primordial que es la procreación, siendo además de la diferencia de sexos, la capacidad sexual para realizar la copula y para tener hijos.

- Declaración de voluntad que se perfecciona por el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes exento de vicios de consentimiento como el error o la fuerza.
- Capacidad mental o capacidad para la edad. Entendida desde la aptitud legal para ser titular de derechos y obligaciones.

Negativos: estos no deben darse o no deben existir porque de lo contrario impedirían la celebración matrimonial, es decir, que si se dan, el matrimonio no podrá realizarse.

- Inexistencia del vínculo de parentesco es decir, los consanguíneos en línea directa, consanguíneos hasta segundo grado colateral y afines en primer grado de afinidad en línea directa matrimonial.
- Inexistencia de vínculo matrimonial o vínculo anterior
- La no complicidad en conyugicidio o el homicidio del cónyuge¹²

Creemos que los transexuales una vez reasignados quirúrgicamente y cumpliendo con los requisitos antes mencionados tendrán la posibilidad de contraer matrimonio, por lo que apelamos a la validez del matrimonio, sin embargo se establecen ciertas situaciones en las que resulta necesario cuestionar la validez del matrimonio puesto que podrían generarse sanciones al negocio jurídico tales como: la nulidad o inexistencia, independiendo de cada caso.

Aunque compartimos la validez del matrimonio de una persona de condición transexual que se le ha reasignado su sexo mediante cirugía y ha cambiado su nombre mediante el proceso civil, pueden ocurrir las siguientes situaciones que no se pueden dejar de explicar desde la óptica del derecho de familia:

1. Matrimonio entre transexual reasignado por cirugía y que ha cambiado su nombre y sexo con alguien del sexo contrario.
2. Matrimonio entre dos transexuales que se le ha realizado la cirugía de reasignación de sexo y que ostentan sexos distintos.
3. Matrimonio entre un transexual con sexo reasignado y que ha cambiado su nombre y sexo con alguien del mismo sexo:

¹² Morales Acacio Alcides (1996) Derecho de familia: compilación legislativa, tratados, declaraciones y convenios sobre menores, editorial leyer pag--

En la primera situación consideramos la validez del matrimonio , ya que la persona transexual deja de serlo por la asignación que el ordenamiento jurídico le hace y ya no se encuentra en ese tránsito, sino que por el contrario es hombre o es mujer , lo cual determina la validez del matrimonio por la existencia de todos los requisitos de fondo positivo, ausencia de los requisitos de fondo negativos, ostentar cada contrayente sexo diferente y no contrariar lo preceptuado en el artículo 113 del código civil colombiano.

Aunque alguna parte de la doctrina considere la procedencia de la nulidad relativa en la situación de que uno de los contrayentes no le comunico al otro que fue intervenido quirúrgicamente y que se le reasigno su sexo, dando lugar lo anterior a que la parte que desconocía tal información pueda alegar error en la calidad de la persona, lo cual se sustenta en el artículo 140 numeral 1 del código civil:

“ARTICULO 140. CAUSALES DE NULIDAD. El matrimonio es nulo y sin efecto en los casos siguientes:

1o) Cuando ha habido error acerca de las personas de ambos contrayentes o de la de uno de ellos.”

Es así como de lo anterior se establece que el matrimonio se anula por error acerca de la persona de ambos o de uno de los contrayentes. Entonces, ¿Qué significa la expresión “acerca de la persona”? para la tendencia tradicional o para la doctrina antigua significaba la persona misma, la persona física que es un conjunto de agregados materiales que conforman la figura de la persona y donde solo el error anulaba el matrimonio cuando recaía sobre la persona física.

Pero la teoría moderna dice que también el error recae sobre las cualidades esenciales físicas, orgánicas, intelectuales y morales que anula el matrimonio porque la persona es un conjunto de valores internos y externos, de tal manera que el error pregonado debe ser grave y /o determinante lo cual también se daría ante la ausencia de cualidades esenciales no conocidas por el otro cónyuge.

Una vez el juez declare la nulidad se producirá lo establecido en el artículo 148 del código civil colombiano Por esto, los efectos son:

1. Como el matrimonio se termina, los cónyuges quedan libres de casarse con quien quieran.
2. Dejan de existir las obligaciones y derechos que resultaban del matrimonio o que surgían del mismo, aunque puede permanecer la obligación alimentaria.
3. Se disuelve la sociedad conyugal y hay que entrar a liquidarla.

Es decir que según la doctrina la nulidad relativa es procedente siempre y cuando el contrayente de condición transexual reasignado quirúrgicamente no le comunico esa información al otro contrayente que de haberlo conocido no hubiese contraído matrimonio. Pero una vez conocida tal información por el contrayente y este decida mantener el vínculo matrimonial, la nulidad se sanea.

No compartimos tal doctrina debido a que la relación que se funde entre dos personas no obliga ni siquiera jurídicamente al otro a contarle la historia de su presente o pasado, ya que la relación fundada en lazos de afecto debe trascender desde la órbita de lo moral a lo jurídico por la decisión libre y espontánea de los contrayentes y no por meras exigencias jurídicas. Lo que sí podría hacer el contrayente al conocer tal realidad antes de realizar el matrimonio o la unión, atendiendo a su libre desarrollo de la personalidad y al derecho de la autonomía individual es no realizar tal negocio jurídico de matrimonio o habiéndolo realizado alegar la causal número 1 del artículo 140 del código civil por la incapacidad de engendrar o concebir que tiene la otra persona y así que se declare la nulidad relativa de la actuación.

En la segunda situación , donde los dos contrayentes fueron reasignados quirúrgicamente también se apelaría a la validez del matrimonio puesto a que a pesar de no concebir ni engendrar, es decir que no existe la capacidad de procreación esta es una opción viable a la luz de los postulados constitucionales ilustrados por el alto tribunal:

“En cuanto a la expresión “de procrear”, del artículo 113 del Código Civil, la acusación versa sobre el desconocimiento de los derechos a la autonomía reproductiva, a la intimidad personal y familiar y al libre desarrollo de la personalidad, que garantizan la opción de no tener ningún hijo, así como sobre el desconocimiento de los derechos de la mujer, dado que debe asumir cargas especiales, en razón de cuestiones biológicas y culturales relacionadas con la reproducción de la especie¹³

13 Corte Constitucional (2011) Sentencia C-577 MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

El planteamiento supone que, en la forma como aparece mencionada en el artículo 113 del Código Civil, al considerarla uno de los fines del matrimonio, la procreación implica una imposición a los contrayentes, quienes no podrían, en ningún caso, sustraerse de ella y sucede que eso no es así, porque el matrimonio genera una vinculación jurídica que surge del consentimiento expresado por la pareja heterosexual, mas no de su aptitud para procrear, lo que puede o no suceder y, en caso de no acontecer, no suprime el carácter de familia al cual han accedido los cónyuges en virtud de la expresión de su consentimiento.

Por esa razón es factible el matrimonio de ancianos, el matrimonio in extremis o el celebrado por personas conscientes de su infertilidad o que, con fundamento en respetables criterios, han decidido no tener hijos e incluso abstenerse de mantener relaciones sexuales, habida cuenta, además, de que, conforme se ha expuesto, toda familia se funda en el afecto y la solidaridad que alientan el cumplimiento de un proyecto de vida en común y la feliz realización de cada uno de sus integrantes”.

“La procreación no es, entonces, una obligación, sino una posibilidad que se les ofrece a los casados y que el legislador, atendiendo a lo que suele ser normal en la realidad, reconoció, otorgándole el carácter de finalidad del matrimonio, lo que no implica la imposición de una obligación inexcusable de tener hijos, ni un desconocimiento de los derechos a la autodeterminación reproductiva, a la autonomía individual y al derecho al libre desarrollo de la personalidad”¹⁴

En cuanto al tercer postulado, resulta necesario establecer dos momentos del matrimonio:

- Cuando el transexual esté casado antes de la realización de la cirugía y de la modificación de sexo: En este caso resulta necesario precisar que, la situación matrimonial resulta consolidada y los hijos habidos dentro de esta unión serán legítimos, No obstante en este caso, si el otro cónyuge no desea consentir la nueva condición de su conyugue transexual, podría solicitar el divorcio, invocando la segunda causal.

“ARTICULO 154. CAUSALES DE DIVORCIO. Son causales de divorcio:

2. El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales y como padres”.

14 Corte Constitucional (2011) C-511 MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Invocándose esta causal debido a su carácter genérico. Dado a que se trata de un incumplimiento grave e injustificado, aquí se refiere a incumplir los deberes de cónyuges o de padres. Se alega también por abandono de deberes tanto materiales como espirituales e infringir los más elementales deberes que resultan del art. 113 del C.C. como cohabitación, ayuda mutua y fidelidad.

Dicho incumplimiento se ve materializado cuando el otro contrayente ve que en la figura de su conyugue transexual, no existe rasgos de una persona que lo pueda satisfacer en la esfera material, espiritual e incluso sexual, obstaculizando su autorrealización ya que contraría los deseos iniciales que tuvo, cuando contrajo matrimonio.

En este postulado nos queda el interrogante de establecer, la alternativa jurídica con la que cuenta el cónyuge transexual, cuando siente que su cónyuge no cumple con sus expectativas, ya que no le es posible invocar esta causal, debido a que nadie puede alegar su propia culpa en su favor, no obstante desde la concepción de la ley 25 de 1992, este podría pedir el divorcio alegando la causal 8 que hace referencia a la separación de cuerpos, una vez hayan transcurrido dos años.

- Cuando el transexual desee casarse después de la cirugía de reasignación de sexo y la respectiva modificación registral con una persona del mismo sexo.

Lo cual daría lugar a la nulidad absoluta pues no se cumple cabalmente el requisito de fondo de disparidad de sexos. No obstante a la luz del ordenamiento jurídico tendría la posibilidad de consolidar una familia por medio de la figura jurídica denominada unión marital de hecho o uniones solemnes.

Además podría entonces el conyugue no transexual alegar inexistencia a causa de la impotencia coendis o coeundis, que según Morales Acacio “presenta como síntoma predominante el no haber erección o no poder realizar la relación sexual con la mujer, por ejemplo, porque se sufre de infantilismo o no se puede realizar el acceso carnal por la no erección”. Para nuestro caso el fundamento de alegar la inexistencia reposa en el desconocimiento de la aptitud y capacidad sexual, así como de penetración o erección, dejando claro que en el derecho civil, la inexistencia

como sanción al negocio jurídico, no se halla concebida, sino desde el acervo doctrinal que la ha previsto.

4.2.2 DESDE LA FILIACION

Respecto al cambio registral de sexo y la filiación. Son muchas y variadas las posibilidades. La primera línea divisoria la sitúa el hecho de que el “transexual” tenga descendencia antes del cambio de sexo y el correspondiente cambio en el registro. En este caso nos encontramos que existe filiación con anterioridad en cualquiera de las distintas posibilidades (naturales o no: procreación, reproducción asistida, adopción) y en cualquiera de las fórmulas legales (matrimonio, extramatrimonial, soltera/o, pareja de hecho).

En la hipótesis de que la persona transexual hubiera estado casado, al momento de la reasignación de sexo y cambio del sexo femenino o masculino, ¿podría esta situación aparejar el cambio de la relación paterno-filial por presentarse dualidad de paternidades o maternidades al tiempo?, ante lo cual resultaría necesario que el legislador tome cartas en el asunto y regule los efectos de la reasignación de sexo en los casos de filiación con la descendencia.

E igualmente, con la consiguiente incidencia en el régimen de la patria potestad, donde ha de entrar el juez competente, que para este caso, es el juez de familia, ha otorgar de acuerdo a los elementos probatorios que medien en el proceso y a su discrecionalidad, la patria potestad al más apto para la crianza y sostenimiento de los hijos.

4.3 DESDE DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA.

Una de las mayores exigencias para la cirugía plástica es la reasignación de sexo, que ha revolucionado la medicina en lo técnico y lo humano.

Etimológicamente cirugía plástica deriva de dos vocablos griegos: “Girurugiiki” que equivale a mano y “plástiké” que significa moldear o formar. Se entiende por cirugía plástica aquella parte de la medicina que tiene por objeto restablecer, mejorar o embellecer la forma de una parte del cuerpo humano. Esta especialidad se ha dividido desde un punto de vista práctico en dos campos de acción:

a) Cirugía reconstructiva o reparadora: tiende a corregir defectos congénitos o adquiridos como labio leporino, reconstrucción mamaria luego de la extirpación de un tumor canceroso, tratamiento de quemaduras, entre otras. Generalmente su finalidad es terapéutica conectada con frecuencia a una preocupación estética, aunque queda absorbida por aquélla finalidad.

b) Cirugía estética o embellecedora: tiene como finalidad el embellecimiento de la persona y su perfeccionamiento físico (rinoplastía, lifting, lipoescultura, entre otras). (LORENZETTI: 2005)

La cirugía de cambio de sexo, hoy llamada cirugía de reasignación de sexo se ubica en el campo de la cirugía estética o embellecedora, no obstante aquellos que consideran que el transexualismo es una patología la ubican en el campo de la cirugía reparadora, ya que pretende corregir una alteración en la salud de la persona transexual.

Partiendo de la premisa de que el transexualismo, no es una patología sino una condición, al procedimiento médico-quirúrgico de reasignación de sexo, que se le ha de dar el trato de cirugía estética. De esta manera es cómo se procede a establecer el tipo de responsabilidad que se les endilgaría a los profesionales de la salud por la realización de esta clase de procedimientos.

Las cirugías o procedimientos médicos implican una prestación de hacer, por lo que se distingue las obligaciones de hacer de medios y obligaciones de hacer de resultados; clasificación formulada en 1925 por el jurista francés René Demogue, eminente profesor de la Universidad de París, distinción que también fue seguida por los hermanos Mazeud, aunque estos le atribuyeron otra denominación: obligaciones generales de prudencia y diligencia y obligaciones determinadas (Trigo: 1996).

En las obligaciones determinadas o de resultados, al acreedor le basta con establecer que no se logró el resultado prometido y nada más; correspondiendo en todo caso al deudor que quiera exonerarse de responsabilidad la acreditación de que ello sucedió por caso fortuito u otra causa ajena extraña al mismo. En tanto que en las obligaciones de medio debe demostrarse que lo acontecido, fue por culpa o negligencia del obligado.

En síntesis, se señala que en las obligaciones de medios el deudor no asegura un resultado, sino que sólo se compromete a seguir diligentemente la conducta que ordinariamente lo conduce al mismo, pero puede o no producirlo; en tanto que en las obligaciones de resultado, por el

contrario, no basta con que el deudor actúe diligentemente, ya que es necesario alcanzar el resultado prometido y esperado por el acreedor.

En este sentido, Massimo Franzoni sostiene que “la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado se funda en el hecho que sólo en las segundas existe un resultado efectivamente comprometido (*in obligatione*), de modo tal que, en dicho supuesto, el deudor únicamente queda liberado mediante la obtención del resultado en mención. En las obligaciones de medios, por el contrario, el resultado no ha sido comprometido, aun cuando la conducta del deudor estuviera vinculada con la realización de un resultado determinado”. (Franzoni 2001)

En tal razón, la relevancia de la distinción se coloca en el plano del cumplimiento de la obligación. La realización de la conducta diligente basta para que la obligación de medios se considere cumplida, aunque el interés primario del acreedor (resultado) no se realice, debido a que lo determina el cumplimiento del deudor, no es la presencia del resultado deseado por el acreedor, sino la ejecución diligente de las actividades necesarias para alcanzar dicho resultado, mientras que el cumplimiento de la obligación de resultado requiere, la satisfacción del interés primario del acreedor, no siendo suficiente la mera conducta diligente del deudor encaminado a satisfacerlo.

Guido Alpa afirma que la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultados, tiene que ver con la dimensión de la responsabilidad, es decir no tanto con el control de la diligencia empleada en la ejecución de la prestación sino con el control de la exigibilidad de la prestación. En otras palabras, se busca establecer si es suficiente haber empleado los medios necesarios, dictados por la diligencia profesional, o si, por el contrario, se debe garantizar la satisfacción íntegra del interés creditorio, sin importar el esfuerzo que ello demande al deudor. (ALPA: 2006)

Por lo tanto en la obligación de medios, el médico cumple y se libera prestando una cura diligente, aun cuando el enfermo no llegue a curarse, es la conducta diligente el contenido de la obligación. Caso distinto acontece cuando se pretende cumplir una obligación de resultado, aquí no basta ser diligente, es necesario alcanzar el resultado comprometido y esperado por el acreedor. (Alterini 2002)

Achával sostiene que las obligaciones de medios o de diligencia vinculan, no la promesa de un resultado, sino la promesa de atención médica como tal. “El acreedor (paciente en este caso), espera el resultado y podrá obtenerlo, pero no exigirlo, aunque sí puede exigir que la atención médica sea prestada con pericia y diligencia”. (ACHAVAL: 1983)

En principio y por regla general los médicos asumen obligaciones de medios (o de diligencia y prudencia) conforme al estado actual de la ciencia médica, pues en su actividad se halla siempre presente elementos aleatorios, en el sentido que el resultado buscado no depende exclusivamente de su proceder, sino de otros factores endógenos y exógenos a su actuación, los mismos que escapan a su control. (Alterini 2002)

No obstante, en lo concerniente a la cirugía estética, la prestación del médico cirujano no está dirigida a la terapia del paciente, ni a remediar su estado de salud ni mucho menos a salvarle la vida (hipótesis en las cuales la falta de obtención del resultado no comporta responsabilidad del médico, si éste ha observado la diligencia profesional). Ella se dirige, más bien, a una mejora de la apariencia del paciente, a la eliminación de defectos físicos, entre otros; por lo que, si el resultado no se obtiene, y realizada la intervención, la situación original se mantiene o empeora ¿se puede imputar responsabilidad al médico?

Aún en supuestos de cirugía plástica embellecedora o estética se indica que “sería sumamente riesgoso exigirle al cirujano estético, siempre y en todos los supuestos, una obligación de resultado. Hay que pensar que no siempre se puede asegurar o garantizar al paciente un resultado favorable. Ello depende de múltiples factores, entre ellos la capacidad reactiva del propio enfermo, que “durante la intervención, el alea existe siempre, las posibilidades de fracaso no son ajenas a este tipo de acto quirúrgico por más que se trate de narcisismos, a lo sumo, lo que el cirujano plástico aseguraría es que el cliente quedará de tal o cual forma, pero no puede asegurar el resultado en sí de la intervención”.

Galán Cortés afirma que las cirugías estéticas “deben calificarse como “obligación de medios acentuada”, en el sentido que aún tratándose todavía de un arrendamiento de servicios se halla muy cercano al de obra por cuanto si bien no se garantiza el resultado, por el componente aleatorio inherente a toda actuación médica, debe partirse de una “cierta garantía” en su

obtención pues de lo contrario el cliente, no se sometería a la actuación médica”. (GALAN 2003)

Ricardo Luis Lorenzetti señala que “considerar a la obligación del médico cirujano como de resultado no se ajusta a derecho. Aun cuando se lo evaluara como un opus técnico y no como la curación, dicha noción está impregnada de una objetivación incompatible con el sustrato material que enfrentamos (Lorenzetti: 1997). Asimismo, María del Carmen García Sánchez opina que “el cirujano estético en todas las hipótesis se compromete a una obligación de medios debido al carácter aleatorio de la empresa quirúrgica y médica en general, resultando imposible garantizar un resultado a pesar de que los adelantos tecnológicos aplicados a la ciencia médica nos convenzan de un alto grado de probabilidad de éxito”.

No obstante, Cristóbal Montes afirma que “la cirugía plástica reparadora tiene por finalidad reparar verdaderas enfermedades congénitas o adquiridas y la cirugía estética tiene por finalidad reparar las desgracias de la naturaleza y sólo esta última supone una obligación de resultados”. (CRISTOBAL: 2006)

En la misma línea se ubica Martínez – Pereda Rodríguez quién afirma que “en cirugía estética se atiende a la idea del resultado obtenido como requisito del cumplimiento de la obligación asumida por el operador, por lo que se trata de una obligación de resultado”. (MARTINEZ: 2012)

Es así como consideramos que en cirugía estética, la responsabilidad médica no basta únicamente la diligencia, sino que toma una obligación de resultado pues es ineludible obtener el resultado prometido y esperado por cliente, debido a que no siendo así, éste no se hubiera optado por someterse al procedimiento quirúrgico.

Ello fundado en que al cliente se le asegura que quedará de tal o cual forma, no sólo como estaba antes sino en mejores condiciones estéticas, por lo que el médico debe responder ante el cliente por el simple hecho de no obtener el resultado convenido y sólo se libera de responsabilidad si prueba la existencia de un hecho que ocasione la ruptura del nexo causal, esto es, una circunstancia extraordinaria, imprevisible e irresistible (caso fortuito o fuerza mayor) que haya impedido el resultado, como también el hecho determinante de un tercero o el actuar de la propia víctima.

Teniendo clara estas apreciaciones, es como se puede deducir que el médico cirujano en la cirugía de reasignación de sexo responderá por el cumplimiento de una obligación de resultado que se decanta en la identificación real psicológica con respecto a la biológica de la persona transexual, Pudiéndose exonerar sólo por circunstancias extraordinarias.

En sentido general se puede decir que toda responsabilidad civil es engendrada por la realización de un daño definiéndose de esta manera como uno de los elementos que constituye la responsabilidad. El daño es precisamente la que da génesis a los perjuicios, ya sea de índole material e inmaterial que pueden derivarse de un hecho dañoso (responsabilidad extracontractual) o un incumplimiento contractual. Por lo que ante los planteamientos anteriores las altas cortes judiciales colombianas se han pronunciado de la siguiente forma:

Según la Corte Suprema de Justicia: la actividad médica, en la época contemporánea más dinámica, eficiente y precisa merced a los adelantos científicos y tecnológicos, cumple una función de alto contenido social. Al profesional de la salud, es exigible una especial diligencia en el ejercicio de su actividad acorde al estado de la ciencia y el arte, sobre él gravitan prestaciones concretas, sin llegar a extremo rigor, considerada la notable incidencia de la medicina en la vida, salud e integridad de las personas.¹⁵

Justamente, la civil médica, es una especie de la responsabilidad profesional sujeta a las reglas del ejercicio de la profesión de la medicina, y cuando en cualquiera de sus fases de prevención, pronóstico, diagnóstico, intervención, tratamiento, seguimiento y control, se causa daño, demostrados los restantes elementos de la responsabilidad civil, hay lugar a su reparación a cargo del autor o, *in solidum* si fueren varios los autores, pues *“el acto médico puede generar para el profesional que lo ejercita obligaciones de carácter indemnizatorio por perjuicios causados al paciente, como resultado de incurrir en yerros de diagnóstico y de tratamiento, ya porque actúe con negligencia o impericia en el establecimiento de las causas de la enfermedad o en la naturaleza misma de ésta, ora porque a consecuencia de aquello ordene medicamentos o procedimientos de diversa índole inadecuados que agravan su estado de enfermedad, o bien porque ese estado de agravación se presenta simplemente*

15 Corte Suprema de Justicia (2011) sentencia 11 de noviembre MP: William Namen Vargas

*por exponer al paciente a un riesgo injustificado o que no corresponda a sus condiciones clínico – patológicas”.*¹⁶

Por otro lado el honorable Consejo de Estado ha coincidido con el argumento de la Corte Suprema de Justicia, al destacar que la responsabilidad patrimonial por la actividad médica involucra todas las actuaciones que se presenten desde el momento en que la persona ingresa al centro médico que cobija no sólo los llamados actos puramente médicos o realizados por el profesional de la salud, sino también los actos preparatorios o posteriores e igualmente los servicios de hostelería prestados por la institución.¹⁷

Empero el alto tribunal constitucional respecto al tema de la responsabilidad médica ha dejado claro que el mecanismo judicial de acción de tutela es improcedente para reclamar los posibles perjuicios derivados de la práctica de procedimientos médicos por dos razones.

En primer lugar, la Corte ha aclarado que los conflictos entre las instituciones prestadoras del servicio de salud, sus médicos y los pacientes pueden ser resueltos mediante acción de tutela cuando las actuaciones u omisiones de estas personas naturales o jurídicas afecten los derechos fundamentales de las personas, lo cual se presenta, por ejemplo, en los casos en los que se desconoce la autonomía del paciente para tomar decisiones relativas a su salud. Sin embargo, en principio, la falta de reconocimiento y pago de la posible indemnización derivada de la responsabilidad médica no constituye por sí misma vulneración de derecho fundamental alguno.

En segundo lugar, debido al carácter subsidiario que posee el mecanismo judicial previsto en el artículo 86 de la Constitución pues existe un escenario judicial concreto para estos conflictos cual es la jurisdicción ordinaria o, eventualmente, la jurisdicción contenciosa administrativa cuando se trate de instituciones de carácter estatal.¹⁸

16 **Corte suprema de justicia** sala de casación civil. (2002) Sentencia 13 de septiembre MP: Nicolás Bechara Simancas

17 Consejo de estado. sala de lo contencioso administrativo. (2012) Sentencia 7 de junio consejera ponente: Olga Melida Valle de la Hoz

18.Corte constitucional.(2010)Sentencia T-452 MP: Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO Bogotá D.C.,

Por lo que ha quedado establecido que por regla general, los asuntos derivados de daños por responsabilidad médica son de competencia de la jurisdicción ordinaria, y excepcionalmente será de conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa cuando los implicados sean instituciones estatales o servidores públicos. Es decir, que ante un daño que se le realice a una persona transexual en el procedimiento médico quirúrgico de reasignación de sexo producto de responsabilidad médica, en cualquiera de las etapas, sea en el preoperatorio, transoperatorio o postoperatorio, este deberá acudir a la jurisdicción ordinaria o a la contenciosa administrativa, para realizar la reclamación de los perjuicios materiales e inmateriales.

En conclusión, la responsabilidad médica desde la óptica de la intervención quirúrgica de reasignación de sexo, obedece a una obligación de resultado y los perjuicios que se originen de ésta sean materiales e inmateriales solo se podrán resarcir acudiendo a la jurisdicción ordinaria o a la contenciosa administrativa, dependiendo de la calidad del funcionario y de la institución.

Respecto al tema de la responsabilidad medica hay dos temáticas que guardan relación estrecha con en este tipo de cirugías de reasignación de sexo, la primera el consentimiento informado y la segunda la objeción de conciencia, las cuales pasaremos a abordar.

En jurisprudencia, La Corte Constitucional ha manifestado que el consentimiento previo del paciente es el mecanismo para garantizar o hacer efectiva la autonomía en la práctica de tratamientos médicos, ya que es el medio a través del cual éste manifiesta su sometimiento al mismo; por el contrario, en su ausencia se entiende que la persona rehúsa su aplicación. Precisamente para proteger la autonomía, por lo que la Corte ha indicado que “todo tratamiento, aún el más elemental, debe hacerse con el consentimiento del paciente”.

El consentimiento informado, es un acto dispositivo espontáneo, esencialmente revocable, singular al tratamiento o intervención específica, recepticio, de forma libre o consensual, que puede acreditarse con todos los medios de prueba, *verbi gratia*, documental, confesión, testimonios, entre otros. Y debe ser oportuno, según concepto expresado por la Corte Suprema de Justicia.¹⁹

19 Corte Suprema de Justicia (2011) Sentencia 11 de noviembre MP: William Namen Vargas.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia no ha sido taciturna a la temática por lo que ha dicho que *“Más que un mercado o una clientela que cultivar, los posibles usuarios de los servicios médicos, incluyendo los meramente estéticos o de embellecimiento, son ampliamente acreedores de un trato acorde con la naturaleza humana, de modo que la obtención de su consentimiento para la práctica de un acto médico exige el que, en línea de principio, se le haga cabalmente conocedor de todas las circunstancias relevantes que puedan rodear la actuación del médico, obviamente en la medida en que este las conozca o deba conocerlas”*²⁰

El médico, en efecto, *“no expondrá al paciente a riesgos injustificados”*, suministrará información razonable, clara, adecuada, suficiente o comprensible al paciente acerca de los tratamientos médicos y quirúrgicos *“que puedan afectarlo física o síquicamente”* (art. 15, Ley 23 de 1981), la utilidad del sugerido, otras alternativas o su ausencia, el *“riesgo previsto”* por reacciones adversas, inmediatas o tardías hasta el cual va su responsabilidad (artículos 16, Ley 23 de 1981 y 10, Decreto 3380 de 1981), deber que cumple *“con el aviso que en forma prudente, haga a su paciente o a sus familiares o allegados, con respecto a los efectos adversos que, en su concepto, dentro del campo de la práctica médica, pueden llegar a producirse como consecuencia del tratamiento o procedimiento médico”* (artículo 10, Decreto 3380 de 1981).y dejará constancia *“en la historia clínica del hecho de la advertencia del riesgo previsto o de la imposibilidad de hacerla”* (artículo 12, Decreto 3380 de 1981).

Para la Corte Suprema de Justicia , la omisión de la obligación de informar y obtener el consentimiento informado, hace responsable al médico, y por consiguiente, a las instituciones prestadoras del servicio de salud, obligadas legalmente a verificar su estricta observancia, no sólo del quebranto a los derechos fundamentales del libre desarrollo de la personalidad, dignidad y libertad, sino de los daños materiales e inmateriales causados a la persona en su vida, salud e integridad psicofísica a consecuencia del tratamiento o intervención no autorizado ni consentido dentro de los parámetros legales según los cuales, con o sin información y consentimiento informado, *“[l]a responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto”* (artículo 16, Ley 23 de 1981), salvo si expone al

20 Corte Suprema de Justicia (2005) Sentencia 19 de diciembre MP:

“*paciente a riesgos injustificados*” (artículo 15, *ibídem*), o actúa contra su voluntad o decisión negativa o, trata de tratamientos o procedimientos experimentales no consentidos *expressis verbis*, pues en tal caso, el médico asume los riesgos, vulnera la relación jurídica y existe relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño.²¹

Argumento que compartimos y apoyamos desde la óptica de la cirugía de reasignación de sexo, en la cual el médico se compromete a una obligación de resultado. En lo que ante cualquier desinformación al cliente o paciente lo conllevará a que asuma las consecuencias indemnizatorias de perjuicios materiales e inmateriales.

En lo que respecta a la segunda temática que obedece a la objeción de conciencia, considerado uno de los límites, tal vez el principal, con que se encuentran los poderes constituidos en ejercicio de sus funciones según la Corte Constitucional y cuyo propósito inicial es preservar las propias convicciones sean ellas de orden ideológico, religioso o moral.

En general, la objeción de conciencia se presenta cuando el cumplimiento de la normatividad vigente exige por parte de las personas obligadas a cumplirlo un comportamiento que su conciencia prohíbe. En otras palabras, la objeción de conciencia supone la presencia de una discrepancia entre la norma jurídica y alguna norma moral.

Quien ejerce la objeción de conciencia “no invoca la ilegalidad ni busca el cambio de las políticas o de programas impulsados por un gobierno. “Es una persona que se apega al Derecho, pero su observancia le provoca problemas con sus convicciones morales más íntimas, con su conciencia crítica.” La idea central consiste en que se incumple un deber jurídico por razones morales y se busca con ello preservar la propia integridad moral, lo que no supone el propósito de que otras personas “se adhieran a las creencias o practiquen las actuaciones del [de la] objetor [(a)].”

Ahora bien, uno de los motivos en los que se sustenta la obediencia al derecho descansa sobre la base de garantizar a las personas la posibilidad de ejercer el derecho a la libertad de conciencia. Desde luego, este derecho no es ilimitado y pueden surgir restricciones pues, de lo contrario, no sería factible adoptar medidas vinculantes para las personas asociadas. En similar sentido, jamás se podría

21 Corte suprema de justicia s.(2011). Sentencia 30 de Agosto MP: William Namén Vargas.

hablar de normas aceptadas en forma libre y consciente si no se garantizara el derecho a la libertad de conciencia.

Cuando con el ejercicio de la objeción de conciencia se obstaculiza el ejercicio de los derechos de terceras personas, entonces el asunto se convierte en un problema de límites al ejercicio de derechos fundamentales, esto es, “en un problema de colisión entre el derecho individual y los valores y principios, derechos o bienes protegidos por el deber jurídico.” Nos hallamos, pues, ante un problema de límites de los derechos constitucionales fundamentales.

A partir de lo expuesto en precedencia se deriva que el ejercicio de la objeción de conciencia puede desencadenar y, de hecho, desata consecuencias frente a terceras personas. Por eso, resulta imposible catalogar la objeción de conciencia como un acto que permanece ubicado dentro del fuero interno de quien la ejerce. Cuando se manifiesta la objeción por motivos de conciencia, ello supone incumplir un deber jurídico “con mayor o menor proyección social.”²²

Algo diferente sucede entretanto con normas que contienen obligaciones destinadas a proteger intereses de personas determinadas. Tal es el caso de lo establecido en la sentencia C-355 de 2006. Eventualidad que trata intereses suficientemente relevantes que justifican restringir la libertad de conciencia por cuanto, se desconocerían de manera desproporcionada los derechos constitucionales fundamentales de estas mujeres como lo son: derecho a la salud, a la integridad personal, a la vida en condiciones de calidad y de dignidad. Vulnerándose sus derechos sexuales y reproductivos y se causándoles un daño irreversible.

En efecto, también a este respecto podrían trazarse distinciones. Como lo recordó la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006, una situación es, por ejemplo, la que deben afrontar los médicos que por motivos de conciencia se oponen a la práctica de interrupción voluntaria del embarazo al considerar que esta acción riñe de manera profunda con sus convicciones morales. En esta contingencia, cuando resulta factible asegurar que otra persona profesional de la medicina puede practicar la interrupción voluntaria del embarazo y ello ocurrirá de modo que se preserven de manera efectiva los derechos de la mujer gestante colocada bajo los supuestos previstos en la referida sentencia, entonces no habría ningún reproche frente al ejercicio de la objeción de conciencia.²³

22 Corte Constitucional (2009) Sentencia T-388 MP: Humberto Sierra Porto.

23 Corte Constitucional (2006) sentencia C-355 MP:_Clara Inés Vargas Hernández ; Jaime Araujo Rentería

Cosa distinta se presenta cuando el Estado o las Entidades Promotoras de Salud no aseguran la presencia del número de profesionales de la medicina suficientes para garantizar los derechos que le reconoció la sentencia C-355 de 2006 a las mujeres. Si sólo existe una persona profesional de la medicina que pueda practicar la interrupción voluntaria del embarazo bajo las hipótesis previstas en la referida sentencia, entonces deberá practicarlo – con independencia de si se trata de un médico adscrito a una entidad hospitalaria privada o pública, confesional o laica. En esta hipótesis, la restricción a la libertad de conciencia del médico es totalmente legítima -en tanto proporcional y razonable-, pues conlleva la protección [entre otros] del derecho a la vida y la salud de la mujer embarazada; en otras palabras, ante esta eventualidad las consecuencias de la no prestación del servicio de interrupción del embarazo trae consigo perjuicios directos e irreversibles para la mujer gestante e infringe sus derechos constitucionales fundamentales, razón por la cual no puede admitirse su ejercicio cuando las consecuencias negativas sean tan elevadas en materia de derechos fundamentales.²⁴

Hasta ahora no hay pronunciamiento jurisprudencial sobre la objeción de conciencia en la cirugía de reasignación de sexo, por lo que utilizando la analogía e interpretación sistemática consideramos que aquellos profesionales de la salud podrán objetar en conciencia siempre que tengan en cuenta lo precitado en la sentencia T-209 de 2008:

(I) En atención a la situación subjetiva de aquellos profesionales de la salud que en razón de su conciencia no estén dispuestos a practicar el aborto (en este caso la cirugía de reasignación de sexo) se les garantiza la posibilidad de acudir al instituto denominado objeción de conciencia;

(II) Pueden acudir a la objeción de conciencia siempre y cuando se trate realmente de una “*convicción de carácter religioso debidamente fundamentada*”, pues de lo que se trata no es de poner en juego la opinión del médico entorno a si está o no de acuerdo con el aborto (con la cirugía de reasignación de sexo); y,

(III) La objeción de conciencia no es un derecho absoluto y su ejercicio tiene como límite la propia Constitución en cuanto consagra los derechos fundamentales, cuya titularidad también ostentan las mujeres (las personas transexuales), y por tanto no pueden ser desconocidos.”²⁵

24 Corte Constitucional (2006) sentencia C-355 MP: Clara Inés Vargas Hernández ; Jaime Araujo Rentería.

25 Corte Constitucional (2009) Sentencia T-209 MP: Clara Inés Vargas Hernández.

También consideramos ineludible y compartimos la posición de la Corte Constitucional en cuanto a la objeción de conciencia respecto al aborto, que el profesional de la salud deberá manifestar su objeción de conciencia respecto del procedimiento de reasignación de sexo por escrito expresando:

I. Las razones por las cuales está contra sus más íntimas convicciones la realización del procedimiento de reasignación de sexo, para lo cual no servirán formatos generales de tipo colectivo, ni aquellos que realice persona distinta a quien ejerce la objeción de conciencia.

II. Que tenga en cuenta que el profesional médico a la cual se remite la persona transexual que necesita ser atendida, se tenga la certeza sobre la existencia de dicho profesional, sobre su pericia para llevar a cabo el procedimiento de reasignación de sexo y de su disponibilidad en el momento en que es requerido.

De esta forma se ha de respetar el carácter garantista y plural que tiene el núcleo esencial de los derechos fundamentales, a la vez que se generaran elementos para impedir que la objeción se constituya en barrera de acceso a la prestación del servicio de salud de reasignación de sexo para las pacientes que así lo soliciten y se aporta seriedad y rigurosidad al ejercicio de la objeción de conciencia.

4.4 DESDE EL DERECHO LABORAL

Antes de empezar con el análisis de las consecuencias jurídicas de la cirugía de reasignación de sexo desde la óptica del derecho laboral es menester conocer en la actualidad cómo son las condiciones laborales de las personas transexuales.

El Estado Colombiano ratificó el convenio 111 de la OIT sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación, por lo cual está obligado a la realización de una política nacional que promueva la igualdad de oportunidades y trato en materia de empleo y ocupación, promulgar leyes y promover programas educativos que garanticen el derecho a la igualdad y a la no discriminación en el acceso al empleo y en la conservación del mismo y en general en la esfera del trabajo. No obstante, El Estado Colombiano no ha emprendido las acciones suficientes para evitar la exclusión laboral de algunos grupos específicos de la población como lo es la comunidad LGBT.

Situación que se agrava por las diversas prácticas discriminatorias que existen contra las personas LGBT en espacios laborales, afirmación que se ve respaldada, por los informes de discriminación laboral emitidos por los medios de comunicación, entre el que se destaca el de una mujer transexual, que no pudo acceder a un trabajo en una compañía constructora en la ciudad de Bogotá.

Para la población LGBT, la afectación en sus condiciones laborales no sólo se debe a los procesos de flexibilización laboral y sus secuelas de inestabilidad, malos salarios y ausencia de seguridad social, sino también a causa de la intolerancia e irrespeto hacia sus derechos, por el solo hecho de salirse de la normativa heterosexista.

Lo anterior está amparado por un estudio de percepciones que la Escuela Nacional Sindical y la Corporación Caribe Afirmativo están adelantando en tres ciudades: Bogotá, Medellín y Cartagena, a fin de analizar las condiciones de trabajo decente de la población LGBT; estudio que indica la prevalencia de una serie de prácticas y acciones de discriminación y exclusión en espacios laborales, lo mismo que prejuicios sexuales que justifican creencias y opiniones que operan como mecanismos de vigilancia y control sobre los cuerpos y su expresión de género.

En el mismo estudio se ha establecido que los actos discriminatorios hacia la población LGBT en los espacios laborales, es un tema complejo por las dificultades para demostrarla, puesto que generalmente estos actos se manifiestan en actitudes o conductas que, consciente o inconscientemente, tienen como intención anular, dominar o ignorar a la persona por su orientación sexual. Los empresarios, por ejemplo, saben que no pueden despedir a alguien por ser gay o lesbiana, pero las personas entrevistadas para este estudio expresan que en muchas ocasiones, para justificar el despido, esgrimen motivos ajenos a esos. En casos en que se demuestra que el despido tiene un componente homofóbico, la ley obliga a la restitución en el cargo, pero esto implica para la víctima revincularse a un espacio en el que ya fue rechazada.

También el lenguaje es instrumento fundamental de discriminación en los espacios laborales. Las palabras o conceptos para nombrar al otro en muchas ocasiones se usan con un sentido denigratorio, enmarcado en ideas erróneas y prejuicios sociales y sexuales. Así lo percibe el 75% de la población LGBT encuestada. Reconoce el uso de un lenguaje hostil y humillante por parte de sus jefes y compañeros.

El estudio de percepciones da cuenta de que entre el 69% y 82% de la población LGBT siente la necesidad de auto presionarse como manera de destacarse en sus lugares de trabajo y poder ser respetado o reconocido como trabajador eficiente y no como “la lesbiana, el gay o la marica”. Este

precepto dominante no sólo los excluye sino que les obliga a renunciar a sus derechos, porque de igual manera se sienten abyectos y prefieren evitar la humillación manteniéndose en el borde.

Los roles estereotipados y las ideas preconcebidas conducen a que a que las personas LGBT, a pesar de su experiencia y buen desempeño, se les niegue la posibilidad de ascender a ciertos cargos o roles. Sus jefes consideran que éstos deben ser asumidos por personas heterosexuales, para que puedan tener aceptación social y el respeto de los subalternos.

De la comunidad LGTBI son las personas transexuales y las lesbianas quienes con más frecuencia enfrentan procesos de exclusión al momento de la selección para un empleo. Entre un 40 % y 65 % de los gays, lesbianas y transexuales entrevistados en el estudio de percepciones reconocen haberse sentido excluido, o conocen casos de amigos y amigas que desde la entrevista de trabajo fueron excluidos por su expresión de género.

Para poder acceder a unas mejores posibilidades de vida, educación, empleo, entre otros derechos, muchas personas transexuales aplazan su construcción de género, lo ocultan y para ello viven como hombres que pasan ante la sociedad como gay, una estrategia que les permite acceder a la educación y a un trabajo profesional.

A los hombres transexuales, por ejemplo, se les exige libreta militar para acceder a cualquier empleo, con las implicaciones que trae para un hombre de esta condición explicar que antes de construirse como hombre había nacido en un cuerpo de mujer. Lo mismo sucede con las mujeres transexuales.

De ahí que existan requerimientos específicos para la vinculación laboral de mujeres y hombres transexuales; y es una de las principales razones para que estas personas terminen trabajando en la economía informal de subsistencia, o en los escenarios laborales históricamente asignados a ellos, como peluquerías y la prostitución, en el caso de los transexuales femeninos, o en talleres de mecánica o ventas informales, en el caso de los transexuales masculinos.

La calle se ha convertido en uno de los pocos espacios donde las mujeres y hombres transexuales pueden autoreconocerse y vivir su identidad de género, “aferrados” al oficio de la prostitución como salida laboral; oficio en el que no a todas estas personas les va bien, unas son más vulnerables y vulneradas que a otras. Así lo atestigua una activista transexual entrevistada en Bogotá:

“Si eres una chica bonita eso te garantiza algunos derechos. Hay amigas que me dicen que llegan a cobrar 200 mil a un solo cliente, y eso es mucho más de lo que yo gano donde estoy ahora. Porque si eres fea y no le agradas a nadie, te vas a morir de hambre, o tus ingresos no serán tan buenos. Como

nadie les arrienda un apartamento, o si consigues uno te lo cobran doble y por adelantado, entonces toca vivir en hacinamiento y la plata nunca alcanza para salir de la pobreza”.

Es común encontrar que las pocas mujeres y hombres transexuales que han logrado estudiar y tener cargos profesionales, es resultado de haber aplazado su tránsito al género deseado hasta el momento en que sienten que han logrado ganar reconocimiento y credibilidad. Al respecto, una activista LGBTI contó la siguiente historia, que resulta bastante elocuente:

“Conocí una chica transexual que empezó trabajando como hombre ingeniero de sistemas. Como tenía clarísimo que eso le traería complicaciones en el trabajo, diseñó una estrategia. A ella, o mejor a él porque su presentación y vestuario era de hombre, le encomendaron la elaboración de software para la compañía. Buscó la manera de quedarse con ciertas claves sin las cuales el proceso no se podía completar. El día que entregó el producto llegó al trabajo, ¡oh sorpresa!, vestida de mujer, lo que escandalizó a todo el mundo. Les dijo a los jefes que realmente ella era una mujer en cuerpo de hombre, y que había decidido asumir su real identidad. Eso generó una fuerte resistencia, pero ella les dijo que debían juzgarla por la excelencia de su trabajo, y que la terminación de todo el proceso requería de unas claves que sólo ella tenía, por lo que pidió la renovación de su contrato. Gracias a esa estrategia pudo conservar su empleo. Además iba a empezar a hormonizarse y a practicarse cirugías para eliminar sus rasgos masculinos, y por ende necesitaba vinculación laboral para poder costear ese tratamiento”.

Muchas mujeres transexuales han encontrado una posibilidad de camuflaje de la identidad sexual al vivir como hombres “afeminados” y así poder estudiar y trabajar. Además han encontrado ciertos oficios o profesiones diferentes a la peluquería y prostitución para no ser excluidos y no sentirse discriminados, como la danza, el baile y el teatro, espacios amigables a la diversidad sexual. En estos oficios es posible para las personas transexuales desplegar roles femeninos, puesto que históricamente son oficios estereotipados como propios para gays.²⁶

Ante la anterior situación de los derechos laborales de la comunidad LGTBI, más exactamente de los transexuales, la jurisprudencia se ha mostrado activa y es así que en Sentencia T-152/07, la

²⁶ Disponible en <http://www.colectivodeabogados.org/En-Colombia-es-patente-la>

Corte recordó que respecto de la identidad de género como criterio de discriminación se debe tener en cuenta que en materia laboral:

“En el momento de contratar, no debe haber diferencia alguna en razón del sexo, raza, categoría social y que el trato diferente está reservado para fenómenos que puedan presentarse, no obstante que se fundamente en motivos razonables que justifiquen la diferencia. Cada caso particular debe analizarse, aplicando la regla de justicia, según la cual, hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual, pues se debe partir del supuesto de que todas las personas, como sujetos de derechos, deben ser tratadas con la misma consideración y reconocimiento, y que, todo tratamiento distinto, debe justificarse bajo argumentos donde prime la razonabilidad y la proporcionalidad.”

La Corte en abundante jurisprudencia ha señalado en relación con el derecho a la igualdad que éste se constituye en el fundamento insustituible del ordenamiento jurídico, que emana de la dignidad humana debido a que se deriva del hecho de reconocer que todas las personas, en cuanto lo son tienen derecho a exigir de las autoridades públicas un mismo trato y por lo tanto merecen la misma consideración con independencia de la diversidad que surja entre ellas, por ejemplo, por motivos como la raza, el sexo, el color, el origen o las creencias.²⁷

Ahora bien, de conformidad con el desarrollo jurisprudencial de este derecho y los avances doctrinarios en este campo, según la sentencia mencionada, existen algunos criterios para determinar en qué casos las distinciones fundadas en ciertos parámetros resultan contrarias a los valores constitucionales. Así, son discriminatorios los términos de comparación cuyo fundamento sea el sexo, la raza, el origen social, familiar o nacional, la lengua, la religión y la opinión política o filosófica o, en términos generales, cualquier motivo discriminante que produzca perjuicios o estereotipos sociales cuyo propósito sea la exclusión de un grupo de individuos de algunos beneficios. En suma, para determinar si un trato diferenciado constituye o no un acto discriminatorio debe comprobarse, en primer lugar, si tiene o no como sustento al menos uno de los criterios prescritos por la jurisprudencia y la doctrina constitucional, y en segundo término, si dicho trato resulta constitucionalmente válido.

27 Corte Constitucional. (2002). sentenciaT-619/02. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Conforme a los anteriores parámetros conceptuales, la Corte ha definido a la discriminación como:

“un acto arbitrario dirigido a perjudicar a una persona o grupo de personas con base principalmente en estereotipos o prejuicios sociales, por lo general ajenos a la voluntad del individuo, como son el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, o por razones irrelevantes para hacerse acreedor de un perjuicio o beneficio como la lengua, la religión o la opinión política o filosófica (...) El acto discriminatorio es la conducta, actitud o trato que pretende - consciente o inconscientemente - anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas, con frecuencia apelando a preconcepciones o prejuicios sociales o personales, y que trae como resultado la violación de sus derechos fundamentales. || Constituye un acto discriminatorio, el trato desigual e injustificado que, por lo común, se presenta en el lenguaje de las normas o en las prácticas institucionales o sociales, de forma generalizada, hasta confundirse con la institucionalidad misma, o con el modo de vida de la comunidad, siendo contrario a los valores constitucionales de la dignidad humana y la igualdad, por imponer una carga, no exigible jurídica ni moralmente, a la persona”²⁸.

De lo anteriormente expuesto se puede concluir que al efectuarse un trato desigual con fundamento en alguna de las pautas citadas, se vulnera de manera manifiesta y arbitraria el Texto Fundamental, siendo deber del juez de tutela efectuar un análisis juicioso con el propósito de establecer sus causas y, como consecuencia, definir las medidas para enmendar la irregularidad. En relación con este tema, este Tribunal ha reconocido al mecanismo de amparo constitucional como el medio judicial más apto para remediar los actos de discriminación²⁹.

En reiterada jurisprudencia, la Corte se ha ocupado del tema de la orientación sexual como criterio indicador de un trato diferenciado. De manera general ha señalado que la específica orientación sexual de un individuo se erige en un asunto que se circunscribe dentro del ámbito de la autonomía individual que le permite adoptar sin coacciones ajenas, los proyectos de vida que

28 Corte Constitucional. (2004) Sentencia C-106 de 2004, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández

29 Corte Constitucional.(2005) Sentencia T-1090/05. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

considere pertinentes siempre y cuando con ellos no se vulnere el orden jurídico y los derechos de los demás³⁰. Este Tribunal en Sentencia C-481 de 1998³¹, frente al particular manifestó:

“(...) la específica orientación sexual de un individuo constituye un asunto que se inscribe dentro del ámbito de autonomía individual que le permite adoptar, sin coacciones ajenas, los proyectos de vida que considere pertinentes, siempre y cuando, con ellos, no vulnere el orden jurídico y los derechos de los demás.³² Así, la doctrina constitucional ha señalado que la Carta eleva a derecho fundamental “la libertad en materia de opciones vitales y creencias individuales”, lo cual implica “la no injerencia institucional en materias subjetivas que no atenten contra la convivencia y organización social. Es evidente que la homosexualidad entra en este ámbito de protección y, en tal sentido, ella no puede significar un factor de discriminación social.”

Igualmente, señaló que cuestionan los principios básicos del Estado Social de derecho y vulneran los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad, las consideraciones que tienden a otorgar un trato diferente y excluyen el goce efectivo de ciertos derechos a algunos ciudadanos en razón a su condición sexual.

Así mismo, este Tribunal en la Sentencia T-268 de 2000³³, de manera enfática señaló que siendo el Estado garante del ejercicio plural de los derechos en la sociedad debe no solamente permanecer neutral frente a las opciones sexuales de los individuos que no vulneren derechos de terceros sino que debe amparar los derechos fundamentales frente a las decisiones administrativas que discriminen a un sujeto o grupo de ellos con ocasión de la opción sexual escogida.

Tal y como quedó dicho, conforme a la Constitución Política, todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, y deben gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin que sea admisible ninguna discriminación, entre otras, por razones de sexo.

Bajo los anteriores parámetros, se concluye que en el momento de contratar, no debe haber diferencia alguna en razón del sexo, raza, categoría social y que el trato diferente está reservado para fenómenos

30 Corte Constitucional. (1998) Véanse sentencias T-097/94, T-539/94, T-569/94, T-093/95, C-098/96 y T-101/98.

31 Corte Constitucional. (1998). C-481-1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

32 Corte Constitucional. (1998) Sentencia ST-101/98 MP. Fabio Morón Díaz.

33 Corte Constitucional.(2000) Sentencia T-268 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

que puedan presentarse, no obstante que se fundamente en motivos razonables que justifiquen la diferencia.³⁴

Es así como teniendo clara la situación de los derechos laborales de los transexuales, desde un estudio normativo, jurisprudencial y sociojurídico, a continuación se precisará acerca de las consecuencias jurídicas de la cirugía de reasignación de sexo en una persona empleada o desempleada abordando aspectos desde el derecho de pensión, seguridad social, licencias así como otros.

La ley 100 de 1993, con sus respectivas modificaciones regula el tema de pensiones. En su artículo 33 contiene los requisitos para acceder a la pensión de vejez entre los cuales se destaca: Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o sesenta 60 años de edad si es hombre y haber cotizado un mínimo de 1.000 semanas en cualquier tiempo. No obstante en el párrafo 4 del mismo artículo se realiza una aclaración que consiste en que a partir del primero (1o.) de enero del año dos mil catorce (2014) las edades para acceder a la pensión de vejez se reajustarán a cincuenta y siete (57) años si es mujer y sesenta y dos (62) años si es hombre.

Ante estos requisitos surge la primera consecuencia que hemos de tratar, la cual obedece a los siguientes supuestos facticos: un trabajador transexual comienza a cotizar al sistema de pensiones bajo el régimen de prima media , una vez empieza su vida laboral, la cotización la realiza siendo un hombre por varios años, y mucho años antes de tener la edad para acceder al derecho de pensión, se le realiza la cirugía de reasignación de sexo ,de igual forma realiza el cambio de nombre y de sexo , lo cual comunica a su fondo de pensiones , que para este caso será el del régimen de prima media. Una vez llegada la edad de pensión surge la pregunta ¿se deberá pensionar con el requisito de edad de los hombres o con el de mujer?

Teniendo en cuenta que existe un vacío jurídico- legislativo sobre lo anterior y la Corte Constitucional aún no se ha pronunciado sobre el tema nos atreveremos a proponer soluciones teniendo en cuenta algunos principios propios del estado social de derecho y laborales.

Primeramente es menester decir que el sistema general de pensiones ofrece un trato diferencial de acuerdo al género, desde el punto de vista de la edad para acceder al derecho de pensión.

34 Corte Constitucional.(2002) Sentencia T-322/02. M.P. Álvaro Tafúr Galvis.

Partiendo de este supuesto un trabajador sin importar que sea dependiente o independiente que ostenta el género masculino o femenino y que cotiza al sistema general de pensiones deberá ceñirse a la edad que la ley 100 de 1993 exige para acceder al derecho pensional.

Teniendo en cuenta lo antes dicho, a nuestro juicio no constituye óbice que un trabajador transexual, que ha cotizado al sistema en calidad de hombre o mujer luego de la cirugía de reasignación de sexo y el proceso de cambio de nombre y de sexo y habiendo comunicado a su régimen pensional de forma oportuna todos los cambios jurídicos que haya tenido, obtenga su derecho pensional con el requisito de edad de las mujeres o de los hombres, siempre y cuando no exista un derecho adquirido o una expectativa legítima.

Aunque la solución dada parece irradiar el principio de la igualdad y de la equidad conllevaría a un problema, el cual obedece al límite de tiempo en el que el trabajador transexual deberá realizarse el procedimiento quirúrgico de reasignación de sexo y todos los trámites judiciales para el cambio de sexo y nombre, ya que el fondo de pensiones del régimen de prima media no podrá estar en una inseguridad jurídica, desde el punto de vista de los requisitos de edad con el que deberá pensionar a dicho trabajador. Ante lo cual consideramos que si ya existe un derecho adquirido o una expectativa legítima de derecho pensional deberá pensionarse conforme a la edad del sexo con el que empezó a cotizar.

Otro problema que es de menester mencionar, es el de trabajadores transexuales que son sujetos del régimen de transición y que al momento de entrar en vigencia la ley 100 de 1993 (1 de abril de 1994) no se le había realizado la cirugía de reasignación de sexo, tendrán como requisito de edad de 35 o más años si son mujeres o 40 o más años si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados.

No obstante surge la duda de que si el trabajador transexual se le realizó la cirugía e hizo los procedimientos judiciales pertinentes antes del 1 de abril de 1994, ante esta situación consideramos que él podrá acogerse al requisito de edad del sexo que se le ha reasignado mediante cirugía y mediante los trámites judiciales, siempre y cuando lo haya comunicado a su régimen pensional al entrar en vigencia la ley 100 de 1993, pero si no lo comunico consideramos que deberá pensionarse con la edad del sexo que adquirió la expectativa legítima de derecho pensional.

Respecto a la licencia de maternidad y paternidad las personas que se le ha realizado cirugía de reasignación de sexo, y de igual forma cambio de sexo y nombre en el registro civil por medio del procedimiento de cambio de sexo y de nombre ante la jurisdicción civil, podrán acceder a la licencia de maternidad o paternidad de acuerdo a lo establecido en la ley en caso de adoptar a una persona de manera individual o de forma conjunta con su compañera o compañera permanente o con su cónyuge.

Por lo anterior se hace necesario que se legisle respecto al tema, ya que como realidad jurídica, es uno de los temas de los cuales tendrá que ocuparse los organismos judiciales en los próximos años.

4.5 DESDE EL DERECHO PENAL LEY 906 DE 2004 Y LEY 599 DE 2000

El artículo 4 de la ley 906 de 2004, establece que es obligación de los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger, especialmente, a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

El sexo, la raza, la condición social, la profesión, el origen nacional o familiar, la lengua, el credo religioso, la opinión política o filosófica, en ningún caso podrán ser utilizados dentro del proceso penal como elementos de discriminación.

De lo anterior se deduce que la comunidad LGTBI, más exactamente la población transexual no puede ser objeto de discriminación por parte de los servidores públicos, teniendo de presente las autoridades policiales, las autoridades penitenciarias o de las instituciones carcelarias.

Sin embargo la realidad de nuestro país demuestra algo totalmente diferente a lo establecido por la norma, ya que existen violaciones constante y permanentes a este grupo, por lo que las altas cortes a través de fallos jurisprudenciales han reivindicado los derechos de este grupo poblacional y es así que en la Corte Constitucional (2004) Sentencia T-1096 de 2004, se protege la dignidad e integridad sexual de un hombre homosexual privado de la libertad, que por su orientación sexual, había sido víctima permanente de violación, sin que las autoridades del INPEC lo protegieran.³⁵

35 Corte Constitucional (2004) Sentencia T-1096 MP: Manuel Cepeda Espinosa

En este caso se resalta cómo la discriminación basada en la orientación sexual puede contribuir a un proceso de deshumanización de la persona que es víctima de ella y la forma en que se consolida como condición primaria de una situación de tortura y maltrato. En el análisis de este caso, la Corte insistió que la homosexualidad no puede servir de pretexto válido para que el Estado deje de proteger los derechos a la dignidad humana, la vida, la integridad física, la libertad sexual y salud, y por ende, se establecen obligaciones para el Estado específicamente el INPEC, de tomar las medidas necesarias para evitar la continuación de violaciones en el caso concreto, además determinó que la falta de protección a los reclusos genera responsabilidad administrativa del Estado.

Por otro lado, en Sentencia T-499 de 2003, una reclusa de un centro carcelario a quien le conceden un permiso mensual de 72 horas solicita autorización para realizar visita íntima a otra reclusa que se encuentra en otro establecimiento penitenciario, durante sus jornadas de permiso. El instituto carcelario niega esta autorización fundada en que es requisito para ingresar la cédula de ciudadanía y el certificado judicial, y como quiera que la reclusa carecer de este, no se le otorgó tal autorización.³⁶

Por lo que las reclusas interpusieron acción de tutela ya que consideran vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad de las internas, en razón de que no les permiten las visitas homosexuales que estas solicitan. La Corte termina por conceder el amparo constitucional señalando que las autoridades carcelarias bien pueden exigir a quienes pretendan ingresar a los establecimientos carcelarios, cualquiera fuere el motivo, la cédula de ciudadanía y el certificado judicial, a fin de adoptar medidas consecuentes con el mantenimiento del orden y de la disciplina carcelaria, salvo que la exigencia de los aludidos documentos limite los derechos constitucionales de los visitantes e internos hasta desconocerlos.

Así mismo y a pesar de que en la Sentencia T-274 de 2008, los accionantes no eran homosexuales, sino una pareja heterosexual que reclamaba el derecho a visita íntima, la Corte recordó que las uniones entre personas con identidad sexual también son titulares del derecho a la visita íntima del convicto, en tal sentido, esta Corporación señaló que la orientación sexual de las personas privadas de su libertad, no constituye una justificación razonable y proporcional a la luz de la Constitución y las leyes, para impedir la visita íntima. En consecuencia, a fin de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales de los reclusos y de sus visitantes, particularmente de su derecho

36 Corte Constitucional (2003) Sentencia T-499 de 2003.

fundamental a la igualdad, la jurisprudencia constitucional ha estimado que las autoridades penitenciarias y carcelarias deben garantizar el ejercicio del derecho a la visita íntima de las parejas homosexuales.³⁷

Ahora bien, teniendo clara la situación de la comunidad LGTBI, más exactamente de la población transexual, pasemos a realizar un análisis desde la óptica del derecho penal de las consecuencias jurídicas del procedimiento médico-quirúrgico de reasignación de sexo y del proceso de cambio de nombre y sexo.

Primeramente hay que decir que la dinámica procesal penal se inicia con la presentación de una denuncia, querrela, investigación de oficio o a petición del ministerio público y que sólo se vincula a la parte que se indaga o investiga, a través del procedimiento conocido como formulación de la imputación.

El artículo 288, de la ley 906 de 2004 establece que el fiscal al formular imputación esta contendrá lo siguiente:

1. Individualización concreta del imputado, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones.
2. Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible, lo cual no implicará el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información en poder de la Fiscalía, sin perjuicio de lo requerido para solicitar la imposición de medida de aseguramiento.
3. Posibilidad del investigado de allanarse a la imputación y a obtener rebaja de pena de conformidad con el artículo 351.

El primer requisito tiene un carácter importante desde el ámbito de la cirugía de reasignación de sexo y del proceso voluntario de cambio de nombre y sexo, ya que el fiscal deberá individualizar de forma concreta al imputado, a través del nombre, apellidos y datos que sirvan para identificarlo. Si bien es cierto que el nombre y los apellidos identifican a la persona, no es menos

³⁷ Corte Constitucional (2008) Sentencia T-274 de 2008,

importante acentuar que las características morfológicas permiten una individualización concreta, aunada al nombre y al apellido.

Teniendo en cuenta lo anterior, el fiscal que lleva la investigación al momento de individualizar al indiciado deberá hacerla congruente con la individualización que realice del imputado, ya que la validez de la audiencia preliminar de formulación de imputación podría verse afectada, si la defensa solicitare que se declare desierta la formulación de la imputación por no haberse individualizado correctamente al imputado, estando obligado el juez de control de garantías a conceder tal solicitud de la defensa, en razón de la falta de congruencia en la formulación imputación.

La anterior situación podría presentarse a luz de un proceso penal, cuando una persona transexual que funge como indiciada y se ha individualizado debidamente, antes que se le formule imputación en la respectiva audiencia, ha sido intervenida de forma quirúrgica para reasignación su sexo y de igual forma ha recurrido al cambio de su nombre y sexo mediante el procedimiento de jurisdicción voluntaria estipulada por el Código de Procedimiento Civil, por lo que se presentaría una discordancia entre la individualización material que reposa en la formulación de la imputación y la real que es la que representa el imputado.

A nuestro juicio, si la persona es citada con el nombre anterior, el fiscal no podrá formular imputación de cargos en la audiencia, sin antes corregir la individualización, que muy a pesar de corresponder a la misma persona que ostenta el mismo número de cedula y la misma huella dactilar, sus características morfológicas y fenotípicas han variado y por ello ha de dejarse claro en esa formulación, que el indiciado se ha realizado tal procedimiento quirúrgico de reasignación de sexo y además ha cambiado su nombre y sexo.

La anterior situación también podría ser óbice, en cuanto a las declaraciones de testigos y pruebas anticipadas que tenga el fiscal, sino se deja sentado que hubo un cambio a nivel morfológico del imputado.

Por otro lado es menester dejar sentado que una vez realizada la salvedad, de que la persona imputada ha cambiado de sexo y de nombre, las demás actuaciones que se surtan en el proceso deberán estar permeadas de esta justificación, por lo que actuaciones como el registro personal,

establecido en el artículo 248 de la ley 906 de 2004 , que instituye que para practicar este registro se designará a persona del mismo sexo, guardándose con ella toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana. Ante lo cual, se deja establecido que una vez la persona transexual se le haya realizado el procedimiento quirúrgico de reasignación de sexo y de igual modo de cambio de nombre y sexo, esta diligencia judicial sólo podrá ser realizada por una persona que tenga el mismo sexo de esta.

De igual forma en lo concerniente a la captura o a la imposición de medidas de aseguramiento, el juez de control de garantías después de concederla al fiscal, deberá tener en cuenta que el lugar hacia donde se vaya a remitir el imputado, corresponderá con su sexo, es decir que si es femenino habrá que remitirlo a un lugar de reclusión para mujeres, en tanto si ostenta el sexo masculino deberá ser enviado a un lugar de reclusión para hombres, lo mismo ha de ser una vez se halla proferido condena.

En cuanto a sentencias de condena que se hallen ejecutoriadas con el nombre anterior y con la individualización anterior, estas no perderán su firmeza en razón del condenado por haber realizado el procedimiento quirúrgico de reasignación de sexo y el cambio de nombre y sexo, pero lo que sí es menester anotar ante la carencia de bibliografía sobre este punto, resulta necesario admitir que el trato que habrá que darle a ese condenado deberá ser al sexo que ostenta en aplicación a los principios constitucionales del libre desarrollo de la personalidad , igualdad y dignidad humana.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Desde la amplitud del derecho y teniendo como un hecho jurídico el cambio de sexo concretamente la cirugía de reasignación de sexo, debemos considerar todas las consecuencias jurídicas que de ellas se desprenden, por lo que a modo de conclusión tenemos que:

1. El ordenamiento jurídico necesita de un aspecto más formal y técnico para conceder cirugías de reasignación de sexo, es decir requiere de instrumentos jurídicos que hagan

viable esta solicitud a través de procesos más especializados y más regulados, no a través de tutelas que a fin de cuentas no resulta un mecanismo idóneo dado a la especificidad del tema, requiere de mayor valoración.

2. Si bien es cierto que para fijar las formalidades empleadas en la solicitud de cambio de sexo en el estado civil se requiere de la remisión a los estatutos procesales, en lo estatuido a la generalidad de la jurisdicción voluntaria no resultaría del todo convincente, debido a la especialidad de este tipo de procedimiento, y también a la envergadura que conlleva la materialización del derecho de libre desarrollo de la personalidad en reconocimiento de la identidad y diversidad sexual por vía jurídico procesal. Por lo que se recomienda una mayor regulación dado al número de dudas e interrogantes que se suscitan de este proceso a causa de los vacíos jurídicos.
3. Para que prospere la pretensión principal de la demanda de cambio de sexo en el estado civil resulta necesario haberse realizado la cirugía de reasignación de sexo, por ser el sexo un hecho objetivo del estado civil y además porque en este proceso únicamente se persigue que jurídicamente sea viable el cambio de sexo, es decir que la pretensión principal va encaminada a modificar el género. Por lo que se recomienda regular este aspecto ya que no existe regulación expresa del tema, y lo se puede desprender e interpretar en la actualidad es por vía de los pronunciamientos dictados por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia y en un entendido sistemático.
4. La jurisdicción competente para el proceso de cambio de sexo en el estado civil es la jurisdicción ordinaria en su especialización civil- familia mediante un proceso de naturaleza voluntaria, mientras que el proceso para solicitar cirugía de reasignación de sexo, es de naturaleza contenciosa y la jurisdicción competente es la ordinaria en su especialización laboral.
5. Las personas transexuales para materializar sus prerrogativas y facultades constitucionales deberán acudir a tres procesos, uno ordinario contencioso laboral, en que obtendrán autorización para la cirugía de reasignación de sexo y dos voluntarios ante el juez de familia para el cambio de nombre y por otro lado el cambio de sexo en el registro civil

respectivamente , a fin de constituir en un ser humano que a la luz de la dignidad humana logre su integralidad y así pueda lograr su autorrealización.

Por lo anterior recomendamos la unificación de los tres procesos en un proceso singular unificado , donde el demandante pueda solicitar cirugía de reasignación , cambio de nombre y de sexo en el registro civil, en razón de la economía procesal y la celeridad, pues bien el estado social debe garantizar que los ciudadanos puedan acudir a una administración de justicia que dé pronta respuesta a sus requerimientos sin dilaciones y así mismo se le dé un trato especial a la comunidad transexual permitiéndole realizar un trámite que persigue garantizar la correspondencia entre el sexo biológico-psicológico con el sexo legal.

6. En cuanto al tipo de pruebas necesarias que deberá aportar la personas transexual para este tipo de procesos y así poder lograr el convencimiento del operador judicial, estas no se hayan descritas en la ley. Por lo que recomendamos entender como pruebas necesarias para lograr el convencimiento del operador judicial , aquellas que fundamenten los hechos o las pretensiones de la demanda en cada uno de los tres procesos, tales como pruebas documentales tales como: registro civil de nacimiento, dictamen positivo o aval de un cirujano plástico de su Eps para realizar cirugía, dictamen médico siquiátra de que la persona no posee ninguna patología mental, negación del servicio por parte de su EPS y finalmente las que se determinen por ley en los procesos en general.
7. Son susceptibles de nulidad los contratos cuyo cambio de sexo e identificación afecte de forma determinante o hayan sido condición sine qua non para la celebración y ejecución. No dejando el tema solo desde la óptica de las nulidades sino que también desde la óptica de la responsabilidad pecuniaria por el respectivo incumplimiento.
8. Resulta necesario que el legislador tome cartas en el asunto y regule los efectos de la reasignación de sexo en los casos de filiación en lo concerniente a la descendencia e igualmente, la consiguiente incidencia en el régimen de la patria potestad, donde ha de entrar el juez competente, que para este caso, es el juez de familia, a otorgar de acuerdo a los elementos probatorios que medien en el proceso y a su discrecionalidad, la patria potestad al más apto para la crianza y sostenimiento de los hijos.

9. Los transexuales una vez reasignados quirúrgicamente y habiéndosele establecido su sexo tendrán la posibilidad de contraer matrimonio civil, ya que no contrarían el concepto de familia establecido en el código civil y en la constitución, en el que se deja claro la unión de un hombre y una mujer. Debido a que la persona transexual deja de serlo por la asignación que el ordenamiento jurídico le hace y ya no se encuentra en ese tránsito, sino que por el contrario es hombre o es mujer, lo cual determina la validez del matrimonio por la existencia de todos los requisitos de fondo positivo, ausencia de los requisitos de fondo negativos, ostentar cada contrayente sexo diferente y no contrariar lo preceptuado en el artículo 113 del código civil colombiano y en la constitución.
10. La relación que se funde entre dos personas por lazos de amor y afinidad no obliga ni siquiera jurídicamente al otro a contarle la historia de su presente o pasado, ya que la relación fundada en lazos de afecto debe trascender desde la órbita de lo moral a lo jurídico por la decisión libre y espontánea de los contrayentes y no por meras exigencias jurídicas. La posibilidad que le queda al contrayente desconocedor del pasado de su pareja antes de realizar el matrimonio o la unión, atendiendo a su libre desarrollo de la personalidad y al derecho de la autonomía individual es no realizar tal negocio jurídico de matrimonio o habiéndolo realizado alegar la causal número 1 del artículo 140 del código civil por la incapacidad de engendrar o concebir que tiene la otra persona y así que se declare la nulidad relativa de la actuación.
11. La obligación del médico cirujano en cuanto a la cirugía de reasignación de sexo es de resultado. Por ser el transexualismo, no una patología sino una condición, dándosele al procedimiento médico-quirúrgico de reasignación de sexo el trato de cirugía estética.
12. un trato desigual en relación con una persona perteneciente a la condición de transexual vulnera de manera manifiesta y arbitraria el Texto Fundamental, siendo deber del juez de tutela efectuar un análisis juicioso con el propósito de establecer sus causas y, como consecuencia, definir las medidas para enmendar la irregularidad. Por lo que el mecanismo de amparo constitucional es el medio judicial más apto para remediar los actos de discriminación.

13. Al momento de contratar, no debe haber diferencia alguna en razón del sexo, raza, categoría social y que el trato diferente está reservado para fenómenos que puedan presentarse, no obstante que se fundamente en motivos razonables que justifiquen la diferencia.
14. No constituye óbice que un trabajador transexual, que ha cotizado al sistema en calidad de hombre o mujer luego de la cirugía de reasignación de sexo y el proceso de cambio de nombre y de sexo y habiendo comunicado a su régimen pensional de forma oportuna todos los cambios jurídicos que hay tenido, obtenga su derecho pensional con el requisito de edad de las mujeres o de los hombres, ya que no fue por voluntad del trabajador transexual, comenzar a cotizar como hombre o mujer, sino que ante la no atención oportuna por parte del sistema de seguridad social y la somnolencia del legislativo, este no pudo obtener su cambio con prontitud y empezar a cotizar desde que comenzó su vida laboral con el sexo que realmente sentía. Siempre y cuando no exista un derecho adquirido o una expectativa legítima de derecho pensional, ya que deberá pensionarse conforme a la edad del sexo con el que empezó a cotizar.
15. En cuanto a trabajadores transexuales sujetos del régimen de transición y que al momento de entrar en vigencia la ley 100 de 1993 (1 de abril de 1994) no se le había realizado la cirugía de reasignación de sexo, tendrán como requisito de edad de 35 o más años si son mujeres o 40 o más años si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. No obstante si el trabajador transexual se le realizó la cirugía e hizo los procedimientos judiciales pertinentes antes de 1 de 1994, podrá acogerse al requisito de edad del sexo que se le ha reasignado mediante cirugía y mediante los trámites judiciales, siempre y cuando lo haya comunicado a su régimen pensional al entrar en vigencia la ley 100 de 1993, pero si no lo comunico deberá pensionarse con la edad del sexo que adquirió la expectativa legítima de derecho pensional.
16. En lo referente a la licencia de maternidad y paternidad las personas que se le ha realizado cirugía de reasignación de sexo, y de igual forma cambio de sexo y nombre en el registro civil por medio del procedimiento de cambio de sexo y de nombre ante la jurisdicción civil, podrán acceder a la licencia de maternidad o paternidad de acuerdo a lo

establecido en la ley en caso de adoptar a una persona de manera individual o de forma conjunta con su compañera o compañera permanente o con su cónyuge.

17. Por todo lo anterior se hace necesario que se legisle respecto al tema, ya que como realidad jurídica, es uno de los temas de los cuales tendrá que ocuparse los organismos judiciales en los próximos años.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACHÁVAL, Alfredo (1983). *Responsabilidad civil del médico. Libertad, verdad y amor en una profesión*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 24.

Agencia de Evaluación de Tecnologías Sanitarias de Andalucía, Consejería de Salud. Junta de Andalucía (1999). *Problemática de salud ligada a la transexualidad en*

Andalucía. Posibilidades de abordaje e inclusión entre las prestaciones del sistema sanitario público de Andalucía.

ALPA, Guido (2006). *Nuevo tratado de la responsabilidad Civil*. Traducción y notas de Leysser León, Jurista Editores, mayo , p. 900.

Alterini. J.H. (2002). La responsabilidad de los profesionales. Editorial: Ara Editores. Pág. 462

American Psychiatric Association. (1994). DSM-IV: Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders.

Benjamin, H. (1966). The Transexual Phenomenon. Nueva York, Julian Press. The Psychoanalytic Review. Volumen 53D, 286.

Brissom L (1973).: Bisexualité et médiation en Grèce ancienne. Nouvelle Revue de Psychanalyse.;VII, 27-48.

Brisson L(1997).: Le sex incertain. Androgynie et hermaphrodisme dans l'Antiquité Gréco-Romaine. Les Belles Lettres. Paris.

Chiland, C.(1999). Cambiar de sexo. Madrid. Editorial Biblioteca Nueva.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Subsección C. (2012). C.P: Olga Melida Valle De De La Hoz. Radicación número: 23001-23-31-000-1998-00359-01(21722) Bogotá D.C. siete (07) de junio

Corte Constitucional (1993) Sentencia T-594 MP: Vladimiro Naranjo Mesa

Corte Constitucional(1994), en sentencia T-504 de 1994. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia T-097/94 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional (1994). Sentencia T-539/94 MP: Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional (1994). Sentencia T-569/94 MP: Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional (1995). Sentencia T-093/95 MP: Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional (1996). Sentencia C-098/96 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional (1994). Sentencia T-539/94 MP. Vladimiro Naranjo Mesa

Corte constitucional (1994). Sentencia T-569/94 (MP. Hernando Herrera Vergara

Corte Constitucional (1995). Sentencia T-037/95 (MP. José Gregorio Hernández Galindo

Corte Constitucional (1995). Sentencia T-290/95 (MP. Carlos Gaviria Díaz)

Corte Constitucional (1996). Sentencia C-098/96 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz

Corte Constitucional. (1998) Sentencia ST-101/98 MP. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional. (1998). C-481-1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional.(2000) Sentencia T-268 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte constitucional (2002). Sentencia T-322/02. M.P. Álvaro Tafúr Galvis

Corte Constitucional. (2002). sentenciaT-619/02. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte suprema de justicia sala de casación civil. (2002) Sentencia 13 de septiembre MP: Nicolás Bechara Simancas.

Corte Constitucional (2003) Sentencia T-499 de 2003.

Corte Constitucional. (2004) Sentencia C-106 de 2004, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional (2004) Sentencia T-1096 MP: Manuel Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional.(2005) Sentencia T-1090/05. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional (2006) sentencia C-355 MP: Clara Inés Vargas Hernández; Jaime Araujo Rentería

Corte Suprema de Justicia. Sala De Casación Civil. Magistrado Ponente: Arturo Solarte Rodríguez. Bogotá D. C., veintiocho (28) de noviembre de dos mil siete (2007). Ref: 1100122030002007-01501-01.

Corte Constitucional (2008) Sentencia T-274 de 2008.

Corte Constitucional (2009) Sentencia T-388 MP: Humberto Sierra Porto.

Corte Constitucional (2009) Sentencia T-209 MP: Clara Ines Vargas Hernández.

Corte Constitucional (2010). Sentencia T-452/10. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (2005). Sentencia de 19 de diciembre.

Corte Constitucional (2011) C-511 MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Corte Constitucional (2011) Sentencia C-577 MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil. (2011). Sentencia de 17 de noviembre. M.P. William Namén Vargas.

Corte Constitucional. (2011) Sentencia T-314/11. M.p Magistrado Ponente: JORGE IVAN PALACIO PALACIO.

Cox C(1966).: The Enigma of the Age: The Strange Story of the Chevalier d'Eón. Longmans. London.

CRISTÓBAL MONTES Javier (2006) citado por Lorenzetti, Ricardo Luis. “La responsabilidad médica”. En:*Responsabilidad Civil. Derecho de Daños*. Tomo V, Editorial Grijley, Lima; p. 154.

Disponible en <http://m.elespectador.com/noticias/judicial/articulo-402821-corte-constitucional-permitio-un-transexual-cambiar-su-nombre-se> desde 5 de julio de 2013.

Disponible en <http://soachailustrada.com/sociedad/corte-constitucional-ordena-a-traves-de-un-fallo-realizar-cirugia-de-cambio-de-sexo-a-joven-de-soacha/> desde el 5 de julio de 2013.

Disponible en: http://www.registraduria.gov.co/Informacion/man_reg_civ.pdf desde el 7 de julio de 2013.

Disponible en www.unisimonbolivar.edu.co/publicaciones/index.php/justicia desde el 10 de julio de 2013.

Disponible en <http://m.elespectador.com/noticias/judicial/articulo-402821-corte-constitucional-permitio-un-transexual-cambiar-su-nombre-se> desde el 5 de julio de 2013.

Disponible en <http://soachailustrada.com/sociedad/corte-constitucional-ordena-a-traves-de-un-fallo-realizar-cirugia-de-cambio-de-sexo-a-joven-de-soacha/> desde el 5 de julio de 2013.

Disponible en <http://www.colectivodeabogados.org/En-Colombia-es-patente-la> desde 5 de julio.

Disponible en <http://www.geocities.com/lesbianasbogota/encuestan.htm> desde el 5 de julio de 2013.

Disponible en <http://www.chueca.com/articulo/el-trastorno-de-identidad-de-genero-desaparece-del-dsm-v> desde el 3 febrero de 2014.

Disponible en <http://www.ama-med.org.ar/revistas/2006-3/especialidades_medicas.pdf> desde el 4 de febrero.

Disponible en <<http://www.colectivodeabogados.org/En-Colombia-es-patente-la>>desde el 4 de febrero.

De La Puente; El artículo 1762 del Código Civil peruano” en: “Responsabilidad Civil.

GALÁN CORTÉS, Julio César (2003). “Responsabilidad civil médica”. En: *La responsabilidad civil del profesional*. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, p. 181.

GALIACHO PERONA, Javier Lopez (1998)” *La problemática jurídica de la transexualidad*, McGraw-Hill, Madrid, pp.277 y ss.

Graille P (2001).: Les Hermaphrodites. Aux. XVIII et XVIII gièdes. Les Belles Lettres. Paris.

FRANZONI, Massimo (2001). “La responsabilidad en las obligaciones de medios y en las obligaciones de resultado”. En: *Estudios sobre la responsabilidad civil*. Traducción y edición al cuidado de Leysser León. Ara Editores, noviembre.

Lorenzetti, Ricardo L. (1997) *Responsabilidad civil de los médicos*, tº II. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni; p.289.

LORENZETTI (2005), Ricardo Luis. *Responsabilidad civil de los médicos*. Editorial Grijley, Lima, ; p. 134.

Martínez, J Pereda, R citado por CORNET, Manuel: “La responsabilidad civil del cirujano plástico”. En:

<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artresponsabilidadcivilciruplastico/at_download/file> (consultado el 04/04/2012)

Marcus R. (1961) (ed.): *Philo Questions and Answers on Genesis I. 40*. William Heimemann. London.

Morales Acacio Alcides (1996) *Derecho de familia: compilación legislativa, tratados, declaraciones y convenios sobre menores*, editorial leyer pag--

Organización Mundial de la Salud. (1992). *CIE-10: The ICD-10 Classification of Mental and Behavioural Disorders, Diagnostic criteria for research*

Racster O, Grove J, Dr. James Barry (1932).: *Her secret story*. Gerald Howe. London.

Red Nosotras LBT (2005) *La invisibilidad aseguraba el puchero: lesbianas y discriminación laboral en América Latina, con énfasis especial en Colombia, Bolivia, Brasil, Honduras y México*. Buenos Aires.

Trigo,F.(1996). *Responsabilidad civil del abogado*. Buenos Aires. Editorial Hammurabi. Pág. 140.