



Prisma Jurídico
ISSN: 1677-4760
prismajuridico@uninove.br
Universidade Nove de Julho
Brasil

Betancur Restrepo, Laura
Alcances y limitaciones del discurso jurídico en la creación de la identidad intersexual: análisis de tres sentencias de la Corte Constitucional colombiana a la luz de algunos conceptos foucaultianos
Prisma Jurídico, vol. 11, núm. 1, enero-junio, 2012, pp. 163-178
Universidade Nove de Julho
São Paulo, Brasil

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=93426128009>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Alcances y limitaciones del discurso jurídico en la creación de la identidad intersexual: análisis de tres sentencias de la Corte Constitucional colombiana a la luz de algunos conceptos foucaultianos

Scope and limitations of legal discourse in the creation of intersex identity: analysis of three decisions by the Colombian Constitutional Court in a Foucauldian perspective

Laura Betancur Restrepo

Abogada y filósofa, Universidad de Los Andes (Bogotá, Colombia);
DSU, Droit International Public, Université Paris 2 Panthéon-Assas (París, Francia);
DEA, Droit International et Organisations Internationales,
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (París, Francia);
Candidata a doctorado en Derecho, Universidad de Los Andes.
Bogotá – Colombia.
l.betancur52@uniandes.edu.co

▼ **Resumen:** Desde la idea de Foucault de que mediante distintas formas de discursividad se crean identidades, y que este acto es en sí una forma de ejercer el poder, se busca dar una lectura crítica a algunas sentencias de la Corte Constitucional de Colombia en las que se aborda el tema de la cirugía de asignación de sexo en menores intersexuales. La mirada foucaultiana (apoyada en diferentes teorías posteriores que la han retomado y aplicado particularmente al discurso jurídico) permite resaltar cómo los argumentos de la Corte, a pesar de la aparente neutralidad de su discurso, participan activamente en la construcción de una determinada identidad, sustentándose en dictámenes de expertos interdisciplinarios que le

permiten encontrar “el verdadero sexo” de los menores implicados que sufren una “anomalía”.

Palabras clave: Foucault; intersexuales; Corte Constitucional de Colombia; identidad sexual; teoría crítica.

Abstract: Drawing on Foucault’s idea that identities are created through different forms of discourse, and that this act is in itself a form of exercising power, this article provides a critical reading of key decisions by the Constitutional Court of Colombia concerning the issue of sex assignment surgery on intersex children. The Foucauldian perspective (supported by subsequent theories that have developed and applied Foucault’s ideas particularly to legal discourse) helps illustrate how the arguments made by the Court have been actively involved in the construction of a certain kind of identity. This occurred despite the appearance of neutrality of that Court’s discourse, which in part relies upon the testimony of interdisciplinary experts during its search for the “true sex” of the minors that suffer an “anomaly” in these cases.

Key words: Foucault, intersex, Constitutional Court of Colombia, sexual identity, critic theory.

1 Introducción

En este artículo pretendo examinar la relación entre poder, derecho y construcción de la identidad para ver cómo la discursividad jurídica (en este caso mediante sentencias judiciales) crea subjetividades, las cuales, a pesar de ser contingentes, variables y productos de una forma de ejercer el poder, son presentadas como esenciales y naturales. Para esto me interesaré en cómo se constituye la identidad de las personas intersexuales en algunas sentencias en que la Corte Constitucional de Colombia aborda el tema de los menores intersexuales y de la cirugía de “asignación de sexo”¹.

Me interesa destacar cómo el trabajo y argumentos de esta Corte, participan de forma activa en construir una identidad a pesar de un discurso aparentemente neutral, sustentado en dictámenes de expertos interdiscipli-

narios según el cual los intersexuales deben encontrar su “verdadero sexo” y, tratándose de menores, diferentes personas (padres y equipo interdisciplinario) pueden decidir o participar en esa decisión para ayudarlo a superar su “anomalía”. Igualmente la Corte usa un discurso en el que se destaca la importancia de esa revelación (de encontrar o escoger un “verdadero” sexo) por las graves consecuencias que tiene para la “identidad sexual” del menor la “ambigüedad” genital.

Comenzaré exponiendo algunos elementos de la teoría sobre la construcción de las identidades de Foucault y la estrecha relación de los discursos de poder en la generación de las mismas, seguido de otros estudios que han aplicado varios puntos de la teoría foucaultiana en el discurso jurídico y la creación de determinadas identidades que, aunque diferentes a la intersexual (*queer* e indígena), destacan elementos pertinentes para el presente estudio. Luego me enfocaré en cómo se manifiesta esto en lo relativo a los menores intersexuales en las sentencias de la Corte Constitucional colombiana T-1025 de 2002, T-1021 de 2003 y T-912 de 2008. Finalmente expondré algunas observaciones finales que desprendo del discurso jurídico reflejado en las sentencias analizadas y de las dificultades y obstáculos del activismo para resistirse a los efectos del mismo.

2 La relación poder/derecho/identidad

Brevemente recordemos que para Foucault (2007 [1977]) la sexualidad no es un atributo inmutable: es un “dispositivo”, no una identidad ni un acto. Para él es una contingencia que pensemos de determinada forma la sexualidad y considera que los discursos de poder nos hacen pensar a menudo que la sexualidad es esencial para determinar lo que somos. Afirma también que el poder se manifiesta de múltiples formas: no hay un poder ni una sola fuente de poder, sino infinidad de relaciones cambiantes², el poder es mucho más que supresión y prohibición, el poder es también productivo, creador.

Dentro de esta concepción del poder, el derecho y los discursos jurídicos, son solo una forma de ejercer el poder, no la única ni la más adecuada, pero sin duda una forma de poder concreta y con efectos. “Las prácticas jurídicas crean y hacen surgir subjetividades específicas [...] [El] triángulo entre poder, Derecho y verdad da lugar a regímenes precisos de poder-saber que crean subjetividades en lugar de ser el resultado de ellas” (ARIZA, 2009, p 58).

3 La teoría *queer* y la idea de construcción de identidad sexual

El discurso de Foucault ha tenido una influencia marcada en la teoría crítica *queer*, en donde el estudio de la identidad de la orientación sexual es esencial aunque con miras a reconceptualizarla. Para los teóricos críticos *queer* la identidad no es algo estable ni natural (sino provisional y contingente), a diferencia de los estudios gay, lésbicos o feministas que fundamentan una parte importante de sus argumentos en la reafirmación de una identidad sexual fija y estable (GARCÍA, JARAMILLO y RESTREPO, 2006, pp 48-49).

En este sentido, Butler considera preciso desvincular la idea de que la “identidad” (en particular la “identidad de género”) se desprende de un “sexo” determinado entendido como una característica biológica dada (hombre o mujer). Partir de la idea de que el sexo es dado naturalmente mientras que el género es un constructo social, impide cuestionarse sobre el sexo mismo, pues éste siempre se asume como una premisa “inalterable”. Al cuestionar la inmutabilidad del “sexo” es posible verlo como una construcción cultural al igual que el “género”, hasta el punto que termina borrándose la diferencia entre ellos (BUTLER, 1990, p. 7)³.

La idea de identidad construida según unos conceptos “estables” de género y sexo no pueden sino abarcar a unas personas cuyo género se rige

por normas “coherentes”, pero dejan por fuera: “*those ‘incoherent’ or ‘discontinuous’ gendered beings who appeared to be persons but who fail to conform to the gendered norms of cultural intelligibility by which persons are defined*” (1990, p. 17). La pregunta por la identidad no puede cuestionarse entonces por una “continuidad” del ser sino “en qué medida las prácticas reguladoras sobre la formación y división del género constituyen la identidad” (BUTLER, 1990, p. 16, traducción mía).

4 El discurso jurídico como jerarquizador de identidades

Si bien los críticos *queer* se centran justamente en ver cómo la política de la identidad repercute (negativamente) en las orientaciones sexuales no normativas, y por ende se vincula particularmente con los límites y alcances de las teorías gays, el ámbito de estudio de lo *queer* pretende ser más amplio que el estudio de la homosexualidad y sus críticas buscan aplicarse a cualquier estudio en el que se pretenda afirmar una política normativa sobre la identidad⁴ (por ejemplo, en los intersexuales).

Teniendo esto presente, resultan relevantes estudios como los de Halley (2006 [1993], pp 254-255), para quien los términos “homosexual” y “heterosexual” se usan como definitorios de la identidad de las personas, pero en realidad son insuficientes para describir a alguien, y por lo mismo inadecuados como categorías identitarias. Recordando a Foucault, afirma que son meras categorías construidas que contienen jerarquías como reflejos de discursos de poder determinados. Adicionalmente, el estudio de Sedgwick (1998 [1990], p. 20) afirma que las construcciones de identidades pretenden presentarse como oposiciones binarias y estables, cuando en realidad están subordinadas la una a la otra y son en ese sentido inestables.

En efecto el papel que juega el derecho, o mejor, la discursividad jurídica como manifestación de poder, en la creación de identidades hace que la

relación poder/derecho/sexualidad sea relevante en varios aspectos para los teóricos *queer*. Halley (1998 [1990], p. 253), afirma que “[l]a penalización de la sodomía es crucial para la generación y el ordenamiento de las identidades de orientación sexual”, pues la penalización asocia una conducta a un sujeto determinado, creando jerarquías entre identidades. Este tipo de efectos se ven reforzados en fallos judiciales como *Bowers v. Hardwick* (Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, 1986), en donde se reafirma una identidad fija, inmutable y por eso mismo vulnerable (homosexual) frente a otra mutable y flexible que por ende se vuelve inmune a las leyes que penalizan la sodomía (heterosexual) (HALLEY, 1998 [1990], p. 257).

Es interesante notar que para Halley la creación y jerarquización de las identidades se presenta desde la penalización misma del acto y no solamente con la materialización de la condena judicial: la jerarquización se da desde el momento mismo en que es catalogado como anómalo, como enfermedad. Similarmente para Catá Baker (1996-1997), las decisiones de las altas cortes son (erróneamente) vistas como revolucionarias, cuando en realidad son producto de un contexto amplio que incluye construcciones previas arraigadas que han fijado una identidad “normal” versus una “anormal” como si fuera esencial. Es así como diferentes discursos jurídicos tienen apariencia declarativa, neutra, cuando en realidad contienen discursos de poder creadores que generan identidades y establecen jerarquías entre ellas.

5 El discurso jurídico como mecanismos para revelar la “verdadera” identidad

El estudio que hace Ariza sobre la identidad indígena es otro ejemplo de la adaptación del discurso de la relación entre poder e identidad, y por ende entre derecho, como forma de poder, e identidad. Los textos por él estudiados reflejan discursos “que, en su momento, contaron con autoridad para ejercer un poder y pronunciar un relato sobre la alteridad”. Son “piezas

que condensan un discurso de un sujeto de conocimiento preciso, en un momento histórico y social determinado, que pronuncia la realidad a la vez que la constituye, gracias a sus efectos de verdad” (ARIZA, 2009, p. 21).

Su estudio muestra cómo tres discursos jurídicos, desarrollados en tres períodos históricos diferentes, tuvieron como consecuencia la creación de tres identidades indígenas: el régimen colonial crea al indígena “miserable” (inferior, desvalido), el sistema republicano crea el indígena “salvaje” y lo distingue del “semi-civilizado” y del “civilizado” y el sistema multicultural crea al indígena “auténtico” y al “aparente” (ARIZA, 2009, p. 359). En los tres discursos el derecho se apoya en otras disciplinas, en otros saberes, para afirmar sus construcciones: se pasa de los informes de los visitantes a los dictámenes psiquiátricos, y de estos a los estudios antropológicos. Estos estudios de “expertos” pretenden validar la “verdad” que se busca “revelar” (pero que en realidad se crea) (ARIZA, 2009, p. 358).

El derecho tiene entonces la facultad de ejercer poder no solamente en la forma directa en que sus prohibiciones o restricciones podrían sugerir. Igualmente, y probablemente de manera más importante, el derecho construye identidades e incorpora jerarquizaciones mediante normas y fallos judiciales con apariencia de neutralidad. Estos discursos jurídicos con el paso del tiempo, la reiteración de las prácticas y la “ayuda” de expertos técnicos, terminan generando regímenes de normalidad y anormalidad con apariencia de verdaderos que camuflan naturaleza contingente y creada.

6 La construcción de la identidad intersexual en la Corte Constitucional colombiana

Entre 1995 y 2008 la Corte Constitucional colombiana se pronunció en ocho ocasiones sobre menores denominados “intersexuales”, “hermafroditas” o “pseudo-hermafroditas”⁵. Todas ellas producto de solicitudes de los padres para poder practicar cirugías de asignación de sexo en sus hijos.

En esta ocasión me concentraré en los argumentos dados en las últimas 3 sentencias: T-1025 de 2002 (Magistrado Ponente –MP- Rodrigo Escobar Gil), T-1021 de 2003 (MP Jaime Córdova Triviño) y T-912 de 2008 (MP Jaime Córdova Triviño).

Escogí esta selección siguiendo los argumentos de Céspedes y Sarmiento (2011)⁶ quienes hacen un estudio de la línea jurisprudencial en el tema y muestran que a partir del 2002 se reconceptualizó la teoría jurisprudencial en la materia y las dos que le siguieron confirmaron dicha posición. Si bien en 1999 la Corte ya había adoptado una noción amplia de “sexo” según la cual éste puede determinarse por características biológicas, fisiológicas o cromosómicas pero también sociales, culturales o jurídicas⁷, en 2002 profundiza y distingue entre una vertiente estática del sexo (fisiológico, biológico o genético) y una dinámica (género) y “el estado intersexual se genera cuando dichos planos no coinciden en un solo sexo” (T-1021 de 2003).

Esta visión amplia, semejante a la que Butler propone y que significa un paso importante en la comprensión de la sexualidad⁸, permitiría dar lugar a una gran variedad de identidades sexuales según diferentes relaciones entre las dos vertientes del sexo antes explicadas. Pero al tiempo que la Corte asume como posible esa variedad, restringe las manifestaciones de la sexualidad en dos categorías únicas: masculino/femenino, que la Corte entiende como “impuestas” por “la evolución histórica occidental de la humanidad” y considera “indispensables” para el goce de “garantías fundamentales a la vida digna, a la identidad personal y al libre desarrollo de la personalidad”. Por ende, para la Corte existe un “deber de asignar a todas las personas un determinado sexo” y cuando haya dudas sobre esto, se justifica una cirugía que solucione el problema (T-1025 de 2002).

La “ambigüedad genital” o los “estados intersexuales” son siempre considerados como una patología que impide la asignación de un determinado sexo, categoría indispensable para el goce de varias garantías fundamentales y deber del Estado. Esta condición patológica se desprende de estudios de varios expertos (médicos, psicólogos, psicoanalistas, sociólogos)

que explican las innumerables complicaciones que esta “indeterminación” tiene en el desarrollo de su “identidad”⁹. Se establece entonces una diferencia entre lo “anormal” y lo “normal” que exige que la situación del menor se adecue a una categoría “normalizada”, y que implica una jerarquía entre aquellos que son intersexuales (anormales, que necesitan corrección y no pueden desarrollar una identidad correctamente ni gozar de sus derechos) y aquellos que tienen un sexo definido (normales, que pueden gozar de todos sus derechos y de una identidad sana). Masculino/femenino y hombre/mujer, son asumidas entonces como las categorías “naturales”, identitariamente estables a pesar de ser (como la misma Corte parece reconocer) construidas y variables. Lo intersexual por el contrario, debe ser corregido por “ambiguo”. Ambigüedad que contiene la idea de “error”¹⁰ que al corregirse deja ver, revela, una “verdad” oculta¹¹.

Como lo muestra el estudio de Ariza, la Corte tiene hoy en día una visión interdisciplinaria que pretende ser amplia y pluralista. Esto tiene como consecuencia por ejemplo que no se tenga en cuenta solamente un solo aspecto (biológico o fisiológico) al determinar una cirugía de asignación de sexo, sino que sea necesario tener en cuenta toda una conjunción de elementos, de opiniones de diferentes especialidades, incluyendo la inclinación de género que el menor pueda manifestar. Pero esto no está libre de dificultades y refleja claramente la forma en que diferentes discursos de poder intervienen. Más aún, en eso reside la fuerza de su poder: estos discursos, ajenos al discurso jurídico, tienen aún más poder en la medida en que son adoptados y presentados por el discurso jurídico como neutros y respetuosos de la individualidad del menor. El juez decide con base en “dictámenes científicos”, no “construidos” sino “aplicados” por la Corte, presentados como “objetivos” y por ende “verdaderos”, y esto influye en varios aspectos.

En primer lugar, no debe olvidarse que los elementos que permiten determinar cuándo la opinión del menor debe tenerse en cuenta también se fundamentan en dictámenes de expertos. Es así como la regla (no absoluta) es que los padres pueden decidir si se opera a un menor de 5 años, después

de esa edad se debe contar con la opinión concordante del menor y de un grupo de expertos. Ese umbral de 5 años se basa en estudios científicos que consideran que entre más pronto se haga la cirugía, menos daños y dificultades tendrá el menor en formarse una adecuada identidad sexual (T-1025 de 2002 y T-912 de 2008)¹². El discurso científico se presenta como el saber adecuado para establecer unos límites e incluso para reformularlos (por ejemplo si un análisis psicológico acepta que el umbral de los 5 años varíe, como en la T-1025 de 2002).

En segundo lugar, el margen de resistencia que cabe en la toma de decisión (ya sea por parte de los padres del menor o por la misma persona afectada, aún adulta) es, por decir lo menos, limitado. Los padres (y el menor o adulto) se ven enfrentados a un séquito de “expertos” que sostienen unos discursos cargados de poder presentados como verdad, ciencia, neutrales, que explican que si el menor no es operado tendrá determinadas consecuencias fatales, traumas, desórdenes etc. Las opciones se presentan entre “normalizar” al niño y dejarlo “anormal”. No hay cabida para otra identidad “normal” conservando su anatomía de nacimiento. Esto hace además que, a pesar del esfuerzo por desprenderse de la idea de que los genitales o cromosomas determinan el género y la identidad sexual, se termina aceptando que la ambigüedad fisiológica o genética tienen repercusiones directas en lo demás y debe ser corregida¹³.

En tercer lugar, la opinión del menor sobre el género con el que más se identifica, también está influenciada por discursos de poder que no son tenidos en cuenta en el momento de su valoración. Aspectos arraigados al contexto social como el machismo y los roles asignados a la mujer pueden influir junto con el deseo de ser identificado definitivamente como hombre o mujer por miedo a ser “anormal” en la sociedad y seguramente en su propia familia¹⁴. Si bien estos elementos participan en la construcción de la identidad, resulta problemático que se asuman como libres manifestaciones de la identidad del niño sin tener en cuenta si éste habría realmente podido sostener un discurso diferente en esas condiciones o en otro momento de su vida.

7 Observaciones finales

En las sentencias de la Corte se ve un esfuerzo por abordar el tema de la identidad en los intersexuales rompiendo el vínculo de causalidad entre sexo (genitales/cromosomas) y género, pero finalmente se dice que la “ambigüedad” (genital) produciría graves consecuencias (traumas) en la sexualidad de la persona. Adicionalmente se asume la idea de “anomalía” física que conlleva implícita la idea de que al “curarse” o “normalizarse” se deja entrever el “verdadero” sexo de la persona (sea o no acorde a su sexo cromosómico, genital o fenotípico), indispensable para la identidad sexual de la persona.

La Corte trata entonces de dar una visión más amplia de sexo, sexualidad y género, pero en el caso de los intersexuales la morfología con la que nacieron, no encuentra cabida dentro de las identidades “normales”. Si una persona decide que quiere conservar sus genitales “ambiguos”, puede *legalmente* hacerlo pero la forma en que el discurso jurídico construye y explica las identidades sexuales, apoyado en discursos de expertos de diversas disciplinas, conduce a que esta elección le incluya en una jerarquía identitaria determinada: es un anormal, un enfermo, no solo fisiológicamente sino seguramente con traumas y disfunciones psicológicas y sexuales que probablemente le impidan tener una identidad sexual definida y sana. El discurso jurídico se mezcla con otros discursos de poder y juntos construyen una identidad inferior, anormal, ambigua, que requiere ser reparada, operada.

La pregunta sobre cómo se podría luchar contra (resistir a) este discurso de poder jurídico, trae consigo varias dificultades derivadas de su mezcla con otras discursividades, pero sobre todo de los límites mismos del discurso jurídico y puede explicar las posiciones divididas entre varios de los activistas intersexuales. Los activistas intersexuales rechazan unánimemente las cirugías de adecuación o asignación sexual a menores de edad, sin embargo muchos de ellos afirman que el estado intersexual debe ser considerado una condición médica. Con ello buscan desvincular su fisiología de una identidad sexual determinada, e impedir que la cirugía sea “necesaria” en aras de pro-

teger la identidad¹⁵. Esto ha llevado incluso a que varios prefieran el término médico “desorden de desarrollo sexual” (DDS) en lugar del de “intersexuales”¹⁶. Esta necesidad de afirmarse como hombres o mujeres y reivindicar una condición médica, contrasta con la posición de otros militantes para quienes debe existir una posibilidad de construir una identidad intersexual diferente e independiente de la masculina, femenina, bisexual, homosexual, transgenerista etc. Algunos activistas (que se denominan *queer*) contradicen la posición de que el estado intersexual sea considerado una patología o una condición médica¹⁷ y reclaman la posibilidad de ser intersexual (condición de genitales y/o cromosomas) e intergénero (orientación sexual).

En realidad la lucha que pretende reivindicar los derechos de los intersexuales asumiendo una condición médica, se asimila ostensiblemente al discurso homosexual de finales del siglo XIX y XX (FOUCAULT, 1999 [1984], pp. 423-424). Esta estrategia, al igual que con los homosexuales entonces, puede ayudar a reivindicar derechos pero es insuficiente. Suponiendo que sirviera para modificar el discurso jurídico y obtener unos beneficios legales (por ejemplo la prohibición de las cirugías de adecuación de sexo en menores de edad), las modificaciones más profundas necesitan resistencias y luchas ante otros discursos¹⁸.

Probablemente esto evidencia los límites del discurso jurídico a los que se refiere Foucault: una herramienta de la que se sirven otros discursos de poder y no la única fuente de poder, ni la más importante. En efecto, en la medida en que el discurso médico, psicológico, sociológico o antropológico, sigan considerando al intersexual como anómalo y necesite de la identificación binaria de la que habla Sedgwick (hombre/mujer, femenino/masculino) para garantizar una identidad y una fisiología determinada, éste siempre se encontrará en una posición jerárquica inferior. La estrategia de aferrarse entonces a un diagnóstico médico para proteger unos derechos inmediatos, puede ayudar a reafirmar un discurso más opresivo y más difícil de vencer que el jurídico. Sin embargo, si bien es probable que el derecho (en particular en su función de prohibir o permi-

tir) no pueda del todo modificar los efectos de esos discursos de poder, no resulta inimaginable que pueda eventualmente resistirse más activamente y comenzar a hablar otro lenguaje. Pero en la medida en que el juez se apoye en el discurso de expertos científicos para encontrar la “verdad” sobre una identidad que en realidad está ayudando a construir, las posibilidades de cambio en materia de igualdad real y respeto a la diversidad, parecen más propicias a ser obtenidas desde otras esferas y luchas discursivas que desde los estrados judiciales¹⁹.

Notes

- 1 Llamada también cirugía “correctiva” o de “adecuación” sexual. V. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, 2008.
- 2 “[P]or poder hay que comprender [...] la multiplicidad de las relaciones de fuerza inmanentes y propias del dominio en que se ejercen, y que son constitutivas de su organización [...]. [N]o debe ser buscando en [...] un foco único de soberanía del cual irradiarían formas derivadas y descendientes; son pedestales móviles de las relaciones de fuerzas los que sin cesar inducen, por su desigualdad, estados de poder [...]. El poder está en todas partes; no es que lo englobe todo, sino que viene de todas partes”. FOUCAULT, 2007 [1977], pp 112-113.
- 3 Butler (1990, p 25) concluye que: “*There is not gender identity behind the expressions of gender; that identity is performatively constituted by the very “expressions” that are said to be its results.*”
- 4 “Según Halperin, el término *queer* surge de su relación de oposición con la norma. *Queer* es, por definición, *cualquier cosa* que se oponga a lo normal, lo legítimo, lo dominante. *No hay nada en particular a lo que se refiere de manera necesaria*”. GARCÍA, JARAMILLO y RESTREPO, 2006, p 48, citando a HALPERIN, D. *Saint Foucault: Towards a Gay Hagiography*, New York, Oxford University Press, 1995.
- 5 “*Intersex people are born with external genitalia, internal reproductive organs, and/or endocrine system[s] that are different from most other people*”. V. *Intersex Initiative*. El término “intersexual” es hoy en día preferido al comúnmente utilizado “hermafrodita”, considerado peyorativo. Igualmente se utilizan el término “desórdenes de desarrollo sexual”, que como veremos, es preferido por algunos activistas.
- 6 Ellos toman el tema de los menores intersexuales para ver cómo se asumen ciertos “compromiso de género” mediante las sentencias de la Corte Constitucional y cómo éstos han evolucionado a lo largo de los pronunciamientos hasta acercarse a una perspectiva “posmoderna” que está entre Butler y las teorías feministas clásicas. Los autores dan una breve mirada sobre la forma en que el tema de género fue tratado por el constituyente e incorporado en la Constitución Política de Colombia en 1991.
- 7 La Corte distingue entre sexo cromosómico o genotipo, fenotípico, gonadal, legal, de crianza y psicológico. T-1025 de 2002, citando la SU-337 de 1999.

- 8 Cfr. CÉSPEDES, SARMIENTO, 2011, p. 410ss.
- 9 “[D]ejar a la persona en una estado sexual de indeterminación, conlleva al desconocimiento de su libertad de autoproyectarse en comunidad, y de paso, se niega su condición intrínseca de hombre temporal y estimativo” (T-1025 de 2002).
- 10 “[E]rror” entendido en el sentido más tradicionalmente filosófico: una manera de hacer que no es adecuada a la realidad”. FOUCAULT, 1980 (traducción mía).
- 11 Ya decía Foucault que la “irregularidad sexual [continúa siendo] considerada como perteneciente al mundo de las quimeras. Es por esto que es muy difícil [...] desprenderse de la sospecha de que son “invenciones” [...] que de todos modos y sería mejor disipar. ¡Despiértense jóvenes, de sus goces ilusorios, quítense los disfraces y recuerden que tienen un sexo, uno de verdad!”. FOUCAULT, 1980 (traducción mía).
- 12 Posición que contrasta con pronunciamientos de activistas intersexuales que recuentan los traumas y disfunciones sexuales y psicológicas que producen estas cirugías aún practicadas a muy corta edad. V. el testimonio de Cheryl Chase, fundadora de la *Intersex Society of North America* (WEIL, 2006), los artículos de la revista *Chrysalis: The Journal of Transgressive Gender Identities* (1998) dedicado integralmente a la intersexualidad, la charla de Koyama (2007), y los numerosos documentos, testimonios y artículos divulgados por la Organización Internacional de Intersexuales, la *Intersex Initiative* y la *Intersex Society of North America*.
- 13 “[U]n estado de **incertidumbre sexual** conduciría al desconocimiento de los atributos proyectivo, estimativo y temporal del menor NN, **indispensables** para asegurar el goce efectivo de sus derechos a la **identidad personal y al libre desarrollo de la personalidad**, ya que sin ellos sería prácticamente imposible definir un proyecto o plan de vida alrededor de una **precisa orientación sexual**. Así para preservar los derechos fundamentales del menor [...], es indispensable [tomar una] [...] decisión sobre la práctica de la cirugía de asignación de sexo [...], que permita **decidir definitivamente sobre su orientación sexual**”. T-1025 de 2002 (énfasis mío).
- 14 En la T-1025 de 2002 la Corte cita la declaración de un menor de 7 años en las que dice: “yo escogí la de hombre porque **que perezca que yo fuera como niña con cara de hombre [...]** se notara que era hombre”, o que le dice a la mamá que, tiene parte de hombre y mujer, pero que “escoge” ser hombre porque “**la mujer sufre mucho y yo no quiero sufrir como sufre usted**”. Inmediatamente después la Corte “concluye”: “(i) cromosómica y gonadalmente NN es mujer, mientras fenotípicamente su apariencia externa se identifica a la de un varón; (ii) éste **en relación con su género tiene una marcada identidad hacia el sexo masculino**; (iii) Por otra parte, **independientemente de la decisión** que se adopte es **indispensable operar al menor para cercenar, moldear o extirpar órganos genitales internos o externos**” (énfasis mío, itálicas en el texto).
- 15 “Among the arguments against genital surgery is the fact that sexual identity does not derive solely, or perhaps even primarily, from a person’s genitals [...] Intersex, [...] is a medical condition, not an identity, and the consensus suggests using the term “disorders of sex development””. WEILL, 2006.
- 16 “The word “intersex” obviously came from the idea that it is in between the standard sexes, male and female. [...] Most people born with intersex conditions do not consider their bodies “in between” male and female, but simply a male or female with a birth condition.” KOYAMA, 2006. Similarmente, la organización Accord Alliance (antigua INA) ha

asumido el término DDS en lugar de “intersexuales” y “hermafrodita” porque “the term DSD refers to a condition that a person has, not who a person is. It seeks to put the person first”. FAQ, Accord Alliance, (énfasis en el original).

- 17 “To define intersex as only a medical category is self-defeating for intersex because it implies it needs to be cured. Why does it need to be cured? Intersex is just one of the many options of deconstructing the current binary system which is oppressing us all”. Hinkle, 2005.
- 18 “Creo que debemos considerar la lucha por los derechos gay como un episodio que no representa la etapa final [...] porque un derecho, en sus efectos reales, está mucho más relacionado con actitudes y patrones de comportamiento que con formulaciones legales. Puede haber una discriminación contra los homosexuales, así la ley prohíba estas discriminaciones. Por tanto, es necesario luchar para dar lugar a estilos de vida homosexual”. FOUCAULT, 1981, (traducción mía).

Bibliografía

ACCORD ALLIANCE, página de Internet: www.accordalliance.org.

ARIZA, L. J. *Derecho, saber e identidad indígena*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de Los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2009, 389 p.

BUTLER, J. *Gender Trouble. Feminism and the Subversion of Identity*, Routledge, New York, 1990, xii-172 p.

CATÁ BACKER, L. “Constructing a “Homosexual” for Constitutional Theory: Sodomy Narrative, Jurisprudence, and Antipathy in United States and British Courts”, *Tulane Law Review*, vol 71, 1996-1997, pp 529-596.

CÉSPEDES, L. SARMIENTO, J. “¿Cómo mira el Estado? Constitución de 1991 y compromisos de género del Estado colombiano”, *Estudios Socio Jurídicos*, enero-junio 2011, pp 389-417.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, T-1025 de 2002.

_____, T-1021 de 2003.

_____, T-912 de 2008.

Chrysalis: The Journal of Transgressive Gender Identities, vol 2. No 5, 1998.

FLORES, J. “Las bases biológicas de la diferenciación sexual humana en el siglo XXI”, *Desacatos*, No 8, 2001, pp 85-100.

FOUCAULT, M. *La historia de la sexualidad 1 –la voluntad de saber*, siglo XXI editores, México, 2007 [1977], 194 p.

_____, “Le vrai sexe”, *Arcadie*, año 27, no 323, noviembre 1980, disponible en: <http://libertaire.free.fr/MFoucault252.html>.

_____, “Le triomphe social du plaisir sexuel : une conversation avec Michel Foucault”, entrevista con G. Barbedette, 20 octubre de 1981, *Dits Ecrits tome IV*, texte N°313, disponible en: <http://1libertaire.free.fr/MFoucault263.html>.

_____. “Michel Foucault, una entrevista: sexo, poder y política de la identidad”. *Obras esenciales, volumen III: estética, ética y hermenéutica*. Tr. Gabilondo. Barcelona: Paidós, 1999 [1984], 474p.

GARCÍA, M. JARAMILLO, I.C. RESTREPO, E. “Estudio preliminar”, en GARCÍA, M. JARAMILLO, I.C. RESTREPO, E. (ed), *Crítica jurídica: Teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*, Universidad de Los Andes, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2006, p 7-56.

HALLEY, J. “Razonar sobre la sodomía: acto e identidades en y después de Bowers v. Hardwick”, en GARCÍA, M. JARAMILLO, I.C. RESTREPO, E. (ed), *Crítica jurídica: Teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*, Universidad de Los Andes, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2006 [1993], pp 253-284.

HINKLE, C. E. “Beyond Identity Politics: Intersexing queer theory”, 2005, disponible en: <http://www.intersexualite.org/intersexing-queer-theory.html>.

INTERSEX INITIATIVE, página de Internet: www.ipdx.org.

INTERSEX SOCIETY OF NORTH AMERICA, página de Internet: www.isna.org.

KOYAMA, E. “Intersex at the Intersection of Queer Theory & Disability Theory”, charla dada en el marco de *The University of Chicago's Area and International Studies Multimedia Outreach Source (CHIASMOS)*, mayo 11 de 2007, disponible en: http://chiasmus.uchicago.edu/media/intersex_koyama_128k.mp3.

KOYAMA, E. “From “Intersex” to “DSD”: Toward a Queer Disability Politics of Gender”, 2006, disponible en: <http://www.ipdx.org/articles/intersectodsd.html>.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE INTERSEXUALES, página de Internet: www.intersexualite.org.

SEDGWICK, E. K. *La epistemología del armario*, Ediciones de la tempestad, Barcelona, 1998 [1990], 328 p.

WEIL, E. “What if It's (Sort of) a Boy and (Sort of) a Girl?”, *New York Times*, Septiembre 24 de 2006 , disponible: <http://kestrell.livejournal.com/260829.html>.

▼ recibido em 2 maio 2012 / aprovado em 7 jul. 2012

Para referenciar este texto:

BETANCUR RESTREPO, Laura. Alcances y limitaciones del discurso jurídico en la creación de la identidad intersexual: análisis de tres sentencias de la Corte Constitucional colombiana a la luz de algunos conceptos foucaultianos. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 163-178, jan./jun. 2012.