



Edited by

Institute for Social, Political and Legal Studies
(Valencia, Spain)

Editorial Board

Aniceto Masferrer, University of Valencia, Chief Editor
Juan A. Obarrio Moreno, University of Valencia, Assistant Chief Editor
Isabel Ramos Vázquez, University of Jaén, Secretary
Anna Taitslin, Australian National University – University of Canberra
Juan B. Cañizares, University San Pablo – Cardenal Herrera CEU
Matthew Mirow, Florida International University
Andrew Simpson, University of Aberdeen

Student Editorial Board

José Franco Chasán (Website Editor and Coordinator), Andrea Andreu Gutiérrez, Pau Cuquerella Miralles, Mar García Peirats, Lucía Gil Esteban, Nicolás Ingo Ivars Obermeier, Pablo Muñoz Martínez

International Advisory Board

Javier Alvarado Planas, UNED; Juan Baró Pazos, Universidad of Cantabria; Mary Sarah Bilder, Boston College; Orazio Condorelli, University of Catania; Emanuele Conte, University of Rome III; Daniel R. Coquillette, Boston College – Harvard University; Serge Dauchy, University of Lille; Salustiano de Dios, University of Salamanca; Wim Decock, *Max-Planck Institute for European Legal History*; Seán Patrick Donlan, University of Limerick; Matthew Dyson, University of Cambridge; Antonio Fernández de Buján, University Autónoma de Madrid; Remedios Ferrero, University of Valencia; Manuel Gutan, Lucian Blaga University of Sibiu; Jan Hallebeek, VU University Amsterdam; Dirk Heirbaut, Ghent University; Richard Helmholtz, University of Chicago; David Ibbetson, University of Cambridge; Emily Kadens, Northwestern University; Mia Korpiola, University of Helsinki; Pia Letto-Vanamo, University of Helsinki; David Lieberman, University of California at Berkeley; Jose María Llanos Pitarch, University of Valencia; Marju Luts-Sootak, University of Tartu; Magdalena Martínez Almira, University of Alicante; Pascual Marzal Rodríguez, University of Valencia; Dag Michaelsen, University of Oslo; María Asunción Mollá Nebot, University of Valencia; Emma Montanos Ferrín, University of La Coruña; Olivier Moréteau, Louisiana State University; John Finlay, University of Glasgow; Kjell Å Modéer, Lund University; Anthony Musson, University of Exeter; Agustín Parise, Maastricht University; Heikki Pihlajamäki, University of Helsinki; Jacques du Plessis, Stellenbosch University; Merike Ristikivi, University of Tartu; Remco van Rhee, Maastricht University; Luis Rodríguez Ennes, University of Vigo; Jonathan Rose, Arizona State University; Carlos Sánchez-Moreno Ellar, University of Valencia; Mortimer N.S. Sellers, University of Baltimore; Jørn Øyrehagen Sunde, University of Bergen; Ditlev Tamm, University of Copenhagen; José María Vallejo García-Hevia, University of Castilla-La Mancha; Norbert Varga, University of Szeged; Tammo Wallinga, University of Rotterdam; José Luís Zamora Manzano, University of Las Palmas de Gran Canaria

Citation

Florence Bellivier, “¿El sexo todavía debe formar parte del estado de las personas?”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 11 (2014), pp. 169-181 (available at <http://www.glossae.eu>)

¿EL SEXO TODAVÍA DEBE FORMAR PARTE DEL ESTADO DE LAS PERSONAS?

MUST SEX BE A PART OF THE STATE OF PERSONS YET?

Florence Bellivier
Université Paris Ouest Nanterre La Défense

Resumen

Interrogarse sobre la identidad sexual a través de la cuestión del transexualismo permite rendir homenaje al romanista Yan Thomas tanto por su apego a los casos-límite como por su continua preocupación sobre las partes respectivas de lo biológico y de lo social, de lo dado y de lo construido, en la elaboración de las normas jurídicas. Éstas, en el dominio del transexualismo, están marcadas por una nítida evolución: en cuarenta años hemos pasado de la negativa al cambio de estado civil de los transexuales a la aceptación de una limitada disponibilidad del individuo sobre su estado. Esta flexibilización de las condiciones puestas al cambio de sexo no significa que este último por ello se haya convertido en un asunto de voluntad individual. Si el derecho acepta pues una cierta fluctuación de las identidades (contrastando singularmente con la concepción fija de la identidad vehiculizada por el creciente recurso a los ficheros de impresiones genéticas), la identidad sexual todavía no incumbe a la esfera de autonomía de los individuos. El hecho de que, en la hora de la consagración de la igualdad entre hombres y mujeres, el sexo siga siendo una fundamental característica tanto individual como social explica seguramente que la supresión del sexo en el estado civil no sea hoy un asunto de prioridad.

Abstract

Questioning sexual identity through the issue of transsexualism is a way to pay tribute to the Romanist Yan Thomas as he was found of limit-cases and has continuously addressed the issue of the the respective parts of the biological and social, the "given" and "built" in the elaboration of legal norms. These, in the field of transsexualism are marked by a clear trend : in forty years, we have shifted from the refusal of the change in the registry office to the acceptance of a limited availability of the individual on his/her condition. This relaxation of the conditions laid down in gender change does not mean that it would become a variable provided the sole responsibility of the individual will . So if the present state of law accepts some fluctuation identities, contrasting sharply with the fixed concept of identity conveyed by the increasing use of genetic fingerprint files - sexual identity does not pertain to individual autonomy . At the time of the consecration of equality between men and women, the fact that gender remains an individual and social fundamental characteristic doubtless explains why the removal of gender from the registry office to the agenda.

Palabras clave

transexualismo, cambio de sexo, autonomía, estado civil, identidad

Keywords

transsexualism, sex change, autonomy, registry office, identity

Sumario: 1. El sexo como elemento del estado de las personas: hacia una disponibilidad en la heteronomía. 2. El sexo y el estado de las personas a la hora de las identidades fluctuantes.

Si hay una noción que obsesionó a Yan Thomas a lo largo de su enseñanza y de una buena parte de sus escritos, es la de la persona como punto de imputación de derechos y de obligaciones, particularmente para distinguirla de la persona como ser de carne, sangre y huesos¹. Ahora bien, esta distinción proporciona numerosas claves de entrada para los juristas de hoy que se interesan por las transformaciones que sufrió el concepto de persona bajo el efecto de las biotecnologías, entendidas en sentido amplio: el cadáver, el embrión, un robot,

¹ Ver Thomas, Y., "Le sujet de droit, la personne et la nature: sur la critique contemporaine du sujet de droit", *Le Débat* 100 (1998, mayo-agosto), pp. 85-107.

un clon, ¿pueden y deben ser considerados como personas? La noción de persona, tal como la concibe el pensamiento civilista clásico, resulta trastornada tanto en sus fronteras espacio-temporales como en su contenido. En efecto, tenemos la costumbre de caracterizar a la persona como poseyendo un “estado” (el estado de las personas), conjunto de características que inscriben a la persona en un complejo que, a falta de algo mejor (la palabra está cargada de toda clase de connotaciones que no necesariamente la iluminan), llamaremos identitario: identidad familiar (filiación, apellido, nombre, matrimonio, divorcio), ciudadana (nacionalidad), sexual y genética (sexo, características genéticas).

Es sobre este último componente que nos detendremos en razón de las vivas tensiones que lo atraviesan estos últimos cuarenta años y que están, como ocurre con frecuencia, magistralmente puestas en escena por la literatura, a menudo mejor que por cualquier discurso de las ciencias sociales. En *Middlesex*², el autor americano J. Eugenides nos cautiva con la historia de una pequeña chica, Calíope, que descubrirá en la adolescencia que padece de una anomalía cromosómica que hace que se desarrolle como muchacho. Del incendio de Esmirna en 1922 que provoca la huida hacia los Estados Unidos de los abuelos de Calíope (en realidad hermanos entre sí), a Berlín donde vive Calíope devenida hombre, pasando por los Estados Unidos, se asiste a la transformación de la joven persona que, como una mariposa que sale de su crisálida, vivirá su identidad ligando su historia con la gran Historia, yendo más allá de los clichés médicos y las angustias familiares y determinándose por la indeterminación. El éxito de Eugenides es haber sabido articular precisamente los diferentes niveles de la identidad (genética, cromosómica, biológica, corporal, personal, histórica, nacional, colectiva) sin fijarlos nunca.

En efecto, la cuestión misma de la identidad personal, de la cual la identidad sexual es uno de sus componentes, es de por sí un elemento de una interrogación mucho más vasta sobre la definición misma de la identidad y nuestra capacidad de hacer de ella un objeto de saber³. Basta con pensar en las discusiones entabladas en la arena política francesa en otoño de 2009 respecto de la pertinencia misma de un debate sobre la identidad nacional. Para ciertos observadores, en lugar de especular con un hipotético malestar identitario, haríamos mejor en preguntarnos si la identidad es un criterio pertinente de la construcción de la Nación o del Estado. Algunos lo ponen en tela de juicio porque la identidad es incognoscible⁴. ¿Qué ocurre entonces cuando se plantea a nivel de la identidad personal? ¿La identidad personal también es incognoscible? ¿Los científicos no nos dicen acaso eso cada vez más sobre uno de sus componentes, la identidad sexual y genética? Cuanto menos reencontramos, en ambas series de cuestiones (identidad política; identidad personal), las mismas tensiones entre cambio y permanencia, autonomía y heteronomía. Tratándose de este elemento del estado de las personas que es el sexo, la pregunta precisa que se plantea es saber si existen límites (y en caso afirmativo, cuáles) al poder del individuo de cambiarlo. Veremos que la evolución contemporánea de la percepción del transexualismo conduce a recusar la indisponibilidad en favor de la posibilidad de cambiar de sexo pero sin reconocimiento de una autonomía completa del sujeto a este respecto (I). Nos preguntaremos entonces si hay que proseguir en la vía trazada por el derecho francés (disponibilidad limitada) o si es necesario sacar las

² Eugenides, J., *Middlesex*, 2002.

³ Voir Fortier, C. y Brunet, L., “Changement d’identité des personnes «trans» en France: du transsexualisme à la transidentité”, N. Gallus (dir.), *Droit des familles, genre et sexualité*, Bruxelles, 2012, pp. 63-113.

⁴ Ver Nancy, J.-L., *Identité. Fragments, franchises*, Paris, 2010, en particular p. 65 sobre la identidad como acto, tensión, no objeto de un saber; Bauman, Z., *Identité*, Paris, 2010.

consecuencias del hecho de que nuestras identidades son fluctuantes y, entonces, suprimir el sexo del estado civil (II).

1. El sexo como elemento del estado de las personas: hacia una disponibilidad en la heteronomía

Puede parecer paradójico abordar la cuestión de la identidad sexual a través del prisma de las personas que quieren cambiar de sexo o personas “transexuales”. Aun si el término, inventado en 1953, se presta a definiciones muy numerosas, inestables, incluso polémicas, “podemos considerar que lo que define a la persona transexual, [...] es el *deseo* o el *voluntad* transexual de pertenecer al otro sexo, que irá seguido de una *petición* de reasignación de sexo. El tiempo en que esta voluntad es formulada en la vida del paciente y lo que precedió a la formulación de la voluntad hará la distinción entre el transexualismo primario y el transexualismo secundario. Pero una vez constituidos, el deseo, la petición, la convicción son los mismos”⁵.

Es sin embargo una llave que abre numerosas puertas, y esto por tres razones. En primer lugar, es un caso-límite, que, como bien nos enseñó Yan Thomas, tiene fuertes virtudes heurísticas⁶ y se arraiga en una tradición histórica. Aun si el transexual no es un hermafrodita y viceversa, no se puede sino pensar en la vieja cuestión del hermafrodita que tanto interesó a los juristas de los tiempos antiguos. Luego, el fenómeno del transexualismo nos coloca en el corazón de la doble dialéctica que caracteriza la identidad: cambio / permanencia (paso de un sexo al otro) y heteronomía / autonomía (¿quién decide los criterios de esta transformación y sobre qué base?). Finalmente, en estos últimos años la reflexión sobre el transexualismo se enriqueció, por un lado, con los progresos del conocimiento médico en este tema así como con las perspectivas terapéuticas y de cobertura médica, y, por el otro, con el intenso trastorno que aportaron los “estudios de género” a la concepción, seguramente sumaria y binaria, que los juristas se hacían del sexo como elemento del estado de las personas, que es necesario declarar en el momento del nacimiento. El transexualismo lleva a su límite la reflexión sobre las partes respectivas de lo biológico y de lo social, de lo dado y de lo construido, en la elaboración del yo y en la atribución de la personalidad, con los atributos, derechos y deberes que corresponden.

⁵ Chiland, C., *Changer de sexe. Illusion et réalité*, Paris, 2011. Nos remitiremos al conjunto del capítulo 2 para la historia del nacimiento de la palabra y para las diferentes definiciones del fenómeno. Cabe señalar finalmente que la definición que de esto da C. Chiland también está orientada por su percepción del fenómeno. En líneas generales, su tesis consiste en decir que el cambio de sexo (biológico) es imposible y que si la reasignación del sexo puede permitir al sujeto vivir mejor, puede también ser peligrosa y que es mejor encontrar otros medios de aliviar el sufrimiento que una cirugía mutiladora o una hormonoterapia de por vida. Más fundamentalmente, ella encuentra que la aprehensión actual del fenómeno realza más lo corporal y lo biológico, ocultando la escena psíquica sobre la cual se desarrolla, según ella, el transexualismo. De donde la cursiva que ella pone en la palabra “voluntad” y, sobre todo en la palabra “deseo”. Si se añade a esto el hecho de que ella atribuye una parte de las reivindicaciones de los transexuales a la oferta médica, relevada y ampliada por los medios, así como a nuestra sociedad técnica e individualista, comprendemos que sus tesis sean muy controvertidas. Ella relata, en el prólogo de su obra, la polémica que suscitan sus declaraciones y el libro aparece esencialmente como una puesta al día autojustificadora de tesis formuladas hace una quincena de años en el marco de una práctica clínica al parecer incontestable.

⁶ Thomas, Y., “L’extrême et l’ordinaire. Remarques sur le cas médiéval de la communauté disparue”, J. Revel & A. Passeron (eds.), *Penser par cas*, Paris, 2005, pp. 45-73. Por otra parte, notemos que los especialistas difieren sobre la medida cuantitativa del fenómeno del transexualismo. No podemos así decir con certeza si se trata de un fenómeno excepcional o que no lo es tanto.

Si uno se atiene a lo que dice el derecho de estas cuestiones y que, lo veremos, no es separable la evolución de los datos sociológicos, antropológicos y médicos, comprobamos que en cuarenta años se pasó del rechazo al cambio del estado civil de los transexuales a la aceptación de una disponibilidad limitada sobre los fundamentos de la cual es necesario interrogarse.

Antes de 1992, las soluciones de los jueces de instancia eran contrapuestas pero la Corte de Casación les negaba a las personas transexuales la rectificación de su estado civil sobre el fundamento del principio de la indisponibilidad del estado de las personas, de origen pretoriano, que encontraba su cimiento indirectamente en un artículo del Código Civil concerniente a las acciones relativas a la filiación. Los jueces inferían de ello que un individuo no podía, sobre la sola base de su voluntad, disponer de un elemento de su estado, en este caso el sexo⁷.

En respuesta a un resonante fallo de la Corte Europea de los Derechos Humanos, de fecha 11 de marzo de 1992 que condenó a Francia por atentar contra la vida privada⁸, la Corte de Casación procedió a un viraje de la jurisprudencia y, entre la indisponibilidad del estado y la protección de la vida privada, hizo prevalecer a la segunda para permitir a los transexuales, en ciertas condiciones, obtener la rectificación de su estado civil (nombre y sexo)⁹. Vale la pena explicitar las condiciones porque se percibe allí una justificación que se podría calificar de intensamente fija y binaria, mientras que la evolución reciente de la aprehensión del fenómeno del transexualismo conduce en dirección a una comprensión más dinámica de las cosas, concepción que tiene sus propios límites.

En un primer momento, en virtud de la jurisprudencia elaborada en 1992, son necesarias tres condiciones acumulativas para que el interesado consiga el reconocimiento, en el estado civil, de su sexo de destino: el síndrome de transexualismo debe haber sido comprobado médicamente; el interesado debe haber sufrido una operación quirúrgica (que se llama “reasignación sexual”); el interesado debe haber adoptado, además de la apariencia física, el comportamiento social del sexo opuesto.

Estas condiciones reclaman tres observaciones: en primer lugar, traducen el hecho de que para los jueces, hay en verdad dos sexos y solamente dos, pero que prevalece la teoría de la apariencia en un doble sentido: apariencia en el sentido de que se toma en cuenta la apariencia del sexo opuesto (los órganos genitales externos); apariencia en el sentido de que hace falta que el solicitante en rectificación haya “tomado una apariencia física que lo acerque al otro sexo”. Luego, la visión del transexualismo vehiculizada por esta jurisprudencia es

⁷ Ejemplo: civ. 1^o, 16 diciembre 1975, *Dalloz* 1976, p. 397, nota Lindon. El artículo del Código Civil es el artículo 323 actual (artículo 311-9 bajo el efecto de la ley del 3 de enero de 1972): “las acciones relativas a la filiación no pueden ser objeto de renuncia”. Sobre el principio presunto de la indisponibilidad del estado de las personas, ver Gobert, M., “Réflexions sur les sources du droit et les principes d’indisponibilité du corps humain et de l’état des personnes”, *RTDCiv.* (1992), p. 489.

⁸ CEDH 25 marzo 1992, *B. vs Francia*, Demanda n°13343/87. La CEDH emitirá más tarde otros fallos importantes sobre la cuestión del transexualismo y el más famoso es el fallo CEDH el 11 de julio de 2002, *Goodwin vs Reino Unido*, demanda n° 28957/95.

⁹ Corte de Casación, Asamblea Plenaria, 11 diciembre 1992 (dos fallos), *Bulletin Civil de la Cour de Cassation* 13: “Cuando, como consecuencia de un tratamiento médico-quirúrgico, sufrido con fines terapéuticos, una persona que presenta el síndrome del transexualismo no posee más todos los caracteres de su sexo de origen y tomó una apariencia física que la acerca al otro sexo, al cual corresponde su comportamiento social, el principio del respeto debido a la vida privada justifica que su estado civil indique en lo sucesivo el sexo del cual tiene la apariencia. El principio de la indisponibilidad del estado de las personas no hace obstáculo a tal modificación”.

médica (“síndrome”, “tratamiento”), corporal y social, pero bastante poco psíquica. Por añadidura, el alcance de la rectificación del estado civil es limitado en el sentido de que la decisión vale sólo para el futuro. Se trata de un juicio constitutivo del estado, y no declarativo. Así, la decisión no tiene ningún efecto sobre el estado civil de los niños que el interesado tuvo antes de su conversión. No obstante, una vez operada la rectificación, es necesario aceptar sus consecuencias: divorcio, matrimonio o nuevo casamiento en consideración al sexo que menciona el estado civil del interesado, pensión por viudez, apertura de los derechos a la jubilación, etc¹⁰. Finalmente, a pesar de esta evolución de la jurisprudencia, las personas transexuales continuaron encontrando dificultades: heterogeneidad de las posiciones de los jueces frente al peritaje; discordancia entre apariencia y papeles durante el tiempo del procedimiento; necesidad o no de mantener la condición relativa a la operación de reasignación sentida cada vez más a menudo como muy mutiladora. Es sobre el último punto que va a observarse un vaivén muy interesante en cuanto a las partes respectivas de lo corporal, de lo psíquico y de lo social en la constitución de la persona y en cuanto al poder de la persona de disponer de su estado.

En un segundo período, la percepción del fenómeno del transexualismo cambia y, por consiguiente, las condiciones planteadas al reconocimiento del estado civil se encaminan a la modificación. ¿Cuáles son los factores que explican esta evolución en el sentido general de una inflexión hacia un fundamento dinámico que se podría calificar de sentimiento, controlado por las autoridades médicas, de pertenecer a tal o cual sexo (o incluso tal o cual género)?

Ante todo, en el plano internacional la cuestión de los transexuales es aprehendida en lo sucesivo como una cuestión relativa a los derechos humanos. Lo demuestra el importante informe de Th. Hammerberg, comisario de los derechos humanos del Consejo de Europa, fechado en octubre de 2009, significativamente titulado “Derechos humanos e identidad de género”¹¹. Reponiendo los problemas que encuentran los transexuales (en una reflexión más general sobre el género como construcción social del sexo biológico por una parte; por la otra, en un combate llevado adelante para hacer reconocer sus derechos fundamentales), el comisario concluye su informe con un cierto número de recomendaciones destinadas a los Estados miembros del Consejo de Europa:

- Aplicar el derecho internacional en materia de derechos humanos y proscribir toda categoría discriminatoria fundada sobre la identidad de género en derecho nacional;
- Proteger legalmente a las personas transgénero contra la transfobia mediante la adopción “de una legislación relativa a las infracciones motivadas por el odio”;
- Modernizar los procedimientos administrativos de cambio de nombre y de sexo para una mayor transparencia y rapidez;
- Suprimir la obligación legal de esterilización o de otros tratamientos médicos para el reconocimiento de la identidad de género;
- Garantizar el acceso total a los cuidados de salud (actos quirúrgicos u otros) para los transgénero y su cobertura por el seguro de enfermedad;

¹⁰ Para el otorgamiento de una pensión por viudez, ver CJCE 7 de enero de 2004 (caso C-117/01); ver también CJCE, 1 de abril 2008, C-267/06 ; para la edad de jubilación, ver CJCE 27 de abril de 2006, C-423-04; CEDH 23 de mayo de 2006, *Grant vs Reino Unido*.

¹¹ Disponible en el sitio del Consejo de Europa; ver Roman, D., “Identité de genre, droit et médecine: un débat à bas bruit”, publicado en *Raison publique* (<http://www.raison-publique.fr/article530.html>), 15 de mayo de 2012, sitio consultado el 11 de febrero de 2014.

- Garantizar el derecho a una vida familiar a los transgénero casados suprimiendo el divorcio impuesto tras un cambio de identidad de género;
- Desarrollar las políticas a favor de la supresión de toda discriminación en materia de mercado de trabajo, salud y educación;
- Desarrollar el papel de las asociaciones en la elaboración de políticas en favor de los transgénero;
- Promover las políticas, campañas de información y las acciones en favor de los transgénero;
- Educar a los profesionales de la salud destinados a frecuentar los transgénero para garantizar el respeto de su dignidad.
- Favorecer las acciones a favor de los derechos humanos de las personas transgénero en el seno de las estructuras nacionales de los derechos humanos
- Desarrollar los estudios, las búsquedas y los análisis de datos que conciernan a la aplicación de los derechos humanos a las personas transgénero, y esto sin atender a su vida privada”.

Luego, en el plano interno, la reflexión sobre el transexualismo ha sido recientemente relanzada por un informe muy detallado de la Alta Autoridad de Salud (AAS), “Situación actual y perspectivas de evolución de la cobertura médica del transexualismo”, hecho público en febrero de 2010¹².

El informe de la AAS, de un modo esperado pero sin embargo muy significativo, se nutrió ampliamente de consideraciones médicas. Su principal aportación consiste en dar informaciones muy documentadas sobre la manera de reflejar en un nuevo protocolo y una nueva oferta de salud para las personas transexuales. Nos interesaremos más aquí por la parte jurídica del informe, obra de la jurista Marcela Iacub y a la que la AAS no considera oficial sino opinión de la autora.

Esta reflexión jurídica profundizada es en realidad un alegato para una modificación del estado del derecho en Francia. La proposición es doble: pasar de la inseguridad congénita de la jurisprudencia a la seguridad jurídica que se puede en principio esperar de la ley, es decir modificar el Código Civil para introducir allí la posibilidad para los transexuales de solicitar la rectificación de su estado civil; y hacerlo inspirándose en las legislaciones llamadas de segunda generación, tales como la ley española y la ley británica.

Es necesario entonces ver en qué consiste este esquema legislativo para luego examinar el eco que esta proposición recibió en el derecho francés.

En primer lugar, según el informe de la AAS del que se retoma aquí totalmente su contenido y los términos¹³, las legislaciones llamadas de segunda generación no sólo no prohíben el cambio de estado civil a las personas casadas o que han tenido niños en su sexo de origen sino que sobre todo suavizan las condiciones impuestas para el reconocimiento del cambio de sexo. En efecto, al no exigir más la intervención quirúrgica, se contentan con que la persona transexual haya sufrido un tratamiento hormonal que hubiera modificado su apariencia. Los tratamientos hormonales les parecen en efecto suficientes, en la medida en que producen la mayor parte de los efectos irreversibles, sobre los caracteres sexuales secundarios como sobre la fecundidad. Estos tratamientos deben ser acompañados sin embargo por un peritaje médico-psiquiátrico que atestigüe la realidad clínica de la disforia de género; además, la persona transexual debe pasar la prueba de un período de vida cotidiana en

¹² http://www.has-sante.fr/portail/jcms/c_894315/situation-actuelle-et-perspectives-devolution-de-la-prise-en-charge-medicale-du-transsexualisme-en-france

¹³ Informe ya citado, pp. 57 ss.

el papel del sexo deseado. Estas condiciones pretenden apartar ciertas perturbaciones psiquiátricas, de las cuales el deseo de cambiar de sexo podría ser uno de los síntomas.

La legislación inglesa, la *Gender Recognition Act 2004* (entrada en vigor el 4 de abril de 2005), va más lejos todavía: en lugar de la cirugía, exige la promesa de que el sujeto en cuestión vivirá hasta el fin de sus días en su nuevo sexo. Más precisamente, el procedimiento se desarrolla del siguiente modo: el solicitante debe presentar su petición a un comité especial (*panel*), constituido por médicos prácticos facultativos, psicólogos o personas que posean una calificación legal pertinente. Este *panel* instruirá la petición de certificado y, llegado el caso, librará un certificado titulado “Gender Recognition Certificate”. Si el individuo está casado, podrá serle librado sólo un certificado temporal, que podrá ser utilizado para la anulación del matrimonio. Después de la anulación, un certificado definitivo será librado al transexual.

El solicitante debe presentar los siguientes documentos:

- sea un informe realizado por un médico practicante en el dominio de la disforia de género y otro informe realizado por un médico (que no practica necesariamente en este campo);
- sea un informe de un psicólogo practicante en este dominio y otro informe realizado por un médico (que no practica necesariamente en este campo);
- una declaración estatutaria del solicitante que pone en evidencia las siguientes condiciones: haber vivido al menos dos años con su nuevo sexo y tener la intención de vivir así hasta su muerte.

Las peticiones que apuntan a una modificación del estado civil de un transexual no están subordinadas pues a la existencia de una intervención quirúrgica. Desde el momento en que el certificado definitivo de reconocimiento del género sexual es librado, el individuo adquiere el sexo opuesto al de origen. Sin embargo, el reconocimiento no tiene efecto retroactivo¹⁴.

Así, como lo escribe muy justamente M. Iacub, “las legislaciones que exigen una reasignación quirúrgica piden (así) prometer por la carne, mientras que la legislación inglesa considera que se puede prometer por la palabra dada, con los mismos efectos indelebles que la cirugía”¹⁵.

En segundo lugar, ¿estas proposiciones recibieron algún eco en el derecho positivo francés? La respuesta es matizada.

Por un lado, concomitantemente a la emisión del informe, un decreto, publicado en el Boletín Oficial del 10 de febrero de 2010, oficializó la desclasificación de las perturbaciones de género de la lista de las afecciones psiquiátricas de larga duración¹⁶. Inmediatamente después, una circular del Ministerio de Justicia de fecha 17 de mayo de 2010 relativas a las peticiones de cambio de sexo por personas transexuales precisa, tomando nota de la heterogeneidad de las interpretaciones jurisprudenciales sobre la condición del tratamiento médico-quirúrgico, que los magistrados “pueden dar una opinión favorable a la petición de

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ *Idem*, pp. 35-36. Reencontramos aquí el vocabulario fecundo, empleado para otro contexto (el aborto) por Boltanski, L., *La condition fœtale. Une sociologie de l'engendrement et de l'avortement*, Paris, 2004.

¹⁶ Decreto n° 2010-125 del 8 de febrero de 2010 con modificación del anexo que figura en el artículo D. 322-1 del Código de la Seguridad Social relativa a los criterios médicos utilizados para la definición de la afección de duración larga “afecciones psiquiátricas de larga duración”, Diario de Sesiones, 10 de febrero de 2010.

cambio de estado civil toda vez que los tratamientos hormonales que tienen por efecto una transformación física y fisiológica definitiva, asociados, llegado el caso, con operaciones de cirugía plástica (prótesis o ablación de las glándulas mamarias, cirugía estética del rostro) han implicado un cambio de sexo irreversible, sin exigir por ello la ablación de los órganos genitales”. Pero entonces se planteó el problema de saber cómo interpretar la irreversibilidad que evoca la circular, sabiendo que ninguna de las transformaciones mencionadas por el texto es irreversible, excepto la ablación de las glándulas mamarias. De allí una respuesta ministerial de fecha 30 de diciembre de 2010 que viene a explicar que la noción es médica y no jurídica: el carácter irreversible puede resultar de la hormonosustitución, al borrar este tratamiento ciertos aspectos fisiológicos, particularmente la fecundidad¹⁷. Así, podemos decir que el derecho francés integró la inflexión que constituye el hecho de no exigir más la operación de cirugía.

Por otro lado, no inscribió el dispositivo en la ley, dejándolo todavía depender de la lógica de la apreciación del caso por caso (por el procurador, no obstante, según la respuesta ministerial); además, un fallo muy reciente de la Corte de Casación, emitido es verdad en un contexto muy diverso - la transcripción en el estado civil de la filiación de niños nacidos en California de una mujer que los portó por cuenta de una pareja francesa de intención-, se funda, para rechazar esta transcripción, en el principio de la indisponibilidad del estado, que se creía, bajo esta forma absoluta, caído en el olvido¹⁸.

2. El sexo y el estado de las personas a la hora de las identidades fluctuantes

¿Qué se deriva de estas evoluciones, en Francia y en otras partes, sobre la identidad sexual?

En primer lugar, no podemos sino estar de acuerdo con M. Iacub, el derecho inglés y la circular francesa en considerar como lógico no exigir la reasignación quirúrgica para reconocer un cambio de sexo, y esto por tres razones puestas de relieve por M. Iacub: la vida social se contenta con las apariencias y no con la verdad del sexo físico; la exigencia de una cirugía genera el peligro de crear una desigualdad entre los hombres y las mujeres, a las que no se exige un faloplastia; entre las personas de buena salud y las personas enfermas, a quienes no se les hará correr el riesgo de una intervención quirúrgica; y finalmente, la exigencia de la operación quirúrgica es profundamente no ética si se piensa hasta qué punto puede ser mutiladora, más aún cuando se acompaña a menudo de una esterilización. Cuando se sabe que, aun queridas por los interesados, las esterilizaciones fueron hasta 2001 ilegales en Francia, podemos interrogarnos sobre la validez -no sólo jurídica sino también ética- de las esterilizaciones de transexuales que, si hablando con propiedad no son forzadas, a pesar de todo son coactivas¹⁹. Sobre este último punto por otra parte, el derecho francés permanece insatisfactorio, aun si hay que conceder que la buena solución es difícil de encontrar. En

¹⁷ Circular de la DACS n° CIV/07/10 del 14 de mayo de 2010 relativa a las demandas de cambio de sexo en el estado civil, publicada en el Boletín Oficial del Ministerio de Justicia y de las Libertades, 31 de mayo de 2010. Ver respuesta a una interpelación ministerial Diario de Sesiones Senado (sección Interpelaciones) el 30 de diciembre de 2010, p. 3373, completada por Diario de Sesiones Senado del 3 de febrero de 2011, p. 253. La respuesta prosigue de este modo: las personas concernidas deben informar la prueba de irreversibilidad del cambio, produciendo comprobantes de los médicos que las atendieron a lo largo del proceso de conversión; el Procurador se pronuncia luego caso por caso, sobre las piezas médicas producidas por el solicitante.

¹⁸ Civ. 1°, 6 de abril de 2011. Ver el comunicado de prensa de la primera presidencia: http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/presidence_relatif_19635.html

¹⁹ Informe de la Alta Autoridad de Salud, ya citado, pp. 35-36. Sobre este último punto M. Iacub habla de “chantaje”. La ley francesa que autoriza la esterilización como método contraceptivo es la ley del 4 de julio de 2001. Ver los artículos L. 2123-1 ss. del Código de la Salud Pública.

efecto, la circular parece acreditar bien la idea de que la infertilidad sea una condición del cambio. Por cierto podemos comprender que el derecho sea poco propenso a admitir que mujeres biológicas devenidas hombres puedan jurídicamente portar un niño al haber conservado su útero. Sin embargo, no nos parece posible, respecto de los derechos fundamentales, que el Estado exija de una persona que se vuelva infecunda para acordarle un cambio de estado civil.

Luego, comprobamos que el conjunto del dispositivo -se trate de su versión francesa o inglesa- permanece fuertemente medicalizado y bajo el imperio de una normatividad pericial. Podemos pensar que los derechos fundamentales de la persona, y en particular su derecho a la vida privada, aumentan por un reconocimiento del cambio de estado civil pero no hay que engañarse: así como en otros dominios donde las ciencias y técnicas vinieron a trabajar desde el interior la relación de la persona con su cuerpo (la eutanasia, la asistencia médica a la reproducción, el aborto, etc.), la liberalización en términos de acceso a una técnica se paga con una hiper-medicalización del campo en cuestión y, por consiguiente, con una normatividad médica y administrativa incrementada. Demos tan sólo como ejemplo la cuestión del fin de la vida. La ley del 22 de abril de 2005 que, en Francia, no despenalizó la eutanasia pero introdujo un hecho justificativo para el médico que, bajo ciertas condiciones muy precisas, accede a la petición de su paciente de morir, está destinada a los médicos y permanece impregnada del paradigma médico, en cuanto a los criterios, al procedimiento a seguir, a las personas que deciden, etc.²⁰. En el caso de Bélgica que, por su parte, despenalizó parcialmente la eutanasia por una ley del 28 de mayo de 2002, si la voluntad individual es entonces tomada más en cuenta que en el derecho francés, son a pesar de todo los médicos quienes efectúan el gesto sobre una base de criterios médicos en sentido amplio, y están sometidos, *ex post*, a un control por una Comisión federal de control y de evaluación que verifica el respeto del marco legal. El papel de la Comisión es analizar los documentos que deben completar los médicos que practican una eutanasia. La despenalización parcial se acompaña pues, inevitablemente, de una medicalización y de una gestión administrativa de la muerte²¹.

Asimismo, flexibilizando el cambio de sexo, incluso reconociendo jurídicamente el género, como lo hace el derecho inglés, no nos situaríamos por ello en una lógica de autonomía y el sexo (o el género) no se vuelve de incumbencia de la voluntad del solo individuo. Por cierto, se tomaría en cuenta una petición individual pero solamente si se amolda a una norma que es producida por el poder médico (*lato sensu*, medicina del alma o del cuerpo) o administrativo-pericial (es el dispositivo del *panel* inglés). Esta normatividad seguramente no es menos coactiva que la del juez. Cuanto menos, no puede funcionar sin criterios que podrán parecer arbitrarios, como el plazo de dos años.

Finalmente, hace falta despegarse de la ilusión supuestamente liberadora de la “promesa por el espíritu” evocada por M. Iacub para describir el pacto inglés en la base del cambio de sexo. A simple vista se entiende que el Estado no quiera que los individuos cambien de sexo muchas veces en su vida. Más profundamente, “esta promesa por el espíritu” encuentra dos turbulencias del derecho contemporáneo. La primera es, tratándose del derecho de los elementos y los productos del cuerpo humano, la puesta en relieve de la intencionalidad. Así, todo el derecho de la asistencia médica a la procreación se construye -en

²⁰ Ver el artículo L. 1111-4 y los artículos L. 1111-10 ss. Código de la Salud Pública. Para un análisis del poder médico en este marco, ver Hennette-Vauchez, S., *Le droit de la bioéthique*, Paris, 2009, pp. 67 ss.

²¹ Sobre la ley belga del 28 de mayo de 2002, ver Genicot, G., *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, 2010, pp. 634 ss.

Francia como en Inglaterra- sobre el proyecto de ser padres. Esto explica por ejemplo que el consentimiento a la inseminación de gametos o a la transferencia de embriones sea la piedra angular del sistema²². Más generalmente, la disociación de la sexualidad y de la reproducción, y en el seno de la reproducción, partes respectivas de lo genético, de lo corporal (la gestación), de lo artificial (el gesto técnico), han creado el concepto de parentalidad de intención. Ya que se tiene la opción de ser o no padres y ya que la técnica puede, en ciertos casos, ayudar a los que no pueden serlo naturalmente, la intencionalidad se impone sobre la naturaleza. La segunda turbulencia es la anticipación. Por cierto, el testamento es una antigua figura jurídica que permite a los individuos prever lo que sucederá después de su muerte. Pero hoy no nos conformamos con eso: el individuo razonable contemporáneo es aquel que prevé que un día podrá no estar más en estado de decidir. Así el derecho francés le permite a cada individuo redactar directivas anticipadas que serán consultadas para saber cuáles son sus deseos en cuanto al fin de su vida²³, de suscribir un mandato de protección futura para el día en que no podrá ocuparse más solo de sus intereses²⁴, de designar uno o varios mandatarios para gestionar o administrar todo o parte de su sucesión por cuenta y en interés de uno o varios herederos identificados²⁵, de inscribirse en el registro nacional automatizado de negativas si no quiere donar sus órganos después de su muerte²⁶. El hombre razonable contemporáneo es aquel que, no sólo sabe que va a morir, sino que sabe que estará en el hospital en estado vegetativo crónico, en estado de muerte cerebral y por lo tanto es donante potencial de órganos, alcanzado por una enfermedad de Alzheimer que le conducirá muy despacio hacia la incapacidad jurídica... Y este hombre tiene frente a él un Estado benévolo que no le impone por cierto hacerse un gran anticipador sino que lo incita a eso y la forma preconizada además es a menudo contractual (piénsese aquí en el mandato). Desde entonces, este pacto de la *Gender Recognition Act* no debería asombrar al jurista francés: se le pide al transexual, como toda persona razonable, que se proyecte sobre su existencia entera -larga en principio en nuestras comarcas- y que se comprometa a no cambiar sexo una segunda vez.

Es verdad que esta exigencia, por lógica que parezca, complica más de lo que ayuda. En primer lugar, parece fundada sobre una sospecha: ¿a pesar de toda la maquinaria médica, podría suceder que la petición de cambio se deba sólo a un capricho? El derecho vigilará entonces el asunto. Pero sería conocer mal el fenómeno del transexualismo, en las antípodas del capricho, más bien marcado por la constancia de la petición. Luego, ¿con quién se estableció este pacto? ¿Con el panel de expertos? ¿En qué medida es imperativo? ¿Se trata de un pacto moral o jurídico? Finalmente, si la “promesa por el espíritu” es por cierto menos violenta que la “promesa por la carne”, que recuerda demasiado las marcas corporales infamantes de los castigos antiguos, ella no se inscribe menos en una lógica disciplinaria, normativa, administrativa y totalizante (¡la promesa es hecha para toda la vida!) que más suscita el pavor que la aprobación. Los compromisos para toda la vida (matrimonio, servidumbre, etc.) han desaparecido de la escena del derecho: ¿debemos verdaderamente hacerlos resurgir en este punto?

En conclusión, es necesario volver sobre el fondo del problema: ¿qué se cambia cambiando de sexo? Y como C. Chiland se pregunta (a propósito del sexo biológico), ¿se

²² Ver el artículo L. 2141-2 del Código de la Salud Pública.

²³ Ver el artículo L. 1111-11 del Código de la Salud Pública.

²⁴ Artículo 477 del Código Civil. El mandato es una creación de la ley n° 2007-308 del 5 de marzo de 2007.

²⁵ Artículo 812 del Código Civil: es el mandato de efecto póstumo surgido de la ley n° 2006-728 del 23 de junio de 2006.

²⁶ Ver art. L. 1232-1 y R. 1232-5 ss. del Código de la Salud Pública.

puede cambiar de sexo? Recordemos que hasta en las legislaciones de segunda generación, el cambio de sexo no es constitutivo, es declarativo y por lo tanto no retroactivo: se trata en verdad de reconocer un nuevo sexo que no se corresponde con el sexo de nacimiento. Se ve así dibujarse una interesante articulación de lo biológico, que no es ocultado, y de lo construido. Lo construido viene de cierto modo a poner de relieve lo biológico de origen. A partir de ello dos vías teóricas se dibujan. Una *-a minima-* que consiste en satisfacer a la petición de los transexuales, según condiciones controladas por el Estado y que pueden ser más o menos coactivas pero que en todo caso no deberían, bajo el pretexto del hecho de que dirigen una petición extraña al Estado, privar a los transexuales de sus derechos fundamentales (no sufrir una cirugía mutiladora, no atarse de por vida con la administración); la otra, más radical, que consistiría en suprimir la mención del sexo en los papeles, es decir, a admitir que el sexo no es un elemento del estatuto jurídico de la persona sino un componente de la vida privada.

Por cierto, parecemos estar lejos de esta idea ya que recurrimos en la vida social cada vez más a la identidad biológica, particularmente a las características genéticas. Fichaje por huellas digitales, por impresiones genéticas, pasaportes biométricos, mañana tal vez *chips* insertados en la piel con nuestro expediente médico, los ejemplos del cuerpo como marcador de la identidad son hoy innumerables²⁷. Y sin embargo frente a esta profusión de una forma de identidad intensamente fija, la prudencia en el análisis sigue siendo necesaria. En primer lugar, está evidentemente en el blanco de un gran número de críticas desde el punto de vista de los derechos fundamentales, en particular cuando se trata de conservar sin límite temporal pruebas tan determinantes como las impresiones genéticas. Sobre este punto el Reino Unido, campeón en la materia, ha sido condenado por la Corte Europea de los Derechos Humanos que, si bien no cuestionó en absoluto el principio mismo de las impresiones utilizadas en el marco penal, sugirió sin embargo a los Estados pistas para conciliar esta técnica con las garantías fundamentales en un Estado de derecho²⁸. El derecho al olvido podría aquí venir a contrabalancear lo que la identidad genética tiene de inmutable. Por cierto, se nos dirá, no se trata de la identidad sino de una prueba de la identidad. Pero precisamente, en lo que son peligrosos para las libertades los ficheros de impresiones, es en que hacen pasar de una lógica de la prueba (qué infracción ha sido cometida o no ha sido cometida por tal individuo) a una lógica del fichaje, potencialmente de todos los ciudadanos. De la prueba que tal impresión es la misma que tal otra (identidad en el sentido técnico del término), se pasa rápidamente a la idea de un gigantesco banco de las identidades (en el sentido ontológico del término). De allí las críticas dirigidas a la lógica del fichaje (presunción de inocencia, no discriminación, vida privada, etc)²⁹. Y de allí la paradoja que constituye el Reino Unido donde coexiste por un lado, la identidad de sexo, ahora sometida al cambio individual, identidad móvil y subjetiva, no encerrada en los azares del cuerpo, y por el otro la identidad genética, como prueba, por definición corporal, sometida a la ley del número (para que funcione es necesaria la acumulación), en la órbita del Estado y de la ciencia y con vocación intemporal si la Corte Europea de los Derechos Humanos no hubiera afirmado lo contrario.

Hay pues que tomar nota de que el cuerpo es todavía y siempre un marcador fuerte de la identidad pero de una identidad que, bajo pena de error lógico, no podría fluctuar

²⁷ Para una historia de la identificación, ver Gutton, J.-P., *Etablir l'identité. L'identification des Français du Moyen Age à nos jours*, Lyon, 2010.

²⁸ CEDH, *S. y Marper vs Reino Unido*, 4 de diciembre de 2008, demandas n° 30562/04 y 30566/04.

²⁹ Ver Ambroise-Castérot, C., "Les empreintes génétiques en procédure pénale", *Mélanges dédiés à B. Bouloc*, Paris, 2006, pp.19 ss.

indefinidamente³⁰. ¿Solucionaría la cuestión la supresión de la mención del sexo en el estado civil³¹? Probablemente no ya que el sentido profundo de la asignación a un sexo es una sutil combinación de autonomía y heteronomía que excede la cuestión formal, incluso central, del estado civil. Y la identidad genética, en cuanto a ella, debería ser reconocida por lo que es, una simple prueba, y no un emblema o un doble de la verdadera identidad de las personas. Deberíamos evitar que lo que se ganó por un lado, una visión culturalista del género que, sin negar el sexo biológico, lo pone en su sitio justo (una fundamental característica individual y social que no debería condicionar la atribución de derechos), lo perdamos por otro lado. Entre el estado civil y los ficheros de marcadores corporales, el más intrusivo no precisamente es el primero.

Apéndice bibliográfico

- Ambroise-Castérot, C., “Les empreintes génétiques en procédure pénale”, *Mélanges dédiés à B. Bouloc*, Paris, 2006.
- Bauman, Z., *Identité*, Paris, 2010.
- Boltanski, L., *La condition fœtale. Une sociologie de l’engendrement et de l’avortement*, Paris, 2004.
- Chiland, C., *Changer de sexe. Illusion et réalité*, Paris, 2011.
- Fortier, C. y Brunet, L., “Changement d’identité des personnes «trans» en France: du transsexualisme à la transidentité”, N. Gallus (dir.), *Droit des familles, genre et sexualité*, Bruxelles, 2012, pp. 63-113.
- Genicot, G., *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, 2010.
- Gobert, M., “Réflexions sur les sources du droit et les principes d’indisponibilité du corps humain et de l’état des personnes”, *RTDCiv.* (1992).
- Gutton, J.-P., *Etablir l’identité. L’identification des Français du Moyen Age à nos jours*, Lyon, 2010.
- Hennette-Vauchez, S., *Le droit de la bioéthique*, Paris, 2009.
- Nancy, J.-L., *Identité. Fragments, franchises*, Paris, 2010.
- Roman, D., “Identité de genre, droit et médecine: un débat à bas bruit”, *Raison publique* (<http://www.raison-publique.fr/article530.html>), 15 de mayo de 2012.
- Thomas, Y., “Le sujet de droit, la personne et la nature: sur la critique contemporaine du sujet de droit”, *Le Débat* 100 (1998, mayo-agosto), pp. 85-107.
- Thomas, Y., “L’extrême et l’ordinaire. Remarques sur le cas médiéval de la communauté disparue”, J. Revel & A. Passeron (eds.), *Penser par cas*, Paris, 2005, pp. 45-73.

³⁰ Ver Nancy, *Identité...*, p. 23 (la identidad “metaestable”).

³¹ El derecho francés lejos está de esto. Ver la Opinión de la Comisión nacional consultiva de los Derechos del Hombre, fechada el 27 de junio de 2013 (“Opinión sobre la identidad de género y sobre el cambio de la mención del sexo en el estado civil”), disponible en el sitio de la CNCDH: www.cncdh.fr.