

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**La mutilación genital intersex y posible sanción en el
ordenamiento jurídico ecuatoriano**

Vivian Abigail Santander Galarza

Jurisprudencia

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

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:	Vivian Abigail Santander Galarza
Código:	209915
Cédula de identidad:	1722362843
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UNPUBLISHED DOCUMENT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>.

LA MUTILACIÓN GENITAL INTERSEX Y SU POSIBLE SANCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO¹

INTERSEX GENITAL MUTILATION AND ITS POSSIBLE SANCTION IN THE ECUADORIAN LEGAL SYSTEM

Vivian Abigail Santander Galarza²
abi.san6277@gmail.com

RESUMEN

La mutilación genital intersexual es el término que se ha utilizado para describir a las cirugías de reasignación de sexo practicadas en niños y adolescentes intersexuales con el objetivo de adecuar sus cuerpos a un estándar binario. A pesar de que se aprueba médicamente que estas cirugías se practiquen cuando hay un riesgo en la salud física de la persona, estas se realizan en la mayoría de los casos con fines normalizadores y estéticos. El presente estudio propone el análisis interdisciplinario que rige sobre las corporalidades intersex y plantea iniciar un debate sobre las posibles sanciones respecto de las prácticas normalizadoras sobre la población intersex. En este sentido, se analizó la transgresión a distintos derechos, sobre todo a la integridad personal. De tal forma que es ineludible pensar en la protección de derechos de personas intersex mediante el reconocimiento de sanciones dentro de la norma penal a quienes realicen estas prácticas.

PALABRAS CLAVE

Intersexualidad, mutilación genital intersex, integridad personal, sanción, tipificación.

ABSTRACT

Intersex genital mutilation is the term that has been used to describe sex reassignment surgeries performed on intersex children and adolescents to conform their bodies to a binary standard. Although, it is medically approved that these surgeries are performed when there is a risk to the physical health of the person, they are performed in most cases for body normalizing and aesthetic purposes. This study proposes the interdisciplinary analysis that governs intersex corporealities and has the purpose to initiate a debate on the possible sanctions regarding body normalizing practices on the intersex population. In this sense, the transgression of different rights, especially personal integrity, was analyzed. In such a way that it is unavoidable to think about the protection of the rights of intersex people through the recognition of penalties within the criminal law for those who conduct these practices.

KEY WORDS

Intersexuality, intersex genital mutilation, personal integrity, sanction, categorization.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Juan Pablo Albán Alencastro.

² © 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.

SUMARIO

1.INTRODUCCIÓN. - 2. ESTADO DEL ARTE. - 3. MARCO TEÓRICO. - 4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL. – 5. SOBRE LA INTERSEXUALIDAD - 6. TRANSGRESIÓN AL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL EN LA CIRUGÍA DE REASIGNACIÓN DE SEXO. – 7. ¿ES NECESARIA LA TIPIFICACIÓN DE LA CONDUCTA? – 8. CONCLUSIONES

1. Introducción

La intersexualidad se entiende como la condición médica en la que la persona nace con diversas características sexuales que difieren de las definiciones tradicionales de masculino o femenino³. De acuerdo con cifras del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, se calcula que el 1,7% de la población nace bajo una condición de intersexualidad⁴.

Desde el siglo XVIII hasta el día de hoy se ha definido a la intersexualidad como una patología⁵ que en el lenguaje médico se ha denominado Trastornos del Desarrollo Sexual (DSD por sus siglas en inglés)⁶, y es por esta categorización que se ha buscado desde la medicina las formas de tratarla y devolver la “normalidad” binaria a las personas que nacen bajo esta condición.

De tal forma que, devolver la normalidad consiste en una serie de tratamientos que inician con una práctica que la medicina ha definido como cirugía de reasignación de sexo (en adelante CRS) o mutilación genital intersexual (en adelante MGI). De acuerdo con expertos en el tema, esta práctica consiste en “ayudar” a las personas intersex a no tener que batallar con el

³ Yessica Mestre, “The Human Rights Situation of Intersex People: An Analysis of Europe and Latin America” *Multidisciplinary Digital Publishing Institute*. (2022). Traducción no oficial.

⁴ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Personas intersexuales El ACNUDH y los derechos humanos del colectivo LGBTI. Accesado 20/11/2022. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/es/sexual-orientation-and-gender-identity/intersex-people>

⁵ Organización Mundial de la Salud. Clasificación Internacional de Enfermedades 11va edición. 2022.

⁶ Peter A. Lee et al. *Consensus Statement on Management of Intersex Disorders*. *Pediatrics* Chicago: Lawson Wilkins Pediatric Endocrine Society and the European Society for Pediatric Endocrinology. (2006)

estigma de no vivir con un cuerpo conforme al binarismo sexual⁷ mediante la determinación del sexo masculino o femenino, esto significa que no todas las cirugías de reasignación de sexo se recogen bajo un criterio de necesidad médica, pues la mayoría se enmarcan en una cuestión estética⁸.

De ahí que, el problema jurídico que se encuentra bajo esta práctica es sobre como los planteamientos médicos respecto de las corporalidades intersexuales sean aquellos que buscan normalizar un cuerpo diferente y, como la práctica anteriormente descrita puede constituir en una práctica que viola los derechos humanos que deba ser tipificada.

Se toma esta idea como antecedente y se han emitido distintos criterios multidisciplinarios, siendo de relevancia para este trabajo de investigación el enfoque jurídico en la materia.

De acuerdo con el Informe del Relator Especial para la Tortura Juan Méndez del año 2016, los niños que nacen bajo esta condición ven su derecho a la integridad personal afectado ya que suelen ser sometidos a reasignaciones de sexo irreversibles, esterilizaciones forzadas e intervenciones quirúrgicas de normalización genital, practicadas sin su consentimiento informado; ni el de sus padres lo que causa su infertilidad permanente e irreversible, les produce un gran sufrimiento psíquico y contribuye a su estigmatización⁹. De lo expuesto en el cuestionamiento en este trabajo de investigación, surge la interrogante ¿Puede la cirugía de reasignación de sexo encontrar una forma de sanción penal en el ordenamiento jurídico ecuatoriano?

Con el objetivo de resolver el presente problema, se revisaron diversas disciplinas que abordan el problema de distinta manera y se realizará una delimitación de diversos instrumentos internacionales, normativa nacional aplicable, revisión de doctrina jurídica y médica con el objetivo de explicar los alcances de la práctica y su entendimiento por estas ciencias.

Por último, este trabajo de investigación plantea establecer la falta de regulación en esta materia, falencias en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, y posibles soluciones que puedan dar un cambio en la problemática planteada.

⁷ Renata Ziemińska. "The Epistemic Injustice Expressed in "Normalizing" Surgery on Children with Intersex Traits." *Diametros* 66, (2020): 52-65. Traducción no oficial

⁸ Brussels Collaboration. "The Brussels Collaboration on Bodily Integrity. Medically Unnecessary Genital Cutting and the Rights of the Child: Moving Toward Consensus." *The American Journal of Bioethics* (2019) 17–28.

⁹ Asamblea General de las Naciones Unidas Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. (2016) 48

Para tal efecto, la línea metodológica a seguir es de tipo deductivo, pues mediante el análisis de normativa, jurisprudencia y doctrina sobre el derecho a la integridad personal se busca deducir si se puede reconocer como una conducta punible la realización de cirugías de reasignación de sexo a niños intersex.

2. Estado del Arte

El presente apartado tiene como finalidad exponer la revisión bibliográfica referente a la MGI, su necesidad como práctica médica, y si su realización en centros de salud puede constituir una violación de Derechos Humanos; este análisis permitiría establecer si es necesaria una tipificación dentro de la materia; además, mediante la exposición de estos criterios se espera obtener un contexto respecto de los diversos aportes académicos e interdisciplinarios en el tema.

Para Pinto Bustamante y Gómez Córdoba, la medicina ha ocupado por al menos 25 siglos un rol paternalista en la relación médico-paciente. A raíz de este planteamiento, se establece que, mediante este rol, la medicina tradicional se ha dedicado a tomar decisiones “en favor de” sus pacientes, con base en los principios de no maleficencia y beneficencia¹⁰. Como una crítica a este rol paternalista, el filósofo francés Michel Foucault describió el concepto de biopoder, el cual consiste en un mecanismo de control disciplinario de las corporalidades mediante el sexo y del control de las poblaciones¹¹. Estos dos mecanismos surgen de parte de los Estados, los cuales de acuerdo con el autor se encargan de construir un dispositivo de control mediante las escuelas, hospitales, cárceles entre otros centros en los que puedan disponer sobre las corporalidades de las personas bajo su poder¹².

Respecto de la necesidad de la CRS, autores como Dalke, Baratz y Greenberg establecen que los manuales médicos determinan la necesidad de una CRS y su justificación únicamente en el caso de que se dé la existencia de un futuro daño físico o fisiológico en el paciente. Sin embargo, es una minoría la que puede verse afectada por estos daños, mientras que la mayoría de las personas intersexuales pueden llevar una vida normal sin ninguna afectación física. A pesar de este planteamiento, son varias las personas intersexuales, sobre todo los

¹⁰ Ana Isabel Córdoba et al. “Mentes Intensas: Los Niños y Las Niñas Piden La Palabra.” En *Cine, Bioética y Profesionalismo*, Primera edición, 119–52. Rosario: Editorial Universidad del Rosario, (2018).

¹¹ Michel Foucault. *Historia de la Sexualidad, La Voluntad de Saber*. Trigésimo primera edición, 169. Ciudad de México: Siglo XXI editores. (2007)

¹² Michel Foucault. *La verdad y las formas jurídicas*. 89. Barcelona: Editorial Gedisa. (1996)

infantes y niños quienes son objeto de esta cirugía, extrayendo tejido gonadal saludable con el objetivo de modificar los genitales externos con un objetivo “normalizador”¹³.

Bajo esta premisa, Cristian Robalino Cáceres ha planteado que la medicina y el derecho han trabajado en conjunción como una forma de demostrar el ejercicio del biopoder planteado por Foucault, y que mediante la normalización de un espectro binario del sexo se ha buscado generar mecanismos de control en las corporalidades que no encajan en el binarismo. Así entonces las corporalidades intersexuales son aquellas en las que el biopoder se encaja con discursos y saberes médicos y jurídicos para regular un cuerpo ambiguo¹⁴.

Por tanto, las líneas de pensamiento planteadas han establecido que, a pesar de que la necesidad de la práctica de la CRS en el caso de que la condición de intersexualidad represente un peligro a la salud física de los niños, la gran mayoría de cirugías de reasignación de sexo se realizan sin esta necesidad¹⁵. Por lo cual, la práctica de las cirugías de reasignación de sexo es como una manifestación del ejercicio de biopoder sobre las corporalidades que no se ajustan al ideario del binarismo biológico¹⁶ y así, tanto el derecho como la medicina se encuentran en la tarea de restringir y regular las corporalidades que no se adaptan a lo establecido¹⁷.

Así mismo, Aguirre Arauz ha establecido que las cirugías de reasignación de sexo practicadas a niños intersexuales en nuestro país se configuran como una violación a los derechos humanos, pues se tiene en consideración que practicar una CRS, también conocida como “Mutilación Genital Intersexual” viola el derecho a la salud, el derecho a vivir una vida libre de violencia, identidad, integridad personal, la autonomía de las personas para tomar decisiones libres y conscientes sobre sus cuerpos¹⁸. Aguirre también menciona que, en Ecuador, no existe una normativa clara que busque la protección de derechos de los niños intersexuales y

¹³ Katharine Dalke, Arlene Baratz, Julie Greenberg. *Protecting children with intersex traits: legal, ethical, and human rights considerations*, The Plasticity of Sex. Elsevier Science. (2020).

¹⁴ Cristian Robalino Cáceres. *¿Es niño, niña, o ninguno de los dos? ¿Quién decide? El ejercicio médico jurídico en el Ecuador en torno a la intersexualidad*. 43.

¹⁵ Katharine Dalke, Arlene Baratz, Julie Greenberg. *Protecting children with intersex traits: legal, ethical, and human rights considerations*, The Plasticity of Sex. 209.

¹⁶ Cristian Robalino Cáceres. *¿Es niño, niña, o ninguno de los dos? ¿Quién decide? El ejercicio médico jurídico en el Ecuador en torno a la intersexualidad*. 133.

¹⁷ *Ibidem*. 141.

¹⁸ Constitución de la República del Ecuador, [CRE], Artículo 66. R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. N/D de 25 de enero de 2021.

“los pocos estudios de Ecuador registran que existe una fuerte orientación a radicalizar la intervención y asignación binaria del sexo de las personas que nacen intersexuales”¹⁹.

En la misma línea argumental, Bauer, Inter y Truffer han acotado que se ha tomado en consideración las recomendaciones de distintos organismos de tratado como el Comité de Derechos Humanos y el Comité Contra la Tortura para que se dé un tratamiento o regulación a las cirugías de reasignación de sexo practicadas a niños intersexuales. Los autores establecen que la práctica de esta cirugía en una edad anterior al desarrollo sexual en la pubertad, y con base en distintas recomendaciones de los comités antes mencionados, se puede observar a la práctica como una forma de tortura, así también expresan que “la MGI constituye un trato inhumano que cae bajo la prohibición no derogable de tortura al igual que la mutilación genital femenina (MGF) y violencia basada en el género”²⁰. La manera en que se realiza la cirugía y la transgresión del derecho a la integridad física ha sido analizada por el Comité Contra la Tortura, por lo cual este ha prescrito que los Estados deben tomar las medidas legislativas, administrativas y de otro tipo para que se respete la integridad física y la autonomía de las personas intersexuales ²¹.

3. Marco Teórico

En este apartado se pretende exponer las distintas teorías en torno al desarrollo de los Derechos Humanos, sobre su aplicación, y la adecuación que debe existir para que sean respetados en los Estados. Además, se busca abordar la necesidad penal de reconocimiento de la tipificación de esta conducta, con el objetivo de que se pueda sancionar a los responsables que realizan esta práctica y que se pueda dar la adecuada reparación a las personas que han sido sometidas a ella.

Respecto del desarrollo de los derechos humanos, se han planteado varias teorías mediante las cuales se ha establecido el avance sin retrocesos de los derechos humanos bajo el principio de progresividad²², el cual establece que el contenido de derechos debe desarrollarse de

¹⁹ Patricio Aguirre Arauz. *Interpelaciones de la intersexualidad hacia los derechos humanos y la reparación integral*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar (2022)

²⁰ Markus Bauer et al. *Mutilación Genital Intersex Violaciones de los derechos humanos de los niños con variaciones de la anatomía reproductiva*. Madrid: Informe de ONG (para LOIPR) al 7º Informe Periódico de España sobre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (CCPR). (2019)

²¹ Comité Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Suiza. (2015).

²² Martha Cárdenas y José Vázquez. Vulneración al principio de progresividad y no regresividad del beneficio penitenciario semiabierto, en las reformas al Código Orgánico Integral Penal en el Ecuador. *Revista Científica FIPCAEC*. (2021). 10.

forma continua. Bajo esta concepción, esta investigación tiene como objeto adoptar una teoría con un enfoque garantista de derechos humanos. Para empezar, la teoría establecida por el jurista Luigi Ferrajoli. Ferrajoli establece que el garantismo consiste en el modelo normativo de derecho, viéndolo desde dos posturas, la primera como teoría del derecho y crítica del derecho y la segunda como filosofía del derecho y crítica de la política²³.

Para efectos del presente trabajo de investigación, se toma en consideración la acepción de un modelo *normativo de derecho* o un esquema que asegura los derechos frente al poder y establece límites a este. Se toman además teorías establecidas por autores como Gustavo Zagrebelski. Zagrebelski establece bajo la teoría del derecho dúctil que se puede traducir en:

“La huida de los dogmas para convertir las Constituciones en textos abiertos (la "textura abierta del derecho" de la que hablaba Hart), en donde los diferentes valores, incluso los heterogéneos, puedan coexistir en pacífica armonía”²⁴.

Conforme a la perspectiva expuesta, se puede entender entonces la adecuación y garantía de los derechos humanos con el objetivo de que signifique un límite al poder. Bajo esta premisa se adopta un enfoque del derecho penal, con el objetivo de reconocer si parte de la teoría garantista de derechos humanos busca también la sanción penal cuando se dan violaciones a estos.

En este sentido y conforme a una mirada del derecho penal, Ferrajoli determina la teoría de estricta legalidad. El principio de estricta legalidad según Ferrajoli se establece como una nueva forma de dirigir la técnica legislativa. En esta se excluyen todas aquellas regulaciones que giran en torno a la esfera íntima de las personas, y se propone que se dé paso a una “prohibición de una acción u omisión imputable a la culpa del autor”²⁵. En otras palabras, se entiende que la ley penal no puede adoptar otro tipo de “hipótesis indeterminada de desviación” o dicho en términos más técnicos, del positivismo penal, sino únicamente conductas empíricas

²³ Luigi Ferrajoli. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. 33. (Madrid: Editorial Trotta, 1995)

²⁴ Gustavo Zagrebelsky. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. (Madrid, Editorial Trotta, 2003).

²⁵ Luigi Ferrajoli. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. (Madrid: Editorial Trotta, 1995) 35.

determinadas, exactamente identificables y adscribibles a la posibilidad de reproche al agente de la infracción²⁶.

En este sentido, la investigación adopta una teoría desde la visión garantista planteada por los autores, estableciendo entonces que se buscará un reconocimiento progresivo de los derechos de las personas intersexuales, y que mediante el reconocimiento de la progresividad de sus derechos se busque materializar bajo acciones palpables la sanción ante quienes practiquen sobre sus corporalidades cirugías de reasignación de sexo cuando no exista una razón médica debidamente fundada para hacerlo. Razón por la cual se busca establecer si esta práctica ya se encuentra cubierta por los tipos penales dentro de la sección de delitos contra la integridad personal del Código Orgánico Integral Penal, si debe ser reconocida en el mismo o si se deberá dar otro tipo de sanciones a los profesionales de la salud que realicen las mismas.

4. Marco Normativo y Jurisprudencial

El presente apartado tiene como objetivo enunciar la línea legal y jurisprudencial más relevante respecto al tratamiento de la práctica de la CRS en niños intersexuales. De esta forma, se abordará la concepción normativa internacional, regional y nacional de la protección de derechos de los niños y de las personas pertenecientes a diversidades sexo genéricas. Del mismo modo, se busca incluir jurisprudencia relevante para determinar los alcances de la práctica y su debida regularización. A continuación, la legislación y jurisprudencia aplicable.

4.1. Normativa Internacional

Dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se toma en consideración lo establecido en distintos tratados y convenciones, pues se busca definir el ámbito de protección bajo el cual se encuentran las personas intersexuales. Se analizará entonces, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sobre todo el artículo 7 el cual recoge que ninguna persona podrá ser sometida a torturas, penas, tratos crueles, inhumanos y degradantes²⁷.

²⁶ María Paulina Araujo. *El Principio de estricta legalidad de Ferrajoli y la construcción e interpretación de leyes penales*. (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones. 2021). Recuperado de: <http://www.araujoasociados.net/index.php/articulos/124-legalidad-y-leyes-penales#:~:text=El%20principio%20de%20estricta%20legalidad%20a%20decir%20de%20Ferrajoli%2C%20se,imputable%20a%20la%20culpa%20del>

²⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966*, 16 Diciembre 1966. Ratificado por el Ecuador el 24 de enero de 1969.

Bajo esta línea, se adopta lo prescrito en la Convención en Contra de la Tortura, en miras de hacer un análisis exhaustivo de la misma para saber si es posible reconocer la práctica de la CRS a niños intersexuales como una forma de tortura. En este sentido, se toma además el Informe del Relator Especial sobre la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes del año 2013, en el que el Relator Juan Méndez reconoce la práctica de CRS como una conducta que debe ser evaluada por los Estados ya que los tratamientos hormonales e intervenciones quirúrgicas de normalización genital bajo la apariencia de “tratamientos reparadores” ocasionan un dolor y un sufrimiento físico y mental intenso y crónico que puede equivaler a tortura y malos tratos²⁸.

Dentro del presente artículo de investigación, se pretende también realizar un análisis de la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura con el objetivo de analizar si las definiciones de tratos crueles, inhumanos y degradantes y de tortura aplicarían al caso específico de la CRS en niños intersexuales.

Por último, se toma en consideración a los Principios de Yogyakarta, que, a pesar de no ser un instrumento vinculante en materia de Derechos Humanos, estos fueron desarrollados por un grupo de expertos en materia de derechos de disidencias sexo genéricas y diversidades sexuales, y dictan las pautas en el tratamiento de los derechos humanos de las disidencias sexo genéricas y cómo se debe entender la progresión de estos.

4.2. Normativa Nacional

Dentro de la normativa nacional a analizar, se tiene en consideración a la Constitución de la República del Ecuador²⁹ como primer acercamiento a la regulación de derechos en el país, partiendo del artículo 66 tomando en cuenta los derechos a la vida digna, integridad personal e identidad³⁰. Además, se busca un análisis a los delitos contra la integridad personal, sobre todo los delitos de tortura y lesiones en los artículos 151 y 152 del Código Orgánico Integral Penal³¹. Se analizará también el Protocolo de Atención a Pacientes con Desórdenes del Desarrollo Sexual

²⁸ Asamblea General de las Naciones Unidas. A/HRC/22/53. Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes castigos, Juan E. Méndez. (2013) 48.

²⁹ CRE, 2008.

³⁰ Artículo 66, CRE, 2008

³¹ Código Orgánico Integral Penal, [COIP], R.O. Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014, reformado por última vez R.O. D/N de 28 de enero de 2022.

del Ministerio de Salud Pública³² y, a pesar de que no es un instrumento legal, el vetado Código Orgánico de la Salud, con el objetivo de realizar un análisis de la progresión normativa en este tema.

4.3 Jurisprudencia aplicable

Dentro del presente caso, se piensa analizar distintas cuestiones con la temática a analizar en el presente trabajo de investigación. Se analizarán el fallo T-622/14 de la Corte Constitucional Colombiana respecto de los derechos de los niños a elegir las decisiones sobre sus cuerpos y precautelar sus derechos. En el caso ecuatoriano se analizará el proceso 17312-2014-0990, con el objetivo de visibilizar el daño al que se somete a los niños intersexuales al momento de realizarles la CRS y complicaciones futuras.

5. Sobre la intersexualidad

La intersexualidad es un término paraguas que abarca una diversidad de condiciones que tienen que ver con las manifestaciones del sexo biológico de forma física, gonadal, cromosómica y hormonal, las mismas que no se encuentran dentro de las casillas binarias del sexo biológico³³. Razón por la cual, cuando se habla de intersexualidad, no se habla de un cuerpo en específico, se habla de un conjunto diverso de corporalidades que deben ser entendidas desde la variación respecto del standard masculino o femenino³⁴.

Esta es una condición documentada desde hace varios siglos atrás. En la sociedad griega se hablaba del mito de Hermafrodito, quien era hijo del dios Hermes y la diosa Afrodita, y es descrito en el mito contado por Ovidio como un ser de doble sexo³⁵. Más allá del conocimiento dentro de la mitología, la intersexualidad ha sido descrita como “hermafroditismo” dentro de los conocimientos del médico griego Galeno, pues según Leah DeVune quien cita a Galeno, se describía al sexo como un espectro que abarcaba a hombres masculinos, mujeres femeninas, y muchos matices intermedios, incluyendo hermafroditas, quienes eran un perfecto balance entre hombre y mujer³⁶, mientras que en la antigua Roma, Ciro describe la existencia de

³²Protocolo de Atención a Pacientes con Desórdenes del Desarrollo Sexual. R.O. Suplemento 505 de 30 de julio de 2018.

³³Sylvan Fraser. Constructing the female body: Using female genital mutilation law to address genital-normalizing surgery on intersex children in the United States. *International Journal of Human Rights in Healthcare* (2016). 63.

³⁴Mauro Cabral y Gabriel Benzur. *Cuando digo intersex: un diálogo introductorio a la intersexualidad* (2005).

³⁵Ovidio. *Metamorfosis*. (Madrid: Catedra. 2005). 287-288.

³⁶Leah DeVun. Heavenly hermaphrodites: sexual difference at the beginning and end of time. *Post Medieval. A journal of cultural studies*. (2018) 132-146. Traducción no oficial.

“hermafroditas” señalándolos bajo el nombre de “andróginos” es decir que compartían las mismas características tanto masculinas como femeninas”³⁷.

Así entonces si el concepto de la intersexualidad ha sido estudiado desde la antigüedad bajo el nombre de hermafroditismo, no es sino hasta el año 1917 que se le da el término que se utiliza hasta el día de hoy; asignado por Richard Goldschmidt, quien fuera endocrinólogo de profesión, se encargó de describir a la intersexualidad como una condición con varias manifestaciones como la física, citológica, genética, teratológica, fisiológica, serológica y endocrinológica³⁸. A pesar de ello, la doctrina médica se centró netamente en el estudio de las características físicas de esta condición. Así, los expertos en medicina Dewhurst y Gordon establecieron desde su análisis a la intersexualidad como patología con una visión poco objetiva y descentrada del ámbito médico al señalar que:

Uno sólo puede intentar imaginar la angustia de los padres. Que un recién nacido tenga una deformidad... (que afecta) a una cuestión tan fundamental como el propio sexo del niño... es un acontecimiento trágico que inmediatamente evoca visiones de un inadaptado psicológico sin esperanza condenado a vivir siempre como un bicho raro sexual en la soledad y la frustración³⁹.

Y mediante este ejercicio de patologización se puede hablar de una discriminación a los cuerpos que no se adaptan en el espectro ya antes mencionado mediante el diagnóstico. Así entonces cabe tomar en consideración el criterio de Butler al exponer que no se debe subestimar la fuerza de la patologización de la diagnosis, entendiendo que esta puede tener un impacto severo en gente joven que no tiene los recursos críticos para poder sobrellevar esta conmoción; y que en varios casos la diagnosis puede ser debilitadora y homicida, ya que se convierte en un factor que contribuye al suicidio, definiendo así a la diagnosis sobre las corporalidades sexo diversas como una maldición ambivalente⁴⁰.

El criterio médico según el cual la medicina ha decidido empezar a abordar la intersexualidad es el del psicólogo John Money, quien en su internado en el hospital John Hopkins desarrolló la teoría de “política de identidad de género” la cual describía que el

³⁷ Pliny, *Natural History* 7.34: *gignuntur et utriusque sexus quos hermaphroditos vocamus, olim androgynos vocatos*; Veronique Dasen, "Multiple Births in Graeco-Roman Antiquity," *Oxford Journal of Archaeology* (1997) 61. Traducción no oficial.

³⁸ Richard Goldschmidt. "Intersexuality and the endocrine aspect of sex," *Endocrinology* (1917) 433-456. Traducción no oficial

³⁹ Christopher J. Dewhurst and Ronald R. Gordon. *The intersexual disorders*. (London: Baillière Tindall & Cassell, 1969).

⁴⁰ Judith Butler. *Deshacer el género*. (Barcelona: Editorial Paidós. 2006), 116-117.

desarrollo de la identidad de género se definía por la crianza y no por cuestiones biológicas⁴¹, y para probar esta teoría desarrolló el experimento John/Joan, el cual consistió en que mediante su consejo como psicólogo se críe como niña y se le dé el nombre de “Brenda” a un niño que sufrió una mutilación en sus genitales por una circuncisión mal realizada. El resultado fue que “Brenda” no se sintió conforme con su identidad de género, lo que derivó en frustración y posteriormente en suicidio⁴². El resultado de este experimento fue determinante para la comunidad médica y describió las pautas para el tratamiento de “normalización” a los niños intersexuales⁴³.

. El “tratamiento médico” de la intersexualidad ha sido una constante desde el siglo XVII con una mirada normalizadora⁴⁴. El ejercicio médico de la normalización de lxs cuerpos intersex constituye borrar rastros de un cuerpo sexualmente distinto, mediante una serie de terapias que abarcan la asignación de un género de forma arbitraria, en base a los fundamentos de John Money descritos ya anteriormente⁴⁵. Estas terapias incluyen un tratamiento médico farmacológico que envuelve la prescripción de hidrocortisona, esteroides sexuales para la inducción de la pubertad y una cirugía de reasignación de sexo (CRS) durante los primeros días de vida de la persona intersexual⁴⁶.

La CRS consiste en la más problemática de las terapias de normalización, pues esta se refiere a que el inicio de la terapia parta con la realización de una cirugía a la persona recién nacida, y que esta cirugía se encargue de adecuar los genitales al sexo masculino o femenino en caso de que la genitalia ambigua que presente se acerque más a cualquiera de los dos estándares binarios. El problema radica al momento de cuestionarse el porqué de esta práctica, pues debe diferenciarse la razón con la que esta se realiza y si esta razón es legítima o no.

5.1. La CRS o MGI: una práctica que transgrede derechos

⁴¹ Anne Fausto-Sterling. *Sexing the Body: Gender Politics and the Construction of Sexuality*. (New York: Basic Books. 2000) 63-65.

⁴² Cristian Robalino. *¿Es niño? ¿Es niña? ¿Ninguno de los dos? ¿Quién decide? El ejercicio médico-jurídico en torno a la intersexualidad en Ecuador*. 46.

⁴³ Alice Dreger. “*Ambiguous Sex*”— or *Ambivalent Medicine? Ethical Issues in the Treatment of Intersexuality*. The Hastings Center Report. (1998). 27.

⁴⁴ Cristian Robalino. *¿Es niño? ¿Es niña? ¿Ninguno de los dos? ¿Quién decide? El ejercicio médico-jurídico en torno a la intersexualidad en Ecuador*. 43

⁴⁵ Laura Audí Parera et al. Anomalías del desarrollo sexual. Desarrollo sexual diferente. *Asociación Española de Pediatría*. (2019), 15-16.

⁴⁶ Ídem.

Dentro de la doctrina médica, se prescribe que la CRS debe realizarse cuando la condición de intersexualidad ponga en grave peligro la salud física de la persona⁴⁷. Sin embargo, la práctica médica no se ha orientado a realizar la cirugía únicamente bajo este presupuesto, pues se ha visto en varios casos como se usa esta práctica para adecuar a la persona recién nacida a la “normalidad” y con el objetivo de mejorar la apariencia estética de los genitales de la persona intersex y de volverla sexualmente funcional en el caso de coito heterosexual⁴⁸.

Un claro ejemplo de estas prácticas es el caso de Wilmer⁴⁹, cuya corporalidad cuenta con un condicionamiento interno femenino, mientras su exterior refleja genitales masculinos razón por la cual fue sometido a distintas intervenciones quirúrgicas con el objetivo de hacerlo “sexualmente funcional” hasta que culminó su pubertad. Wilmer no únicamente fue sometido a una serie de intervenciones quirúrgicas que siguen practicándose en él hasta el día de hoy, sino también fue sometido a distintas terapias de hormonización las cuales le han causado estragos como descalcificación de sus huesos y episodios de pérdida de memoria⁵⁰.

Razón por la cual, desde el estudio de la intersexualidad se ha procedido a denominar a la cirugía como “mutilación genital intersexual”⁵¹. Se la denomina de este modo ya que se mutilan las corporalidades de las personas recién nacidas con esta condición, y se busca moldearlas a conveniencia de la hegemonía binaria que se establece en el imaginario cultural y se extrapola hasta los manuales médicos y a presupuestos jurídicos⁵² intentando de este modo cambiar la identidad de la persona intersex sin permitirle consentir sobre las decisiones que se toman sobre su cuerpo⁵³.

Se puede ejemplificar este punto mediante el hecho de que en la legislación ecuatoriana en la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles se describe al registro de nacido

⁴⁷ Gnendy Indig et al. Clinician Advocacy and Intersex Health: A History of Intersex Health Care and the Role of the Clinician Advocate Past, Present, and Future en *Pediatric Annals*. (2021), 361-362.

⁴⁸ Sarah Creighton et. Al. Timing and nature of reconstructive surgery for disorders of sex development en *Journal of Pediatric Urology*. (2012). 603

⁴⁹ Entrevista realizada a Wilmer González Brito por Vivian Santander, 22 de octubre de 2022 Transcripción: <https://n9.cl/u4yxj> (Último acceso 20 de noviembre de 2022).

⁵⁰ Entrevista realizada a Wilmer González Brito por Vivian Santander, 22 de octubre de 2022. Transcripción: <https://n9.cl/u4yxj> (Último acceso 20 de noviembre de 2022).

⁵¹ Brújula Intersex. Mutilación Genital Intersex: Violaciones de los derechos humanos de los niños con variaciones de la anatomía reproductiva. (Madrid. 2019)

⁵² Daniel García. La Intersexualidad En El Discurso médico-jurídico. *EUNOMÍA. Revista En Cultura De La Legalidad*, (2015) 61-62.

⁵³ Cristian Robalino. ¿Es niño? ¿Es niña? ¿Ninguno de los dos? ¿Quién decide? *El ejercicio médico-jurídico en torno a la intersexualidad en Ecuador*. 68.

vivo como parte del registro de inscripción. En el artículo 30 de esta ley se establecen los campos necesarios para llenar el registro de nacimiento. Dentro de estos campos se encuentra el dato de sexo, el cual según el mismo artículo “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 que hubiere atendido el parto⁵⁴.” Este es un dato importante porque da la pauta para el siguiente cuestionamiento ¿Qué sucede en caso de que el sexo de la persona recién nacida no se encuentre en las categorías binarias descritas? ¿Acaso se le asigna una identidad de forma arbitraria?

Estas interrogantes se ven resueltas mediante la intervención médica, la cual mediante un ejercicio del biopoder se encarga de crear sujetos normales y anormales que sirven para organizar la vida social, promoviendo un orden que privilegia a unos y excluye a otros⁵⁵, tal como en el caso de Axel Alarcón, a quien le fue asignado provisionalmente el sexo masculino por la junta médica del hospital Enrique Garcés sin haber obtenido previamente resultados de cariotipo cromosómico o estudio pertinente para determinar su sexo verdadero. Esta asignación derivó en que se le practiquen 3 cirugías de reasignación de sexo orientadas a lo masculino hasta que cumplió 8 años, obviando el hecho de que Axel contaba con cromosomas XX, los cuales corresponden al sexo femenino⁵⁶. Una situación similar ocurrió en el caso de “Paulina”, quien a la edad de 12 años ya contaba con más de 15 cirugías en su corporalidad con el objetivo de hacer una normalización orientada a lo femenino, sin tomar en consideración su autopercepción respecto de su identidad de género⁵⁷.

Tras lo expuesto, puede entenderse que no se toma en consideración el deseo de la persona que se ve sometida a esta cirugía, pues obviamente no está en poder de decisión, y se tendrá en consideración entonces el criterio de sus padres quienes si bien ostentan la facultad de tomar decisiones sobre el recién nacido se omite un ejercicio de análisis respecto de la progresión del criterio del niño, niña o adolescente, y sobre como esta cirugía puede afectar

⁵⁴ Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles. R.O. Suplemento 684 de 4 de febrero de 2016. Reformada R.O. de 8 de diciembre de 2020.

⁵⁵ Cristian Robalino. *¿Es niño? ¿Es niña? ¿Ninguno de los dos? ¿Quién decide? El ejercicio médico-jurídico en torno a la intersexualidad en Ecuador*. 141

⁵⁶ Causa No. 17312-2014-0990, Unidad Judicial Civil con Sede en el Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, 22 de noviembre de 2016.

⁵⁷ Entrevista realizada a Wilmer González Brito por Vivian Santander, 22 de octubre de 2022 Transcripción: <https://n9.cl/u4yxj> (Último acceso 20 de noviembre de 2022).

negativamente su desarrollo a futuro, pues se vulnera la identidad con la cual los niños o adolescentes pudiesen representarse, y al mutilarse sus genitales se infringe en su esfera personal, en su integridad como persona, con el deseo de borrar una característica intrínseca de su persona física y así alterando su constitución personal.

6. Transgresión al derecho a la integridad personal en la Cirugía de Reasignación de Sexo

Se ha referido a la integridad en el acápite anterior, sin embargo, no se ha dado paso para definir a la misma como derecho. El derecho a la integridad se define doctrinariamente como un conjunto de condiciones físicas, psíquicas y morales que le permiten al ser humano su existencia, sin sufrir ningún tipo de menoscabo en cualquiera de esas tres dimensiones⁵⁸. La Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce el derecho a la integridad personal como un derecho de núcleo inderogable⁵⁹ y es un “bien jurídico cuya protección encierra la finalidad principal de la prohibición imperativa de la tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”⁶⁰.

Se parte de esta definición, con el objetivo de demostrar el hecho de que se encuentra como un derecho reconocido en distintos instrumentos internacionales. Si bien no es un derecho reconocido de forma expresa en la Declaración Universal de Derechos Humanos, ni en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se encuentra recogido dentro de la prohibición de sometimiento a tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes⁶¹. Así, Afanador prescribe que esta prohibición de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes se puede considerar como un derecho⁶³, y este es “el derecho de toda persona a su integridad física,

⁵⁸ María Isabel Afanador. El derecho a la integridad personal -Elementos para su análisis. *Reflexión Política* 8 (2002) 147.

⁵⁹ Corte IDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150

⁶⁰ Corte IDH. Caso Familia Barrios Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237.

⁶¹ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 10 Diciembre 1948.

⁶² Asamblea General de las Naciones Unidas. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966*, 16 Diciembre 1966. Ratificado por el Ecuador el 24 de enero de 1969.

⁶³ María Isabel Afanador. El derecho a la integridad personal -Elementos para su análisis. *Reflexión Política* 8 (2002) 156.

moral y psíquica, es un derecho fundamental que dimana de la dignidad inherente a la personal”⁶⁴.

Se recomienda tomar en consideración a Los Principios de Yogyakarta, los cuales son una declaración autoritativa sobre los derechos humanos de las personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género⁶⁵. Si bien, estos principios no cuentan con un carácter normativo vinculante, se entienden como soft law ya que son criterios de un grupo de expertos⁶⁶ respecto de los derechos de las personas pertenecientes a diversidades sexo genéricas. Así en el año 2017, se ampliaron estos principios reconociendo las características sexuales como un grupo que puede ser víctima de discriminación y puede ser un ataque a la diversidad humana y universalidad e indivisibilidad los derechos humanos⁶⁷.

Por tal motivo, cabe destacar el reconocimiento a los derechos en cuanto a protección del Estado⁶⁸, a la integridad corporal y mental⁶⁹, a la verdad⁷⁰ en estricta aplicación del principio 10 relativo al derecho de toda persona a no ser sometida a tratos crueles, inhumanos o degradantes, disponiendo entonces que “la modificación forzada, coercitiva y de cualquier otra forma involuntaria de las características sexuales de una persona puede configurar tortura u otra forma de trato cruel, inhumano o degradante”⁷¹.

Este derecho se reconoce en la Convención Americana de Derechos Humanos, pues el artículo 5 consagra a la integridad personal como un derecho y establece una serie de presupuestos en los que se configura la protección y reconoce el derecho a que se respete la integridad física, psíquica y moral de toda persona⁷². A la par se reconoce la prohibición de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes⁷³. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce que la infracción al derecho a la integridad personal:

Es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes cuyas secuelas físicas y

⁶⁴ Ídem.

⁶⁵ Principios de Yogyakarta. Introducción.

⁶⁶ Ángeles Mazuelos Bellido. *Soft Law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?* Revista Electrónica De Estudios Internacionales. (2005) 3.

⁶⁷ Principios de Yogyakarta. Introducción.

⁶⁸ Principios de Yogyakarta art. 30

⁶⁹ Principios de Yogyakarta art. 32

⁷⁰ Principios de Yogyakarta art. 37

⁷¹ Principios de Yogyakarta +10. Principio 10.

⁷² Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 5. 22 de noviembre de 1969.

⁷³ Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 5. 22 de noviembre de 1969.

psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta⁷⁴.

Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, en la sección de derechos de libertad en la Constitución de la República del Ecuador se reconoce el derecho a la integridad personal, este se encuentra en el artículo 66 numeral 3 y distingue las distintas dimensiones del derecho a la integridad personal, las cuales incluyen la integridad física, psíquica, moral y sexual⁷⁵; el derecho a vivir una vida libre de violencia y el reconocimiento de la obligación estatal de adoptar las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, sobre todo contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad⁷⁶; se reconoce la prohibición de tortura, desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes⁷⁷; y por último se dispone la prohibición del uso de material genético y experimentación científica que se vuelva un atentado contra los derechos humanos⁷⁸.

Analizando los antecedentes expuestos, podría decirse que esta práctica constituye un atentado a la integridad personal, y no únicamente por un ejercicio deductivo tras los elementos planteados, sino también desde el ejercicio jurisprudencial comparado se ha visto un análisis de este tipo. Así la Corte Constitucional colombiana ha resuelto en la sentencia T-622/14 que la cirugía de reasignación de sexo a niños que ostenten la condición de intersexualidad constituye una violación a su derecho a la identidad, la integridad personal, a la vida y a la salud⁷⁹.

En este aspecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos realizó la primera audiencia temática en el 147mo. periodo de sesiones, en el cual varios activistas expusieron ante los comisionados sus vivencias, análisis e investigaciones respecto del tratamiento de la intersexualidad en países como Argentina, Costa Rica, Brasil y Estados Unidos⁸⁰. Así los activistas solicitaron a la comisión un pronunciamiento oficial sobre la violación a derechos humanos de las personas intersex y el reconocimiento por parte de la Comisión respecto de estas

⁷⁴ Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fondo, Reparaciones y Costas. 11 de marzo de 2005.

⁷⁵ Artículo 66, CRE, 2008

⁷⁶ Artículo 66, CRE, 2008

⁷⁷ Artículo 66, CRE, 2008

⁷⁸ Artículo 66, CRE, 2008.

⁷⁹ Causa T-622/14. Corte Constitucional de Colombia.

⁸⁰ Audiencia sobre la situación de derechos humanos de las personas intersex en América, Corte Interamericana de Derechos Humanos. 147º período ordinario de sesiones, 15 de marzo de 2013.

prácticas⁸¹. El ejercicio de visibilización de estas prácticas promueve el debate respecto de las mismas y permitió que la Comisión otorgue medidas cautelares a una adolescente en Colombia que de acuerdo con el criterio de la Comisión se encontraba bajo un riesgo grave, urgente e irreparable de que sus derechos a la vida, integridad personal y salud sean transgredidos⁸² por parte de los médicos de Capital Salud EPS con el objetivo de realizarle una cirugía de vaginoplastia vía perineal, cirugía de genitales ambiguos feminizante e injerto de piel total en área especial en genitales⁸³.

6.1. La violación a la integridad personal y su tipificación

De ello se desprende el análisis de que si la cirugía de reasignación de sexo o mutilación genital intersexual es una práctica que transgrede el derecho a la integridad personal ¿Cuáles son entonces las medidas que deben adoptarse para frenar esta transgresión? Conforme a la Organización StopIGM, debería reconocerse a la cirugía de reasignación de sexo o mutilación genital intersexual como una forma de tortura⁸⁴. Sin embargo, se toma también en consideración las Observaciones Finales del Comité Contra la Tortura al sugerir a los Estados a tomar medidas legales, administrativas y de otro tipo, mas no se enfocan en crear una sanción penal en específico⁸⁵. Se toma entonces en consideración el derecho de Malta, en donde se creó la Ley de Identidad de Género, Expresión de Género y Características Sexuales, la cual de forma histórica reconoce que toda persona que resida en Malta tiene derecho a la identidad de género y a su libre desarrollo sin necesidad de tratamientos quirúrgicos, hormonales o psiquiátricos⁸⁶. Pero antes de dar paso al análisis propuesto por la doctrina debe ser analizada la tortura como una violación a los derechos humanos y si el planteamiento de este trabajo de investigación permite reconocer a la cirugía de reasignación de sexo como una forma de tortura hacia las personas intersex.

Como punto de partida, cabe definir a la tortura como la figura agravada de la violación al derecho a la integridad personal⁸⁷. Tras una serie de cambios históricos en su definición, no

⁸¹ Audiencia sobre la situación de derechos humanos de las personas intersex en América, 15 de marzo de 2013.

⁸² Medida Cautelar No. 306-21. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 24 de diciembre de 2021. Párr. 50

⁸³ Cautelar No. 306-21. Párr. 13

⁸⁴ Brújula Intersex. *Mutilación Genital Intersex: Violaciones de los derechos humanos de los niños con variaciones de la anatomía reproductiva*. (Madrid. 2019)

⁸⁵ CAT/C/CHE/CO/7 Par 20

⁸⁶ Ley de Identidad de Género, Expresión de Género y Características Sexuales de 14 de abril de 2015. Malta

⁸⁷ Liliana Galdámez. Alcance de la prohibición de la tortura y los otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Centro de Estudios Constitucionales de Chile*. (2006). 666.

fue sino hasta la 2da Guerra Mundial que se llegó a un punto común de desarrollo con base en la corriente *iusnaturalista* del derecho que se reconoció el respeto a la dignidad humana como una norma de *ius cogens*⁸⁸ alcanzando así la prohibición de la tortura un grado inderogable⁸⁹.

Se reconoce entonces a la tortura en el ámbito normativo. La Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce en su artículo número 5 que “nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles inhumanos o degradantes”⁹⁰. Esta misma prohibición se reconoce también en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo número 7.

La Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes establece en su artículo 1 que:

1. A los efectos de la presente Declaración, se entenderá por tortura todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de una tercera información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras. No se considerarán tortura las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de la privación legítima de la libertad, o sean inherentes o incidentales a ésta, en la medida en que estén en consonancia con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.

2. La tortura constituye una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumano o degradante⁹¹.

Y además acaba prescribiendo que “todo acto de tortura u otro trato o pena cruel, inhumano o degradante constituye una ofensa a la dignidad humana” por lo que estos se considerarán como una ofensa contra la Carta de las Naciones Unidas y de los demás derechos y libertades fundamentales establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

La Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes prescribe en su artículo 1:

A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario

⁸⁸ Dayuma Amores et al. *Secuelas Extremas. Las fronteras de la tortura en Ecuador*. (Quito: INREDH. 2022) 20.

⁸⁹ Corte IDH. Caso Familia Barrios Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237.

⁹⁰ Declaración Universal de los Derechos Humanos. 10 de diciembre de 1948.

⁹¹ Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. 9 de diciembre de 1975.

público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia⁹².

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se ha dado paso a la creación de la Convención Interamericana Para Prevenir y Sancionar La Tortura establece en su artículo 2 que:

Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.

A raíz de lo expuesto, cabe mencionar que el criterio de considerar a la cirugía de reasignación de sexo como una forma de tortura no únicamente se ve dentro de un análisis doctrinario, también este se recoge por distintas Observaciones Finales de Informes de países como Suiza⁹³, Alemania⁹⁴ y Reino Unido⁹⁵ en las que se establecen motivos de preocupación respecto de la práctica de la CRS, sobre todo sobre las consecuencias para toda la vida que traen las practicas normalizadoras dentro de las que se incluyen dolores y sufrimiento graves, a los que se ha sometidos a niños intersexuales⁹⁶.

También se encuentran los distintos informes del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes Juan E. Méndez quien ha establecido en el informe A/HRC/31/57 que los tratamientos hormonales e intervenciones quirúrgicas de normalización genital bajo la apariencia de “tratamientos reparadores” ocasionan un dolor y un sufrimiento físico y mental intenso y crónico que puede equivaler a tortura y malos tratos⁹⁷ que es practicada dentro de los establecimientos de salud⁹⁸.

⁹² Asamblea General de las Naciones Unidas, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 10 Diciembre 1984. Ratificada por el Estado ecuatoriano en febrero del 1985.

⁹³ CAT/C/CHE/CO/7 Par 20

⁹⁴ CAT/C/DEU/CO/5 Par 20

⁹⁵ CAT/C/GBR/CO/6 par 64

⁹⁶ CAT/C/GBR/CO/6 par 64

⁹⁷ Informe del Relator Especial Contra la Tortura y Tratos Crueles Inhumanos y Degradantes Juan E. Méndez. 5 de enero de 2016. Párr.48.

⁹⁸ Informe del Relator Especial Contra la Tortura y Tratos Crueles Inhumanos y Degradantes Juan E. Méndez. 1 de febrero de 2013.

Razón por la cual, es preciso establecer si los informes y observaciones finales anteriormente mencionados y la doctrina en torno a la mutilación genital intersex pueden ser desarrolladas dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, y si los elementos expuestos anteriormente son suficientes para poder determinar si la práctica de la “cirugía de reasignación de sexo” o mutilación genital intersex puede reconocerse bajo el artículo 151 del Código Orgánico Integral Penal el cual tipifica la tortura o si deben estudiarse otras figuras jurídicas en la sección de delitos contra la integridad personal para que se pueda configurar una sanción de tipo penal, y que de la pauta para el reconocimiento de medidas de reparación para las víctimas de este procedimiento.

6.2. La mutilación genital intersex en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

Al tener en consideración en consideración los elementos expuestos anteriormente, es necesario realizar un ejercicio de cuestionamiento respecto de cuál es el tratamiento médico y jurídico que se da a esta práctica en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Se parte entonces del hecho de que la práctica se encuentra reconocida únicamente por el Protocolo de Atención Integral a Pacientes con Desórdenes del Desarrollo Sexual del Ministerio de Salud Pública, el mismo que se supone se encarga de reconocer los derechos de las personas intersex, el abordaje prenatal y posnatal de la persona, su situación médica evaluada por un equipo médico interdisciplinaria y el ejercicio de evaluación de necesidad de la cirugía de reasignación de sexo y terapia hormonal⁹⁹. No obstante, se plantean dos inconvenientes a raíz de este protocolo. El primero respecto de la patologización de la intersexualidad, y el segundo es que a pesar de que el protocolo reconoce la aplicación obligatoria en el Sistema Nacional de Salud¹⁰⁰ este no se ha puesto en aplicación por falta de recursos, falta de personal capacitado y falta de voluntad por parte de quienes se encuentran a cargo de estos centros de salud¹⁰¹.

Esto demuestra entonces que si bien, el Estado ecuatoriano pudo haber tomado la iniciativa necesaria en detener las prácticas, no quiere decir que las medidas tomadas sean suficientes respecto de estas. Y este argumento se sustenta con la voluntad del Estado al vetar el

⁹⁹ Protocolo de Atención Integral a Pacientes con Desórdenes del Desarrollo Sexual. Ministerio de Salud Pública 2018

¹⁰⁰ Protocolo de Atención Integral a Pacientes con Desórdenes del Desarrollo Sexual. Ministerio de Salud Pública 2018

¹⁰¹ Cristian Robalino. *¿Es niño? ¿Es niña? ¿Ninguno de los dos? ¿Quién decide? El ejercicio médico-jurídico en torno a la intersexualidad en Ecuador*. 142.

Código Orgánico de la Salud del año 2020, el cual en su artículo 193 establecía una prohibición expresa a la oferta o realización de procedimientos quirúrgicos de asignación de sexo¹⁰².

Razón por la cual debe analizarse desde el hecho de que estas prácticas al constituir una violación de derechos humanos, y se realizan bajo la permisividad del Estado al continuar tratando desde una perspectiva patologizadora a la intersexualidad deben ser motivo de sanción dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Por ende, se toma en consideración el artículo 426¹⁰³ de la Constitución de la República del Ecuador, el cual establece que aquellos instrumentos más favorables en materia de derechos humanos son de inmediato cumplimiento y aplicación. Razón por la cual se podría decir que las observaciones finales del Comité Contra la Tortura y los Informes del Comité al ser instrumentos más favorables en materia de derechos de las personas intersex deberían ser tomados en consideración como una forma de precautelar sus derechos.

7. ¿Es necesaria la tipificación de esta conducta?

7.1. El modelo penal ecuatoriano

La Constitución del año 2008 reconoce al Ecuador como un Estado de derechos y justicia¹⁰⁴, lo cual significa que el Estado reconoce el respeto a los Derechos Humanos reconocidos en la constitución y demás Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos¹⁰⁵. En este sentido, se reconoce la adopción de un sistema penal de mínima intervención, el cual prescribe que la intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas¹⁰⁶ y reconoce que el mecanismo penal es el último recurso cuando los mecanismos extrapenales no son suficientes para este fin¹⁰⁷.

Este derecho penal mínimo, como lo ha denominado Ferrajoli, se define como aquel en el que se articula el ejercicio complejo de las libertades, es decir como un sistema de límites a la libertad mediante la prohibición, investigación y castigo a las ofensas a los derechos ajenos o a otros bienes o intereses; y como un sistema de límites a la potestad punitiva del Estado mediante

¹⁰² Código Orgánico de la Salud. Artículo 193. 2020. Vetado.

¹⁰³ Artículo 426, CRE, 2008.

¹⁰⁴ Artículo 11.3, CRE, 2008.

¹⁰⁵ Luis Montoya, La mínima intervención penal en el COIP en la imposición de la pena en delitos de narcotráfico, *Universidad Andina Simón Bolívar* (2019) 16.

¹⁰⁶ Artículo 3, COIP, 2014.

¹⁰⁷ Artículo 3, COIP, 2014.

garantías penales y procesales que impiden que se prohíban acciones inofensivas y que se castiguen conductas ofensivas y culpables sin una adecuada investigación¹⁰⁸.

En este sentido, se entiende que el Estado tiene el poder de considerar aquellas conductas penalmente relevantes, evitando así tipificar y sancionar aquellas conductas que no requieren la activación del mecanismo penal. Y este derecho penal mínimo justifica a la doctrina penal únicamente si se enfoca a los fines de prevención o minimización de ofensas a bienes y derechos protegidos y la prevención y minimización de castigos arbitrarios¹⁰⁹. Razón por la cual cabe determinar cuál es el objetivo de castigar una conducta sin extender el catálogo de conductas punibles ya existentes en la ley penal o si es prudente crear o subsumir nuevos tipos penales conforme al alcance de que las concepciones sobre el entendimiento normativo se pueden ver sometidas al cambio a largo plazo¹¹⁰.

7.2. Los delitos contra la integridad personal en el Código Orgánico Integral Penal

Entonces es adecuado reconocer que, si se puede ver como una forma de protección al derecho a la integridad personal de las personas intersexuales mediante el reconocimiento de la mutilación genial intersex como una conducta típica, se debe tener en consideración un antecedente de política criminal, la cual se encarga de analizar que conductas deben ser sancionadas en un determinado lugar y tiempo¹¹¹, y una política penal la cual se encuentra encargada de analizar cómo se sancionan dichas conductas¹¹². Es en este sentido que es adecuado establecer que la política criminal reconoce que el Derecho Penal es de última ratio en el ordenamiento jurídico, no obstante, es la prima ratio ante aquellas manifestaciones de conducta humana que solo encuentran como solución la coacción como medio resolutivo¹¹³.

Es adecuado entonces exponer la frecuencia con la que se dan estas prácticas en el Ecuador con el objetivo de analizar si es pertinente la tipificación de esta conducta. De acuerdo con Wilmer Brito, el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos no registra los nacimientos intersex, ya que los médicos se encargan de borrar la identidad intersex dentro de las primeras horas de nacida la persona para asignar el sexo masculino o femenino¹¹⁴. Sin embargo, de

¹⁰⁸ Luigi Ferrajoli. *El paradigma garantista*. (Madrid: Trotta. 2018) 33-34.

¹⁰⁹ *Ibidem*

¹¹⁰ Winfred Hassmer ¿Por qué castigar? (Valencia: Tirant Lo Blanch. 2016) 47.

¹¹¹ Felipe Rodríguez. *Curso de Derecho Penal Parte General* (Quito: Editorial Cevallos. 2020) 307.

¹¹² *Idem*.

¹¹³ *Ibidem*. 309.

¹¹⁴ Wilmer Brito entrevistado por Vivian Santander el 22 de octubre de 2022.

acuerdo con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, se cree que al menos el 1,7% de la población posee la condición¹¹⁵. En este sentido, se vuelve difícil determinar la frecuencia con la que se realiza esta práctica, razón por la cual se podría decir que existe un ejercicio estatal de invisibilizar los nacimientos de personas intersex.

7.3. Análisis del tipo penal de tortura

Doctrinariamente se ha establecido que la tortura ataca a los bienes jurídicos protegidos de la vida, integridad personal y libertad¹¹⁶. Así, en nuestro Código Orgánico Integral Penal el delito de tortura se encuentra reconocido en el capítulo de los delitos contra los derechos de libertad en la sección de delitos contra la integridad personal.

El artículo 151 del COIP prescribe:

Art. 151.- Tortura. - La persona que, inflija u ordene infligir a otra persona, grave dolor o sufrimiento, ya sea de naturaleza física o psíquica o la someta a condición o métodos que anulen su personalidad o disminuyan su capacidad física o mental, aun cuando no causen dolor o sufrimiento físico o psíquico; con cualquier finalidad en ambos supuestos, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.¹¹⁷

Cabe entonces reconocer los elementos del tipo penal para establecer si la conducta de la mutilación genital intersex puede verse subsumida bajo el tipo penal de tortura. Dentro de la tipicidad objetiva, se reconocen elementos externos de la conducta¹¹⁸, los cuales se describen como el sujeto activo, es decir quien realiza el tipo, el sujeto pasivo, quien es el titular del bien jurídico-penal atacado por el sujeto activo¹¹⁹ y el núcleo o verbo rector que describe la conducta a realizarse¹²⁰. Respecto del sujeto activo del tipo penal de tortura se habla de uno indeterminado, es decir la persona a cargo de llevar el curso de la acción puede ser cualquiera. Lo mismo sucede con el pasivo al ser de carácter indeterminado, es decir que es cualquier persona en la que puede recaer la conducta¹²¹.

Respecto del núcleo de la conducta, los verbos rectores que rigen este tipo penal caben reconocer que es un delito compuesto de tipo mixto, es decir, dentro del tipo se reconocen varios

¹¹⁵ “ACNUDH: *Personas intersexuales. El ACNUDH y los derechos humanos del colectivo LGBTI*. “Accesado 20/11/2022. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/es/sexual-orientation-and-gender-identity/intersex-people>

¹¹⁶ Victor Reinaldi. El delito de tortura.

¹¹⁷ Artículo 151, COIP, 2014.

¹¹⁸ Santiago Mir Puig. *Derecho Penal Parte General*. (Barcelona: Editorial Reppertor, 2005) 223

¹¹⁹ Idem

¹²⁰ Francisco Muñoz Conde. *Derecho Penal Parte General*. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010). 260.

¹²¹ Carlos Creus. *Derecho Penal Parte General*. (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1996) 189-191

verbos rectores bastando que se realice una de ellas para que se constituya el tipo¹²². Se reconoce así las conductas de “ordenar infligir o infligir a otra persona grave dolor y sufrimiento” en “someter a condiciones o métodos que anulen su personalidad”. En este sentido, podría decirse que el ejercicio repetido de las CRS en personas intersexuales a lo largo de su infancia, niñez y adolescencia causan un grave dolor y sufrimiento al sometérselos desde una temprana edad a procedimientos correctivos, y tal como se estableció en el Informe del Relator Especial para la Tortura, estas prácticas ocasionan un dolor y un sufrimiento físico y mental intenso y crónico que puede equivaler a tortura y malos tratos¹²³, sin tener en consideración los procedimientos post operatorios y continuos para la normalización, como son las terapias con hormonas, corticoides y en el caso de reasignación a sexo femenino la dilatación progresiva del nuevo canal vaginal¹²⁴.

Si bien los elementos del tipo objetivo pueden enmarcarse dentro del tipo penal de tortura, cabe reconocer que el problema radica desde la tipicidad subjetiva. Por regla general, los delitos en el COIP se cometen bajo la modalidad dolosa, y solo en los casos de que la norma lo prescriba estos serán de modalidad culposa. En el caso del delito de tortura, se desprende del ejercicio de redacción el hecho de que este es un delito de modalidad dolosa, con un elemento intencional¹²⁵. Entendiendo al dolo entonces como la dirección de la voluntad o intención para realizar la acción¹²⁶. En este sentido el hecho de tener la intención de “infligir grave dolor o sufrimiento” puede verse descartada, ya que de acuerdo con los presupuestos médicos de beneficencia y no maleficencia¹²⁷, y la patologización de la intersexualidad, se puede entender que la intención de quienes performan el ejercicio médico no lo realizan con la finalidad descrita, por lo tanto, al no tener la intención de causar daño,

Sin embargo, por el carácter de ser un delito compuesto de tipo mixto¹²⁸ podría analizarse desde el verbo rector de “anular la personalidad de la persona o disminuyan su capacidad física o mental” ya que, como se estableció anteriormente, el patologizar una condición cuando no necesariamente existe un riesgo para la salud física de la persona y se le

¹²² Francisco Muñoz Conde. *Derecho Penal Parte General*. 260.

¹²³ Informe del Relator Especial Contra la Tortura y Tratos Crueles Inhumanos y Degradantes Juan E. Méndez. 5 de enero de 2016. Párr.48.

¹²⁴ Mauro Cabral, CIDH, *Audiencia sobre la situación de derechos humanos de las personas intersex en América*, 147º período ordinario de sesiones, 15 de marzo de 2013.

¹²⁵ Carlos Creus. *Derecho Penal Parte General*. (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1996) 175

¹²⁶ Francesco Carnelutti. *Teoría General del Delito*. (Ciudad de México: Oxford University Press, 2000) 129.

¹²⁷ Ana Isabel Córdoba et al. “Mentes Intensas: Los Niños y Las Niñas Piden La Palabra.” En *Cine, Bioética y Profesionalismo*, Primera edición, 119–52. Rosario: Editorial Universidad del Rosario, (2018).

¹²⁸ Francisco Muñoz Conde. *Derecho Penal Parte General*.). 260.

reassigna un sexo para el cual no tuvo la capacidad de decidir. Podría agotarse esta vía al tener en consideración el hecho de que no existan registros de nacimientos intersexuales por parte del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, y teniendo en consideración que la identidad de género se envuelve dentro de las diferentes características subjetivas de la personalidad de un sujeto¹²⁹ por lo que se podría analizar que el médico, al tener la voluntad de reasignar un sexo y el continuo ejercicio de la terapia de normalización puede caer en el tipo penal de tortura, siempre que se tenga la intención de eliminar el rasgo correspondiente a sus características sexuales y futura identidad de género.

De todos modos, cabe analizar los criterios tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹³⁰, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹³¹, los cuales reconocen que la definición de tortura debe ser un objeto de constante revisión a la luz de las condiciones actuales y teniendo en cuenta la evolución de las sociedades democráticas.

7.4. Análisis del tipo penal de lesiones

El delito de lesiones doctrinariamente se compone de tres fases características en el mismo, la primera como un atentado a la identidad anatómica, la segunda como un atentado a la integridad fisiológica y la tercera como un atentado a la integridad psíquica o psicológica¹³².

El artículo 152 del COIP prescribe que la persona que cause lesiones a otra recibirá una sanción respecto de la gravedad de la lesión causada¹³³. Realizando el análisis del tipo, dentro de su tipicidad objetiva, nuevamente se encuentran sujetos activo y pasivo de forma indeterminada, es decir cualquier persona puede cometer esta conducta y puede recaer la misma en cualquier persona¹³⁴. Respecto del verbo rector de la conducta, el tipo penal reza que se “lesione a otra persona” y en los párrafos siguientes se lee la gravedad de las lesiones causadas a la persona y su sanción respectiva. Para efectos del presente problema jurídico cabe analizar el literal 5, el cual prescribe:

5. Si produce a la víctima enajenación mental, pérdida de un sentido o de la facultad del habla, inutilidad para el trabajo, incapacidad permanente, pérdida o inutilización de algún órgano o

¹²⁹ Carlos Fernández Sessarego, “Daño a la identidad personal”, 245-272.

¹³⁰ Cantoral-Benavides c. el Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos, serie C, N° 69 (2000), párr. 99

¹³¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Selmouni v. France, demanda N° 25803/94 (1999), párr. 101.

¹³² Guillermo Duque Ruiz. *Delitos contra la vida y la integridad personal*. (Medellín: Ediciones Unaula, 2013) 263.

¹³³ Artículo 152, COIP, 2014.

¹³⁴ Carlos Creus. *Derecho Penal Parte General*. (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1996) 189-191

alguna grave enfermedad transmisible e incurable, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.¹³⁵

En este aspecto, cabe reconocer que el delito de lesiones “comprende cualquier alteración del normal funcionamiento del cuerpo”¹³⁶. Razón por la cual, en el caso del problema jurídico planteado, la cirugía de reasignación de sexo o mutilación genital intersexual puede verse enmarcada dentro del literal 5 del artículo 152, ya que se da la incapacidad permanente, pérdida o inutilización de los órganos sexuales de la persona que ha sufrido la reasignación, teniendo en consideración que la cirugía puede causar insensibilidad genital, esterilización y capacidad reducida o pérdida de la capacidad de sentir placer sexual o incluso esterilizar a la persona a quien se le ha practicado¹³⁷No obstante, cabe volver al análisis de tipo subjetivo del tipo penal, ya que cabe determinar si existió la intención por parte del médico a cargo de lesionar el cuerpo de la persona intersexual.

Sin embargo, cabe también analizar el párrafo 7 del artículo 152, el cual prescribe “La lesión causada por infringir un deber objetivo de cuidado, en cualquiera de los casos anteriores, será sancionada con pena privativa de libertad de un cuarto de la pena mínima prevista en cada caso.¹³⁸” y reconoce además “Para la determinación de la infracción del deber objetivo de cuidado se considerará lo previsto en el artículo 146¹³⁹.” En este sentido, cabe distinguir que el deber objetivo de cuidado se reconoce como el deber de diligencia. Razón por la cual, el análisis que se desprende es sobre las lesiones causadas como infracción a un deber objetivo de cuidado tiene que verse en conjunción con la remisión del tipo al artículo 146, el cual tipifica el homicidio culposo por mala práctica profesional. Dentro de este se reconocen las pautas para determinarla infracción al deber objetivo de cuidado. El párrafo 3 del artículo 146 prescribe entonces:

1. La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado.
2. La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *lex artis* aplicables a la profesión.
3. El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.

¹³⁵ Artículo 152, COIP, 2014.

¹³⁶ Edgardo Donna. *Derecho Penal, Parte especial. Tomo I*. Segunda edición actualizada. (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003) 132

¹³⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Violencia contra personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América*. (2015). 186

¹³⁸ Artículo 152, COIP, 2014.

¹³⁹ Artículo 152, COIP, 2014.

4. Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho¹⁴⁰.

Reconociendo entonces los presupuestos para la existencia a la infracción de un deber objetivo de cuidado, podría ser que reconoce entonces una modalidad culposa de la infracción en concordancia al artículo 27 del COIP. Sin embargo, el mismo artículo 27 prescribe que la culpa es una “conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este código¹⁴¹”, razón por la cual se descarta que este tipo penal pueda reconocer la punibilidad a la práctica de la cirugía de reasignación de sexo.

7. Recomendaciones

Esta sección busca proponer las medidas que deben ser tomadas en el abordaje de la práctica de la cirugía de reasignación de sexo o mutilación genital intersex como una transgresión al derecho a la integridad personal.

Primero, que se adecúe a la normativa nacional un enfoque de género, con especial énfasis en las corporalidades diversas intersex. Siguiendo así lo prescrito por los Principios de Yogyakarta +10, respetando las características propias de las diversidades sexo genéricas.

Segundo, se reestructure el Protocolo de Atención Integral a Pacientes con Desórdenes del Desarrollo Sexual, ya que su mirada patologizadora sigue discriminando a las personas intersexuales y no permite el desarrollo del debate jurídico.

Tercero, se tome en consideración el Informe del relator especial Contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes respecto del desarrollo de medidas legales, administrativas y de otro tipo para frenar las cirugías y practicas con el objeto de normalizar los cuerpos intersexuales.

Cuarto, se amplíe el debate penal, respecto de la tipificación de la cirugía de reasignación de sexo, como una forma de reconocer la magnitud de los actos y las consecuencias prolongadas en el tiempo que se ven manifestadas en quienes se han practicado. Así entonces se amplíe el debate jurídico y legislativo con el objetivo de realizar una interpretación extensiva de los tipos penales de tortura y lesiones.

¹⁴⁰ Artículo 146, COIP, 2014.

¹⁴¹ Artículo 27, COIP, 2014.

8. Conclusiones

El estudio que se realizó a la práctica de la mutilación genital intersexual permitió llegar a las siguientes conclusiones. Primero, se evidenció que el ejercicio de patologización de la condición de intersexualidad es un ejercicio discriminatorio, ya que la intersexualidad al verse como una enfermedad requiere un tratamiento para ser curada. En este sentido el hecho de que se someta desde la infancia a una persona intersexual a una práctica que constituye una serie de cirugías a lo largo su vida, en la mayoría de los casos sin el consentimiento de esta, se entiende como una transgresión al derecho a la integridad personal.

En consecuencia, se analizó la sección de delitos contra la integridad personal del Código Orgánico Integral Penal, bajo el análisis de las observaciones finales del Comité en Contra de la Tortura en países como Suiza, Alemania y Reino Unido y los Informes del Relator Especial de la Tortura, en las que se reconoció que la práctica de la cirugía de reasignación de sexo o mutilación genital intersexual podría verse como una forma de tortura basada en género que se practica dentro de los establecimientos de salud. En este sentido, los dos tipos penales que se podrían adecuar a sancionar la práctica de una cirugía de reasignación de sexo son los tipos de tortura y lesiones.

Se puede concluir que, si bien la práctica puede transgredir el derecho a la integridad personal, el adecuar la conducta a un tipo penal existente es difícil al momento de analizar el elemento intencional del mismo. Se puede entonces adecuar bajo el tipo penal de tortura, teniendo en consideración su carácter como un delito compuesto de tipo mixto, bajo el verbo rector de “anular la personalidad de la persona o disminuyan su capacidad física o mental”, sin embargo, es un ejercicio complejo, teniendo en consideración el modelo penal de mínima intervención y la falta de una política criminal y penal que busque sancionar esta práctica.

Dentro del análisis correspondiente, se llega a la conclusión de que, si bien otra figura como el tipo penal de lesiones puede adecuarse a la tipificación de la norma, es necesario revisar nuevamente el elemento intencional, pues debe existir el dolo de lesionar a la persona intersex. Sin embargo, respecto del análisis del párrafo 7 del artículo 152, se abre el debate para analizar si se pudiese dar como un tipo de lesiones por infringir el deber objetivo de cuidado y realizar un ejercicio que busque reconocer la conducta de la cirugía de reasignación de sexo bajo este presupuesto.

Ante tales hallazgos se puede determinar limitaciones existentes en el tratamiento de la CRS o MGI. Una de las limitaciones encontradas es la falta de estudios sobre la materia, sobre todo el entendimiento en la parte médica y jurídica. Teniendo en consideración que la falta de estudios en Ecuador sobre la intersexualidad conlleva a la ignorancia sobre el tema y limita el debate en distintas áreas.

Es por lo previamente expuesto que se afirma que el presente trabajo de investigación busca iniciar un debate jurídico en la materia. Considerando que son pocos los escritos sobre los derechos de las personas intersex en nuestro país. Se busca que esta investigación incentive al entendimiento de las violaciones de derechos humanos a las que son sometidas las personas intersexuales con el objetivo de que las construcciones de debate sobre este tema permitan mejorar sus condiciones de vida en Ecuador.