

## EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y CAMBIO DE SEXO: EL TRANSEXUALISMO

Germán LOZANO VILLEGAS

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El cambio de sexo en el derecho comparado*. III. *El libre desarrollo de la personalidad: derecho a la identidad sexual*. IV. *Consentimiento informado como expresión de la autonomía individual*.

### I. INTRODUCCIÓN

El presente escrito tiene por objeto hacer una aproximación a los interrogantes que se plantean en torno a sí el cambio de sexo o “transsexualismo” constituye una forma de realización de los derechos de libertad individual, principalmente, el libre desarrollo de la personalidad; o si se trata de una decisión que afecta garantías individuales o de terceros, es decir, si la decisión soberana de una persona adulta y capaz de cambiarse el sexo bajo la justificación de cumplir una opción vital propia y lograr un postulado de autonomía individual es acorde con los postulados constitucionales.

Este tema ha sido tratado por el derecho comparado, particularmente, por el europeo. En Colombia, aun cuando no ha sido objeto de tratamiento expreso ni por la legislación ni por la jurisprudencia, si se encuentra en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en nuestro criterio, dos importantes fundamentos para su análisis y justificación constitucional: el primero de ellos corresponde a la llamada identidad sexual, como vertiente del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, y el segundo, el denominado consentimiento informado, como autorización exclusiva del paciente para el caso de intervenciones quirúrgicas en las que se protege su voluntad, autonomía y dignidad humanas.

Metodológicamente, el presente trabajo se articulará de la siguiente manera: en una primera parte se hará mención a la problemática de la transexualidad y aspectos generales, en segundo lugar, se dará breve cuenta de la cuestión en el derecho comparado, como tercero y último punto se traerán reflexiones de la jurisprudencia constitucional colombiana en cuanto a la identidad sexual y con relación al consentimiento informado como sub-reglas del principio general de libertad, esto permitirá extraer algunas conclusiones.

### *1. Aspectos generales de la transexualidad*

La posibilidad de que una persona pueda cambiar por voluntad propia de sexo es una circunstancia que toca indiscutiblemente con varios tópicos: físicos, psíquicos, morales, sociales, religiosos, científicos y desde luego jurídico-constitucionales. De ahí que, para el estudio de esta materia sea necesario un estudio y análisis interdisciplinario que permita abordar desde una óptica muy completa y abierta ésta temática. Es necesario advertir que el transexualismo no es objeto de tratamiento directo por el derecho —ya que se relaciona directamente con otras ciencias— sino reflejo en la medida que compromete derechos y garantías fundamentales.

Desde el punto de vista jurídico el presente estudio abordará el alcance de los derechos fundamentales involucrados con el cambio de sexo, como son: libertad personal, integridad física, derecho a la salud, derecho a la identidad sexual, libre opción sexual, entre otros. Por esta razón, los aspectos físicos y psíquicos de la persona serán de especial consideración, así como los descubrimientos y avances científicos en la materia. En consecuencia, las vicisitudes morales y religiosas se dejan a consideración de dichas disciplinas.

Antes que todo, es necesario hacer una precisión terminológica en cuanto a qué se entiende por transexualismo: puede afirmarse que la persona transexual es aquella que por su propia voluntad ha decidido cambiar su aspecto morfológico mediante tratamientos hormonales e intervención quirúrgica para adoptar una identidad civil nueva, con su consecuente cambio de nombre y sexo. Es importante aclarar aquí que ésta mutación no se debe a razones patológicas, anormales o enfermizas. Se trata de una situación excepcional mas no anormal que le ocurre a una minoría (las estadísticas no son coincidentes: van desde una persona entre 20,000 hasta una entre

400,000) de seres humanos que presentan disparidad entre su sexo físico y psíquico: un dilema bastante delicado y complejo.

Igualmente, es importante aclarar que el término transexual es diferente de los siguientes conceptos: hermafroditismo o ambigüedad sexual, homosexualidad, travestismo, psicosis con trastorno de confusión en la identificación sexual, neurosis con ansiedad en relación con el propio rol genital, sadomasoquismo y grave sociopatía.<sup>1</sup> Aun cuando algunos estudios consideran que existe éste fenómeno desde hace aproximadamente 150 años,<sup>2</sup> solo hasta la actualidad (a partir de la década de los 80 hasta el presente) el transexualismo ha adquirido importancia social y jurídica, principalmente, por ser una minoría discriminada y marginada que reclama una postura desde la óptica de los derechos fundamentales y la dignidad humana, lo cual debe hacerse a partir de un tratamiento abierto, claro y completo del tema.

Hablar de cambio de sexo nos conduce inexorablemente a precisar éste último, a partir de la postura que se adopte, las consecuencias médico-científicas y jurídicas van a adquirir una connotación particular. En ese sentido, teóricamente se puede hablar de sexo biológico (físico y psíquico) y sexo jurídico.

### A. *Sexo biológico u orgánico*

Como su nombre lo indica éste tipo de sexo se relaciona directamente con las características naturales de la persona, ésta comprende dos aspectos principales: *a.* físicos y *b.* psíquico-sociales. Dentro del primero caso y siguiendo la clasificación de Toldrá Roca, pueden tenerse en cuenta los siguientes: 1. *Sexo cromosómico o genético* en relación con los cromosomas sexuales de la persona. 2. *Sexo cromatínico o nuclear* se refiere al material remanente de dos cromosomas X que están presentes en el sexo femenino, y uno sólo en el masculino. 3. *Sexo gonadal*, que corresponde a la presencia de gónadas en la persona (ovarios o testículos) 4. *Sexo morfológico*, significa la existencia de órganos genitales externos y características extra-

<sup>1</sup> Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel, "El transexualismo en el derecho español", *Actualidad civil*, núm. 16, 1989, p. 1182.

<sup>2</sup> Wacke, Andreas, "Del hermafroditismo a la transexualidad", *Anuario de derecho civil*, fascículo II, julio-septiembre, 1990, t. XLIII, p. 702.

genitales que diferencian ambos sexos.<sup>3</sup> Valga anotar que éste último criterio ha sido acuñado generalmente desde el punto de vista jurídico.

En el segundo caso, el sexo psico-social se aparta de las características netamente físicas de la persona y se refiere más “al aprendizaje de un comportamiento sexual considerado como normal, para uno u otro sexo en un contexto social”. En este punto existen dos enfoques importantes: 1. *Rol sexual o sexo social*: corresponde al encasillamiento que hacen las demás personas sobre la pertenencia de una persona a determinado sexo y 2. *Sexo psicológico o identidad sexual*: es el sentimiento interno de cada persona de formar parte de uno u otro sexo.<sup>4</sup> Esta identidad sexual en palabras de Peral Fernández “Alude sólo al sentimiento de pertenencia a uno u otro sexo orgánico, excluida por lo tanto cualquier consideración atinente a la orientación sexual; es decir, a la práctica homo o heterosexual de la persona en cuestión”.<sup>5</sup>

### B. *Sexo legal o jurídico*

Los ordenamientos jurídicos —en su mayoría— atribuyen el sexo a una persona con fundamento en el sexo morfológico, es decir, en la apreciación de los genitales del niño o niña al momento de su nacimiento, lo cual, en muchos casos, se toma inmodificable. Por ésta razón, cuando una persona decide cambiar su apariencia morfológica hacia el otro sexo —en muchos casos con tratamientos hormonales e intervenciones quirúrgicas— el tema desde el punto de vista jurídico suele ser complejo. En consecuencia, la indefinición que puede producirse a partir de ésta premisa —sexo legal=sexo físico— hace que el tema de la identidad sexual se convierta en un tema de desarrollo jurisprudencial.<sup>6</sup>

Independientemente de que se pueda absolver la pregunta en concreto: ¿qué constituye sexo?, considero que para el estudio de la transexualidad

<sup>3</sup> Toldrá Roca, María Dolores, *Capacidad natural y capacidad matrimonial. La transexualidad*, Barcelona, Cedecs Editorial S.L., 2000, pp. 107 y ss.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 108.

<sup>5</sup> Peral Fernández, Luis, “Concepto de sexo y discriminación por razón de sexo en el derecho social comunitario europeo: La contradictoria sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto Gran respecto de su jurisprudencia en el asunto P. / S., en Derechos y Libertades”, *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Madrid, Universidad Carlos III, año V, enero-julio de 2000, p. 397.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 397.

no puede aislarse la discusión únicamente al criterio morfológico —aspecto físico externo— sino que deben tenerse en cuenta las demás variables, principalmente, la de tipo psico-social debido a que éstas definen la visión de la persona frente a sí mismo y su proyección ante la sociedad.

La insuficiencia del factor morfológico como único criterio válido en la categorización del sexo de una persona, encuentra un importante obstáculo en los casos de hermafroditismo o ambigüedad sexual, el recién nacido está dotado de ambos órganos sexuales (masculinos y femeninos). Entonces, ¿a qué criterio debería acudir en este caso?, ¿al cromosómico-cromatínico? Y si en este último caso resultase indeterminable el sexo de la persona —cargas genéticas iguales— ¿será el criterio psico-social el que define la controversia?, ¿o será por el contrario el aspecto psicológico de la persona el realmente determinante?, ¿prevalece la psiquis sobre el cuerpo físico, o la inversa?

Sin ofrecer una conclusión definitiva a estos interrogantes, lo que sí resulta claro a luz de determinados tipos de tratamientos médicos es que una persona puede adecuar o aproximar su estructura morfológica a su factor psíquico, y no a la inversa; a modo de ejemplo, una mujer en sentido biológico cuyo aspecto psico-social: rol social e identidad sexual son masculinos, se refleja ante sí misma y frente a los demás como un hombre, le es más viable cambiar su cuerpo físico —morfológico— y acondicionarlo a su psiquis, ya que es una hipótesis médicamente viable (piénsese en la readecuación del órgano sexual con creación del órgano viril masculino); y no por el contrario la modificación de su aspecto subjetivo —psíquico— para hacerlo compatible con una fisonomía masculina. No sólo es claro que prevalece el *animus* o la configuración psicológica y moral de la persona sobre la física, sino que además científicamente la posibilidad de aproximar la segunda a la primera es una de las respuestas de la ciencia moderna al problema.

En ese orden de ideas, puede afirmarse que existe una prelación del factor subjetivo de la persona (sus pensamientos, ideales, proyecciones, sueños etcétera.) a su estructura física que de una o otra forma, piénsese en los casos de trasplante de órganos etcétera, puede tener un ingrediente fungible. Esta es la razón por la cual los “transsexuales” deciden hacer una transformación a su cuerpo,<sup>7</sup> para que exista identidad tanto física como psíquica.

7 Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel, *El transexualismo en el derecho español... cit.*, p. 1180.

ca, lo cual no puede ser considerado como una idea ilógica e irracional o simplemente locura.<sup>8</sup>

Un sector de la doctrina, no acepta que la persona transexual tenga un sexo psíquico diferente al físico, sino sostiene que aquella tiene la necesidad desempeñar un rol de género diferente al suyo (físico). Este enfoque conceptual es expuesto por Zannonni para quien

El transexual tiene una persistente preferencia por el rol del género al otro sexo y está atrapado o atrapada en el cuerpo equivocado, pese a conservar la anatomía normal para su sexo... ello le impulsa a asumir las modalidades del sexo opuesto al genético y, como para completar su identidad psicológica, a inyectarse hormonas y someterse a cirugía para modificar su aspecto externo.<sup>9</sup>

En todo caso, independientemente del enfoque particular, la comprensión del fenómeno transexual conserva las mismas líneas generales, las cuales se pueden enunciar así: se presenta cuando una persona físicamente normal (no intersexual) desde el momento de su nacimiento y que con el paso de los años manifiesta sus deseos incontrolables e intensos de pertenecer físicamente al sexo opuesto<sup>10</sup> sin ningún tipo de patologías o distorsiones<sup>11</sup>

8 Arredondo-Díaz, José Manuel y De Pedro Cuesta, Paloma, “El fenómeno transexual”, *Actualidad Civil*, núm. 10, 1989, p. 635.

9 Zannonni, E., “Concepto de sexo. Factores. Transexualismo. (Comentario a la Sta. de la Cámara Nacional Civil de Buenos Aires, marzo 31 de 1989)”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, núm. 4, 1990, p. 135.

10 Clínicamente puede explicarse el transexualismo así: “El síndrome de dismorfia de género (SDG) se caracteriza por la inhabilidad del paciente para identificarse con su sexo anatómico y por un deseo no controlable de cambio de género. Para poder realizar el diagnóstico de SDG, el paciente debe de cumplir todos y cada uno de los siguientes preceptos: 1. Sentimiento de disconformidad y repugnancia con el sexo anatómico, junto a un sentimiento de larga duración de pertenecer al sexo opuesto. 2. Deseo de cambio de sexo para poder vivir en un rol de sexo opuesto, junto a un comportamiento del sexo opuesto y una vestimenta de sexo opuesto sin producción de excitación sexual. 3. Ausencia de síntomas o comportamientos homosexuales. 4. Presencia de los síntomas durante un mínimo de dos años. 5. Ausencia de anomalías físicas, de estados intersexo, o anomalías genéticas. 6. Ausencia de etiología esquizofrénica”, Nerón, J. P., et al., *Manual de cirugía plástica*, véase [www.cirurgia-plastica.org/documentos](http://www.cirurgia-plastica.org/documentos).

11 Existen varios casos de pacientes con deseos de buscar el cambio de sexo, sin embargo, desde el punto de vista clínico la ciencia médica ha distinguido en qué ocasiones y bajo qué supuestos podría llevarse mejor dicha transformación: “El síndrome de dismorfia de género incluye varias categorías de pacientes que tienen en común un sentimiento de insatisfacción con el sexo propio que les hace buscar soluciones quirúrgicas a sus problemas

que lo lleva a buscar médicamente adecuación de su cuerpo con su identidad psicológica y a solicitar a las autoridades el respectivo cambio de sexo en el registro civil (sexo legal o jurídico). Aquí es importante mencionar, como se analizará adelante, que el consentimiento informado del paciente, la expresión libre y sin vicios de su autonomía, va a adquirir una dimensión especial para el caso de la transformación sexual.

## II. EL CAMBIO DE SEXO EN EL DERECHO COMPARADO

En el presente acápite se hará una breve mención a los ordenamientos jurídicos que tanto legal como jurisprudencialmente han tratado el tema que nos ocupa. Principalmente, se dará cuenta de forma panorámica y descriptiva de los casos alemán y español.

de identificación de género sexual. Es vital realizar un correcto diagnóstico diferencial de la categoría de SDG, ya que no todos los pacientes son candidatos para el reasignamiento de sexo. Las diferentes categorías de SDG incluyen: a: transexualismo clásico. Incluye los pacientes que cumplen los criterios anteriormente descritos. A este grupo pertenecen entre el 15 y el 20% de los pacientes visitados por el *gender team*. Síndrome de dismorfia de género, homosexualidad. A este grupo pertenecen los pacientes que inicialmente tienen un comportamiento homosexual y que, posteriormente, deriva en un comportamiento del sexo opuesto. Los pacientes terminan por solicitar la cirugía para superar los estigmas de la homosexualidad. Síndrome de dismorfia de género, travestismo. Se trata de pacientes con personalidad obsesiva-compulsiva que consiguen placer con la vestimenta del rol sexual femenino. Los pacientes suelen terminar solicitando la cirugía por motivos similares a los anteriores. No existe algún análogo femenino. Síndrome de dismorfia de género, psicosis. A este grupo pertenecen los pacientes con trastornos psicóticos que terminan desarrollando una desestructuración de la identidad sexual. Debe realizarse un buen diagnóstico diferencial entre éstos y los pacientes afectados de un transexualismo clásico que presentan reacciones psicóticas debidas al estrés asociado al SDG. Síndrome de dismorfia de género, psicopatía psiconeurótica. Se trata de pacientes exhibicionistas. Solicitan la cirugía para obtener notoriedad pública. Síndrome de dismorfia de género, personalidad esquizoide. Incluye un grupo de pacientes que no han desarrollado un buen sentido de género. Solicitan la cirugía para mejorar su funcionamiento en la sociedad.

Tan sólo los pacientes que presentan un transexualismo clásico son buenos candidatos para la cirugía de reasignación de sexo. En el resto de las categorías, sólo casos puntuales pueden ser incluidos en el programa de reasignación de sexo. En cualquier caso, ningún paciente incluido en los grupos de psicosis y de psicopatía-psiconeurótica es un buen candidato para la cirugía". Lo que en todo caso sugiere esta clasificación es que si bien existen unos "buenos candidatos" para la intervención, en las otras hipótesis "no buenos candidatos" debe realizarse un buen estudio a partir del consentimiento informado, so pena de que una negativa de intervención aún constituya vulneración de derechos fundamentales. *Idem*.

## 1. *Alemania*

La Ley del 10 de septiembre de 1980 abordó el tema desde dos perspectivas: la primera de ellas corresponde a la transformación jurídica únicamente del nombre; y la segunda es la posibilidad legal de permitir la adecuación sexual, según la voluntad de la persona, al sexo deseado;<sup>12</sup> ésta legislación tiene como antecedente una resolución del Tribunal Constitucional alemán del 11 de octubre de 1978 donde en vía de protección de la dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad se autorizó el cambio de sexo en el registro civil de una persona, previa comprobación médica del estado de transexualismo irreversible.<sup>13</sup> Sucintamente, las mencionadas hipótesis tienen el siguiente desarrollo:

### A. *Cambio de nombre*

La modificación del sexo jurídico de la persona debe elevarse ante la jurisdicción cuando se dé cumplimiento a los siguientes requisitos: *a.* llevar tres años en situación de transexualidad irresistible, *b.* ser nacional alemán, apartida, refugiado o extranjero con residencia habitual en Alemania, *c.* tener 25 años cumplidos. La decisión debe fundamentarse en dictámenes periciales que sustenten la situación de permanencia en caso de que la transexualidad sea cierta. Adicionalmente, se establecen garantías para proteger el derecho a la intimidad de la persona afectada, toda vez que solo se podrá conocer el nombre anterior de aquella, previa su aprobación. Finalmente, se consagra el derecho de retransformación como la posibilidad de cambio a la identidad sexual anterior, por nacimiento o reconocimiento de hijo y/o matrimonio con persona de igual sexo al transexual.<sup>14</sup>

### B. *Adecuación sexual*

En ésta hipótesis se parte de la base que la persona pertenece a otro sexo distinto al de nacimiento, previo el cumplimiento de los requisitos mencio-

<sup>12</sup> Stanzone P., “La soluzione normativa del transexualismo: l’esperienza tedesco-occidentale”, *Comparazione e diritto civile*, Napoli, Saggi Edizioni Scientifiche italiane, 1987, p. 131.

<sup>13</sup> Toldrá Roca, Ma. Dolores, *Capacidad natural... cit.*, nota 4, p. 151.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 154.



nados atrás para el cambio de nombre además de los siguientes: *a.* no estar casado, *b.* ser incapaz para la procreación y *c.* modificación morfológica mediante intervención quirúrgica.

Como consecuencia jurídica de esta transformación se tienen principalmente los siguientes efectos: uno, la persona transexual adquiere un estatus de acuerdo con su nuevo sexo; y dos, conservar la plenitud de sus relaciones de consanguinidad con sus padres e hijos que se hayan procreado u obtenido antes de la solicitud de cambio de sexo.

## 2. España

Como principal antecedente de la cuestión, la Ley Orgánica de 1983 reformó el Código Penal mediante la adición de un nuevo párrafo al delito de lesiones —artículo 428— en virtud del cual creó una eximente de responsabilidad penal al profesional médico a partir del consentimiento libre y expreso de la persona que acepta la realización de la cirugía transexual. Esta alternativa legal dio lugar a la doctrina para discutir si se trataba de una permisibilidad de éste tipo de cirugías sin ningún efecto jurídico o si en realidad constituía su legalización. Igualmente, desde el punto de vista legal se tiene del Decreto 1917/ 1986, artículo 21 —Registro Civil— en el que se estableció que la rectificación del sexo es de carácter privado y por lo tanto, no es susceptible de publicación.<sup>15</sup>

La jurisprudencia ha sido un instrumento de vital importancia para el desarrollo del cambio de sexo. La primera providencia sobre el tema data del 2 de julio de 1987 en el cual el Tribunal Supremo reconoció el cambio de sexo y adecuación del nombre respectivo, aunque limitó los efectos de la declaración para la realización de ciertos contratos entre los que se incluye el matrimonio.

Posteriormente, en sentencia del 3 de marzo de 1989, se eleva ante el Tribunal Supremo una solicitud de protección por vulneración al libre desarrollo de la personalidad por causa de la inscripción en el Registro Civil del actor, puesto que corresponde a un sexo diferente al que éste psicológicamente posee. Frente a ello, el alto tribunal concluye que el sexo psicológico es que el determina el comportamiento individual y social del individuo motivo por el cual éste criterio debe prevalecer sobre el sexo biológico

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 122.

establecido en el Registro Civil, y en consecuencia se autoriza el cambio de sexo al actor. Como criterio de argumentación, valga precisar, el Tribunal acude al recurso de la ficción como figura para atribuir a un sujeto un tratamiento jurídico necesario o justo; en la medida en que considere debe realizar una ficción para darle al hombre —en este caso— una identidad de mujer para proteger sus derechos.<sup>16</sup>

En conclusión, puede decirse que en el derecho español, el reconocimiento de la transexualidad tiene los siguientes caracteres.

*Primero:* su naturaleza judicial, es decir, no puede por vía administrativa llegarse a la modificación de sexo y del nombre.

*Segundo:* se da prevalencia al sexo psicológico sobre el morfológico bajo la protección del libre desarrollo de la personalidad.

*Tercero:* frente a la disyuntiva médica sobre los diferentes tipos de sexo e insoluble desde el punto de vista jurídico, la jurisprudencia ha desarrollado el paradójico criterio de la ficción<sup>17</sup> para argumentar sus decisiones.

*Cuarto:* El tema del matrimonio ha sido una limitante establecida para las personas transexuales.<sup>18</sup>

Este breve panorama del derecho comparado nos permite concluir que la problemática de la transexualidad ha sido objeto constante de tratamiento legal y jurisprudencial, que luego de un importante desarrollo, ha conseguido justificar al transexualismo como una forma de concreción de los derechos de libertad y autonomía personal; pero plantea nuevos problemas que pueden propiciar dudas, e incluso, serios problemas de discriminación como los siguientes: *a.* la inhabilidad para la procreación como requisito para la adquirir la nueva identidad sexual, *b.* la incapacidad para contraer matrimonio y la nulidad de los vínculos vigentes, *c.* la posibilidad de engendrar o adoptar un hijo.

¿Será que la adecuación de sexo agota el libre desarrollo de la personalidad o es la única aspiración de las personas transexuales?, ¿estas personas deben renunciar por su condición a tener pareja legal e hijos?, en ambas hipótesis puede tratarse de una discriminación fundada por razón de sexo.

<sup>16</sup> En el fondo el mencionado criterio de “ficción” resulta ser un poco paradójico como quiera que si bien la sentencia afirma que prima sexo psicológico sobre el físico no debe ni tiene que hacerse ninguna ficción entre masculino y femenino que permita la justificación de la decisión.

<sup>17</sup> Véase nota 16.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 138.

### III. EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD: DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL

Es conocida por todos la fórmula contenida en el artículo 16 de la Constitución de 1991 en virtud de la cual “Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”. Esta premisa ha sido objeto de una interesante y prolija jurisprudencia por la Corte Constitucional colombiana, que comprende desde su componente axiológico y su núcleo esencial, hasta varias subreglas de creación jurisprudencial que se han dado con fundamento en ello.<sup>19</sup> Para dejar de largo esta cuestión, creo que es importante resaltar para los efectos aquí requeridos el sello garantista que le ha impreso la jurisprudencia a la —así denominada— libertad de acción o cláusula general de libertad, principalmente desde la óptica de la dignidad humana y la elección del plan de vida o proyecto vital del individuo.

Sólo para citar un ejemplo de la riqueza argumentativa y filosófica de la evolución jurisprudencial del derecho en cuestión basta decir que

El núcleo del libre desarrollo de la personalidad se refiere entonces a aquellas decisiones que una persona toma durante su existencia y que son consustanciales a la determinación autónoma de un modelo de vida y de una visión de su dignidad como persona. En una sociedad respetuosa de la autonomía y dignidad, es la propia persona quien define, sin interferencias ajenas, el sentido de su propia existencia y el significado que atribuya a la vida y al universo, pues tales determinaciones constituyen la base misma de lo que significa ser una persona humana.<sup>20</sup>

En un plano más ontológico que el anterior, constituye la facultad de “realizarse según sus particulares valores, aspiraciones, aptitudes, expectativas, tendencias gustos, ideas y criterios”.<sup>21</sup> Como puede deducirse fácilmente de la lógica discursiva de la Corte Constitucional, las aproximaciones a la génesis y características del libre desarrollo están dotadas de una particular am-

<sup>19</sup> Varios autores *El derecho al libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional*, trabajo realizado por el equipo de investigación del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002 (en prensa).

<sup>20</sup> Corte Constitucional, sentencia de constitucionalidad C-481 de 1998.

<sup>21</sup> Corte Constitucional, sentencia de tutela T- 624 de 1995.

plitud ya que no suponen un deber determinado sino que su protección se centrará en la visión propia y auténtica de cada individuo de acuerdo con su experiencia vital individual;<sup>22</sup> sin dejar de lado que ésta libertad debe entenderse dentro del marco de límites<sup>23</sup> que imponen el orden jurídico y los derechos de terceros.

Dada la dinámica de temas que pueden mirarse a partir de éste derecho, la jurisprudencia ha desarrollado varias reglas y sub-reglas del principio general de libertad que pueden agruparse de modo enunciativo de la siguiente manera: Libertad a ejercer la maternidad sin restricciones, libertad de escoger el estado marital de hecho, de derecho o la soltería, la libre apariencia personal, la libre identidad personal, la libre opción sexual, la libertad en el manejo de la salud propia, libertad de profesión u oficio, entre otras.<sup>24</sup>

El tema de la identidad sexual para nuestra Corte Constitucional ha sido abordado de manera directa pero poco precisa en la medida que no ha aclarado y escindido suficientemente el sexo psicológico de la persona, esto es, la convicción subjetiva de la persona frente al sexo al cual pertenece, frente a la orientación o preferencia sexual, entendida como el gusto o la atracción sexual por personas del sexo opuesto o el mismo sexo, es decir, no ha fijado la diferencia entre la homosexualidad y el transexualismo.

22 Sobre el tema la Corte Constitucional se ha manifestado en los siguientes términos: “El derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad protege la capacidad de las personas para definir, en forma autónoma, las opciones vitales que habrán de guiar el curso de su existencia. En esta medida, ha señalado que, en el artículo 16 de la carta política, se consagra la libertad *in nuce*, toda vez que cualquier tipo de libertad se reduce finalmente a ella o, dicho de otro modo, la anotada norma constitucional constituye una cláusula general de libertad. Así caracterizado, el derecho al libre desarrollo de la personalidad presupone, en cuanto a su efectividad, que el titular del mismo tenga la capacidad volitiva y autonomía suficientes para llevar a cabo juicios de valor que le permitan establecer las opciones vitales conforme a las cuales dirigirá su senda existencial”. *Corte Constitucional, Sentencia de Unificación SU 642 de 1999*.

23 Tratar el tema de los límites a los derechos fundamentales es un asunto que excede de la problemática y los alcances del presente trabajo, sin embargo, es necesario dejar por sentado que los mencionados límites tanto del orden jurídico como derechos de terceros deben entenderse constitucionales o legítimos, es decir, que la propia Constitución los avale o justifique. En otras palabras, no todos los derechos consagrados en el orden jurídico ni todos aquellos cuya titularidad recaen en un tercero, *a priori* limitan el libre desarrollo. Para esa tarea es necesario estudiar el tipo de restricción y su razonabilidad. De los más destacados estudios sobre el particular puede verse Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

24 Varios autores, *El derecho al libre desarrollo de la personalidad... cit.*, nota 18, p. 3.

Aunque parezca un poco retórica, ésta distinción es fundamental toda vez que, como se ha mostrado, el transexualismo supone una inconformidad con la identidad sexual en la persona, es decir, biológicamente se pertenece a un sexo y psicológicamente a otro; mientras que en la homosexualidad la persona se encuentra conforme con su sexualidad física y psicológica, y siente atracción sexual por personas del mismo género. Incluso la gran mayoría de casos de transexualismo no suponen o implican conductas homosexuales.<sup>25</sup> En conclusión, estimo que es un asunto que debe esclarecerse completamente, si partimos que identidad sexual y orientación u libre opción sexual son sinónimos o mejor, el tratamiento que le da la Corte a estos fenómenos es igual, pues no hay obstáculo para concluir que el transexualismo se encuentra avalado y respaldado por nuestra jurisprudencia constitucional, podría constituirse como una de las sub-reglas del derecho a la libre identidad personal.

Sin embargo, y aun cuando considero que lo anterior académicamente debe ser cierto, me queda la impresión de que el tratamiento de la identidad sexual se ha hecho para fundamentar básicamente las decisiones sobre homosexualismo y no transexualismo, razón por la cual, aun cuando compartan lo mismos fundamentos axiológicos y jurídicos, si considero que la Corte debe precisar por separado el alcance de cada una de las hipótesis.

Lo anterior, es más evidente si se hace una lectura de la doctrina constitucional o jurisprudencial sobre el hermafroditismo o ambigüedad sexual, en la que pareciera que todos éstos temas referentes a la sexualidad humana tienen un tratamiento similar. Entonces, si el tratamiento es idéntico debe afirmarse y precisarse de manera concreta por la jurisprudencia. Por el contrario si cada situación es diferente también deberá responderse con una hipótesis apropiada para cada una de ellas. Bien sea en uno u otro caso, es decir, igualación o diferenciación, la pregunta de fondo a imponerse es la siguiente: ¿hasta donde podrían existir problemas de discriminación por trato diferente o de trato igual a situaciones independientes?

La anterior premisa —confusión conceptual de la Corte— se sustenta principalmente a raíz de las sentencias que tratan el homosexualismo, en particular la T-477 de 1995 y la C-481 de 1998 y las de ambigüedad sexual, principalmente la SU-337 de 1999.

25 Véase *supra* punto 1.

En la sentencia de tutela T-477 de 1995 se hace referencia a la regla de la identidad personal descrita de la siguiente forma:

El derecho a la identidad personal es un derecho de significación amplia, que engloba otros derechos. El derecho a la identidad supone un conjunto de atributos, de calidades, tanto de carácter biológico, como los referidos a la personalidad que permiten precisamente la individualización de un sujeto en sociedad. Atributos que permiten decir que cada uno es el que es y no otro.<sup>26</sup>

De lo anterior, parece deducirse como derecho individual la posibilidad de identificarse con el sexo biológico al cual se pertenece o no.

Posteriormente, en la decisión C-481 de 1998, que decidió la inconstitucionalidad de la ley que prohibía a los homosexuales el ejercicio de la actividad docente en establecimientos educativos públicos, consideró:

Ahora bien, algunos teóricos distinguen entre la identidad sexual y la orientación o preferencia sexual. Así, la primera se refiere al hecho de que una persona se siente participe de un determinado género con el cual se identifica, mientras que la segunda hace relación con las preferencias eróticas del individuo. Así las cosas, es lógico concluir que la preferencia sexual y la asunción de una determinada identidad sexual —entre ellas la homosexual— hacen parte del núcleo del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (C.P. artículo 16).

Al igual que el caso anterior, parece afirmarse que la identidad sexual forma una sub-regla del derecho a la identidad personal.

Por otra parte, la sentencia de unificación SU 337-99, en la que se discutía si una madre podría autorizar la readecuación del sexo de su hijo menor, la alta corporación de justicia estableció que ésta decisión formaba parte de la identidad sexual de aquel y que por lo tanto debían las autoridades involucradas en el caso dar las condiciones para que el menor pudiese tomar una decisión de acuerdo con sus convicciones y autonomía propia.<sup>27</sup>

Desde esta perspectiva, el planteamiento que cabe formularse es el siguiente: ¿el cambio de sexo constituye una decisión que forma parte de li-

26 Bidart Campos, Germán, *Teoría general de los derechos humanos*.

27 En esta importante decisión la Corte unificó la jurisprudencia constitucional sobre el llamado “consentimiento informado cualificado sustituto” en virtud del cual —bajo unos supuestos precisos— los padres podían tomar la decisión de autorizar la adecuación del sexo a sus hijos menores. La problemática planteada en varios casos arrojó como consecuencia que de ésta decisión sustituta se presentarían incompatibilidades entre el sexo biológico y psicológico de los menores.

bre desarrollo de la personalidad a partir de la jurisprudencia constitucional? La respuesta se enfila en una decisión afirmativa. La forma como cada individuo se siente y proyecta desde su perspectiva sexual ante sí mismo y frente a los demás es sin lugar a duda un espacio de importantes niveles de autonomía y dignidad humanas, que no desconoce ni atenta con derechos de otros ni transgrede el orden jurídico. Por lo tanto, todo indica que, si llega a la Corte un caso sobre cambio de sexo, ésta podría reconocer el derecho como tal, y además aprovechar la ocasión para precisar los conceptos que se han venido tratando, y aclarar en general el tema de las distintas sub-reglas de la libertad sexual.

La mayor aproximación de la Corte Constitucional a un caso de cambio de sexo o transexualismo tuvo ocasión en la decisión de tutela T-594 de 1993 donde en vez de afrontar el tema lo evadió expresamente.<sup>28</sup> Se trataba de un caso de cambio de nombre en el cual un hombre modificó su sexo al femenino y solicitó a la autoridad notarial la inscripción de su nuevo nombre “Pamela”; decisión que fue negada por el notario bajo el supuesto que se trataba de un cambio de sexo. Luego del trámite en instancias de la acción de tutela ésta llegó a la Corte Constitucional la cual dedicó el estudio del caso bajo tres supuestos principales: *a.* el derecho a la expresión de la individualidad, *b.* libre desarrollo de la personalidad y *c.* el cambio de nombre.

Según la Corte, la expresión de la individualidad constituye aquella forma del sujeto en proclamar su singularidad, es decir, como “aquella realidad vital unitiva... que trasciende ante los demás su modo de ser único e irrepetible”.<sup>29</sup> Desde el punto de vista jurídico, dice la Corte, es

El derecho al reconocimiento de su particularidad y exigencia de fijar su propia identidad ante sí y ante los demás. El derecho a la expresión de la individualidad es un bien inherente a la persona humana (artículo 94 C.P.) y se proyecta como parte integral del derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16).<sup>30</sup>

28 En la sentencia T-594 de 1993 se planteó la posibilidad de un cambio de nombre en un caso evidente de transexualismo. La Corte si bien autorizó el nuevo nombre no hizo ni la más mínima mención al cambio de sexo.

29 Corte Constitucional, sentencia de tutela T-594 de 1993.

30 *Idem.*

En cuanto al libre desarrollo de la personalidad manifiesta que éste derecho implica la realización de un proyecto vital propio, el cual puede llevarse a cabo por reconocimiento del Estado de un espacio de libertad al individuo sin coacción ni controles injustificados.

Finalmente, la Corte hace mención al fundamento jurídico del cambio de nombre en donde explica la legislación en la materia, básicamente el artículo 6o. del Decreto 999 de 1988,<sup>31</sup> donde se autoriza por escritura pública a modificarse el “nombre” por una sola vez con el objeto de fijar su identidad personal. La Corte sostiene que este cambio de nombre constituye una expresión de la individualidad de la persona, libre desarrollo y autonomía personal aun cuando corresponda usualmente a una expresión distinta: la persona puede escoger cualquier tipo de nombre con el objeto de fijar su identidad personal y modo de ser.

En este caso la Corte deja constancia que esta decisión se fundamenta en la comprobación que el actor desde hace más de tres años se venía identificando con el nombre femenino de “Pamela” y que ese hecho fijaba su identidad. Independientemente de las pretensiones del actor en la acción y si solicitó el cambio de nombre y no de sexo, la Corte sí reconoció que se traba de un evidente problema de identidad sexual y por lo tanto, en mi criterio, debió haber abordado el tema del transexualismo pues se deducía de la argumentación jurídica que recorre la decisión. Finalmente, la Corte termina por afirmar que se trata de un caso de cambio de nombre y no de sexo sin hacer ningún otro comentario adicional, o mejor, evadiendo completamente el tema.<sup>32</sup>

Como puede observarse, existen elementos que permiten indicar las coordenadas<sup>33</sup> de la jurisprudencia de la Corte Constitucional frente al fe-

31 El artículo mencionado establece: “El propio inscrito podrá disponer, por una sola vez, mediante escritura pública, la modificación del registro, para sustituir, rectificar, corregir o adicionar su nombre, todo con el fin de fijar su identidad personal”. Es evidente que el supuesto planteado no incluye la modificación de sexo en el registro.

32 En similar sentido se encuentra la posición de Ortiz Monsalve, Álvaro, “Crítica jurisprudencial: cambio de nombre y transexualismo sentencia T-594 de 1993, Pensamiento Jurídico”, *Revista de Teoría del Derecho y Análisis*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia núm. 1, 1994.

33 No sobra mencionar las dificultades con las que en ocasiones se enfrenta la Corte Constitucional para hacer disciplina judicial frente a sus propios precedentes, es decir, no siempre se ha caracterizado el alto tribunal de justicia por ser coherente entre los postulados de los nuevos criterios y doctrinas frente a las argumentaciones sentadas en decisiones anteriores. Un ejemplo sobre ésta situación puede verificarse en: Estrada, Alexei, Julio, *La*



nómeno transexual: la identidad sexual entendida como la posibilidad libre y consciente de modificarse el sexo hace parte de una de las sub-reglas de la identidad personal y del libre desarrollo de la personalidad.

#### IV. CONSENTIMIENTO INFORMADO COMO EXPRESIÓN DE LA AUTONOMÍA INDIVIDUAL

Otro de los desarrollos jurisprudenciales en materia de libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana, elaborado por nuestro Tribunal Constitucional, es el referido a la autonomía de toda persona de tomar decisiones que afectan su salud, particularmente, en el sentido de aceptar o rehusar tratamientos médicos incluso en detrimento de su propia salud y bienestar. Este criterio ha sido llamado el “consentimiento informado”<sup>34</sup> en virtud del cual el paciente debe ser enterado de su situación de salud y las posibilidades de recuperación y tratamientos; frente a lo cual aquél podrá tomar libremente la decisión que más se ajuste con su voluntad y convicciones personales. Este tipo de consentimiento consiste en que el paciente tiene derecho a conocer y escoger el tipo de tratamiento al cual será sometido, e incluso, a tomar la decisión de no continuar determinado tratamiento médico. De esta premisa se exceptúan los casos de inconciencia, grave alteración o peligro de muerte del paciente que justifican la prevalencia del principio de beneficencia de su salud y que protege la decisión del médico.<sup>35</sup>

En este aspecto, la jurisprudencia constitucional en reiteradas oportunidades ha hecho prevalecer en algunos casos la voluntad del paciente sobre

*orientación sexual y el derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional colombiana*, copia mineográfica.

<sup>34</sup> “Dada la distancia científica que generalmente existe entre el médico y el enfermo, lo mínimo que se le puede exigir a aquél es que anticipadamente informe al paciente sobre los riesgos que corre con la operación o tratamiento o las secuelas que quedarían, con la debida prudencia, sin minimizar los resultados pero sin alarmar al enfermo de tal forma que desalentaría el tratamiento; es un equilibrio entre la discreción y la información que sólo debe apuntar a la respuesta inteligente de quien busca mejorar la salud, superar una enfermedad o mitigar el dolor. Esto se ha llamado el “consentimiento informado”; no es otra cosa que la tensión constante hacia el porvenir que le permite al hombre escoger entre diversas opciones. Es la existencia como libertad: tomar en sus manos su propio devenir existencial”, *Corte Constitucional. Sentencia de Tutela T-477 de 1995*.

<sup>35</sup> Corte Constitucional, sentencia de unificación SU 337 DE 1999... *cit.*, nota 25.

la del profesional cuando entran en contradicciones de orden médico,<sup>36</sup> lo que no deja entrever que en esta materia siempre ha sido objeto de protección la voluntad y decisión del paciente. Para la Corte el “principio general de libertad emana el derecho específico de la autonomía del paciente que le permite tomar decisiones relativas a su salud.”<sup>37</sup>

Igualmente, debe tenerse en cuenta que el grado de autonomía que debe tener la persona o paciente para aceptar o rechazar un tratamiento es proporcional a los riesgos y beneficios del mismo, dicho de otro modo, para una operación de cambio de sexo no se requiere la misma cualificación de voluntad que si se tratase de una operación de menor envergadura *vgr.* liposucción. Como tuvo oportunidad de destacarse en la primera parte de este trabajo, la cirugía transexual desde el punto de vista médico —en algunos países— supone que aparte del consentimiento de la persona deba existir una vocación irresistible hacia el nuevo sexo y de rechazo al propio, deseo que no puede ser inferior a tres años. Es decir, requiere de un consentimiento informado cualificado y persistente, igual al que en casos de ambigüedad sexual, ha utilizado nuestro Tribunal Constitucional.

Estas características hacen que en el cambio de sexo el cuerpo científico esté lo suficientemente preparado para garantizar al paciente las mejores condiciones para el cambio de identidad y sus implicaciones. Igualmente, debe tenerse en cuenta que si bien sólo determinados tipos de transexualismo son aptos para la modificación del género desde el punto de vista médico,<sup>38</sup> ello en mi criterio no veta ni restringe la adecuación de sexo a personas distintas del transexualismo clásico sino que sugiere una lectura particular del consentimiento del paciente, la información y el principio de beneficencia so pena de evitar decisiones precipitadas y antagónicas. En éste punto no debe olvidarse que el consentimiento informado posa en cabeza del pa-

36 En otra jurisprudencia la Corte sostuvo: “El peticionario está capacitado para decidir la suerte de su propio cuerpo y para asumir las consecuencias que su decisión acarree en su estado de salud”, Corte Constitucional, Sentencia de Tutela T-401 de 1994. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Santa Fe de Bogotá, 12 de septiembre de 1994.

37 Con fundamento en el consentimiento informado se ha desarrollado otro criterio de más dudosa aceptación como es el llamado consentimiento informado cualificado sustituto y que se aplica para la autorización de operaciones y tratamientos por parte de los padres respecto a menores de 5 años con problemas de hermafroditismo. Sobre el tema puede revisarse la sentencia de unificación de tutela SU- 337 de 1999.

38 Véase *supra* numeral 1.

ciente y no del médico tratante, quien solamente debe reservarse a cumplir su función mas no suplantar la libertad de la persona.<sup>39</sup>

Ahora bien, si en suma a la protección de la identidad sexual —como se vio— la persona transexual también encuentra respaldo o protección constitucional en el consentimiento informado para la serie de tratamientos médicos, hormonales, psicológicos y quirúrgicos para la adecuación a su nuevo sexo, es deducible que a la luz de nuestro ordenamiento constitucional están abiertas las puertas al fenómeno transexual.

Pese a lo anterior, y como suele suceder en gran parte de los temas que tienen innovación jurisprudencial, sería deseable un desarrollo legal en cabeza del órgano deliberativo, el Congreso de la República, para que con fundamento en la doctrina sentada por la Corte Constitucional actualice y desarrolle los preceptos de libre desarrollo de la personalidad y dignidad humana en el tema denominado cambio de sexo o transexualismo. Esa reglamentación aparte de precisar jurídicamente el alcance de la transformación deberá tener en cuenta aspectos tan importantes como son: matrimonio y procreación de la persona transexual, cambio de sexo en el Registro Civil y la readecuación de sexo, entre otros.

39 Desde el punto de vista médico también se trata el tema de la readecuación de sexo cuando la persona transexual decide retrotraer su proceso de transformación.