

ESCRITOS JURÍDICOS TFW

PRODUCIDO POR EL ÁREA DE DERECHO DE THE FAMILY WATCH

Algunas notas jurídicas sobre transexualidad y filiación

Dña. Daniela Jarufe Contreras
Dra. en Derecho, Universidad de Zaragoza
Académica Derecho Civil, Universidad Católica del Norte, Chile.

9/2016

Quando el sexo de una persona (características biológicas de un individuo) no coincide con su sentir o con su convicción psicológica (género), se habla, en términos generales, de transexualidad. La persona transexual, desea adecuar su sexo psicológico a su vida cotidiana y, aún cuando no realice actos tendentes a modificar su aspecto externo, en ciertas ocasiones puede solicitar la modificación de su certificación registral y su partida de nacimiento. Tal rectificación, ocasiona una serie de efectos de carácter jurídico, hasta ahora, poco tratados por la doctrina y la jurisprudencia a nivel mundial. ¿Pueden, por ejemplo, quienes rectifican su mención registral contraer matrimonio según su nuevo sexo atribuido legalmente? En esta ocasión, si bien haré una introducción conceptual al tema y mencionaré someramente los efectos jurídicos que produce la rectificación registral de un individuo, me centraré particularmente en la filiación y en cómo se afectan o podrían verse afectadas las relaciones paterno filiales, existentes o por existir, a partir de tal modificación.

Aclarando conceptos

La primera cuestión que debo aclarar, es la diferencia conceptual entre las voces “sexo” y “género”. La palabra “sexo”, “se utiliza en general para hacer alusión a las diferencias biológicas relacionadas (principalmente) con la reproducción y otros rasgos físicos y fisiológicos entre los seres humanos”, vale decir: en cuanto al sexo se refiere, se puede ser o mujer u hombre. “Género”, en cambio, se refiere a las características que socialmente se atribuyen a las personas tanto de uno u otro sexo, y se relacionan más bien con una serie de factores no fisiológicos, asociados a la cultura, educación, origen social, entre otros: por tanto, se puede ser de género masculino o femenino.

Si bien nos encontramos con que son mayoritarias las personas en las que su “sexo” es o mujer u hombre y, además, su deseo y libido heterosexual; su “género”, si es mujer, femenino y, si es hombre, masculino; y su “identidad de género” coincidente con éste, así como con su sexo (entendiendo por tales, como he señalado, sus órganos sexuales); lo cierto es que, como ya se ha dicho, el género se construye socialmente y, tal como señala Butler, “no es (siempre) el resultado causal del sexo y tampoco es tan aparentemente rígido”¹ Tanto es así que el DMS- IV- TR², como la CIE-10³ reconocen una serie de condiciones denominadas, indistintamente, y aunque se trate en realidad de cuestiones distintas, de trastornos de identidad de género o trastornos de identidad sexual.

¹ Butler Judith (1999). *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*. Traducido al español del texto original en inglés por, Muñoz Antonia (versión 2007), Editorial Paidós, Barcelona, p. 54. Aunque muchas de sus ideas no las compartimos, recomendamos al lector el capítulo “sujetos de sexo, género, deseo, de la obra citada” (capítulo I, pp. 45 en adelante).

² *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales de la Asociación Estadounidense de Psiquiatría)*. En inglés American Psychiatric Association o APA. Contiene una clasificación de los trastornos mentales y proporciona descripciones claras de las categorías diagnósticas, con el fin de que los clínicos y los investigadores de las ciencias de la salud puedan diagnosticar, estudiar e intercambiar información y tratar los distintos trastornos mentales. La edición vigente es la quinta, DSM-5, publicada el 18 de mayo de 2013.

³ La CIE-10 es el acrónimo de la Clasificación internacional de enfermedades, décima versión correspondiente a la versión en español de la (en inglés) ICD, siglas de International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems) y determina la clasificación y codificación de las enfermedades y una amplia variedad de signos, síntomas, hallazgos anormales, denuncias, circunstancias sociales y causas externas de daños y/o enfermedad.

Así, llegamos al concepto de “transexualidad”, entendida como aquella discordancia entre la “identidad de género” de una persona y su llamado “sexo” (y no sólo con la identidad u “orientación sexual” del individuo). La persona transexual posee la convicción de ser una mujer encerrada en un cuerpo de varón o un varón encerrado en un cuerpo de mujer y, una de las características principales de la figura es que, en términos generales, desea cambiar su cuerpo para adaptarlo a su sentir o su llamado “sexo psicológico”. Por tanto, es una “mujer transexual” aquella que ha nacido cromosómicamente varón pero que se siente y vive como mujer; y es, por su parte, un “hombre transexual” aquel que, a contrario sensu, ha nacido cromosómicamente como mujer, pero que se siente y comporta socialmente como varón.

En términos médicos se habla, en cambio de “disforia de género” para describir a aquella persona mayor de edad, con un sexo registral, ya sea masculino o femenino, a quien se le han descartado patologías psiquiátricas y anomalías cromosómicas u hormonales propias de los estados intersexuales (a los que me referiré posteriormente), cuando ésta se ve impelida a comportarse, vivir y ser conocida como integrante del sexo contrario, y cuyo deseo imperioso y persistente desde la infancia es ser reconocido como hombre o como mujer que en la realidad (sexualmente) no es; vale decir: es el nombre médico o más bien técnico que toma la denominada “transexualidad”.

Por último, y como ya adelantaba, no se debe confundir la transexualidad con los llamados “estados intersexuales”, que son aquellos en los que la asignación inicial de sexo se ha realizado de manera (aparentemente) incorrecta y que, por tanto, sobre todo en términos médicos, se entiende que deben ser modificadas.

El cambio legal de sexo y sus efectos: breve descripción.

En los estados intersexuales que acabo de referir, en términos generales, el Derecho no tiene grandes inconvenientes con que opere la rectificación registral del sexo. El problema surge, en cambio, cuando la modificación no viene dada por “la naturaleza” sino que por una elección personal del individuo: vale decir, la asignación de sexo al momento de su nacimiento, coincide con su realidad biológica sexual, pero el individuo se siente del género opuesto y la ciencia del derecho se ve enfrentada a estas situaciones. Lo cierto es que el transexual aparenta un sexo que puede no estar representado por su nombre y por su inscripción registral de nacimiento y, desde hace ya muchos años, quienes se ven afectados por esta realidad, lideran movimientos en los que reclaman el cambio de nombre y sexo en su inscripción, a fin de que su documentación se adecúe a su sentir psíquico personal y a veces a su aspecto físico (a lo menos externo). De ahí que exista en algunas legislaciones la posibilidad de modificar la certificación registral.

Buena parte de los países que cuentan con legislación al respecto, permiten que se modifique la partida de nacimiento de acuerdo al sexo llamado “psicológico”. A partir de ahí, podemos encontrar un abanico de posibilidades. Hay algunos que exigen para que opere la rectificación que el individuo se someta a un tratamiento únicamente hormonal, otros que se realice la persona transexual la operación de adecuación al sexo deseado (mal llamada, reasignación de sexo); algunos gobiernos cubren estos tratamientos a través del sistema público de salud y la seguridad social y otros no; algunas legislaciones optan por conservar los documentos anteriores correspondientes a quien ha decidido modificar su partida de nacimiento en el Registro, y otros, en cambio, los eliminan por completo; algunos permiten la realización del cambio de documentación por vía meramente administrativa, otros por vía judicial; algunos permiten que el transexual contraiga matrimonio según el sexo nuevo atribuido y otros no; algunos exigen, incluso, que no se trate de una persona casada y que no tenga hijos, o a veces también que no pueda llegar a tenerlos. etc.

No es objeto de este escrito considerar en sí misma la transexualidad y su tratamiento jurídico, sino básicamente lo que se refiere a la filiación. Sin embargo, resumidamente, puedo mencionar los siguientes efectos fundamentales y que se repiten en casi todos los ordenamientos jurídicos, a partir de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas:

- En primer lugar hay que señalar que, en términos generales, el cambio de sexo y nombre acordado, no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral. Vale decir, los efectos de la rectificación se producen hacia el futuro.

- En segundo lugar, la mayor parte de las legislaciones que admiten la rectificación registral de la mención relativa al sexo, permiten a las personas ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición, salvo algunas excepciones en las que no entraré ahora, pero que tienen que ver con la posibilidad de contraer matrimonio o de ejercer algunos cargos públicos específicos.

- En tercer lugar, no se altera, en principio, la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la rectificación; efecto que está directamente relacionado con el primero que hemos mencionado.

- Derivado del efecto anterior, y sólo algunas legislaciones, señalan expresamente que las relaciones paterno filiales, o las relaciones familiares no se verán afectadas. En resumidas cuentas, la adecuación sexual registral es todo un reto para el derecho, sobre todo en términos de estado civil y de paternidad.

Si bien es cierto, todos tenemos los mismos derechos y debemos ser tratados de la misma manera creo que, por un lado, tener hijos, como ya he expuesto en otras oportunidades, no es un derecho; y, por otro que en el caso de las personas transexuales resulta difícil por no decir imposible brindarles los derechos sexuales y reproductivos o, a lo menos, facilitar su ejercicio libre, pues ello, creo, según expondré afecta otros bienes jurídicos que sí están expresamente reconocidos y protegidos.

¿Qué ocurre con los hijos? Transexualidad y filiación.

Como consecuencia de los efectos mencionados, las relaciones paterno filiales o las relaciones familiares, al menos teóricamente, no se verán o no debieran verse afectadas, Es aquí dónde nos vamos a detener.

A fin de abordar el tema de buena manera creo que es adecuado realizar previamente una clasificación en los siguientes supuestos: hijos existentes con anterioridad a la modificación registral del sexo; o hijos posteriores a la rectificación registral. ¿Cómo afecta la rectificación registral del sexo en uno u otro caso?

A) Hijos habidos antes del cambio legal de sexo. En cuanto a los hijos habidos con anterioridad a la rectificación, no voy a diferenciar el origen de los mismos, pues en este caso no cobra importancia hacerlo. En resumen, no se alterarán las relaciones jurídicas preestablecidas, entre ellas, las relaciones paterno filiales. A partir de allí, se plantean los siguientes problemas jurídicos en relación a la filiación.

Si se trata de una filiación determinada (padre o madre), ese padre o madre que es transexual no podría pasar a ser el progenitor del sexo contrario, pues se deben mantener todas las obligaciones y derechos, entre los cuales, lo diga o no el legislador, se incluyen las relaciones paterno filiales y, por tanto, estaríamos frente a la primera excepción al segundo efecto establecido, de modo tal que el transexual que ha variado su mención registral para todo lo demás será del sexo nuevo atribuido, pero deberá seguir siendo padre o madre según la inscripción original del menor: así, quien era varón pasaría legalmente a ser considerado mujer, pero seguiría siendo "padre" de los hijos que ya tenía, cuestión que si bien podría sonar razonable, en la práctica significa un problema.

Si se trata, en cambio, de una filiación no determinada, habrá que aplicar el segundo de los efectos establecidos: vale decir, en las nuevas relaciones se estará al sexo adoptado por el transexual. Ello, en materia de filiación, se traduce en los siguientes problemas prácticos: y aquí ya comienzo a sembrar más dudas que otra cosa:

- ¿Si soy hijo de padre o madre transexual, debo demandar la paternidad o maternidad según el nuevo sexo registral? Es decir, si mi padre biológico, que no figura legalmente como tal, ha pasado legalmente a ser mujer, ¿qué debo reclamar, la paternidad, o la maternidad?

- Y si consideramos esta como otra excepción a los efectos de la rectificación registral, ¿entonces se inscribe como padre o como madre, aún cuando lo que se demande sea la relación filial contraria? Es decir, si he reclamado la paternidad, ¿cómo debe figurar en el Registro, como mi padre (porque reclamé la paternidad) o como madre (porque legalmente es mujer)?

B) Hijos habidos después del cambio legal de sexo. La rectificación registral de sexo no trae aparejada consigo (al menos no conozco ninguna legislación que lo haga) la esterilización de la persona transexual que ha variado su mención de sexo. Así, en la actualidad no existirían impedimentos legales para que una persona transexual establezca vínculos filiales, máxime cuando existen leyes de técnicas de reproducción humana asistida que así lo permiten. Dificultad, no es imposibilidad, al menos no en términos fácticos. Téngase en cuenta, además, que no se trata de una relación entre personas del mismo sexo, y de hecho, matrimonio de transexuales no es lo mismo que matrimonio entre homosexuales (o, más bien, personas del mismo sexo). El matrimonio de transexuales puede ser heterosexual u homosexual. Será homosexual, o más bien compuesto por personas del mismo sexo cuando se celebre entre dos hombres o dos mujeres, aunque tengan géneros distintos entre sí. Lo que quiero decir es que, aunque en apariencia o en términos sociales y registrales una pareja aparente estar compuesta por personas del mismo sexo, puede no estarlo y, por tanto, las parejas de transexuales pueden ser potencialmente procreativas, cuestión que no ocurre con las parejas homosexuales que son estructuralmente estériles.

Por tanto, la primera posibilidad de tener hijos, viene dada por la posibilidad de procrear de acuerdo, como es obvio, a su sexo biológico. Nada impide que quien tiene órganos sexuales femeninos mantenga una relación sexual con una persona del sexo (biológico) opuesto, vale decir masculino, y que de ella resulte un hijo. Por su parte, y con el avance de la reproducción asistida, existe también la posibilidad de tener hijos y nada impide que un transexual pueda acceder, como todos, a la adopción. Como sabemos, en todos estos casos puede darse una filiación matrimonial o no matrimonial y dependerá de la legislación de cada país la posibilidad de tener dos padres o dos madres, si fuera el caso.

La presencia de un hombre transexual embarazado en los medios de comunicación, hace algún tiempo, ha puesto en el tapete el acceso de las personas transexuales a la reproducción asistida. Thomas Beatie, cónyuge de Nancy, posaba ante las cámaras y contaba su historia. Se trata de un hombre transexual, vale decir, una mujer, que siempre estuvo convencida de ser hombre, de modo que recurrió a una serie de tratamientos para lograr su apariencia actual como tal; una vez convertida legalmente en hombre, contrajo matrimonio con Nancy, quien había sido sometida a una histerectomía y, por tanto, la única posibilidad que tenían de tener hijos "biológicos" era a través del embarazo de Thomas. Thomas dejó de suministrarse los suplementos de andrógeno que consumía y luego de cuatro meses recuperó su ciclo menstrual. Intentó inseminarse en clínicas especializadas y el procedimiento le fue denegado. De esta forma, Thomas acude a un banco de semen y se autoinsemina, sin éxito la primera vez, y quedando "embarazado" la segunda vez de una niña que nace el 29 de junio del año 2008. Aunque pudiera parecerlo, no se trata de una historia de ciencia ficción. En este caso, la pareja reclamaba preservar su derecho a la reproducción, señalando que no se trata de deseos (y al menos no dicen derecho) de un hombre o de una mujer, sino de un ser humano. En este caso, la persona que ha gestado y dado a luz ¿sería legalmente el padre, o la madre del niño así nacido?

Algunas preguntas básicas.

En relación con el cambio legal de sexo, y con las cuestiones de que he tratado, se ha invocado el derecho al libre desarrollo de la personalidad, y se ha dicho que tal derecho comprende, entre otras tantas aristas, la libertad de contraer matrimonio, de escoger la apariencia personal, de tener una libre opción sexual y, lo que nos convoca, de "procrear" hijos. También se ha dicho que el género, debe considerarse como uno de los componentes básicos para la estructuración de la identidad, junto con la etnia, la clase social, la edad y la nacionalidad, entre otros.

El TEDH, a partir del año 2002, con el caso Christine Goodwin *versus* Reino Unido, sostiene el criterio de que resulta fundamental el reconocimiento jurídico internacional de la necesidad de otorgar más protección al transexual, a fin de que

desarrolle efectivamente su derecho a la identidad, toda vez que hay un principio de derecho aceptado en la comunidad internacional que implica que el transexual debe gozar de todos los derechos que tienen las personas cuyo sexo ha adoptado en el registro; y se advierte la tendencia a favorecer el reconocimiento pleno de su nueva (mal llamada, creo) "identidad sexual".

Si decimos, entonces por un lado que la rectificación registral, significa respecto del transexual que será considerado en todo ámbito como miembro de su nuevo sexo, pero por otro lado y como es obvio no se alteran las relaciones jurídicas establecidas con anterioridad, ello significa en términos filiales, plantearse las siguientes cuestiones (y la lista no es menor):

- ¿Qué sucede con los hijos previos que el transexual pudo haber tenido antes del cambio de la mención registral?
- ¿Qué sucede con los hijos que decida tener con su pareja, del mismo o de diferente sexo?; ¿se considerará para ello el sexo biológico o el registral?
- No es descartable que una persona tenga hijos antes y después del cambio de sexo ¿Puede una misma persona, figurar como padre de unos hijos y madre de otros hijos, por ejemplo, después del cambio en el registro de la mención relativa al sexo?
- El cambio de sexo es reversible, también legalmente ¿Cómo debiera procederse si luego la persona que cambió legalmente su sexo quiere regresar a su mención original?, ¿vuelve a ser padre o madre según el sexo original?
- Nuevos problemas se plantean en los casos de crioconservación de gametos: por ejemplo, una mujer transexual (originariamente hombre) pudo haber crioconservado semen para así tener asegurada descendencia genética. Por su parte, un hombre transexual (originariamente mujer) puede hacer lo mismo con sus ovocitos y así también tener descendencia genética después de su readecuación sexual y una posible esterilidad a consecuencia de ello.
- ¿Pueden, en virtud del interés superior del niño, verse afectados los derechos deberes de los padres transexuales?

Como vemos, caben más preguntas que respuestas, y han quedado planteadas más dudas que soluciones. La adecuación sexual registral presenta retos para el derecho, sobre todo en términos de estado civil y de paternidad, que no siempre han sido bien calibrados. Si bien es cierto, todos tenemos los mismos derechos y debemos ser tratados de la misma manera creemos que, por un lado, tener hijos, como ya he expuesto en otras oportunidades, no es un derecho; y, por otro que en el caso de las personas transexuales resulta difícil por no decir imposible en términos prácticos, brindarles los derechos sexuales y reproductivos. Aún en los casos en que sea posible acceder a la paternidad, se afectan otros bienes jurídicos que sí están expresamente reconocidos y protegidos, como es el interés del menor, que es el que debe tener siempre carácter preferente.