

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ**

**Colegio de Jurisprudencia**

**Incompatibilidad entre la asignación sexual en el Ecuador y el derecho a la identidad de niños intersex**

**José Eduardo Arias Gómez**

**Jurisprudencia**

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la obtención del título de Abogado

Quito, 20 de noviembre de 2022

## © DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: José Eduardo Arias Gómez  
Código: 00207544  
Cédula de identidad: 1720878766  
Lugar y Fecha: Quito, 20 de noviembre de 2022

## ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

**Nota:** El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

## UNPUBLISHED DOCUMENT

**Note:** The following capstone Project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

# INCOMPATIBILIDAD ENTRE LA ASIGNACIÓN SEXUAL EN EL ECUADOR Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE NIÑXS INTERSEX<sup>1</sup>

## INCOMPATIBILITY BETWEEN SEX ASSIGNMENT IN ECUADOR AND INTERSEX CHILDREN'S RIGHT TO IDENTITY

José Eduardo Arias Gómez<sup>2</sup>  
edujosed@hotmail.es

### RESUMEN

El presente estudio analizó en qué forma un entendimiento del sexo desde la vertiente estática y binaria, recogida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, es incompatible con el derecho a la identidad de la niñez intersex, provocando un incumplimiento en las obligaciones internacionales del Estado ecuatoriano y una afectación a este derecho. De esta forma, en consideración del interés superior de la niñez, de su posición como sujetos de derechos y de cuestiones bioéticas de los cuerpos y el derecho, analiza, mediante herramientas jurídicas como el test de proporcionalidad, la incompatibilidad entre la asignación de un sexo inmutable masculino o femenino, y el alcance que desde la jurisprudencia se ha dado al derecho a la identidad. Para cumplir con las obligaciones del Estado ecuatoriano, se propone aumentar, por lo menos, un tercer sexo en el registro de datos y reducir los requisitos y las formalidades necesarias para realizar este cambio.

### PALABRAS CLAVE

Identidad, sexo, intersexualidad, niñez, derechos humanos.

### ABSTRACT

*This investigation analyzes how an understanding of sex assignment from a static and binary perspective —contained in the Ecuadorian Organic Law of Register of Identity and Civil Data— is incompatible with the right to identity of intersex children, causing a breach in the international obligations of the Ecuadorian State and an affectation to intersex people. In consideration of the best interests of children, their position as subjects of rights, objects of protection, and bioethical issues of bodies and the law, this paper uses the proportionality test to analyze the incompatibility between an immutable male or female sex and the pronouncement about the right to an identity that different national and international courts have said. To comply with Ecuador's international obligations of human rights protection, it is proposed to increase, at least, a third sex in the data registry and reduce the requirements and formalities necessary to carry out this change.*

### KEY WORDS

*Identity, sex, intersexuality, children, human rights.*

---

<sup>1</sup> Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Diego Falconí Trávez.

<sup>2</sup> © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Fecha de lectura: 20 de noviembre de 2022

Fecha de publicación: 20 de noviembre de 2022

## **SUMARIO**

**1. Estado del arte.- 2. Marco Normativo.-3. Marco Teórico.- 4. Introducción.- 5. Lxs niñxs intersex desde los Derechos Humanos.- 6. Intersexualidad, género y sexo.- 7. Entre dos tierras: Asignación intersexual médica y jurídica en el Ecuador.- 8. Diferentes dimensiones del derecho a la identidad en LOGIDC.- 9. Obligaciones de los Estados de adecuar su legislación interna. 10. Alternativas para adecuar el derecho a la identidad de lxs niñxs intersex en la legislación interna.- 11. Recomendaciones.- 12. Conclusiones.**

## Advertencia

Este trabajo no busca suplantar la voz de las personas intersex en el ejercicio de sus propios derechos, ni mucho menos agotar el debate sobre todos los puntos de incidencia del poder regulador del derecho, el discurso médico y los mecanismos biopolíticos de control en los cuerpos; por el contrario, busca incluir en el debate jurídico ecuatoriano un entendimiento integrado del género y la sexualidad con respecto al ejercicio de la identidad de los sujetos sexuados, especialmente de lxs niñxs intersex<sup>3</sup>.

Esta investigación fue realizada por un hombre cisgénero<sup>4</sup>, desde su perspectiva, su realidad y sus privilegios.

---

<sup>3</sup> El uso de la x, si bien no ha sido reconocido por la Real Academia de la Lengua Española, abarca identidades corporales que no encajan en el binarismo masculino o femenino del lenguaje tradicional, por lo que es utilizado en este trabajo para referirse a los sujetos que no entran dentro de los dos géneros lingüísticos, o como una universalidad que abarque todo el abanico de identidades sexo-genéricas.

<sup>4</sup> Si bien al inicio de esta investigación me identificaba como un hombre cisgénero, y, en cierta forma, aún lo hago, como se verá en el desarrollo de este trabajo, asignar e identificarse con categorías como “hombre” o “mujer” refuerzan el sistema de biopolítica al que todxs estamos sujetos, por lo que es necesario empezar a cuestionar esas categorías, incluso si las habitamos y aceptamos.

## 1. Estado del arte

La presente sección aborda una revisión exhaustiva de literatura referente al derecho a la identidad y a los derechos humanos de lxs niñxs, cuyas características sexuales no encajan en el binarismo hombre/mujer que es sustentado, también, por el Derecho. De esta forma, se entenderá el contexto en el cual se ha desarrollado la identidad intersexual, desde el campo de estudio de los derechos humanos, con un especial énfasis en los derechos de la niñez y sus repercusiones en otros derechos y políticas legislativas.

Aguinaga considera que la intersexualidad es un tema ampliamente discutido en las ciencias médicas y sociales, pero de escaso trato en el ámbito jurídico. Para esta autora, someter a bebés intersex a una crianza de niño o niña o a una mutilación genital es reforzar categorías de género impuestas que obedecen a un binarismo hombre-mujer, sin considerar la identidad y expresión sexual como espacios íntimos e inherentes a cada individuo; afectaciones que pueden dar paso a una reparación integral de lxs afectadxs por sus derechos vulnerados.<sup>5</sup>

En esta misma línea, Martínez de Pinzón defiende que el reconocimiento mismo de la intersexualidad supone un cuestionamiento del binarismo sexo-genérico y plantea nuevas perspectivas en los derechos de las personas sexo divergentes. Para este autor, un buen paso en el reconocimiento de los derechos de personas intersex y trans es el adoptado por Australia o Malta, que es incluir un género neutro en adición al masculino y femenino en los documentos oficiales de identidad. Sin embargo, el reconocimiento de las personas intersex y LGBTQI+ como sujetos de derechos no es suficiente, pues es necesaria una aplicación material que lleve la teoría a la práctica con medidas que prohíban la discriminación, las políticas de conversión o las intervenciones quirúrgicas no consentidas.<sup>6</sup>

Ambxs autorxs coinciden en que la intersexualidad no es un tema plenamente abordado por el derecho, que no por eso deba limitarse a un aspecto teórico. Tanto la mutilación genital como la ausencia de medidas que protejan la identidad de personas intersexuales resultan en vulneraciones a derechos protegidos que se ven afectados por un binarismo impuesto en la gran mayoría de legislaciones.

---

<sup>5</sup> Belén Aguinaga. “La Temática De Lxs Intersex Desde Una Perspectiva Jurídica: Lineamientos Para Una Reparación Integral”, *USFQ Law Review* (2015), 173-205.

<sup>6</sup> J. Martínez de Pinzón Caveró, “Sexo, género y derechos: del “derecho a la orientación sexual y la identidad de género” al “derecho a la libre determinación del género”, *DERECHOS Y LIBERTADES* (2021), 23-64.

Para Gaucho y Lovera, el derecho a la identidad tiene una estrecha relación con la vulneración que sufren lxs niñxs intersex, por las diversas manifestaciones de violencia como forma de castigo por su identidad, que se ven agravadas en el caso de niñxs y adolescentes que, necesitan protección y cuidado especial, tanto como objetos de protección como sujetos de derechos. El reconocimiento de la identidad en sus diferentes dimensiones, como sería la de género, es necesario para que lxs niñxs, desde una perspectiva que no mantenga estigmas patologizantes, hagan efectivo el goce de sus derechos y el despliegue de toda su potencialidad.<sup>7</sup>

Para este autor, la intersexualidad es una característica más en una serie de posibles interseccionalidades en las que, por su categoría, varios niñxs ocupan. Reconoce más a profundidad lo que otros autores ya han notado, y es la injerencia que el desconocimiento de los niñxs intersex como sujetos plenos de derechos y como objetos especiales de protección tiene en su libre desarrollo.

## **2. Marco normativo**

La presente sección tiene como objetivo enunciar los Tratados Internacionales y la Ley nacional a la que los niñxs intersex registrados en Ecuador están sujetxs. Asimismo, recogerá la jurisprudencia más relevante de las Cortes nacionales e internacionales que han interpretado dichas normas, así como los instrumentos de interpretación de DDHH vinculantes, respecto al derecho a la identidad, los derechos de la niñez y las identidades sexo divergentes.

El Ecuador, al ser un Estado constitucional de derechos<sup>8</sup>, tiene como norma suprema la Constitución de la República del Ecuador<sup>9</sup> (en adelante CRE), que reconoce de forma especial, en la sección quinta, niñas, niños y adolescentes, entre otros derechos, a la identidad.<sup>10</sup> Asimismo, establece que el Estado generará y garantizará las condiciones

---

<sup>7</sup> Ximena A. Gauché Marchetti, and Domingo A. Lovera Parmo. "Identidad de género de niños, niñas y adolescentes: Una cuestión de derechos", *Ius et Praxis* (2019), 359-402..

<sup>8</sup> Artículo 1, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. N/D de 25 de enero de 2021.

<sup>9</sup> Artículo 425, CRE, 2008.

<sup>10</sup> Artículo 45 y 66 numeral 28, CRE, 2008.

necesarias para el reconocimiento y ejercicio de los derechos constitucionales<sup>11</sup>; a la par que expresa que nadie podrá ser discriminado por su orientación sexual o identidad de género.<sup>12</sup>

Al ser el derecho a la identidad un derecho humano, el bloque de constitucionalidad pone a los tratados de derechos humanos más favorables que la Constitución por sobre la mencionada carta magna.<sup>13</sup> Por lo que es necesario considerar la aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>14</sup>, pues esta reconoce los derechos al libre desarrollo de la personalidad, vida privada, nombre y reconocimiento de la personalidad jurídica; la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>15</sup>, que reconoce de forma expresa el derecho a la identidad en diferentes dimensiones para los niños y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>16</sup>, que presenta un marco general y universal de protección de derechos; como normas que, en lo pertinente y en ciertas circunstancias, podrán ser aplicadas por sobre la constitución y de forma directa e inmediata<sup>17</sup>.

En el caso de leyes de carácter infra constitucional, se aplicarán la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, LOGIDC, ya que esta es la norma que regula los parámetros que deben considerarse en los documentos de identidad y establece el régimen aplicable a la asignación sexual en la inscripción de datos<sup>18</sup>. Asimismo, establece las herramientas, los mecanismos y los responsables de llevar el registro de dichos datos y qué facultades tienen o no los ciudadanos para rectificar, en los casos que correspondan, asignaciones sexo-genéricas con las que no se identifican<sup>19</sup>.

### **3. Marco teórico**

La protección del derecho a la identidad en el caso de niños intersex es un tema de vital importancia que no ha sido abordado desde una perspectiva interseccional, por lo que

---

<sup>11</sup> Artículo 11, numeral 8, CRE, 2008.

<sup>12</sup> Artículo 11, numeral 2, CRE, 2008.

<sup>13</sup> Artículo 424, CRE, 2008

<sup>14</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, 22 de noviembre de 1969, ratificada por el Ecuador el 27 de octubre de 1977.

<sup>15</sup> Convención sobre los Derechos del niño, New York, 20 de noviembre de 1989, ratificada por Ecuador en 1990.

<sup>16</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 16 de diciembre de 1966, ratificada por Ecuador, ratificado por Ecuador el 16 de diciembre de 1966.

<sup>17</sup> Artículo 11, numeral 3, CRE, 2008.

<sup>18</sup> Artículo 30, Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, R.O. S. 684 de 04 febrero de 2016, reformado por última vez R.O. 345 de 8 de diciembre de 2020.

<sup>19</sup> Artículo 31, Reglamento a la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, R.O. S. 353 de 23 de octubre de 2018.

la presente sección presenta las líneas de pensamiento que fundamentan la intersexualidad como una identidad independiente y no una patología fundamentada en la imposición de un binarismo sexo-genérico, así como también las diferentes teorías existentes sobre el alcance del derecho a la identidad y la importancia de la bioética en los derechos humanos; lo cual servirá para encontrar una posición que adopte los criterios necesarios para la correcta protección del mencionado derecho en sus diferentes dimensión y adaptada a la realidad corporal de la niñez intersex.

Méndez y Silveira definen a la bioética como “el estudio de las cuestiones éticas que surgen de la práctica de las ciencias biomédicas”<sup>20</sup>. Estos autores reconocen que los avances biomédicos afectan cuestiones sociales con importantes efectos jurídicos que no pueden ser ignorados por el derecho. Esto implica que la promulgación o modificación de las normas que componen el ordenamiento jurídico deban considerar los avances de la biomedicina y las cuestiones éticas que esta traen consigo.<sup>21</sup>

Butler, partiendo de Foucault, reconoce la forma en la que el poder, más allá del estrictamente jurídico, regula lo que las personas son o no. Este poder regulador establece qué condiciones se deben cumplir para que un sujeto ocupe el rol que sus características presumen debe ocupar; y, de hecho, moldean el cuerpo de las personas. Este *biopoder* es el que suscribe, a priori, lo que se considera un género coherente y determina las relaciones sociales mediante las cuales una persona se determina y es determinada<sup>22</sup>. Esta relación entre la realidad corporal y lo intangible del poder, en el caso del género y el sexo, se vuelve una cuestión del derecho, pues es la ley la que delimita de qué forma se enmarcarán los deseos, el cuerpo y los roles que lxs recién nacidxs, en base a sus características corporales, despeñarán en y frente a la sociedad.

Al ser el centro de estudio de este trabajo una identidad sexo-genérica es indispensable entender qué es el género y el sexo, al menos de una forma amplia. Como lo explica Fraisse, “habitualmente se entiende que el sexo corresponde al plano biológico, en tanto que el género es el producto de la construcción socio cultural”<sup>23</sup>, aunque él mismo

---

<sup>20</sup> Víctor Méndez, Héctor Silveira, *Bioética y derecho* (Barcelona: Universidad Oberta de Catalunya, 2007), 15.

<sup>21</sup> *Ibid*, 51-54

<sup>22</sup> Judith Butler, *Deshacer el género* (Barcelona: Paidós 2006), 89-114.

<sup>23</sup> Geneviève.Fraisse, *Del sexo al género: los equívocos de un concepto* (Valencia: Universitat de València, 2003), 8.

menciona que esta es una sobre-simplificación que será profundizada y cuestionada en el desarrollo de este trabajo.

Para Torres , se puede hablar del sexo en dos dimensiones. La primera, como el sexo que se atribuye a bebés recién nacidxs en base a su apariencia física y sus genitales externos. La segunda, como un sexo jurídico, consecuencia de que los ordenamientos jurídicos modernos obliguen a la inscripción del sexo de lxs recién nacidxs.<sup>24</sup> Las complicaciones en estas dos dimensiones se devengan cuando las características físicas no encajan en los estándares masculinos o femeninos de la asignación sexual biológica y la ley no presenta alternativas que salgan de este binarismo al momento de la inscripción.

Fernández considera que el derecho a la identidad tiene dos dimensiones, una estática y una dinámica. La estática se compone de los elementos objetivos y excepcionalmente variables que componen los elementos que determinan a una persona en diferencia a otras, como podría ser el nombre, ciertas características físicas o la imagen. La dinámica se compone por elementos subjetivos que constituyen la personalidad, tal como los pensamientos, opiniones, creencias, actitudes y comportamientos. En otras palabras, es aquello que define la personalidad que se proyecta en el exterior y constituye lo que ha denominado “verdad personal”.<sup>25</sup> Esta división será esencial en el presente trabajo.

A pesar de que existen diferentes fuentes sobre intersexualidad, son escasos los trabajos que analizan la asignación sexual desde una perspectiva jurídica, y aún más escasos los que consideran la niñez intersexual.

#### **4. Introducción**

La identidad es un derecho reconocido por primera vez en 1974 por la jurisprudencia italiana<sup>26</sup>; y delimitado por la Corte Suprema Italiana en 1985<sup>27</sup>. Por su novedad, este derecho no se encuentra recogido de forma expresa en ningún tratado de la primera mitad del siglo XX. En 1989, la Convención de los Derechos del Niño, en su Art. 8, estableció que es obligación de los Estados “respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la

---

<sup>24</sup> María José Torres Parra, "La autodeterminación de género en la intersexualidad a propósito de d. 1, 5, 10 Paul. 1 ad Sab" *Revista de Derecho de la UNED* (2019), 433-456.

<sup>25</sup> Carlos Fernández Sessarego, *Derecho a la identidad personal* (Buenos Aires: Astrea 1992), 114 y 288.

<sup>26</sup> Giorgio Pino, "The Right to Personal Identity in Italian Private Law: Constitutional Interpretation and Judge-Made Rights", Oxford (2000), 225-237.

<sup>27</sup> Carlos Fernández Sessarego, "El Derecho a la Identidad Personal". *Revista Comparazione e Diritto Civile*, (2014)

nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”.

Como se desprende del Art. 30 de la LOGIDC, el registro de la inscripción de nacimiento del neonatx deberá contener, entre otros elementos, el sexo, como hombre o mujer, que determine la persona profesional de la salud que atendió el parto<sup>28</sup>. Esta norma entiende al sexo jurídico como un elemento estático determinado por un tercero, sin tomar en cuenta que, en los casos de niñxs intersex, por las particularidades de sus circunstancias, su realidad corporal no se va a adaptar a un binario y que, en alcance de su derecho a la identidad, son ellxs lo que sabrán determinar con qué sexo se identifican

Según Karkazis, el nacimiento de personas intersexuales se calcula en 1,7% de la población de nacidxs vivxs<sup>29</sup>. Si bien en Ecuador no existe un registro de estadísticas similares, la realidad nacional no es ajena a la existencia de niñxs intersex y las obligaciones internacionales a las que está sujeto el Estado en la protección particular de los derechos de la niñez.

Este trabajo analiza desde el campo de los derechos humanos de lxs niñxs intersex diferentes consideraciones bioéticas y obligaciones estatales de protección para resolver, mediante la aplicación de un test de proporcionalidad, la siguiente pregunta jurídica: ¿En qué medida la forma en la que la legislación ecuatoriana entiende el sexo jurídico se adecua o no a los alcances que la Corte Constitucional y organismos internacionales han determinado como parte del derecho a la identidad?

Para determinar el carácter que debe tener el sexo del sujeto intersexual desde la medicina o el derecho, esta investigación hace un breve recorrido histórico por la invención del concepto actual de sexo y género, cuestiona sus diferencias —si es que las hay— y propone, mediante derecho comparado, formas en la cuales la legislación ecuatoriana debe reconocer el sexo, para garantizar que el Estado ecuatoriano cumpla sus obligaciones de adecuar su legislación interna a los estándares de protección internacionales de derechos humanos y mantenga una armonía entre los elementos del derecho a la identidad y la asignación sexual de niñxs intersex.

---

<sup>28</sup> Artículo 30, LOGIDC, 2020

<sup>29</sup> Katrina Karkazis, *Intersex, Medical Authority, and Lived Experience* (Durham y Londres: Duke University Press, 2009), 24.

#### **4.1. Metodología**

La metodología utilizada en esta investigación es deductiva, ya que, mediante un análisis de la normativa vigente en Ecuador y en otros países con leyes de registro de la identidad, lo determinado por la doctrina y la jurisprudencia sobre el derecho a la identidad; observa en qué medida existe o no una compatibilidad en la forma en la que el Ecuador hace una determinación médica y jurídica del sexo de lxs niñxs intersex en base a una perspectiva integral del sexo, el género, los derechos subjetivos y el interés superior de lxs niñxs. Encontrando posibles soluciones a las problemáticas planteadas mediante un ejercicio de derecho comparado.

### **5. Lxs niñxs intersex desde los Derechos Humanos**

#### **5.1. Doble dimensionalidad de lxs niñxs: Sujetos de derechos y objetos de protección**

Bajo el modelo de situación irregular o protección tutelar, el Estado entendía sus responsabilidades frente a lxs menores desde las situaciones de riesgo social, abandono o disfuncionalidades; es decir, a la niñez se les definía en base a sus carencias, y en ese fundamento se los consideraba objetos de protección y control. Es en esas condiciones, que los derechos de lxs niñxs debían ser tutelados y amparados por el Estado, sus familias u otros actores de la sociedad.<sup>30</sup>

Por esto, el primer elemento necesario para entender el alcance que el derecho de la identidad tiene en lxs niñxs es su posición de sujetos de derechos. La adopción de la Convención de los Derechos del niño trajo consigo un cambio de paradigma en el ejercicio de los derechos de lxs niñxs, pues es a partir de este instrumento que lxs infantxs “deja[n] de ser considerado[s] como un objeto de protección, para convertirse en un sujeto titular de derechos que debe ser empoderado en los mismos”<sup>31</sup>. Las obligaciones de los Estados frente a la niñez, inicialmente consideradas desde la doctrina de situación irregular o la protección tutelar, encontraron un nuevo fundamento en la doctrina de Protección Integral.

---

<sup>30</sup> Maricruz Gómez de la Torre Vargas, "Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos." *Revista de Derecho (UCUDAL)* (2018), 117-137.

<sup>31</sup> Jorge Cardona Llorens, "La Convención de Derechos del Niño y la legislación española de protección a la infancia." *Presupuesto y Gasto Público* (2020), 35-48.

Frente al modelo de la Protección Integral de los derechos, lxs niñxs son vistxs como sujetxs de derechos; con la capacidad de ejercer por sí mismxs los derechos que se les reconocen, únicamente limitados por sus propias facultades. Ya no solo son vistxs como seres indefensos a los que un Estado paternalista debe proteger, sino como personas con la capacidad para ejercer diferentes derechos.<sup>32</sup> El neonatx intersex no puede ser visto desde una perspectiva patologizante que debe ser tratada y normalizada; sino que, bajo la perspectiva de la Protección Integral<sup>33</sup>, debe verse como un sujeto de derechos con plena capacidad de ejercerlos.

Esta doble dimensionalidad en la determinación sexual es necesaria no solo para considerar las subjetividades con las que inexorablemente el niñx se va a encontrar al crecer de uno u otro sexo y desarrollar su propia identidad personal, sino también para considerar la subjetividad misma de las asignaciones sexuales en la identidad física.

Como lo manifestó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, CorteIDH, en la sentencia del caso Fornerón e Hija Vs. Argentina, el derecho a la identidad “está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo”<sup>34</sup>. Como se desprende de esta interpretación, el derecho a la identidad reconoce los diferentes elementos biológicos que componen la corporalidad de un individuo como parte del sustento en el que se construye la identidad.

Desconocer el carácter de sujeto al neonatx, que, si bien en ese momento no puede tomar una decisión, va a tener que lidiar con las consecuencias de una imposición biopolítica que ignora su personalidad y su realidad biológica para construir una corporalidad artificial en base a las normas binarias, es incompatible con el alcance que desde aspectos biológicos recogidos por la CorteIDH existe en la identidad.

## **5.2.El interés superior del niñx**

El Art. 3 de la CDN establece que, en las medidas tomadas por instituciones del poder público o privado, se deberá considerar de forma preponderante el interés superior del niñx, ISN<sup>35</sup>. Este no funciona únicamente como una consideración en la toma de decisiones,

---

<sup>32</sup> Ibid.

<sup>33</sup> Maricruz Gómez de la Torre Vargas, "Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos.", 118-119.

<sup>34</sup> Fornerón e Hija Vs. Argentina, CorteIDH, de 27 de abril de 2012, párr. 123.

<sup>35</sup> Art. 3, Convención sobre los Derechos del niño, 1990.

sino que tiene una triple dimensionalidad: como derecho, principio de interpretación y norma de procedimiento.<sup>36</sup>

Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado que el ISN constituye un elemento esencial en la protección de los derechos de lxs niñxs<sup>37</sup>. Involucra que, cuando se tome cualquier tipo de decisiones, se consideren cada caso y contexto particular, así como las repercusiones positivas o negativas que la decisión pueda tener en el ejercicio de los derechos del niñx.<sup>38</sup>

La doctrina ha propuesto diferentes formas de interpretar el ISN, siendo una de gran relevancia para la identidad intersexual el método tópico. Para Simons, este método no busca encontrar un concepto predeterminado que pueda englobar todas las consideraciones referentes al interés del infantx, sino que buscar tomar una perspectiva especializada para una problemática determinada y concreta que pueda afectar a lxs niñxs.<sup>39</sup>

Bajo esta interpretación, no existe una respuesta única e inequívoca de lo que constituye el ISN, sino que se debe analizar cada caso en base a las diferentes interseccionalidades y las diferentes directrices y herramientas jurídicas aplicables. Esta forma de interpretar el interés superior permite proteger los derechos de lxs niñxs “mediante la formulación de criterios, con base en diferentes puntos de vista que se adoptan en función a la contingencia que se debe resolver en una situación determinada.”<sup>40</sup> Es decir, encontrar formas sui generis de protección para cada caso, en base a jurisprudencia, normas o principios jurídicos.

Si bien, bajo esta teoría, por su naturaleza, no puede definir de forma precisa el marco de protección de la identidad intersex, es fundamental que se considere, por un lado, las diferentes interseccionalidades y, por otro lado, el derecho a la identidad en su diferentes matices y dimensiones, en todas las circunstancias en que se tomen decisiones que puedan afectar los derechos de lxs niñxs y el desarrollo de su personalidad. Como lo ha manifestado

---

<sup>36</sup> Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), Observación General, CRC/C/GC/14, Comité de los Derechos del Niño, 29 de mayo de 2013.

<sup>37</sup> Sentencia No. 200-12-jh/21, Corte Constitucional, 01 de diciembre de 2021, párr. 125.

<sup>38</sup> Sentencia No. 525-14-EP/20, Corte Constitucional, 08 de enero de 2020, párr. 55.

<sup>39</sup> Farith Simon, *Interés superior del menor: técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva*, (Quito: Iurisdicto, 2016)

<sup>40</sup> J. H. Clavijo, "El interés superior del menor como concepto jurídico indeterminado y las técnicas de su determinación en situaciones de crisis familiares.", Porticolegal (2018).

la CorteIDH con respecto la identidad, “si bien no es un derecho exclusivo de los niños, entraña una importancia especial durante la niñez”<sup>41</sup>. Motivo por el cual debe existir un vínculo indisoluble entre las políticas identitarias del Estado y el ISN.

## **6. Intersexualidad, género y sexo**

### **6.1. El cuerpo de los senderos que se bifurcan: el sujeto —de derechos— intersex en la historia**

En la obra *Metamorfosis*, Ovidio recoge la historia del hijo de Mercurio y Venus —o Hermes y Hermafrodita— quien fue unido con la ninfa Salmicis en un solo cuerpo con forma de hombre y mujer.<sup>42</sup> Más allá de la mitología que existe alrededor de hermafrodito, el cuerpo intersexual no era ajeno a las discusiones jurídicas y políticas de la época antigua.

En los textos religiosos del judaísmo existen varias normas especiales para las personas intersexuales.<sup>43</sup> En la antigua Grecia, pensadores como Aristóteles pensaban que las personas intersexuales tenían un tercer sexo no funcional<sup>44</sup>, para él, era el calor del corazón lo que lo determinaba su masculinidad o feminidad, moldeando su identidad y su complejión física necesariamente dentro del binario<sup>45</sup>.

En la antigua Roma, el sexo del neonato era inicialmente decidido mediante una inspección ocular que consideraba las características sexuales que prevalecían. En la edad adulta, sin embargo, el comportamiento social del sujeto era el que determinaba su sexo<sup>46</sup>. En el siglo XVII no existía dudas de si las intersexuales eran o no personas, sino qué tipo de personas y cómo se ejercían sus derechos<sup>47</sup>, que se determinaban considerando que el sujeto intersexual será definido como hombre o mujer de acuerdo con el sexo que domine<sup>48</sup>.

---

<sup>41</sup> Fornerón e Hija Vs. Argentina, párr. 123.

<sup>42</sup> Ovidio, *Metamorfosis* (Barcelona: Bruguera S. A., 1983), 73.

<sup>43</sup> Anne Fausto-Sterling, *Cuerpos sexuados* (Barcelona: Melusina, 2006), 51.

<sup>44</sup> Ana Lúcia Santos, "Beyond binarism? Intersex as an epistemological and political challenge.", *RCCS Annual Review* (2014), 126-127.

<sup>45</sup> Louise Fradenburg, and Carla Freccero, *Premodern sexualities*, (New York: Routledge, 2013), 117-136

<sup>46</sup> María José Torres Parra, *La autodeterminación de género en la intersexualidad a propósito de d. 1, 5, 10 Paul. 1 ad Sab*", 433-456.

<sup>47</sup> Thomas Edgar, *The lavves resolutions of womens rights: or, The lavves prouision for woemen* (Londres: Printed for John Grove, 1632), lib.1, 5.

<sup>48</sup> Gilbert Ruth, *Early modern hermaphrodites: sex and other stories* (London: Palgrave Macmillan Limite, 2002)

## 6.2. Entre Foucault y una mujer desnuda: El sexo desde la biopolítica

Para Foucault, desde el siglo XVII hay un cambio en la lógica del poder. El poder, en vez de legitimarse con la muerte de las personas bajo su jurisdicción, se manifiesta con el control mismo de la vida.<sup>49</sup> El sexo, como se conoce hoy en día, fue inventado en este siglo. Anteriormente, “los genitales masculinos y femeninos eran considerados como semejantes, tanto en su aspecto como en sus funciones, trazando una continuidad entre los cuerpos de unos y otras”<sup>50</sup>. La mujer era una mujer, no un hombre incompleto, por lo que los órganos reproductivos se volvieron el fundamento de la diferencia entre un género y otro.<sup>51</sup>

En el siglo XVIII, se concreta desde la biopolítica del sexo un sistema de oposiciones y no de semejanzas. El sexo femenino “ya no es una inversión o una interiorización del sexo masculino, sino un sexo enteramente diferente cuyas formas y funciones responden a una lógica propia”<sup>52</sup>. A principios del siglo XIX, el bio poder adoptó un discurso médico que elevó el sexo a una determinación natural. En este discurso biopolítico, no existe un sujeto con una mezcla de sexos, existe un sujeto hombre o mujer que por deslices de la naturaleza tiene ambigüedad genital.<sup>53</sup>

En la primera mitad del siglo XX, de forma paulatina y experimental, la endocrinología empezaría a introducir el término de hormonas sexuales como las mensajeras de lo masculino o femenino.<sup>54</sup> El entendimiento de las hormonas sexuales como sustancias químicas que recorren el cuerpo implicó reinterpretar el sexo desde órganos nucleares, pues rompió la noción de que la masculinidad y la feminidad se encuentran constituidos únicamente por elementos anatómicos estáticos.<sup>55</sup>

Si en este nuevo sistema de dos cuerpos antagónicos e independiente el sexo era lo natural y definitivo, lo maleable y variable no podía ser el sexo, por lo que debía ser algo más; y es ese algo más lo que Money definiría como género.<sup>56</sup> Como se verá más adelante,

---

<sup>49</sup> Michel Foucault, *Historia de la sexualidad*, (México D.F.: Siglo XXI Editores, 2014), 82-83.

<sup>50</sup> Claudia Patricia Rivera Amarillo, *Una historia política de la diferencia sexual*, (Bogotá: Tercer Mundo/Universidad Nacional de Colombia, 2006): 185-202.

<sup>51</sup> Thomas Lacqueur, *La construcción del sexo*, (Madrid: Cátedra, 1994), 257-272.

<sup>52</sup> Paul Beatriz Preciado, *Testo Yonqui*, (Madrid: Espasa, 2008), 61.

<sup>53</sup> Michel Foucault, *Los anormales*, (Buenos Aires: Fondo de cultura económica de Argentina, 2000), 78-80

<sup>54</sup> Nelly Oudshoorn, *Beyond the natural body*, (London: Routledge, 2003), 14-39.

<sup>55</sup> Nelly Oudshoorn, *Beyond the natural body*, 14-39

<sup>56</sup> Paul Beatriz Preciado, *Testo Yonqui*, 81-82.

esta perspectiva de la inmutabilidad del sexo frente a lo posiblemente maleable del género es las que se sigue acogiendo en la LOGIDC al momento de recoger el cambio de género, pero no el cambio de sexo.

Ante estas perspectivas, pensadoras como Wittig adoptaron posiciones subversivas ante la injusticia que planteaba ese destino biológico; para ella, la determinación del sexo no describe órganos sexuales, sino que los constituye. Mira el sexo como una construcción que reinterpreta rasgos biológicos neutrales en base a las relaciones bajo las que se los percibe<sup>57</sup>. Esto no implica una discusión sobre “la existencia o factibilidad de las distinciones sexuales, sino que cuestiona el aislamiento y valorización de determinados tipos de distinción por encima de otros”<sup>58</sup>

### **6.3. Money, la hormona ya está haciendo efecto: la génesis del género.**

Nociones del género se pueden rastrear al Uranismo del siglo XIX, en el que Karl Heinrich Ulrichs planteó la homosexualidad como el alma femenina atrapada en un cuerpo masculino.<sup>59</sup> El criterio de dos sexos, el del alma o la mente y el del cuerpo fueron utilizados a finales de este siglo para explicar diferentes tipos de *desviaciones* sexuales.<sup>60</sup> En inicios del siglo XX, la practica medica se decantaba por el sexo biológicamente dominante para la asignación sexual; sin embargo, en el caso de adultos, el sexo predeterminante era el psicológico. En estos casos, la mente determinaba el sexo por sobre los cromosomas.<sup>61</sup>

En los años 40, Money, inventó el concepto de género<sup>62</sup>. Según Garriga, para Money, el género era como un idioma; si bien la capacidad de aprenderlos es biológica, el idioma específico que se aprende se basa en el contexto social.<sup>63</sup> Robert Stoller, después de estudiar trastornos de la identidad sexual, empieza a definir el género como una construcción cultural. Concluye que la identidad y el comportamiento de género no corresponden al sexo

---

<sup>57</sup> Monique Wittig, *El pensamiento heterosexual y otros ensayos*, (Madrid: Egales, 2006), 31-44.

<sup>58</sup> Judith Butler, Butler, "Variations on Sex and Gender, Beavouir, Wittig and Foucault.", University of Minnesota Press (1987.): 291-312.

<sup>59</sup> Gert Hekma, *A female soul in a male body: Sexual inversion as gender inversion in nineteenth-century sexology*, (New York: Zone books, 1996), 214-230

<sup>60</sup> Joanne Meyerowitz, *How Sex Changed: a History of Transsexuality In the United States* (Cambridge: Harvard University Press, 2004),98-130.

<sup>61</sup> Ibid.

<sup>62</sup> Paul Beatriz Preciado, "La invención del género, o el tecnocordero que devora a los lobos-Biopolítica del Género.", *Conversaciones Feministas: biopolítica* (2009): 15-41.

<sup>63</sup> Concepción Garriga, "Recorrido del concepto de género en la historia del psicoanálisis y sus implicaciones clínicas." *Brocar* 35 (2011), 117-155.

biológico, sino que responden a haber experimentado desde su infancia las costumbres y ritos asignados al género asignado en el nacimiento.<sup>64</sup>

Oakley entendió al sexo como un término biológico y al género como un término psicológico y cultural que depende de muchos factores. El sujeto intersexual, bajo este entendimiento, era la prueba misma de la distinción entre género y sexo; ya que este no entra en ninguna de las categorías binarias del sexo, pero puede encajar perfectamente en la categoría de género con la que se identifique si así lo desea.<sup>65</sup>

De Lauretis repiensa las nociones presentadas por autoras como Okley, y establece que, tanto el género como la sexualidad, son efectos de tecnologías políticas que se producen y reproducen en los comportamientos, los cuerpos y las relaciones sociales, sin existir de forma innata —o natural— en cada ser humano.<sup>66</sup> Esto se complementa con lo planteado por Butler, que entiende las manifestaciones corporales de género como actos “performativos en el sentido de que la esencia o la identidad que pretenden afirmar son invenciones fabricadas y preservadas mediante signos corpóreos y otros medios discursivos”<sup>67</sup>.

Una interpretación integral del género y el sexo desvirtúa a este primero como la interpretación cultural del segundo, ya que, como se analizó previamente, el sexo fue construido en parte debido al género. En palabras de Butler, “Si se refuta el carácter invariable del sexo, quizás esta construcción denominada «sexo» esté tan culturalmente construida como el género; de hecho, quizá siempre fue género, con el resultado de que la distinción entre sexo y género no existe como tal.”<sup>68</sup>

## **7. Entre dos tierras: Asignación intersexual médica y jurídica en el Ecuador**

El Art. 30 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles establece que “El sexo será registrado considerando la condición biológica del recién nacido, como hombre o mujer, de conformidad a lo determinado por el profesional de la salud o la persona

---

<sup>64</sup> Marta Lamas, "La antropología femenina y la categoría "género" *Programa Universitario De Estudios De Género* (2013), 97-125.

<sup>65</sup> Ann Oakley, *Sex, Gender and society*, (San Francisco: Harper, 1972), 158-173.

<sup>66</sup> Teresa De Lauretis, "La tecnología del género." *Revista Mora* 2 (1996), 6-34.

<sup>67</sup> Judith Butler, *El género en disputa: el feminismo y la subversión de la identidad*, (Barcelona: Paidós, 2007), 253-276.

<sup>68</sup> Judith Butler, *El género en disputa: el feminismo y la subversión de la identidad*, 54-56.

que hubiere atendido el parto”<sup>69</sup>. De esta norma se determina con claridad al menos dos momentos en la determinación sexual. El primero, con la determinación del sexo biológico en base a los órganos genitales externos que hace el profesional de la salud. El segundo, que sucede poco después, cuando se inscribe el sexo biológico en un registro de datos civiles. Ambas clasificaciones, aparentemente armónicas, generan conflictos en el ejercicio de los derechos cuando las identidades de lxs niñxs recién nacidos empiezan a salir del binarismo hombre-mujer.

### **7.1. Determinación médica del sexo**

Un posible punto de partida para entender el funcionamiento en el Ecuador de la clasificación biológica en el Ecuador es el Protocolo de Atención integral a pacientes con desórdenes<sup>70</sup> de desarrollo sexual, suscrito por el Ministerio de Salud Pública en el 2018<sup>71</sup>. En este documento<sup>72</sup> se recogen a los cuerpos intersex como desviaciones de un sexo masculino con características femeninas, o un sexo femenino con características masculinas. No se reconoce al sujeto intersexual como una identidad propia con la capacidad de vivir en plenitud su corporalidad.

Como lo manifestó la jueza A. A. Cancado Trindade en un voto disidente a la sentencia del caso Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, la identidad se reconoce como un derecho que refuerza “la tutela de los derechos humanos, protegiendo a cada persona humana contra la desfiguración o vulneración de su verdad personal” , pues recoge “lo que hay de más personal en cada ser humano, proyectándolo en sus relaciones con sus semejantes y con el mundo exterior” .

Desde el ámbito médico queda palpable la perspectiva patologizante de la intersexualidad, que desfigura en un desorden sexual una realidad corporal niñxs completamente sanxs, simplemente por no encajar en el binario. Proyecta en el cuerpo intersexual, desde tratamientos invasivos encaminados a que encajen en un binario sexual,

---

<sup>69</sup> Artículo 30, LOGIDC, 2016.

<sup>70</sup> Si bien el protocolo evita usar términos como hermafrodita o pseudohermafrodita por considerarlos peyorativos, el estigma asociado con el término “desorden” sigue perpetuando nociones discriminatorias con respecto a las identidades intersexuales. .

<sup>71</sup> Atención integral a pacientes con desórdenes del desarrollo sexual-protocolo 2018, 0242-2018, Ministerio de Salud Pública, Registro Oficial E. E. 505, 30 de julio de 2018

<sup>72</sup> Es importante considerar que, desde que este protocolo fue suscrito, no ha podido entrar en funcionamiento por falta de financiamiento.

una identidad que no los refleja, sino que desde la biopolítica los construye. Vulnerando las dimensiones que en el voto disidente se entendieron como parte del derecho a la identidad.

## **7.2. Determinación jurídica del sexo**

En “El sexo y su importancia jurídica”, Barros recoge los diferentes criterios que se han utilizado tradicionalmente para entender el sexo en el derecho. Expresa que, para algunos autores, el sexo constituye un bien jurídico extrapatrimonial; y, para otros, un hecho jurídico natural. En contraposición a aquellos criterios, este autor entiende al sexo como parte de los atributos de la personalidad y a estos como las propiedades o características inherentes a toda persona humana<sup>73</sup>; es decir, como parte de la misma categoría que el estado civil, la nacionalidad, el domicilio o la capacidad

Como se desprende del principio 3 de los Principios de Yogyakarta, “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”<sup>74</sup>. La personalidad jurídica, como lo ha explicado la CorteIDH en la sentencia del caso *Bámaca Velásquez vs Guatemala*, “implica la capacidad de ser titular de derechos (capacidad de goce) y deberes”<sup>75</sup>. En base a estos derechos, la determinación del sexo jurídico no funciona como una protocolización de la identidad biológica, sino que constituye el reconocimiento que el derecho hace de la identidad sexual del infantrx como parte de sus atributos de la personalidad y, en consecuencia, la incorporación de su corporalidad como parte de su personalidad jurídica y como un parámetro a considerar en las medidas que sean necesarias tomar para la garantía de sus derechos.

La Corte Constitucional, CC, en la sentencia No.11-18-CN/19 reconoce que, entre los atributos que configuran la identidad de una persona se encuentran “la nacionalidad, el origen familiar y étnico, el nombre y el apellido, la adscripción ideológica, la edad, el sexo, religión, ideología y más”<sup>76</sup>. El Art. 30 de la LOGIDC establece que el registro del sexo del recién nacido se hará como hombre o mujer. Si partimos de que el sexo jurídico asignado a lxs neonatxs constituye parte de los atributos de su personalidad jurídica, se comienzan a dilucidar los problemas en la garantía de derechos cuando la legislación no permite la

---

<sup>73</sup> Alejandro Barros Amengual, "El sexo y su importancia jurídica.", Universidad Gabriela Mistral, (1991).

<sup>74</sup> Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, Panel Internacional de Especialistas en Legislación de Derechos Humanos y en Orientación Sexual e Identidad De Género, 2007, principio 3.

<sup>75</sup> *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*, CorteIDH, de 31 de agosto de 2014, párr. 179.

<sup>76</sup> Sentencia No. 11-18-CN/19, Corte Constitucional, 12 de junio de 2019, párr. 186

inscripción de ciertas identidades y limita la asignación sexual al binario tradicional. En el caso de niñxs intersex, el abanico de posibilidades y variables médicas constituyen cientos de posibles identidades fuera del binario

En el caso del sexo jurídico existe una invisibilización total respecto a los cuerpos con características intersexuales. Si un neonatx no entra en la categoría de hombre o mujer en base a sus características corporales, el ordenamiento jurídico no recoge identidades adicionales en las que puedan entrar. Esto resulta que, en el registro de su sexo, se desconozca completamente su realidad corporal y la existencia misma del sujeto intersexual de derechos, prescribiendo, sin considerar cuestiones bioéticas, su identidad.

### **7.3. Bioética e intersexualidad**

En el siglo XIX se vio la génesis de las tecnologías médicas del sexo<sup>77</sup>. La biología se constituyó como una disciplina con la autoridad para disponer de los cuerpos con características sexuales ambiguas. Para mediados del siglo XX, la tecnología médica había logrado corregir los errores de la naturaleza y alejarlos de la vista.<sup>78</sup> Como lo explica Balza, “si antes los sujetos podían decidir qué sexo legal querían pertenecer, conservando su cuerpo ambiguo, a partir del siglo XX son los médicos los que ante el nacimiento de un bebé deciden a que sexo debe pertenecer”.<sup>79</sup>

A partir de los años 90, surgen diferentes corrientes de pensamiento que alteran la forma en la que el sexo es visto. La intersexualidad se vuelve una forma de resistencia ante la biopolítica de control de los cuerpos. Reivindica nuevas formas de ver la sexualidad y su elasticidad, ya que las tecnologías hormonales y las cirugías de corrección genital permiten que el cuerpo se construya fuera de lo binario.<sup>80</sup> En palabras de Haraway, “la ideología determinista biológica es sólo una posición abierta en la cultura científica para defender los significados de la animalidad humana”<sup>81</sup>.

Además, como lo explica Aparisi, una de las consideraciones fundamentales en cuestiones bioéticas es el respeto al plan auto escogido en base al cual un individuo actúa o,

---

<sup>77</sup> Michel Foucault, *Historia de la sexualidad* (México D.F.: Siglo XXI Editores, 2014), 71.

<sup>78</sup> Anne Fausto-Sterling, *Cuerpos sexuados*, 54-55.

<sup>79</sup> Isabel Balza, "Bioética de los cuerpos sexuados: transexualidad, intersexualidad y transgenerismo.", *Revista de Filosofía Moral y Política* (2009), 245-258.

<sup>80</sup> Isabel Balza, "Bioética de los cuerpos sexuados: transexualidad, intersexualidad y transgenerismo.", 245-258.

<sup>81</sup> Donna J. Haraway, *Ciencia, cyborgs y mujeres* (Madrid: Ediciones Cátedra, 1995), 276.

en otras palabras, a su autonomía<sup>82</sup>. Como lo ha expresado la CorteIDH, el daño a este plan “implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable”<sup>83</sup>.

Es en base a todas estas consideraciones que la bioética debe reflexionar y redimensionar las narrativas de los cuerpos de las personas intersex. Pues, la percepción que una persona tiene sobre sí misma, con las diferentes tecnologías del cuerpo, no es estática, sino elástica y mutable, y marca una forma de historia personal que, por lo general, “no es considerada ni consignada en el expediente clínico o en la argumentación legal para validar una existencia ambigua que exige reconocimiento”<sup>84</sup>.

La bioética, conforme el Art. 5, de la Declaración de Bioética y Derechos Humanos, debe “respetar la autonomía de la persona en lo que se refiere a la facultad de adoptar decisiones, asumiendo la responsabilidad de éstas y respetando la autonomía de los demás.”<sup>85</sup> Sin embargo, como lo explica Alvarado, la patologización de la identidad intersexual resulta en que, a partir de discursos utilitaristas, se afecte la realidad corporal de lxs niñxs intersex sin su consentimiento o voluntad. Esto por buscar el contenido de una mayoría que se niega a admitir la existencia de personas distintas al binario sexual.<sup>86</sup>

Esto afecta la integridad física del neonatx, cambiando, en muchos casos de forma irreversible, el sentido de su dignidad como persona y, conforme lo ha manifestado la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia No. T-063/15, vulnerando aspectos fundamentales de su identidad, pues “la persona es un ser autónomo, con autoridad propia, orientado a fines específicos, que ejerce un claro dominio de su libertad y en consecuencia ninguna decisión tomada sin su consentimiento se torna válida”<sup>87</sup>.

---

<sup>82</sup> Juan Carlos Siurana Aparisi, "Los principios de la bioética y el surgimiento de una bioética intercultural." *Veritas* 22 (2010), 121-157.

<sup>83</sup> Caso Casa Nina Vs. Perú, CorteIDH, de 24 de noviembre de 2020, párr. 154

<sup>84</sup> Ana Lilia Higuera Olivo, "Bioética y situación narrativa de las personas con trastorno del desarrollo sexual (TDS)." *Revista de sanidad militar* 72.2 (2018), 152-157.

<sup>85</sup> Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, Declaración, Conferencia General de la UNESCO, Actas de la Conferencia General 33ª reunión, 19 de octubre de 2005, Art. 3

<sup>86</sup> José Joaquín Alvarado Acuña, "Una Aproximación Bioética y de Derechos Humanos a La Intersexualidad En Costa Rica." *Revista PRAXIS* 74 (2016), 65-93.

<sup>87</sup> Sentencia No. T-063/15, Corte Constitucional Colombiana, 2015

## **8. Diferentes dimensiones del derecho a la identidad en LOGIDC**

### **8.1. Dimensión Estática de la identidad en la asignación sexual**

Fernández explica que, en un inicio, la identidad se limitaba a un aspecto fundamentalmente biológico del sujeto, más bien relacionado con la identificación. Bajo este entendimiento, la identidad suponía una forma de identificación civil relacionada a las huellas digitales, el nombre, el sexo<sup>88</sup> u otros datos relacionados a los documentos de identidad<sup>89</sup>. Es decir, se componía por los elementos externos, utilizados para que una persona se identifique de forma individualizada en la sociedad y son estos elementos los que clasifica como los pertenecientes a la dimensión estática de la identidad. En otras palabras, esta dimensión es la identificación física, biológica y registral<sup>90</sup>.

Estos elementos no han sido renegados por la identidad como derecho humano o constitucional. La Corte Constitucional Colombiana, en la sentencia No. T-477/95, consideró que existe un derecho a la personalidad jurídica, parte del derecho a la identidad. A los ojos de este tribunal, este derecho no se limita a categorizar a un sujeto como titular de derechos y obligaciones, sino que incluye el reconocimiento de diferentes atributos parte de su personalidad jurídica, como el nombre, el domicilio, el estado civil, o la nacionalidad<sup>91</sup>.

Esto, en concordancia con la definición recogida por la CorteIDH en el caso *Gelman Vs. Uruguay*, que entiende la identidad como la sumatoria de los “atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso”<sup>92</sup>.

Entre los elementos que Fernández reconoce como parte de esta dimensión se encuentra el sexo<sup>93</sup>. Para este autor, este se puede ver desde un punto de vista estático, en el que “biológicamente, salvo rarísimas excepciones, el sexo se identifica por sus características anatómicas y fisiológicas y por su morfología exterior”<sup>94</sup>. Para este autor, la dimensión estática corresponde, en síntesis, al sexo “con el que se nace y con el cual el sujeto se inscribe

---

<sup>88</sup> Carlos Fernández Sessarego, *Derecho a la identidad personal*, 287-292

<sup>89</sup> Carlos Fernández Sessarego, “Daño a la identidad personal”, *THEMIS Revista de Derecho* (1997), 245-272.

<sup>90</sup> María del Carmen Delgado Menéndez, “El derecho a la identidad: una visión dinámica”, Pontificia Universidad Católica del Perú-CENTRUM Católica (2016), 15.

<sup>91</sup> Sentencia No. T-477/95, Corte Constitucional Colombiana, 1995

<sup>92</sup> Sentencia del caso *Gelman c. Uruguay*, CorteIDH, de 24 de febrero de 2011, párr. 122.

<sup>93</sup> Carlos Fernández Sessarego, *Derecho a la identidad personal*, 287-292

<sup>94</sup> *Ibid.*

en el correspondiente registro de datos civiles.”<sup>95</sup> En otras palabras, el sexo estático es lo que en este trabajo se ha definido como sexo jurídico.

Como se anticipó previamente, el Art. 30 de la LOGIDIC recoge diferentes datos que el registro de la inscripción de nacimiento debe contener, entre los que se encuentran: el lugar de alumbramiento, la fecha del nacimiento, los nombres y apellidos del neonatx, su sexo, etc. Todos elementos que, al ser registrales, entrarían, aparentemente, en la dimensión estática de la identidad. Como lo expresa este mismo artículo, el campo del sexo “será registrado considerando la condición biológica del recién nacido, como hombre o mujer, de conformidad a lo determinado por el profesional de la salud”<sup>96</sup>.

Como se analizó previamente, de este artículo se desprende que la inscripción del sexo del neonatx intersex podrá ser únicamente como masculino o femenino, lo que, por los elementos antes analizados, ignoraría su realidad corporal para adaptarlx en una de las construcciones jurídicas y biológicas que se han hecho en base a las características corporales.

Ante esta disyuntiva, autoras como Vázquez consideran que lxs bebés intersex, una vez que puedan demarcar su identidad, se inclinarán por una identidad en el binarismo, sea masculina o femenina, por lo que la solución sería dejar el apartado de sexo vacío hasta que lxs niñas tengan la edad suficiente para decidir, sin que exista un problema en que haya solo dos sexos.<sup>97</sup> Al respecto, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania considera que no permitir a las “personas registrar su sexo de manera positiva, sino simplemente hacerlo en negativo (no identificándose ni con el sexo masculino ni con el femenino)”<sup>98</sup> supone una vulneración al derecho a la igualdad y no discriminación<sup>99</sup>, por lo que descarta la opción del apartado en blanco.

Así mismo, este tribunal considera que una inscripción binaria vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad de las personas que no se identifican únicamente como hombres y mujer.<sup>100</sup> Si partimos del estado de protección especial de lxs niñas y su calidad

---

<sup>95</sup> Ibid.

<sup>96</sup> Artículo 30, LOGIDIC, 2016.

<sup>97</sup> Jenny Carla Vázquez Pezutti, "Afectación de los derechos de las personas intersexuales en el Perú como consecuencia de la falta de regulación legal." *Vox Juris* (2021), 183-196.

<sup>98</sup> Antonio Arroyo Gil, "Las personas intersexuales desde una perspectiva de derechos humanos y fundamentales." *IgualdadES 2.2* (2020), 29-60.

<sup>99</sup> Ibid.

<sup>100</sup> Ibid.

de sujetos de derechos; a pesar de que estos no pueden identificar su sexo apenas nazcan, en algún momento van a desarrollar una identidad sexual que, si se apega a sus características genitales, puede no encajar en el binario sexo-genérico.

Ante estas consideraciones, el sexo en niñxs intersex no puede verse como algo binario y estático, porque está sujeto a diferentes factores que pueden variar con el desarrollo anatómico, hormonal y social del niñx. Asimismo, esta asignación sexual no puede simplemente ignorar la existencia de estos cuerpos para forzar a que lxs niñxs intersex, una vez que puedan decidir, se acojan al sexo masculino o femenino.

El cuerpo intersexual implica replantear la determinación jurídica del sexo ya no desde lo estático y binario, sino desde lo elástico y plural. Como una realidad que debe reconocerse desde el derecho, pero no puede restringir el desarrollo de la personalidad de un sujeto ni volver a lxs niñxs objetos de estigmatización. Para lograr este cometido, reconocer identidades intersexuales fuera de lo masculino o femenino se vuelve imprescindible.

Como lo explica Tiffany y otrxs, un porcentaje considerable de las personas intersexuales se identifican o como hombres o como mujeres, y otro porcentaje se identifica dentro de un tercer sexo, que no es ni masculino ni femenino.<sup>101</sup> El sexo jurídico debe reconocer los diferentes tipos de realidades corporales con las que lxs neonatxs nacen, mientras que la identidad de género debe considerar como ese infante, una vez que pueda, se identifica y percibe su propia realidad sexual.

## **8.2. Identidad de género desde la dimensión dinámica**

La identidad no se reduce únicamente a elementos de identificación; sino que incluye las diferentes características subjetivas de la personalidad de un sujeto.<sup>102</sup> Esta dimensión de la identidad trasciende la dimensión estática para manifestarse a través de la proyección social del individuo; se enriquece, cambia, muta, se degrada o se construye en razón de todo aquello que el sujeto hace en y con su vida<sup>103</sup>.

Esta dimensión recoge una verdad personal inherente a cada sujeto y manifestada mediante el proyecto de vida que ha trazado y diseñado de acuerdo con las potencialidades,

---

<sup>101</sup> Tiffany Jones y otrxs, *Intersex* (Cambridge: Lightning Source for Open Book Publishers, 2016), 73

<sup>102</sup> Carlos Fernández Sessarego, “Daño a la identidad personal”, 245-272.

<sup>103</sup> María del Carmen Delgado Menéndez, “El derecho a la identidad: una visión dinámica”, Pontificia Universidad Católica del Perú-CENTRUM Católica (2016).

opciones y circunstancias que enfrenta.<sup>104</sup> Como lo explica Delgado citando a Fernández, “El ser humano vive proyectándose, coexistencialmente, en el tiempo”<sup>105</sup>; y es esta proyección de sí mismo la que compone los elementos dinámicos de la identidad

Esta dimensión del derecho fue la que se reconoció por primera vez en la jurisprudencia italiana y se encuentra presente como parte sustancial de la identidad en el reconocimiento de este derecho en la legislación ecuatoriana. Como se manifestó anteriormente, la CC reconoció de forma expresa que la identidad puede ser flexible y cambiar con el tiempo y que las formas y la decisión misma de realizar estos cambios son competencia únicamente del sujeto titular del derecho. Para Fernández, el sexo, además de su vertiente estática, tiene una vertiente dinámica, que se refiere a “la personalidad misma de la persona, a su actitud sicosocial, a su modo de comportarse, a sus hábitos y modales”<sup>106</sup>.

Si nos remitimos a la opinión consultiva OC-24/17 emitida por la CorteIDH, vemos que esta se refiere a la identidad de género como aquella que “se encuentra ligada al concepto de libertad y a la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia”<sup>107</sup> así como a “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente.”<sup>108</sup> Fernández llama sexo dinámico a lo que la CorteIDH, y este trabajo, conoce como identidad de género.

Como se desprende de la definición emitida por la CorteIDH, la identidad de género implica una autodeterminación que “podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento”<sup>109</sup>. Como lo explica Furtado y otrxs, entre 8.5 y 20% de la población diagnosticada con un desorden de desarrollo sexual no se identifica con el sexo que le fue asignado.<sup>110</sup> Para estos casos, y otros casos, el Art. 94 de la LOGIDC establece que:

Voluntariamente, al cumplir la mayoría de edad y por una sola vez, la persona por autodeterminación podrá sustituir el campo sexo por el de género que puede ser: masculino o femenino. El acto se realizará en presencia de dos testigos que acrediten una autodeterminación contraria al sexo del solicitante y por

---

<sup>104</sup> Ibid.

<sup>105</sup> Ibid.

<sup>106</sup> Carlos Fernández Sessarego, “Daño a la identidad personal”, 245-272.

<sup>107</sup> OPINIÓN CONSULTIVA OC-24/17, CorteIDH, de 24 de noviembre de 2017, párr. 93.

<sup>108</sup> OPINIÓN CONSULTIVA OC-24/17, párr. 94.

<sup>109</sup> Furtado, Paulo Sampaio, et al. "Gender dysphoria associated with disorders of sex development." *Nature Reviews Urology* 9.11 (2012), 620-627.

<sup>110</sup> Furtado, Paulo Sampaio et al. “Gender dysphoria associated with disorders of sex development.” *Nature reviews. Urology* vol. 9,11 (2012).

al menos dos años, de acuerdo con los requisitos que para el efecto se determinen en esta Ley y su reglamento.<sup>111</sup>

Este cambio, sin embargo, como se menciona en este mismo artículo, solo puede surtir efecto en la cédula de identidad; ya que la única forma en la que se podría cambiar los datos relativos al sexo en el registro de la inscripción de nacimiento es mediante una sentencia judicial en la que se justifique el error que se pudo cometer<sup>112</sup>. Esto implica que, una vez que lxs niñxs intersex puedan determinar con que sexo se identifican, tengan que acudir a un juez para que sea este el que decida si procede o no procede un cambio de sexo jurídico, y, en caso de que se autorice este cambio, está limitado únicamente a masculino o femenino.

En los casos en los que el cambio de sexo de un niñx intersex haya sido rechazado por el juez, si este quiere que su identidad sea reconocida por la legislación ecuatoriana, tendría que esperar hasta los 18 años, para, de una forma patologizante y por una única vez, encajar a su identidad nuevamente en un binario hombre-mujer con el que posiblemente no se identifique y únicamente en su cedula, ya que el sexo en su registro de nacimiento es inmutable.

La Corte Constitucional, en la sentencia No, 11-18-CN/19, reconoció que la identidad “puede ser flexible y cambiar con el tiempo<sup>113</sup> y que la decisión de hacerlo compete exclusivamente al titular del derecho<sup>114</sup>. Esto implica que, si un niñx intersex desea cambiar de sexo, este es el único facultado para tomar esa decisión y el rol del Estado no debería ser otro que el de reconocer, respetar y garantizar esa decisión.

### **8.3. Test de proporcionalidad a la inmutabilidad del sexo**

Para entender si una restricción a un derecho es legítima o no, el numeral 2 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccional y Control Constitucional establece que:

Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente

---

<sup>111</sup> Artículo 94, LOGIDC, 2016.

<sup>112</sup> Artículo 30, LOGIDC, 2016

<sup>113</sup> Sentencia No, 11-18-CN/19, Corte Constitucional, 12 de junio de 2019, párr. 184-190

<sup>114</sup> Sentencia No, 11-18-CN/19, Corte Constitucional, 12 de junio de 2019, párr. 184-190

válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.<sup>115</sup>

El fin constitucionalmente válido, como lo ha expresado la Corte Constitucional en la sentencia No. 42-21-CN/22, determina si la norma objeto del test persigue un fin legítimo<sup>116</sup>. En el numeral 2 del artículo 11 de la Constitución, el sexo figura como un motivo por el cual no se podrá discriminar a ninguna persona.<sup>117</sup> La inmutabilidad del sexo, para perseguir un fin constitucionalmente válido, debería “tener relación con el reconocimiento, desarrollo o garantía del ejercicio de derechos”<sup>118</sup>

Si bien las acciones afirmativas podrían constituir un fin constitucionalmente válido por el cual sea necesario que exista un sexo jurídico debidamente registrado, estas justifican la existencia de un sexo jurídico y un registro, pero no la inmutabilidad de los datos, por lo que no se desprende de ninguna norma del texto constitucional que exista un motivo constitucionalmente válido para que el sexo no se pueda cambiar sino por sentencia judicial en la que se demuestre un error.

A pesar de que es necesario que solo uno de los elementos del test no se cumpla para que la medida no sea proporcional, es pertinente ver en qué medida los otros elementos se cumplen o no para entender la magnitud de la incompatibilidad entre la asignación sexual estática y el derecho a la identidad de lxs niñxs.

La idoneidad implica que la medida objeto del test sea idónea para alcanzar el fin constitucionalmente válido<sup>119</sup>. En el supuesto de que el fin constitucional sea la promulgación de las medidas de inclusión afirmativa, restringir el cambio sexo a un único supuesto y darle la autoridad para hacerlo a un juez no contribuye de forma alguna en mejorar la inclusión entre hombres y mujeres. Por lo que tampoco se cumple la condición de idoneidad.

La necesidad implica que la medida objeto del test sea, de entre todas las que se pueden aplicar, la que menos restrinja los derechos de las personas y cumpla con su fin<sup>120</sup>. La medida objeto de este test, por un lado, determina a un tercero (el juez), como el encargado

---

<sup>115</sup> Artículo 3, LOGJCC.

<sup>116</sup> Sentencia No. 42-21-CN/22, Corte Constitucional. 27 de enero de 2022, párr. 27

<sup>117</sup> Artículo 11, CRE, 2008.

<sup>118</sup> Sentencia No, 11-18-CN/19, Corte Constitucional, 12 de junio de 2019, párr. 107

<sup>119</sup> Sentencia No. 42-21-CN/22, Corte Constitucional. 27 de enero de 2022, párr. 41

<sup>120</sup> Sentencia No, 11-18-CN/19, Corte Constitucional, 12 de junio de 2019, párr. 112

de determinar qué es o no es un niñx que, como sujeto de derechos, está en la capacidad de decidir por sí mismx en qué forma desea percibirse y percibe su propia identidad. Una medida menos gravosa sería que no exista necesidad de acudir a un juez, y que baste únicamente con la manifestación de voluntad del niñx. Así mismo, restringir la causal de cambio de sexo únicamente a error y no a motivos de identidad personal y autodeterminación, constituye una restricción arbitraria a los derechos de lxs niñxs y su identidad. Por los motivos mencionados, la medida no cumple con la necesidad.

La proporcionalidad propiamente dicha, consiste en que la medida objeto del test interfiera lo menos posible con otros derechos para para alcanzar las finalidades constitucionales, para que el resultado obtenido no sea desmedido en relación a sus ventajas.<sup>121</sup> Desconocer las diferentes realidades corporales y los mecanismos necesarios para que las personas pueden cambiar su sexo de forma libre y voluntaria constituye una afectación desmedida en relación al fin constitucional, ya que no presenta ventaja alguna, pero afecta en sobremanera el derecho a la identidad de lxs niñxs intersex y su reconocimiento como sujetos de derechos con capacidad de decidir sobre su propio cuerpo y su autopercepción.

En base a lo analizado, la inmutabilidad del sexo en el registro del nacimiento es una afectación al derecho a la identidad que no cumple con el test de proporcionalidad y, en consecuencia, no está amparada por el ordenamiento constitucional y las normas internacionales, lo que implica que existe una incompatibilidad entre un sexo estático recogido por la legislación ecuatoriana y el derecho a la identidad de niñxs intersex.

## **9. Obligaciones de los Estados de adecuar su legislación interna.**

Para entender en qué forma la asignación sexual binaria y su inmutabilidad implica un incumplimiento en las obligaciones internacionales del Estado, es necesario entender qué obligación se incumple y de qué forma. La CDN establece que los Estados parte de la convención “adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos”<sup>122</sup>; en esta misma línea, la CADH expresa que, en caso de no hacerlo ya, los Estados se “comprometen a adoptar, con arreglo a sus

---

<sup>121</sup> Sentencia No. 42-21-CN/22, Corte Constitucional. 27 de enero de 2022, párr. 56

<sup>122</sup> Art. 4, CDN

procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias”<sup>123</sup> para hacer efectivo el goce de los derechos reconocidos.

Con respecto a esta obligación, la CorteIDH en la sentencia del caso Maldonado Vargas y otros vs. Chile, manifestó que es obligación del Estado introducir en su legislación las “modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas”<sup>124</sup>. Este mismo tribunal, en la sentencia del caso FEMAPOR Vs. Perú, señaló una doble vertiente con respecto a esta obligación, una negativa y una positiva.

Por un lado, la vertiente negativa, como se señaló en esta misma sentencia, implica “la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención”<sup>125</sup>; en el caso objeto de esta investigación, implicaría derogar, tanto el binarismo forzado en la asignación sexual al nacimiento, como la forma estática y excepcionalmente cambiante con la que el cambio de sexo se maneja. Esta vertiente, al estar identificado el problema, no requiere un análisis más exhaustivo

Por otro lado, la vertiente positiva se compone de “la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”<sup>126</sup>. Lo que implicaría que, una vez derogada la normativa recogida en la vertiente negativa, las consideraciones sobre el sexo promulgadas reconozcan las diferentes realidades corporales contenidas en el derecho a la identidad. Por sus complejidades, esta vertiente implica barajar diferentes alternativas, su aplicación, sus ventajas y problemas.

## **10. Alternativas para adecuar el derecho a la identidad de lxs niñxs intersex en la legislación interna**

Debido a que existen dos elementos problemáticos en la asignación sexual estática binaria, es necesario analizar ambos y sus posibles soluciones de forma independiente. El primero, es que únicamente se recojan dos sexos al momento de registrar el nacimiento de un niñx intersex. El segundo es que el sexo sea únicamente cambiante si así lo determina un juez y únicamente por un posible error en el registro. Ambos problemas, si bien tienen un

---

<sup>123</sup> Art. 2, CADH

<sup>124</sup> Sentencia Fornerón e hija Vs. Argentina, párr. 130

<sup>125</sup> Sentencia FEMAPOR Vs. Perú, CorteIDH, 1 de febrero de 2022, párr. 99

<sup>126</sup> Sentencia FEMAPOR Vs. Perú, párr. 99

mismo origen, plantean diferentes problemas; para los cuales el derecho comparado surge como una herramienta remarcable para encontrar las diferentes soluciones aplicables.

Para el primer problema, se puede utilizar el caso de Alemania como un punto de partida. En el 2017, un juez de la Corte Constitucional Federal de Alemania resolvió que no era constitucional no asignar un sexo a un neonato, como se recogía anteriormente en la legislación alemana para casos de indeterminación sexual, pero tampoco era constitucional asignar únicamente un sexo masculino o femenino, y desconocer la identidad sexual de las personas fuera del binario<sup>127</sup>.

La ley aprobada por el Parlamento Federal, sin embargo, contiene graves problemáticas que se deben considerar. Si bien incluye una tercera opción denominada diversa, no reconoce otro tipo de identidades específicas, como la intersex y obliga a las personas intersex que desean cambiar su sexo jurídico a tener un certificado médico emitido que excepcionalmente puede ser cambiado por una declaración juramentada. En ambos casos, se limita a ver el género como algo estático y objetivo que, solo en los casos de personas intersex con desviaciones físicas, puede ser corregido.

Otro caso de estudio es el de Nueva Zelanda. La derogada Ley de Registro de Nacimientos, Muertes, Matrimonios y Relaciones de Nueva Zelanda recoge x, intersex, masculino y femenino como los sexos a elegir, tanto en la asignación sexual como en el cambio de sexo. Esta ley, remplazada por una nueva normativa con el mismo nombre, como se ve en la sección 144, encarga la determinación de cuantos sexos existen a la Gobernación General<sup>128</sup>, permitiendo más flexibilidad en el reconocimiento de las diferentes identidades y no limitando de forma alguna cuantos sexos se reconocen ni su forma de acceder a ellos.

Para el segundo problema, la nueva Ley de Registro de Nacimientos, Muertes, Matrimonios y Relaciones de Nueva Zelanda, aprobada en diciembre de 2021, recoge nuevamente posibles respuestas. La Ley que esta normativa deroga y reemplaza, expresaba que, si una persona quería corregir el sexo que se mostraba en su certificado de nacimiento, tenía que pasar por un juzgado de familia, para que sea un tribunal quien apruebe este cambio.

---

<sup>127</sup> Bundesverfassungsgericht, “Civil status law must allow a third gender option”, (Press Release No. 95/2017 de 8 noviembre 2017), Recuperado de: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/ressemitteilungen/EN/2017/bvg17-095.html>, (último acceso: 17/11/2022).

<sup>128</sup> Births, Deaths, Marriages, and Relationships Registration Act 1995, Public Act 1995 No 16, 31 de marzo de 1995, Art. 144

En la nueva ley, esto se reemplaza por un simple proceso administrativo iniciado por la persona que lo requiera. Este procedimiento puede ser accionado una vez que la persona que solicita la rectificación a cumplido 16 años o por su representante, siempre y cuando este cuente con el consentimiento del niñx.<sup>129</sup>

Otro caso de importante relevancia es el de Argentina, en el que, de acuerdo con la Ley 26.743, promulgada el 23 de mayo de 2012, toda persona puede solicitar la rectificación registral de su sexo cuando no coincida con su percepción. En el caso de lxs niñxs, este proceso deberá ser iniciado por su representante en respeto de su voluntad y sus derechos y, en el caso que su representante se niegue a hacerlo, se podría recurrir a un proceso sumarísimo para que sean el tribunal el que resuelva la tutela del niñx.<sup>130</sup> Y, una vez accionada, podría ser nuevamente solicitada únicamente con autorización judicial<sup>131</sup>.

## **11. Recomendaciones**

Esta sección propondrá las medidas que deben ser tomadas para que el manejo que la legislación ecuatoriana hace del sexo sea compatible con el derecho a la identidad de lxs niñxs intersex. La primera medida que se propone es eliminar el binarismo sexual en la inscripción de datos civiles. Es decir, que se reforme la LOGIDC para que no determine con qué sexos se debe inscribir a lxs neonatxs, sino que simplemente determine que el sexo forma parte de los elementos en el registro de datos.

La segunda medida que se propone es que los sexos sean determinados en el Reglamento a la LOGIDC, para que, al ser promulgado por el ejecutivo y no por el legislativo, tenga una mayor flexibilidad para reconocer las diferentes realidades corporales que existen. De esta manera, se podría modificar con mayor celeridad, en la medida que sea necesario, los sexos que se reconozcan como necesarios para garantizar el pleno desenvolvimiento y reconocimiento de las diferentes identidades sexo-genéricas.

La tercera medida que se propone es que el reglamento contenga, idóneamente, un sexo masculino, femenino, intersexual, indeterminado y X, que puede seguir ampliándose, para que se pueda adecuar a las diferentes realidades corporales e identidades sexuales. En

---

<sup>129</sup> Births, Deaths, Marriages, and Relationships Registration Act 2021, Public Act 2021 No 57, 15 diciembre de 2021, Art. 25

<sup>130</sup> Ley 26.743, Boletín oficial 24/05/2012, 23 de mayo de 012, Art.5

<sup>131</sup> Artículo 8, Ley 26.743.

su defecto, como un estándar mínimo de protección, el mencionado reglamento deberá contener un tercer sexo X, que incluya las diferentes identidades que no se adecuan al binario masculino .

La cuarta medida que se propone es que el sexo en el registro de nacimiento deje de verse como un elemento inmutable; sino que, por el contrario, se vea como un elemento flexible y cambiante. En tal sentido, que se pueda cambiar las veces que sean necesarias para adecuarse a la realidad corporal de las personas, siendo limitado únicamente por medidas que aprueben el test de proporcionalidad. Así mismo, que dichos cambios se reflejen tanto en el registro de nacimiento como en la cedula de identidad u otros certificados.

La quinta medida que se propone es que lxs niñxs, para poder cambiar su sexo, no necesiten cumplir una edad mínima, sino que baste con su manifestación de voluntad en un procedimiento administrativo sumárisimo de rectificación del sexo. Para estos casos, no se necesitará el consentimiento o la tutela de lxs representantes legales, sin perjuicio de que se establezcan de forma clara los requisitos por los cuales se podría declarar la nulidad de la mencionada rectificación.

## **12. Conclusiones**

El estudio que se realizó sobre la asignación sexual de niñxs intersex en el Ecuador permitió llegar a las siguientes conclusiones. Por un lado, que la ley prescriba que un niñx intersex deba únicamente inscribirse como hombre o mujer en el registro de su nacimiento, no reconoce los diferentes atributos de su corporalidad ni toma en consideración la identidad con la que eventualmente se va a desarrollar, incumpliendo la obligación del Estado ecuatoriano de adecuar su legislación interna al alcance de los derechos humanos recogidos en los tratados que ha ratificado; incumplimiento que se agrava cuando se toma en cuenta el carácter de sujeto de derechos de lxs niñxs, su interés superior, sus interseccionalidades y las consideraciones que la bioética y la medicina deben tener en el ejercicio de los derechos de la niñez.

Por otro lado, se encontró que el sexo, visto desde el derecho a la identidad, se sustenta en una experiencia biológica, que no constituye un elemento estático, sino variable y mutable. Un entendimiento flexible del sexo garantizaría que el sexo jurídico que se registra en los documentos de identidad de lxs niñxs se adecue al sexo con el que se identifican y

viven su corporalidad. Por tal motivo, se señaló que la mirada estática e inmutable del sexo en el Ecuador no es compatible con el alcance que desde los derechos humanos y el derecho constitucional existe frente a la identidad de lxs niñxs intersex.

En consecuencia, se logró verificar, mediante un método deductivo, que el modelo de asignación sexual binario e inmutable del Ecuador, analizado bajo los estándares de un test de proporcionalidad, contempla limitaciones al ejercicio del derecho a la identidad que no están amparadas por el ordenamiento jurídico; por lo que, no es compatible con las diferentes dimensiones que la jurisprudencia nacional e internacional ha reconocido como parte de la identidad, ocasionando un incumplimiento del Estado en sus obligaciones de adecuar su legislación interna para garantizar los derechos reconocidos en los tratados que ha ratificado.

Ante estos hallazgos, con el fin de adecuar la legislación interna para precautelar la identidad de lxs niñxs intersex, se analizó la forma en la que diferentes legislaciones entienden el registro y el cambio de sexo. De este modo, se dio respuesta a la pregunta jurídica planteada, determinando que el manejo que la LOGIDC hace del sexo no es compatible con las diferentes dimensiones reconocidas del derecho a la identidad, por lo que en la sección de recomendaciones se planteó alternativas para solucionar dicha problemática.

Sobre las limitaciones encontradas dentro de este trabajo, se señala que el escaso desarrollo doctrinario del derecho a la identidad fue un problema, así como el silencio que desde el campo jurídico existe con respecto a la niñez intersexual y el alcance de sus derechos. A pesar de esto, los diferentes desarrollos jurisprudenciales de derechos humanos y los entendimientos que desde los estudios sociales y la antropología han hecho de la asignación sexual y la intersexualidad, permitieron encontrar fuentes que se complementen en la construcción de un entendimiento integrado del sexo en el derecho a la identidad de la niñez intersex.