

Familia Género y Filiación.

Arantza Campos

Profa. Titular de Filosofía del Derecho

De la Facultad de Derecho de la UPV-EHU

Introducción:

Pienso sinceramente que a día de hoy la realidad legal sobre la cuestión que nos ocupa ha cambiado significativamente desde aquella vez que estuve en esta misma ciudad impartiendo un curso sobre “La transexualidad y el derecho a la identidad sexual”¹. La realidad legislativa de aquel momento era sustancialmente diferente a la actual ya que no expresaba con claridad² la norma o normas que se debían aplicar a un buen número de situaciones derivadas de la existencia de la realidad transexual, entre las que, por supuesto, se encontraban las que hacían referencia a la familia y la filiación.

Esta realidad permitía que en la producción del discurso jurídico se produjeran dos posiciones abiertamente encontradas en lo referente al reconocimiento del derecho a la identidad sexual de los transexuales, una claramente en contra, y otra claramente a favor³. Hoy podemos decir que esa polémica ha perdido cierto interés⁴ dejando paso a otras cuestiones y polémicas que nos permiten plantearnos nuevas y viejas cuestiones con más libertad sin ser deudoras, por lo menos formalmente⁵ de la discriminación y la desigualdad. Y digo esto gracias a la existencia en estos momento de dos nuevos

¹ Curso impartido en la WINPI. Valencia, del 24 al 28 de septiembre de 2001. Si se ha implantado la terminología de la “identidad de género” también se pueden mantener posiciones similares desde el derecho a la “identidad personal” Véase: Breves apuntes sobre transexualidad y derecho a la identidad personal de Paula Silverino Bavio, <http://revistapersona.8k.com/41Personal1.htm>.

² Con toda la claridad con la que se puede expresar el derecho basta referirnos a lo que se ha dicho en el discurso jurídico sobre la posibilidad jurídica del matrimonio homosexual. Incluido el informe del Consejo General del Poder Judicial desaconsejándolo. Es decir que siempre habrá discrepancias entre la *lege data* y la *lege ferenda*.

³ Ver Javier López-Galiacho Perona: Cap. III en *La problemática jurídica de la transexualidad*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp.97-193.

⁴ Salvo para ciertos sectores religiosos y conservadores y en su derecho canónico.

⁵ La teoría feminista que se acerca al estudio y la crítica del derecho ha elaborado brillantemente cuáles son las deficiencias de la igualdad formal y cuáles los fundamentos que justifican la búsqueda de la igualdad sustantiva o material. Larrum.

documentos legislativos⁶: 1) la Ley 13/2005, de 1 de Julio, que según su disp.adic.1^a dice: “Las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes” modificando el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio permitiéndolo entre personas del mismo sexo, quedando como sigue su art.44 “*El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*”; y 2) el Proyecto de Ley reguladora de la rectificación registral⁷ de la mención relativa al sexo de las personas, que aunque todavía no haya entrado en vigor⁸ fue remitido a las Cortes por decisión del Consejo de Ministros celebrado el viernes 2 de junio de 2006 y que una vez se hayan producido todos los trámites requeridos sea de pronta aplicación. Como más adelante veremos este proyecto de ley fulmina parte de las toneladas de papel que el discurso médico-jurídico ha producido en las tres últimas décadas.

Por lo tanto mi posición es optimista, pero no quiero que ésta obvie los viejos o nuevos problemas a los que nos enfrentamos o podamos enfrentarnos. Sin duda estos cambios legislativos van a suponer cambios relevantes para un gran número de mujeres y hombres, pero no nos olvidemos que los cambios legislativos son medios para lograr los cambios reales que ciertamente anhelamos y no fines en si mismos. Estos cambios me temo que van a ser y son más complicados que los producidos hasta el momento⁹.

⁶ Aunque hay otros que apuntan en esta dirección: Art.32.1CE; arts.66, igualdad de los cónyuges, 793, condición de no contraer matrimonio.; art.16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948.; art.12 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales del Hombre de 4 de noviembre de 1950, ratificado por Instrumento de 26 septiembre de 1979.; art.23.2 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos de 19 diciembre de 1966, ratificado por Instrumento de 13 de abril de 1977.; art.16 de la Convención de 18 de diciembre 1979 sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, ratificado por Instrumento de 16 diciembre 1983. Nota 21 de marzo 2001, de la DGRN, sobre el posible matrimonio de transexuales.

⁷ Recordemos que su antecedente fue la presentación de una Proposición de Ley por parte del Grupo Parlamentario Socialista, sobre el derecho a la identidad sexual, que fue publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (BOCG) el 27 de julio de 1999. Esta proposición de ley no pudo convertirse en ley por la negativa del PP.

⁸ Además prevé en su disposición transitoria única la “exoneración de la acreditación de requisitos para la rectificación de la mención registral del sexo. La persona que, mediante informe médico colegiado o certificado del médico del Registro Civil, acredite haber sido sometida a cirugía de reasignación sexual con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, quedará exonerada de acreditar los requisitos previstos por el artículo 4.1”

⁹ Entre las que defienden que estos cambios legislativos van a traer profundos cambios sociales nos encontramos a la abogada Mónica Oltra. Ver pag.5 “Cambios legislativos. Situación actual y repercusión en las nuevas formas de familia”, ponencia presentada en el Seminario Consejo de la Juventud del

Además de mostrar mi percepción más o menos fundada, como más adelante tendremos la oportunidad de ver, me gustaría señalar en esta breve introducción la posición epistemológica desde la que hablo. Esta no es otra que las aportaciones iusfeministas en el análisis del Derecho y de su aplicación. Estas me permitirán problematizar las categorías que acríticamente asume el Derecho de una buena parte del discurso pretendidamente científico, en el sentido de discurso sobre la “verdad”.

Una consecuencia más del cambio de posición de las mujeres en nuestras sociedades occidentales está siendo la paulatina pérdida de impermeabilidad que el Derecho ha ofrecido a las propuestas teóricas feministas. Si otras disciplinas teóricas, como la Historia, han permitido rescribir su discurso incorporando a las mujeres, el Derecho sigue mostrando sus resistencias, quizás porque es más difícil rescribir “*el sexo de la ley*”¹⁰. Pensemos que la Historia se considera una disciplina social revisable, mientras que parece existir una creencia, compartida por insignes juristas, según la cual el Derecho sería una Ciencia libre de sesgos ideológicos, sean estos sexuales, raciales, étnicos o de clase. Desde mi punto de vista, la respuesta es que el Derecho está al igual que la historia atravesado por todos y cada uno de estos sesgos.

Contrariamente a la Historia, el Derecho *normativiza* lo social en la práctica. A través de Códigos, Legislaciones, Normas, Disposiciones, se establece idealmente -y se impone prácticamente- una manera de entender los diferentes tipos de relaciones sociales que estructuran una sociedad en un momento histórico determinado. Podemos afirmar que las personas transexuales han sido tratadas por el Derecho de la misma manera que las mujeres. Si en el caso de las primeras se ha utilizado la “*diferencia sexual*” para justificar los límites que se han impuesto a la universalidad de los derechos individuales¹¹ en este caso ha sido el de la “*identidad sexual*”¹² el argumento utilizado para defender también la limitación.

Principado de Asturias, Nuevos modelos de familia, Nuevas fórmulas en las Relaciones, celebrado en Gijón, los días 20 y 21 de mayo de 2005.

¹⁰ P. Legendre: “Le sexe de la loi. Remarques sur la division des sexes d’après le mythe chrétien”, en: *La Sexualité dans les Institutions*, Payot, Paris, 1976, pp. 3-63.

¹¹ Posición mantenida por J. W. Scott en *La Citoyenne Paradoxale*, Albin Michel, Paris, 1998, p. 29. “la diferencia de sexo suponía a las mujeres incapaces de ejercer derechos(...) reputados naturales para la humanidad. El universalismo de la diferencia sexual prevaleció sobre el de los derechos naturales y, en consecuencia, el individuo abstracto no ha sido neutro, sino indudablemente masculino”, p.10

¹² No nos olvidemos que la ley que permite el matrimonio entre personas independientemente de su orientación sexual constituye otra victoria en la lucha contra la limitación de derechos de las personas.

Las aportaciones iusfeministas se caracterizan por estar atravesadas por una tensión constante entre la necesidad epistemológica de reelaborar los conceptos que enmascaran que el Derecho sea "sexista"¹³, sea "masculino"¹⁴, tenga "género"¹⁵ y la voluntad de combatir una praxis jurídica androcéntrica. Al igual que otras teóricas feministas, las del derecho han optado metodológicamente 1) por combatir las lecturas de *sentido común*¹⁶ (sobre las relaciones sociales entre los sexos), lecturas que - asumiendo un naturalismo esencialista- legitiman el orden sexual dominante puesto que se entiende que éste “siempre ha sido así al ser ‘naturalmente diferentes ‘hombres y mujeres’ y, 2) por ser deudoras de las *teorías de la práctica*, es decir por situar en el centro de sus preocupaciones a los sujetos y a sus prácticas. Desde los denominados *enfoques prácticos* se asume que los sistemas sociales son sistemas de desigualdad y dominación que tienen poderosos efectos sobre las acciones desarrolladas por las personas, condicionando sus posibilidades reales de actuación¹⁷. En este sentido, los enfoques prácticos optan por analizar “*las ‘relaciones objetivas’ que no pueden ni mostrarse ni tocarse con los dedos y que hace falta conquistar, construir y validar mediante el trabajo científico (...) (y no) por ‘realidades’ sustanciales*”¹⁸

Es fundamental señalar que las reconstrucciones feministas del discurso jurídico ‘*sobre la mujer*’¹⁹, comparten ciertos presupuestos básicos propios de lo que podríamos denominar "teoría feminista general" que fueron formulados en las dos obras pioneras de la llamada "segunda ola del feminismo": *El Segundo Sexo* (1949) de Simone de Beauvoir y *La Mística de la Feminidad* (1963) de Betty Friedan. Dichos presupuestos -

¹³ A.Sachs y J.H.Wilson, *Sexism and Law*, Martin Robertson, Oxford, 1978.

¹⁴ C.A. Mackinnon, *Hacia una Teoría Feminista del Estado*, Cátedra, Madrid, 1995.

¹⁵ C. Smart, "La mujer del discurso jurídico", en *Mujeres, Derecho penal y criminología*, S.XXI, Madrid, 1994, pp. 167-189.

¹⁶ P. Bourdieu & J.C. Chamboredon & J.C. Passeron, *Le Métier de Sociologue*, Mouton, Paris, 1973.

¹⁷ J.F. Collier & S. J. Yanagisako: "Theory in anthropology since feminist practice", *Critique of Anthropology*, vol. 9 (2): 27-37.1989.

¹⁸ P. Bourdieu, *Raisons pratiques. Sur la théorie de l'action*, Seuil, Paris, 1994, p. 9.

¹⁹ Entendemos que desde las teorías del género se pueda problematizar la siguiente afirmación “las transexuales femeninas” son “mujeres” ya que estas teorías optan por afirmar que existen más de dos género y los transexuales constituirían un nuevo género entre otros posibles. Creo que en estos momentos el Derecho es incapaz de asumir esta afirmación, ya que sigue siendo un sistema que se basa en la exclusiva existencia de dos sexos y dos géneros y no digo ya las repercusiones que este hecho tiene para entender familia y filiación de manera diferente.

a) la construcción social de la mujer; b) la situación de subordinación de la mujer respecto al hombre; c) la necesidad de cambiar la situación de subordinación en todos los ámbitos- permiten plantear la teoría feminista²⁰ como producto crítico de la radicalización de los ideales ilustrados de la modernidad²¹

Si parte de los discursos de ciencias como la medicina y la sexología están impregnados de postulados ideológicos²² que se subsumen en ciertas pretensiones sobre la verdadera naturaleza de las cosas que no responden tanto a intereses legítimos de avanzar en el conocimiento de la realidad, sino más bien en el control y en el encasillamiento de esa realidad en dichos supuestos ideológicos, será relativamente fácil entender que realidades o instituciones como la familia y la filiación y correlativamente los discursos jurídicos sobre estos se vean igualmente afectados por dichos postulados.

Quiero finalizar esta introducción señalando que mi pretensión no es hablar sobre las personas, sino sobre los discursos, jurídico, médico..., que hablan sobre lo que las personas son o sienten y por lo tanto sobre lo que desde sus puntos de vista se les puede permitir o prohibir a las personas, ya que el discurso médico incide especialmente en el carácter normativo del discurso jurídico. En más de una ocasión el análisis de los argumentos de los discursos médico-jurídicos nos muestra que más que de cuestiones de

²⁰Véase, C. Amorós (coord.), *Historia de la Teoría feminista*, Dirección General de la Mujer, Madrid, 1994, pp.109-149.

²¹ No consideraremos a las autoras que se inscriben en la corriente del pensamiento postmoderno ("postfeministas", "pensamiento de la diferencia") entendido en sentido fuerte; el que no acepta ningún compromiso con la coherencia interna del paradigma de la modernidad y se desmarca de él (Lyotard,1979) (Rorty,1989). El compromiso de estas autoras (Cigarini, 1993; Muraro, 1996...) con la negación de las categorías de **objetividad y universalidad**, así como con un sujeto cognoscente subjetivo, concreto y particular, construido a través de las experiencias vividas, hacen inútil cualquier pretensión teórica y formulan como incorrectas las teorías feministas que limitan su enfoque al partir de un elemento "esencial" común a las mujeres, sea éste la maternidad del feminismo cultural (Gilligan, 1985) o la subordinación del feminismo radical (Mackinnon, 1995). En ambos casos se parte de una supuesta identidad de experiencias de las mujeres. Desde esta perspectiva cualquier intento de construir una teoría global a partir de una idea común sobre la mujer está condenada al fracaso. Ahora bien, se puede considerar con sentido a las autoras que forman parte de un feminismo postmoderno, entendido como una crítica de la modernidad, como una ilustración de la Ilustración (Amorós, 1997). Asumir acríticamente la Ilustración es un contrasentido, así que si entendemos la postmodernidad como una dialéctica con la modernidad dudamos de que existan feministas que no sean de algún modo postmodernas. Pero en la medida en que la ambigüedad no se disipa del todo, no sobran en absoluto las precisiones acerca de en qué coordenadas teóricas y políticas se está, y cuáles son sus implicaciones. Desde nuestro punto de vista el feminismo es un proyecto si cabe hiperracionalista ya que reclama la igualdad en base a una irracionalización del poder patriarcal y una deslegitimización de la división sexual de los roles. El feminismo puede ser considerado como un test de grados de decencia o desvergüenza epistemológica. (universalidad, igualdad y sujeto) (Amorós,1997).

²² La necesidad de encontrar una causa fisiológica que señale en que parte del cerebro o que sustancia es la que desarrolla nuestra "identidad sexual". Sacar conclusiones de las deficitarias investigaciones científicas sobre el cerebro en relación con esta cuestión producen sonrojo intelectual.

ciencia o de ley, se habla de la problemática de la construcción social del sexo, aunque se obvie, o incluso se niegue bajo una falsa neutralidad científica, sobre un discurso que apela a la naturaleza, y reivindica lo natural. Discurso que como dice Weeks²³ *“Nos fija en el mundo de la solidez y aparente verdad, y nos ofrecen una afirmación de nuestro yo verdadero, el punto de referencia para nuestra resistencia ante lo corrupto, lo “no natural”. Desafortunadamente el significado de “naturaleza”, no es transparente. Su verdad ha sido utilizada para justificar nuestra violencia y nuestra agresión innatas, así como nuestra sociabilidad fundamental. Ha sido esgrimida para legitimar nuestra maldad elemental y celebrar nuestra bondad esencial. Al parecer hay tantas naturalezas como valores opuestos”*. Pretendo referirme a las dificultades con las que se encuentran dichos discursos en nuestra sociedad dada su limitada producción conceptual a la hora de dar cuenta de una realidad como es “la diversidad sexual”, ya que parece que más que explicar la realidad lo que pretenden es que dicha realidad se acomode a sus construcciones descaradamente esencialistas. Ni la medicina actual ni el actual derecho positivo se reivindican de ningún tipo de esencialismo, sin embargo los argumentos que utilizan con relación a esta cuestión, claramente los son²⁴.

Creo necesario hacer alguna breve referencia a ciertos conceptos del sistema sexo-género, así como algunas consideraciones sobre la familia desde la perspectiva de lo que hoy conocemos como estudios de género y que yo prefiero llamar estudios feministas de cara a intentar comprender y plantear posibles soluciones a los problemas hipotéticos que se han planteado con la filiación y la transexualidad hasta el momento y si la aprobación del matrimonio entre personas del mismo sexo, así como el cambio registral de la mención relativa al sexo permiten dan una respuesta coherente.

²³J.Weeks, *el malestar de la sexualidad*, Talasa, Madrid, 1985, pag.108.

²⁴ Como señalaré a lo largo de la intervención.

I: GÉNERO, SEXO Y TRANSEXUALIDAD

Si tenemos en cuenta que del cuerpo humano podemos enunciar distintos predicados como su sexo, sexualidad, orientación, líbido, rol de género, identidad de género, identidad genital²⁵, y que en las sociedades occidentales modernas el patriarcado ha impuesto normas escritas (leyes) y no escritas (morales) que prescriben cómo deben combinarse esos distintos predicados en cada cuerpo sin tener en cuenta lo que de hecho²⁶ sucede en la realidad, nos encontramos que son mayoritarias las personas en las que su sexo es o mujer u hombre, su deseo y líbido heterosexual, su sexualidad heterosexual, su rol de género si es mujer femenino y si es hombre masculino, su identidad de género coincidente con su rol de género, así como con su identidad genital. Pero este hecho observable no impide constatar otro hecho, si se quiere cuantitativamente menos importante pero no por ello de menor relevancia cualitativa. Existen y siempre han existido en nuestra sociedades unas categorías de personas nombradas como bisexuales, gays, lesbianas, transexuales, transgénéricos...²⁷ que ponen en cuestión las creencias impuestas sobre el sexo, el género y la sexualidad. La crítica del discurso imperante nos permite que nos acerquemos a realidades como el derecho desde otras ángulos.

En los años 50 el término género aparece en el ámbito de las ciencias sociales. John Money (1995) propuso dicho término para describir el conjunto de conductas atribuidas a mujeres y hombres. Pero será Robert Stoller (1968) quién señala la diferencia conceptual entre sexo y género. Para él la diferencia entre sexo y género es que el primero está determinado por la diferencia sexual corporal y el segundo por los significados que cada sociedad otorga a esa diferencia en cada momento histórico y a

²⁵ Kim Pérez Fernández-Fígares “*Deconstrucción de género: la transexualidad*”. Las siguientes definiciones aparecen en artículos no publicados de esta autora.

Sexo: elementos anatómicos y fisiológicos.

Sexualidad: conducta pulsionalmente determinada (instintiva).

Orientación: deseo

Libido: intensidad del deseo.

Rol de Género: conducta culturalmente determinada

Identidad de Género: conciencia de la vinculación afectiva a uno de los géneros.

Identidad Genital: conciencia de vinculación afectiva a una clase de genitales.

²⁶ Como sabemos los enunciados prescriptivos (normas) no describen la realidad. No matarás no esta describiendo que en la realidad no se mate, lo que dice es que no se debe matar.

²⁷ Judith Butler es una de las filósofas feministas que con más agudeza está irrumpiendo en estas problemáticas. Para un acercamiento a su obra véanse: Elvira Burgos Diaz “En qué, por qué y para qué somos diferentes

cada sujeto. Además el pensamiento occidental hasta la aparición del pensamiento feminista a tendido a pensar que las diferencias otorgadas socialmente eran en realidad diferencias “naturales”. Las diferencias impuestas además se construyen jerárquicamente con lo que no sólo es que existan dos sexos a los que se les atribuye dos géneros, sino que además uno es mejor, superior....que el otro. Así pues el “género” como categoría de análisis tiene algunos rasgos que le caracterizan: a) es relacional (género masculino y femenino y las relaciones de poder entre ellos); b) es una construcción histórico-social que impregna instituciones como la religión, la ciencia y el derecho entre otras; c) se vuelve problemático cuando se le considera con carácter total ya que invisibiliza otros elementos igualmente estructurantes de la identidad como sujetos como son la raza, la clase, la orientación sexual...Los estudios de Género (feministas) pretenden aportar nuevas construcciones de sentido para que todos los hombres y mujeres sean conscientes de su masculinidad y de su femineidad, y reconstruyan las relaciones entre ambos de forma no tradicional, opresiva y discriminatoria. Detrás de esta aspiración está la convicción de que el análisis de los conflictos de las nuevas relaciones entre los géneros favorecerá la posibilidad de establecer condiciones de vida más justas y equitativas en principio para ambos, según el esquema binario de la “diferencia sexual”, para todas y todos y [tod@s](#) según una idea más utópica y radical de la “indiferencia sexual”²⁸.

El discurso médico ha creado el término “disforia de género” que sirve para nombrar la “transexualidad” de forma descriptiva supuestamente sin connotaciones valorativas. En la 10ª edición de la Clasificación Internacional de la Organización Mundial de la Salud se entiende que una persona mayor de edad, con un sexo registral o femenino o masculino, a quien se le han descartado patologías psiquiátricas y anomalías cromosómicas u hormonales propias de estados intersexuales tiene “disforia de género” cuando se ve impelida a comportarse, vivir y ser o conocido o conocida como integrante del sexo o masculino o femenino, y cuyo deseo imperioso y persistente desde la temprana infancia es ser reconocido o como hombre o como mujer.

Si aceptamos la famosa frase de Simone de Beauvoir “*no se nace mujer se llega a ser mujer*” parece que independientemente del sexo con el que nazcas puedes llegar a ser mujer. Frases como haber nacido mujer atrapada en un cuerpo de hombre se

²⁸ Posición defendida por Arantza Campos, *Charles Fourier Pasión y Utopía. De la Atracción Pasiona a la Política Sexual*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Leioa, 1995.pp241-263.

volverían frases fácilmente inteligibles. La cuestión se complica por lo menos desde una perspectiva feminista al ser esa categoría “mujer” de la que habla Simone de Beauvoir una categoría poco deseable, en el sentido de que ha sido construida como lo Otro, como “el segundo sexo”, como lo que no es plenamente humano. ¿Qué es ser mujer?, en esencia nada pero si en contingencia social, histórica, económica, legal.... por eso se llega a ser mujer, una mujer que las mujeres reales no queremos ser.

Con esto no quiero decir que un transexual femenino no viva y sienta de esa manera, o utilice esa expresión para hacer inteligible lo que le pasa. Lo que quiero señalar es que los argumentos que se utilizan supuestamente legitimadores del derecho a la “identidad de género” deben ser cuidadosamente analizados para no obstaculizar otros proyectos liberadores como es el de las mujeres. Así nos encontramos con demandas como la que sigue *“Por eso el problema que debemos abordar conjuntamente las personas transexuales, los profesionales de la salud, los medios de comunicación, y las instituciones educativas es el de no hablar de proceso clínico de las personas transexuales como algo aislado de la dicotomía hombre / mujer en la sociedad, porque del debate sobre esta dicotomía es desde donde podemos proporcionar más datos claros y reales sobre la auténtica naturaleza de la transexualidad”*²⁹

No está tan claro que esa frase se pueda decir simétricamente de los varones. Ya que estos y la masculinidad se han constituido en el paradigma universal de la humanidad. Pero quiero avanzar en el planteamiento y si bien es cierto que estos y otros argumentos pueden ser considerados como estrategias de los transexuales para lograr sus objetivos más inmediatos no olvidemos que dejamos a unos expertos, médicos y psiquiatras que determinen cuáles son las identidades (cuerpos) que deben existir en la realidad sin ser consideradas anómalas. En estas consideraciones hay muchas realidades que no se contemplan y que quedan igualmente excluidas en la ley. El derecho en su necesidad de redefinir el “sexo”, no se apoya en los supuestos y planteamientos de las ciencias sociales o desde las aportaciones de las teorías sobre el sistema de sexo-género de las sociedades patriarcales, sino más bien desde la medicina y la sexología que se replantean el concepto y la diagnosis del sexo. El Derecho no puede mantenerse ajeno a esta realidad ya que la asignación del sexo legal se basa en la diagnosis del sexo que

²⁹ Olga Cambasani, *Test de la vida real: ¿Una mujer más?* en *Transexualidad: La búsqueda de una identidad*, Antonio Becerra- Fernández, ed: . Diaz de Santos, Madrid 2003,p.91

establecen los médicos. Tanto el discurso médico como el discurso jurídico, a la hora de enfrentarse a la llamada “identidad sexual” en el primer caso, como al “derecho a la “identidad sexual” en el segundo, no ponen en cuestión *“la inmovilidad y universalización de marcos cerrados de polos opuestos: hombre-mujer, masculino-femenino y , por extensión homosexual-heterosexual”*³⁰ ni tampoco *“la universalidad taxonómica de un principio que siguiendo pautas de elementos binarios opuestos, rígidamente duales, presentan la bipolaridad hombre-mujer de forma exclusiva, excluyente y radical, sin solución de continuidad”*³¹. El derecho se ha enfrentado, resolviendo de forma nada traumática, al hecho de que en ciertos casos la asignación legal del sexo en base a los genitales del recién nacido (que ha sido la forma histórica y tradicional de asignar el sexo legal) quedaba posteriormente contestada por la propia naturaleza al evolucionar biológicamente en sentido contrario (intersexualidad). Ni en el primer caso, ni en el segundo se tenían en cuenta ni el género, ni el dato cromosómico sobre el sexo. En estos casos y en casos de amputación de penes en hemafroditas (la imagen de la mujer como ser humano incompleto al ser comparada con el genuino ser humano el varón), el derecho (tanto la doctrina como la jurisprudencia, pues no hay legislación) no tenía ningún inconveniente en ordenar la rectificación registral del sexo. El problema desde el punto de vista jurídico surge cuando la transformación no la opera la Naturaleza (Dios), sino que quién la opera es el hombre. Es decir cuando el cambio no ha sido biológico, sino psíquico y artificial, cuando la asignación del sexo legal fué “correcta”, ya que el individuo presentaba unos órganos genitales normales.³² Lo que se produce no es una evolución biológica hacia el otro sexo, sino que se produce una falta de identificación con el sexo registral y desde el que se le ha educado. En esta ocasión nos encontramos ante una persona que desarrolla un sentimiento íntimo de pertenencia al otro sexo. El discurso médico dice que es en este caso donde nos encontramos ante una quiebra de la identidad sexual del individuo que se expresa en forma de disociación entre el factor biológico o genético de su sexo y la realidad sexual psico-social que vive

³⁰ José Antonio Nieto, “Transgénero/Transexualidad: de la crisis a la reafirmación del deseo”, en José Antonio Nieto (compilador), *Transexualidad, transgenerismo y cultura: Antropología, identidad y género*, Talasa, Madrid, 1998, pag. 16.

³¹ 32 J.A. Nieto, op.cit. pag 16.

³² Aunque es fundamental no es el momento de hablar sobre normalidad o anormalidad. De todas formas en el pleno convencimiento de que el término normalidad tiene que ver más con los discursos prescriptivos que descriptivos, es decir que pertenecen más al ámbito de la moral y la política que al de las ciencias de la naturaleza, les remito al interesante artículo de Anne Fausto-Sterling, “ Los cinco sexos”, en José Antonio Nieto (compilador) *op.cit.* pag.79-89.

y siente. El derecho se debe enfrentar ante lo que la medicina y sexología oficial³³ califica de “síndrome transexual o disforia de género.”³⁴ Hasta el actual anteproyecto las distintas propuestas sólo podían aceptar el concepto de “transexual verdadero”³⁵ (o irreversible). Las indicaciones del CTC no sólo tuvieron sus efectos en la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Socialista logrando la desaparición del término, transexual verdadero, aunque no del concepto y sus consecuencias, ya que las repercusiones socio-jurídicas (matrimonio, adopción, relaciones familiares, ejército, centros penitenciarios, usos sociales...) debían producirse dentro de un ordenamiento jurídico que sólo reconoce la existencia de dos sexos, y que no permitía ni el matrimonio ni la adopción cuando se trata de personas del mismo sexo registral, sino que en el actual anteproyecto desaparecen todas las menciones que no se refieran estrictamente a la modificación de la mención registral del sexo, para que se adecue al sexo “realmente” sentido y vivido puesto que el matrimonio entre personas del mismo sexo registral está ya permitido, así como la adopción por parte de estas. Matrimonio y filiación se encuentran en estos momentos equiparados entre personas del mismo o de distinto sexo registral³⁶ Parece que buena parte de las objeciones presentadas a las legítimas aspiraciones de los transexuales desaparecen cuando se dejan de entender ciertas identidades sexuales como patologías de la supuesta identidad sexual correcta, que es aquella que hace coincidir sin fisuras el sexo biológico, el psicológico y el social, y que tiene como modelo de orientación sexual correcta la heterosexualidad.³⁷ El hecho

³³ Ver D.B. Billings y T.Urban, “La construcción socio-médica de la transexualidad: interpretación y crítica”, en J.A. Nieto (compilador) *op.cit.* pag.91-123.

³⁴ 35 Según J.Carbonnier, *Droit civil*, 18 ed., tomo I., PUF, París, 1992. Es mayor el número de hombres que se sienten mujeres que el de mujeres que se sienten hombres.

³⁵ Javier López-Galiacho define el concepto de transexual “*Desde el punto de vista estrictamente jurídico, entiendo por transexualidad el síndrome psicosexual sufrido por quien presenta una discordancia entre el sexo que psicológicamente siente como propio y el que anatómicamente 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 sexual psicosomática cobre carta de naturaleza en el Registro Civil*” *op.cit.* pag.200

³⁶ La jurisprudencia utilizó distintos recursos para no cercenar el derecho de los transexuales al matrimonio. En el caso de que al transexual se le negara la posibilidad de contraer matrimonio con una persona de sexo registral diferente (en base al argumento del sexo biológico), entonces se le debiera permitir el matrimonio con una persona del mismo sexo registral (si lo que impera es el argumento biológico), pues de lo contrario se le estaría negando el derecho constitucional al matrimonio. Hecho que este derecho no podía admitir pues estaría admitiendo el matrimonio Homosexual. Actualmente posible.

³⁷La certitud de este modelo es puesto en cuestión por un importante número de investigadores de distintas disciplinas sobre todo del ámbito de la ciencias sociales, pero también del de las ciencias naturales. Véase E.Coleman, L.Gooren y Michael Ross, “Teorías sobre la transposición de género” en

de optar por explicaciones de tipo clínico no puede hacernos olvidar (en honor a la “verdad” científica) que las ciencias implicadas en esta cuestión como la medicina, psiquiatría, sexología, psicología, biología no se ponen de acuerdo, o si se quiere, no dan una única explicación sobre las complejas cuestiones que tienen que ver con la “identidad sexual.”³⁸ Pero como sabemos el derecho se ha enfrentado a esta situación legislando en muy pocos países, despenalizando las operaciones de “cambio de sexo” y regulando los casos en los que se acepta una rectificación registral del sexo así como determinando cuál es el alcance jurídico de dicha modificación.

Cuando dentro del derecho se plantea la cuestión de la transexualidad lo que jurídicamente se plantea es si lo que se llama “identidad sexual”, como una parte del más genérico derecho a la “identidad de la persona”, tiene o no tiene la importancia necesaria para que pueda considerarse un derecho inherente a la persona y por lo tanto para que el derecho plantee ciertos mecanismos orientados al reconocimiento, tutela y garantía de dicho derecho, como puede ser la rectificación registral del sexo y las consecuencias jurídicas de esta rectificación.

Como hemos dicho el anteproyecto de ley reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, aunque es todavía eso, un anteproyecto, será ley vigente en breve, así que voy a referirme a él haciendo algunas consideraciones de lo dicho hasta el momento. Es una ley a mi entender clara y corta. Compuesta por la exposición de motivos, 7 artículos, una disposición transitoria y cuatro disposiciones finales.

J.A.Nieto, *op.cit.*, pag 249-269, y también T.Laqueur, *La construcción del sexo: Cuerpo y género desde los griegos hasta Freud*, Cátedra, Madrid, 1994.

³⁸ 39 El discurso médico-jurídico oficial habla de una “identidad sexual estática”, la que considera normal y por ende correcta y adecuada. Por ejemplo J.López-Galiacho dice: “Normalmente la identidad sexual o de género (sólo acepta dos sexos y dos géneros) de la persona desde que nace hasta que muere no presenta problemas (salvo la homosexualidad y el travestismo). La persona se suele identificar-en cuanto al sexo- por aquél que a la vista de sus genitales, le fue legalmente asignado y desde el que fue educado (se habla aquí de identidad sexual estática). En este supuesto, la identidad sexual de la persona no presenta problema alguno, pues los diversos componentes del sexo (objetivos y subjetivos) están equilibrados” *op.cit.* pag 98; y una identidad sexual dinámica, identidad sexual dinámica que como veremos termina siendo estática, debe adaptarse a la norma. Ésta se produce cuando “ el sujeto que presenta unos órganos genitales normales y un sexo legal acorde con los mismos, no se siente identificado con el sexo registrado y desde el que se le intentó educar, sino que evoluciona hacia el sentimiento íntimo de pertenencia al sexo contrario (en este caso se habla de identidad sexual dinámica). Por otra parte los discursos desde las ciencias sociales son menos normativistas y nada naturalistas, autores como J.Weeks interpretan de otra manera el hecho de la existencia de la “identidad sexual” y afirman que “ Sin embargo , sabemos al mismo tiempo, y frecuentemente merced a las mismas personas que tan apasionadamente afirman su identidad sexual, que esa identidad es provisional, siempre precaria, dependiente y constantemente enfrentada con una relación inestable de fuerzas inconscientes, con significados sociales y personales cambiantes, y con las contingencias históricas”, J.Weeks, *El malestar de la sexualidad : significados, mitos y sexualidades modernas*, Talasa, Madrid, 1993, pag. 295

En la exposición de motivos se dice: *“La presente ley tiene por objeto regular los requisitos necesarios para acceder al cambio de la inscripción relativa al sexo de una persona en el Registro Civil, cuando dicha inscripción no se corresponda con su verdadera identidad de género.”*³⁹ *Contempla también el cambio del nombre propio para que no resulte discordante con el sexo reclamado.*

La transexualidad, considerada como un cambio de la identidad de género, ha sido ampliamente estudiada ya por la medicina y la psicología. Se trata de una realidad social que requiere una respuesta del legislador, para que la inicial asignación registral del sexo y del nombre propio puedan ser modificadas, con la finalidad de garantizar.....cuya identidad de género no se corresponde con el sexo con el que inicialmente fueron inscritas.”

Como la rectificación registral del sexo y cambio del nombre se considera una cuestión de “seguridad jurídica” el cambio de “*identidad de género*” se debe acreditar debidamente (intervención de los profesionales). Y ¿cuáles son los requisitos que contempla la ley para una acreditación adecuada?. La verdad es que en esta cuestión hay luces y sombras , pero sobre todo luces ya que según mi opinión mejora sustancialmente todas las iniciativas presentadas hasta el momento y que nunca vieron la luz⁴⁰.

En el actual anteproyecto ya no hace falta autorización del juez para iniciar el proceso de cambio de “*identidad de género*”⁴¹ una vez debidamente acreditado el cambio, la rectificación registral se ***“llevará a cabo de acuerdo con la regulación de los***

³⁹ El subrayado y negrita es mío.

⁴⁰ Intentos: 1º) El 16 de febrero de 1999, el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida presenta una **“Proposición no de ley por la que se insta al Gobierno a dictar disposiciones legales sobre el derecho de los transexuales a un cambio de sexo”**; 2º) Durante la VI legislatura el 22 de julio de 1999 se produce un segundo intento en el Senado para legislar sobre esta materia. Esta vez es el Grupo Parlamentario Socialista, que a diferencia de la anterior Proposición no de ley es, el que plantea una **“Proposición de Ley17 Sobre el derecho a la identidad sexual”**. Proposición de Ley que tampoco consigue convertirse en Ley, con lo que la realidad de la aplicación del derecho sigue siendo una jurisprudencia y doctrina erráticas, que pone en cuestión entre otras la “seguridad jurídica”; 3º) Otro intento se produce por el mismo grupo y con las mismas características formales y materiales (el mismo contenido bajo la forma de proposición de ley), el 20 de octubre de 1999, que tampoco consigue salir adelante; 4º) El miércoles 7 de julio de 2000, ya en la VII legislatura, vuelven a presentar el mismo texto. El día 21 de diciembre de 2000 aparece publicado en el BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES¹⁸. Bien, la Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, es enviada al Congreso de los Diputados. En el BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES¹⁹ Congreso de los Diputados de fecha **23 de marzo de 2001** aparece publicada la Proposición de Ley, que consta de una exposición de motivos, 8 artículos, una disposición adicional y una final. Esto no significa que como sabemos ya se hubiera legislado sobre el “Derecho a la identidad sexual”. Ya que le faltaban superar muchos trámites parlamentarios que no superó.

⁴¹ Art.1 del anteproyecto del PSOE de 2001.

*expedientes gubernativos del Registro Civil*⁴² no siendo ya necesario como se exigía en los anteriores anteproyectos sentencia judicial favorable.

El actual anteproyecto en su art.4 regula los requisitos necesarios para acordar la rectificación registral. Hay un cambio de terminología al exigirse diagnóstico de “disforia de género” y tratamiento médico de al menos 2 años de adecuación a las características físicas del sexo reclamado. A diferencia de los anteriores anteproyectos no exige “cirugía de reasignación sexual” por lo tanto no exige la esterilidad requerida por los anteriores anteproyectos , ni hace referencia a su estado civil antes se exigía no estar casado en el momento de la reasignación⁴³. Cuestión fundamental para la problemática de la filiación pero creo que el cambio fundamental en esta cuestión lo introduce la modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, al permitir el vínculo matrimonial entre personas del mismo sexo. Desde esta nueva realidad jurídica el transexual puede casarse o estar casado con una persona de su mismo sexo cromosomático, argumento circular que se utilizaba antes para no aceptar el cambio registral de sexo. De la misma manera supera todos los posibles problemas de filiación dada la redacción del art.5 que habla de los efectos y que reconoce: art.5.1 “La resolución que acuerde la rectificación de la mención registral del sexo tendrá efectos constitutivos a partir de su inscripción en el Registro Civil.”; art.5.2 “La rectificación registral permitirá a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición”; art.5.3 **“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”**. Es decir, que la rectificación registral de la mención de sexo sería “ex nunc”, es decir a partir de la inscripción en el registro y nunca “ex tunc” como en los caos de refutación de sexo por la naturaleza que haría que los efectos constitutivos de la rectificación registral de sexo se retrotraen a la fecha de nacimiento. La redacción sencilla y clara de este artículo 5, a diferencia de todas las consideraciones de filiación que surgían en los articulados de los anteriores anteproyectos⁴⁴, creo que ha sido posible por la existencia antes mencionada de la reforma del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

⁴² Arts. 92,93,94,95,96,97 de la Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil.

⁴³ Art.3 del anteproyecto de ley de 1999.

⁴⁴ Arts.4,5 del anteproyecto de ley 2001

GÉNERO Y FAMILIA

Cada ser de nuestra especie nace y se desarrolla en una trama vincular que preexiste a su nacimiento, normalmente definimos esta trama vincular como “familia”. Luego la comprensión de eso que denominamos familia es fundamental para conocer a cada una de las personas que nacen en su seno. En la actualidad esa institución denominada familia como la subjetividad de cada uno de sus miembros están sometidos a cambios extraordinariamente rápidos. Ante estos cambios dos son las preguntas relevantes de cara a saber cuáles son los acuerdos, tratos que debemos favorecer: ¿cuáles son los que protegen qué bien?, y ¿cuáles son los que apuestan por el bienestar de los sujetos?. Simone de Beauvoir⁴⁵ nos adelanta un criterio de selección: debemos privilegiar aquellos “arreglos”, “vínculos” que favorezcan que cada sujeto desarrolle sus potencialidades creativas en el curso de su existencia. Luego las preguntas pertinentes serán *“qué está ocurriendo en la familia contemporánea? Y ¿cómo deberá evolucionar a fin de favorecer un desarrollo más positivo y menos patógeno de sus miembros?.....Resulta evidente que la familia actual experimenta tensiones y conflictos tanto en el vínculo de alianza entre mujeres y varones, como en la relación de filiación, entre las generaciones...”*⁴⁶

No vamos a entrar en las distintas teorías sobre el origen de la familia⁴⁷, sólo decir que han sido muchas y que han defendido posiciones diametralmente opuestas. La pregunta sobre los orígenes está directamente legada a la pregunta sobre qué se entiende por familia. Lo único que me gustaría resaltar de todos estos estudios es que tipos es que a lo largo de la historia de la humanidad y de los distintos grupos humanos han existido distintos tipo de familia que han definido de forma diferente las normas que servían para construir sus distintos modelos de familia. La teoría feminista también ha hecho sus aportaciones⁴⁸ definiendo el sistema de sexo-género, y afirmando que en las sociedades preestatales el parentesco constituye el lugar de la interacción social, de la organización

⁴⁵ Simone de Beauvoir, El segundo Sexo

⁴⁶ Mabel Burin e Irene Meler, *Género y familia: Poder, amor y sexualidad en la construcción de la subjetividad*. Paidós, Buenos Aires, 2001

⁴⁷ Los antropólogos evolucionistas junto con Freud y Engels coinciden en pensar en una evolución desde las hordas indiferenciadas hasta la actual familia de las sociedades avanzadas. Los estructuralistas como Claude Lévi-Strauss (la estructura invariable y universal, el complejo de Edipo. Entre otras cuestiones nos encontramos que el matrimonio se encuentra atravesado por estructuras como “la división sexual del trabajo” y la “prohibición del incesto”).

⁴⁸ Gayle Rubin: “The traffic in women: Notes on the `Political Economy` of sex en Reiter, Rayna (comp.): *Toward an Anthropology of Women*, Nueva York y Londres, Monthly Review Press, 1975.

de la actividad económica, política y ceremonial, así como de las formas de intercambio sexual. El feminismo ha defendido que el mismo sistema que oprime a las mujeres y responsabiliza a los hombres, discrimina a los homosexuales. La idea es que si no hubiera intercambio de mujeres, ni géneros, el complejo de Edipo sería una ficción, es por esto que el feminismo ahonda en la necesidad de cambiar el sistema de parentesco (familia), además podemos afirmar que hoy en día este ha ido perdiendo funciones (división sexual del trabajo...).

Podemos decir, no sin matizaciones, que el modelo de familia moderno que hasta hace poco ha sido hegemónico y que hoy se encuentra en crisis tiene las siguientes características:

a.- Se origina en el matrimonio

b.- Su composición es: marido esposa e hijos, y también pueden sumarse otros parientes, no demasiados.

c.- Existen entre los componentes de la familia distintas implicaciones: 1) lazos legales; 2) derechos y obligaciones económicas, religiosas y de otra naturaleza; 3) una serie de derechos y prohibiciones sexuales muy precisa.

Distintas realidades como los cambios en el sistema de producción, la lucha de las mujeres por la igualdad...ha provocado que este modelo haya entrado en crisis apareciendo lo que autores como Shorter denominan la familia posmoderna que tiene algunas características que la alejan de la familia moderna tradicional:

a.- El corte de los lazos entre jóvenes y mayores.

b.- La inestabilidad de la pareja.

c.- La liberación de las mujeres, que implica la desaparición de la idea de hogar como nido o refugio.

Hay quien afirma que no es la familia tradicional lo que está en crisis sino el vínculo de la unión para toda la vida:

a.- Por la tendencia a la búsqueda del placer erótico.

b.- Por la independencia económica de las mujeres.

Irene Meler⁴⁹ recoge las palabras de Shorter *“La familia nuclear se hunde...y creo que será reemplazada por la pareja libre, una díada marital sujeta a espectaculares fisiones y fusiones, y sin los satélites orbitales de los hijos púberes, los amigos íntimos o los*

⁴⁹ Irene Meler; *“La Familia antecedentes históricos y perspectivas futuras”* en *Género y familia: Poder, amor y sexualidad en la construcción de la subjetividad*. Paidós, Buenos Aires, 2001. pag.52

vecinos...sólo los parientes, disimulados en el fondo, con sonrisas amistosas en sus rostros”

En la actualidad nos encontramos con “familia”? (uniones) que de cara a fines prácticos funcionan de forma conyugal aunque no sean matrimonio legal, o incluso siéndolo no comparten hogar.

Los matrimonios sin convivencia; las uniones internacionales; el matrimonio homosexual; las parejas tradicionales; las parejas innovadoras; las parejas contraculturales;

Dentro de este contexto ¿cómo es la situación actual de las personas transexuales desde una perspectiva jurídica?:

Como vengo señalando a lo largo de este escrito el sistema jurídico está caracterizado por la aceptación de un sistema de parentesco y relaciones sexuales que sólo reconoce la existencia de 2 sexos, 2 género y 2 opciones sexuales. Es decir reconoce la existencia de hombres y mujeres (ciertos rasgos físicos), de dos género el masculino y el femenino (rasgos socio-sicológicos que nadie se atreve a determinar), y de opción homosexual o heterosexual. Teniendo en cuenta que además el sistema jurídico permite la reasignación de sexo, el matrimonio entre personas del mismo sexo y la posibilidad de que estos se reproduzcan o adopten, podemos decir que en la actualidad no hay ningún impedimento legal para que una persona transexual realice un vínculo familiar de la forma que considere más adecuada: sin convivir, conviviendo, casándose...La cuestión es que parece que la posición más aceptada es que el transexual apuntale la forma de familia más tradicional. Sin ambigüedad de sexo ni género y reproduciendo los aspectos menos deseables de la familia tradicional patriarcal⁵⁰. Reparto de papeles, división sexual del trabajo. Según la legislación vigente no parece que haya ninguna dificultad para iniciar el proceso de formación de una familia tradicional que pasa necesariamente por el matrimonio. Con el cambio del Código Civil en materia matrimonial, ya no sería necesario ni el cambio registral de sexo.

⁵⁰ Véase el interesante artículo de Raquel Platero (2006), Invisibiliza el matrimonio homosexual a las lesbianas? en *Orientaciones:10*. Madrid: Fundación Triángulo: 103-120.

TRANSEXUALIDAD Y FILIACIÓN:

La preocupación de amplios sectores jurídicos que han desarrollado estudios y han hecho propuestas de lege ferenda en relación a la transexualidad y la filiación (derecho de familia) cuestión a la que me voy a referir, quedarán desde mi punto de vista obsoletos en el momento en que entre en vigor la ley reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas y aún más creo que desde que entro en vigor la ley que modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Después de hacer referencia a estas cuestiones me referiré al alcance de estos dos cambios legislativos, es decir, a su eficacia y luego a las situaciones de discriminación que siguen produciéndose como la no existencia de un libro de familia donde ponga “madre” y “madre” o “padre” y “padre”, así como a la discriminación que se introduce en el ordenamiento si no se supone el parentesco al ascendiente que no ha participado biológicamente y se le obliga a iniciar un proceso de adopción para reconocerle la filiación.

I: Los casos que hasta ahora se consideraban dentro del cambio registral de sexo y filiación:

A: Filiación por naturaleza: (antes o después del cambio registral):

1.- Filiación por naturaleza generada antes de la rectificación registral, pero no determinada.

2.- Filiación por naturaleza determinada con anterioridad a la rectificación registral de sexo.

3.- Filiación por naturaleza generada y determinada con posterioridad al cambio registral de sexo.

B: Filiación mediante técnicas de reproducción asistida:

1.- Transexual masculino soltero que antes de pasar a ser mujer dona esperma.

2.- Transexual femenino soltero que antes de pasar a ser hombre dona un óvulo para fecundar in vitro un embrión.

3.- Transexual masculino que antes de pasar a ser mujer está casado o unido de hecho con una mujer y dona su espermatozoos para que ésta sea fecundada tras la muerte de aquel.

4.- Transexual masculino que tras el cambio registral pasa a ser mujer y se casa o convive de hecho con un hombre.

5.- Transexual femenino que tras el cambio registral a hombre se casa o convive con una mujer.

6.- Transexual femenino que pasa a hombre y se casa o convive con un transexual masculino que pasa a mujer.

C: Filiación por adopción

II: Relaciones paterno-filiales

III: Instituciones tutelares

IV: Matrimonio.

Marco Jurídico:

1.- El Título IV del Código Civil regula el matrimonio: El Cap.II en su artículo 44 en su segundo párrafo dice: *“El matrimonio tendrá los mismo requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o diferente sexo”*⁵¹ Creo que la redacción es lo suficientemente clara para considerar que tanto los matrimonios de heterosexuales, de homosexuales y lesbianas o de transexuales sean estos heterosexuales u homosexuales deben cumplir los mismos requisitos (art.45,46,47,48) para ser válidos de pleno de derecho, como que si lo son tendrán **los mismos efectos**.

El capítulo IV de este código habla de la “inscripción del matrimonio en el Registro Civil. Por lo tanto una vez realizado e inscrito el matrimonio entendemos que le serán aplicables todas las normas **de paternidad y filiación** que rigen para las personas heterosexuales matrimoniadas.

Debiendo ser esto cierto no lo es en la práctica por lo menos en algunos casos a los que me voy a referir a continuación. Estos casos ponen en cuestión el **alcance** de las consecuencias jurídicas de la ley 15/2005 que regula el matrimonio. Es decir que el

⁵¹ Nos encontramos dentro del matrimonio monogámico. Sobre el matrimonio poligámico islámico ver...

cambio del Código Civil no ha supuesto después de un año un cambio de **legislación en materia de filiación**.

El art.108 del Cc dice: *“La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre si”* Ciertamente este artículo no está adaptado a la ley y tiene sus consecuencias a la hora de registrar la filiación del nacido. Esta redacción sigue respondiendo al matrimonio heterosexual, ya que en el hijo o hija de un matrimonio de lesbianas o de gays no concurrirá el hecho de que “su padre y su madre estén casados” puesto que quienes estarán casadas o casados serán “dos madres” o “dos padres”.

Consecuencias de esta puntualización:

Tomemos el ejemplo de una pareja lesbiana casada. Una de ellas se queda embarazada, la filiación del nacido con ella será natural, ¿pero qué pasa con la otra que no es el padre?.

En la determinación de la filiación matrimonial tenemos el art.116 que dice: *“Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges”*. Es decir que en los matrimonios heterosexuales se presupone la paternidad del marido independientemente de que sea el padre biológico o no, y nadie le exige que para tener un vínculo de filiación con el hijo deba iniciar un proceso de adopción o de confirmación de paternidad. La paternidad se le supone independientemente del hecho biológico. ¿Pasa lo mismo en el caso de las lesbianas?. Es evidente que la otra madre no lo es de forma natural, pero si las condiciones del matrimonio son las mismas y los efectos son los mismos que en el matrimonio heterosexuales, entiendo que se le debe aplicar la misma presunción de maternidad y que cuando se inscriba el nacimiento en el registro junto con el matrimonio de los ascendientes se presuponga filiación maternal a la madre que no ha parido no teniendo que iniciar un procedimiento legal de adopción. ¿Por qué digo esto? Por que dada la actual regulación desde el punto de vista jurídico ya no se puede mantener que un niñ@ tenga sólo padre y madre. Una resolución del Gobierno Vasco sobre parejas de hecho reconoce que un nacid@ puede tener **dos madres**, entiendo que de la misma manera **dos padres**. Por lo tanto las parejas de hecho de la CAV pueden inscribir en el registro a los [nacid@s](#) con la filiación de sus dos madres o sus dos padres, eso si después de iniciar y finalizar una demanda de adopción por parte de la madre no natural (ejercicio a

la inversa, un padre natural y su marido), y como consecuencia de ello poner intercaladamente los apellidos de las dos madres. Hasta la inexistencia del matrimonio entre personas del mismo sexo se entendía que la madre no natural debía iniciar una demanda de adopción, pero mi pregunta es: ¿lo debe hacer también si esta casada con la madre natural?. Aceptar esto supone introducir una clara discriminación en función de la opción sexual, dado que como he dicho del padre matrimonial no se exige confirmación de paternidad natural. El vínculo matrimonial se la presupone (sea o no sea el padre biológico).

La cuestión de la inscripción en el registro no está resuelta, baste señalar que después de una año de vigencia de la ley no existe un libro de familia que contemple la posibilidad de tener dos madre o dos padres, el libro de familia es claramente heterosexual al presuponer que un nacido tiene una filiación exclusiva de padre y madre, con filiación directa. En el Registro Civil español nos podemos encontrar de todo ya que algunos registradores hacen una lectura restringida de la letra de la ley y se niegan a inscribir hasta que no exista sentencia en firme del juez, mientras que otros realizan una interpretación extensa inscribiendo al nacido con sus dos madres y tachando en el libro de familia el término padre y poniendo en su lugar el de madre.