

Identidad sexual: propuesta para una intervención moderada de los Poderes Públicos que garantice la dignidad de la persona y sus derechos

Enrique Belda

Universidad de Castilla-La Mancha

Автор адамның жыныстық сәйкестілігі сұрақтарына (транссексуалдарды кемсітушілік проблемаларына) баса назар аударуды ұсынады. Мемлекет транссексуализмді психологиялық тандау ретінде қабылдайды, бірақ жынысын өзгерту бойынша медициналық операция жасайтын адамдардың құқығын қамтамасыз етпейді. Негізінен мақалада мемлекет тарапынан транссексуалдарға қатысты төменгі шекті кепілдіктермен қамтамасыз ету мүмкіндігі талданады.

Автор предлагает сосредоточить внимание на вопросах сексуальной идентичности человека (проблема дискриминация транссексуалов). Государства принимают транссексуализм как психологический выбор, но не обеспечивают права лиц, осуществивших медицинскую операцию по смене пола. В основном в статье анализируется возможность обеспечения минимальных гарантий со стороны государства в отношении транссексуалов.

En los comentarios referentes a la transexualidad, priman las referencias ajenas al Derecho. La iniciativa social suele colocarse, en la mayor parte de ordenamientos del mundo, por delante del legislador, simplificando problemas que a la clase política y a la doctrina se le complican. Ello debe sugerirnos la búsqueda de la sencillez al utilizar las normas para atender la demanda de nuevos derechos y la adaptación de sus facultades tradicionales a los cambios. No obstante, también preocupa cómo ese mismo impulso ciudadano no siempre se autodota de las mejores soluciones, ni aporta los recursos óptimos para beneficio del colectivo presuntamente necesitado de ayuda.

El guión de la respuesta sencilla que, entendemos, puede allanar el camino para cumplir los objetivos aquí propuestos es: a) presentar la realidad de un grupo social susceptible de discriminación por circunstancias relacionadas con su intimidad y sentimiento personal, b) abstraerse en la medida de lo posible de las circunstancias físicas de un sujeto ya que ello es irrelevante para la protección y el ejercicio de la mayoría de derechos y libertades, c) salvar las imposibilidades naturales intrínsecas en la condición de cada cual, para acercar los beneficios de cada institución jurídica por cualesquiera medios, aunque sean indirectos, y d) realizar todo ello huyendo de los conjuntos sectoriales cerrados y la tendencia al gueto de las categorías que, especialmente por estar expuestas potencialmente a la discriminación en razón de ser minorías, lo menos que necesitan es la exaltación como colectivo marcado y diferenciado, procurando por el contrario que su identidad sexual sea tan (ir) relevante en su definición como lo es, o debiera ser, para el resto de la sociedad.

En España, tanto desde la jurisprudencia, el Derecho (Civil principalmente [1], también la Teoría del Derecho), como desde la Sociología, se apunta en los últimos años a la preeminencia de factores psicológicos frente a los puramente físicos, aunque sin reconocer la apertura del colectivo en los términos relatados [2], y manteniendo en líneas generales la necesidad, para definir a un transexual, de una intervención quirúrgica y/o cambio de apariencia externa. Desde la Sociología la apertura del colectivo es mayor que desde alguna rama del Derecho, si bien ello se justifica por el objetivo perseguido en cada estudio. Así, el Derecho Civil trata de aportar soluciones jurídicas sobre las instituciones objeto de atención en su ámbito, resaltando los aspectos registrales o relativos a instituciones de la esfera del Derecho de Familia. Es el caso, en España, de LÓPEZ-GALIACHO, que desde una óptica estrictamente jurídico-civil, en uno de los estudios más extensos y documentados publicados sobre el tema hasta el de ESPIN ALBA, definió la transexualidad como un «(...) síndrome sufrido por quien presenta una discordancia entre el sexo que psicológicamente siente como propio y el que anatómica y registralmente le corresponde por sus órganos, lo que le hace recurrir, generalmente, a un tratamiento médico-quirúrgico para corregir aquella discordancia, procurando posteriormente que su nueva realidad psicosomática cobre carta de naturaleza en el registro civil» [3; 374]. El Derecho (Civil) español presenta una tendencia en la doctrina y la jurisprudencia (dentro del desconcierto de la multiplicidad de decisiones de órganos judiciales que no siempre se recurren, y alcanzan firmeza) que puede ser resumida como de aceptación de los factores psicológicos sobre los físicos, a la hora del reconocimiento registral, siempre y cuando se *diagnostique* la transexualidad, y añadiendo reservas para la celebración de determinados negocios jurídicos como el matrimonio.

Puede que desde la óptica planteada en este estudio, la protección, para el Derecho Constitucional, de un grupo de riesgo más amplio que es el verdaderamente afectado, demandemos barajar otros puntos de partida: ante la prevención de una discriminación latente o la restitución de derechos afectados a personas, la Constitución (salvo para el caso del matrimonio, que no es derecho fundamental) habla de personas, y considera irrelevante la existencia de géneros, síndromes psicológicos o aspectos anatómicos. Tampoco baraja para la cobertura de las facultades nacidas de derechos y libertades, ni intervenciones quirúrgicas, ni discordancias psicosociales. Se necesita por ello una construcción jurídica más social que respetando la biología en lo natural e inmutable, goce de espacios de construcción cultural, como señala ELÓSEGUI [4; 1], aún reconociendo la fortaleza actual de la concepción biológica y cromosómica del sexo, recogida por el Tribunal Supremo (en adelante TS), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) o la jurisprudencia estadounidense [2; 23]. La contradicción es inexistente en tanto que el sexo (el original, el deseado, o el aparentemente conseguido) es el que es, constituyendo sólo a nuestro juicio el dato determinante, el análisis de qué situaciones requieren saber realmente cuál es el género de un sujeto.

En la transexualidad, el hecho destacable es la autodefinición que se pretende, o incluso la meditada y consciente ausencia de definición. Se trata de estados internos en el sujeto, por lo tanto atinentes a la *identidad*, que los Poderes Públicos y el resto de los individuos deben respetar. El dato mismo de que un Estado considere relevante el aspecto o los atributos físicos para el ejercicio de determinados derechos, es ciertamente cuestionable, por más que pueda ser comprensible a tenor del mantenimiento de la seguridad jurídica. Desde mi modesto parecer es necesario ubicar la transexualidad como una situación radicalmente interna, dentro del campo de la definición y el concepto que toda persona erige en torno a sí para identificarse.

En definitiva, lo más correcto es abordar el tema desde el punto de vista de la intimidad: el grupo de transexuales es un conjunto de personas con dudas o certezas internas, que carecen de un único problema en común (aunque si es susceptible de reducirse a la explicación externa de la demanda de cambio, entre otras cosas, para su reconocimiento o protección social) y forman colectivo por el rechazo de la comunidad hacia circunstancias individualizadas de base íntima [4; 32]. El erróneo camino de la creación de un tercer género o la delimitación precisa en un colectivo normativamente definido o estructurado es más que discutible. Ocurrente, PLUMMER denomina ese proceso como *McDonalización de las intimidades* [4; 43].

Con carácter general, parece necesario dejar por sentado que existirá un derecho a la identidad sexual, con un contenido consistente en la posibilidad de autodefinirse, de expresar o simplemente saber la propia condición de cada uno, aún admitiendo lo inmutable de un poso último proveniente del género con el que se nace (se quiera o pueda alterar el aspecto externo). En la medida que se evidencie la identidad sexual y sus manifestaciones como una parcela intensamente personal en vez de una consecuencia del derecho a una libre opción sexual, acción residente en las tendencias y no en los sentimientos, mayor fundamento recibirán las acciones protectoras hacia el transexual. Asimismo, cuanto más acentuada sea la tendencia a separar la propia identidad, de la necesidad pública de *identificación*, con mayor claridad se abordarán las necesidades interventoras de las instituciones sobre el transexual.

El ámbito físico-sexual siendo relevante, ha de pasar a un segundo plano. Con GREEN se puede concluir que: «Nadie ahora, sea psicoanalista o neuroendocrino o experto en cualquiera otra ciencia, puede reivindicar tener una explicación completa del transexualismo. La mayor parte (todavía) sobre cómo la masculinidad y la femineidad se desarrolla queda para ser descubierta (...)»[6]. Al hilo de la cita, NIETO recuerda que «La lectura (habitual y recurrente) de la expresión sexual en términos exclusivamente biológicos es, pues, inconducente y reduccionista.» [5; 120].

La resolución de un conflicto de identidad sexual mediante la exigencia de cambios externos, incluida una extirpación de glándulas en su caso, somete a una clara vulneración de la integridad a todo transexual que rechace una intervención médica, innecesaria por lo demás para su salud física. Lo mismo cabe decir sobre la exigencia de esterilidad. ¿Por qué?. Evidentemente por la contradicción latente en esta *teoría de la asimilación* con el sexo deseado, que naturalmente no es posible, siendo el propósito de los poderes públicos evitar que un hombre transformado en mujer, tenga hijos como hombre (¿?), o una mujer transformada en hombre, pueda aún concebir en el interior de su cuerpo. El transexual requiere la asimilación en el campo del derecho, evidentemente y más allá de lo externo (incluidas las funciones sexuales), permanece una base genética que impide edificar una ficción jurídica de cambio. Cuando se llega a esa conclusión, apostando por delimitar al campo del registro los posibles cambios de género, se deben evitar otras consideraciones atinentes a la naturaleza que, por añadidura, suponen un incomprensible requisito destinado a quien se pretende *proteger* con una norma. Ningún llamamiento al orden público justifica la esterilidad de un sujeto por el

hecho de querer cambiar de sexo, sobre todo cuando no es condición necesaria para una alteración de identidad ignorar el sexo de nacimiento.

El debate de fondo se tiene que plantear, desde el modesto punto de vista de cualquier estudio que pretende aportar soluciones a la discriminación de personas, no ya de géneros, en base a dos pilares: uno, el transexual y todo aquel que se relacione con él, debe admitir y convivir con el hecho de una incompatibilidad de su sexo de nacimiento con su identidad sexual, sin que esté en manos de los Poderes Públicos cambiar esa situación (el sexo de nacimiento habrá originado un reflejo en la relación social e institucional). Dos, esa sociedad y esos Poderes Públicos deben aportar soluciones al problema evitando el encuadramiento de género cuando ello ha acabado siendo irrelevante para la mayor parte de relaciones jurídico-privadas y jurídico-públicas. Junto a esos dos pilares, una advertencia común: ciertas instituciones jurídicas son impermeables por su propia esencia a la aceptación de esta nueva y necesaria realidad social, debiendo girar los esfuerzos de investigador jurídico y de la clase política en ofrecer al colectivo soluciones que concluyan igualando en la práctica los efectos que conllevan esas figuras inalcanzables, una vez que se opta por una identidad sexual distinta a aquellas existentes al tiempo de institucionalizarse tales categorías en el Derecho.

Por ello cabe señalar que al Poder Público le interesa el diagnóstico de las figuras jurídicas de relación marcadamente personales en el que la identidad sexual es relevante a efectos públicos y privados, interviniendo sólo sobre ellas. Y además, desde el punto de vista de la remoción de obstáculos para el ejercicio de los derechos, la temporal intervención de acciones de discriminación positiva para remediar las situaciones de relación social del transexual, que carecen de carácter personal pero que como consecuencia del enraizado encuadramiento de género, pueden provocar una vulneración de la igualdad efectiva. Esta es una óptica más correcta y avanzada que la constituida por enumerar sin más las múltiples y posibles causas de discriminación de un colectivo, haciendo abstracción de los orígenes de ellas, y muy en especial de las distinciones evidentes en la categoría: es gratuito concluir que la plena igualdad jurídica de los transexuales con hombres y mujeres debe conseguirse porque todos son personas. Más acertado es llegar al mismo resultado del razonamiento tras señalar que las diferencias provocadas por una legítima y respetable opción de identidad, chocan abiertamente con instituciones o concepciones jurídicas de arraigo y justificación social tan respetable, al menos, como las facultades emanadas del derecho a fijar la propia identidad sexual. Solamente cuando se casen ambos intereses, el Poder Público puede conseguir unas condiciones estables de respeto a los derechos de la minoría que no sean violentadas de continuo en la práctica si carecen de una legitimación, aceptación o reconocimiento social.

En resumidas cuentas, los Poderes Públicos tienen un doble cometido: un grupo de *acciones con vocación de permanencia sobre el fondo del problema*: la resolución del planteamiento del fenómeno, identificando sujetos afectados, creando normas aplicables, conciliando para todos el uso de los derechos fundamentales y habilitando, cuando proceda, similares facultades para el ejercicio de actos personalísimos relacionados con el sexo cromosómico. Y un grupo de *acciones temporales de discriminación positiva*, revisables por el legislador, garantizadas por los jueces y tribunales y tendentes a prevenir y solventar el germen de discriminación de este grupo de personas, como es obvio en ese caso, sin más exigencia o patrón que el posible o probado daño en los derechos fundamentales, ajenos todos por completo a género o identidad sexual alguna.

Por tanto, a) lo que procede es legislar sobre las manifestaciones externas o efectos que provoca el sentimiento personal (identidad sexual), más que cuando se materializa en una transformación física, cuando el sujeto *negocia* con terceros. Aquí es inaplazable la intervención estatal. b) También, la posición activa del Estado ante las posibles o efectivas vulneraciones de los derechos personales, puede llegar a generar la necesidad de medidas de discriminación positiva. Una ley debe abordar casos como las uniones de hecho y la filiación pero junto a ello valorar si además son necesarias medidas también generales relacionadas derechamente con la promoción del colectivo (o si por el contrario basta con las normas generales sobre igualdad).

Asimismo, el trato diferencial, constitucionalmente aceptado, como se subraya para el resto de colectivos, incluiría las medidas de igualdad positiva, las acciones positivas, las acciones positivas moderadas y las medidas de discriminación inversa [6].

Se ha de saber quien es transexual?. Depende de la voluntad de quien lo es o pretende serlo. Se debe conocer en el registro el sexo de origen, con un acceso restringido exclusivamente a quien demuestre el interés legítimo por causa de unión civil o parentesco inmediato (por ejemplo, un hijo). El art. 8.1 del Convenio Europeo para la protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, salvaguarda la vida privada del transexual y las injerencias por autoridades públicas. Sólo pueden afectarla mediante ley en los casos justificados por el art. 8.2. De entre todos ellos (causa de seguridad nacional, seguridad pública, bienestar económico del país, defensa de la salud o de la moral, defensa del orden, prevención del delito y protección de los derechos y liber-

tades de los demás), los derechos de los terceros cercanos y la propia salud del transexual serían causas de justificación para la injerencia, a través de la constatación registral civil y médica del sexo de origen. Así, la legislación del registro debe permitir a sus ascendientes, descendientes, y personas que demuestren un interés personal indudable por razón de la convivencia prolongada o la conclusión de actos personalísimos (matrimonio, expediente de adopción), el conocimiento del sexo de origen, blindando para los demás supuestos (empleadores, en especial) el acceso. El recuerdo de la realidad cromosómica ha de mantenerse pero reservarse.

Requiere la transexualidad una normativa de identidad sexual propia?. Probablemente necesite de las mismas medidas que otros colectivos ante la imposibilidad de disfrutar el contenido de algunas instituciones jurídicas. Demandan pues uniones civiles que los igualen al matrimonio, gozar de la posibilidad de adoptar (si los legisladores interpretan que ello es posible fuera del matrimonio y que las peculiaridades de identidad no afectarían al desarrollo de los hijos) y desde luego, de gozar de la patria potestad de los hijos que tengan con anterioridad o posterioridad a declararse transexuales, si su naturaleza permite la procreación tras el rechazo de una esterilización. En cuanto a las discriminaciones laborales o sociales, junto con medidas preventivas de educación básica sobre identidad, se ha sugerido la eliminación del dato del sexo de todos los formularios y registros públicos en los que la salud del sujeto no lo requiera. El instrumento de todos estos cambios, parece coherente que sean normas de carácter general que no requieran encuadrar a los afectados en una ley que comience requiriendo su propia identificación personal, mucho menos intervenciones físicas, para que los sujetos potencialmente discriminados, puedan ser objeto de beneficios a los que ya tienen derecho como personas.

Cuestión muy distinta es la protección de la salud psíquica y física de los transexuales en sentido estricto, que quieran cambiar su aspecto externo a través de una operación quirúrgica. En ese caso parece coherente que al margen de sus derechos, el registro, y las relaciones de matrimonio o filiación, exista una norma que estipule las garantías de edad, psicológicas, la gratuidad en su caso, etc. Es decir, diferenciando la identidad sexual, del aspecto accesorio para los derechos (aunque evidentemente fundamental para el sujeto), constituido por la adecuación corporal. Una norma, por tanto, estrictamente sanitaria, o de prestación social (si se incluyera por el legislador la gratuidad como derecho).

Bibliografía

1. *Espin Alba I.* Transexualidad y tutela civil de la persona. — Madrid Ed.: Reus, 2008.
2. *Elosegui Itxaso M.* La transexualidad: jurisprudencia y argumentación jurídica. — Granada: Comares, 1999; *Lopez-Galiacho Perona J.* La problemática jurídica de la transexualidad. — Madrid: McGraw-Hill, 2000; entre otros.
3. *Lopez-Galiacho Perona J.* La problemática jurídica de la transexualidad. — Madrid: McGraw-Hill, 2000.
4. *Plummer K.* La cuadratura de la ciudadanía íntima, En VVAA., Sociología de la sexualidad, monografías CIS, № 195. — Madrid, 2003, investigando sobre el concepto de ciudadanía íntima afirma que el transexual constituiría un grupo de intimidad.
5. *Cita de Nieto J.A.* Sobre diversidad sexual: de homos, heteros, transs, queer, en VVAA., Sociología de la sexualidad, monografías CIS, № 195. — Madrid, 2003, respecto de Richard Green, presidente de la Harry Benjamín International Gender Dysphoria Association, pronunciada en el año 2000.
6. *Gimenez Gluck D.* Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa. — Valencia: Tirant lo blanc, 1999.