

REPERCUSIONES DE LA TRANSEXUALIDAD EN EL ÁMBITO JURÍDICO

Jorge Mario MAGALLÓN IBARRA*

RESUMEN: El autor analiza la importancia de las actividades sexuales, centrándose en la transexualidad, vista no como una curiosidad científica, sino como una responsabilidad humana; intenta con ello dar respuesta a las necesidades de este grupo de personas; introduce el tema con el recuento de las figuras jurídicas que, en su momento, fueron centros de debate y discusión por su implicación sociológica y moral, así como sus regulaciones en los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales. Deja en claro la trascendencia de un tema tan importante como la transexualidad y sus efectos jurídico-sociales, así como el interés por regular y crear leyes que, verdaderamente, satisfagan las necesidades de este grupo de personas y las implicaciones filosóficas en torno a su derecho subjetivo.

ABSTRACT: *The author analyzes the importance of sexual activity; the work is specifically focused on transexuality; viewed not as a scientific curiosity, but rather, as a human responsibility, thus attempting to respond to the needs of this group of persons; the author introduces the theme with a review of the legal concepts that, at one time, were centers of debate and discussion due to their sociological and moral implication, as well as their regulation within the diverse national and international legal ordinances. The author clearly states the transcendental importance of the subject of transexuality and its legal-social effects, as well as the interest in regulating and creating laws that, truly satisfy the needs of this group of persons and the philosophical implications of their subjective right.*

* Doctor emérito por la Facultad de Derecho de la UNAM.

En los albores de 1943 traspasábamos el umbral de la antigua Escuela Nacional de Jurisprudencia, de la Universidad Nacional Autónoma de México, en la que, de acuerdo con la sistemática que imponían obligatoriamente los programas de estudio, el curso primario de derecho civil trazaba la senda de la parte introductoria que nos conducía por el capítulo de disposiciones preliminares, que nos anticipaban que la capacidad jurídica es igual en el hombre y la mujer y que, en consecuencia, ésta no queda sometida —por razón de su sexo— a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles.

A la vez, constatábamos los requisitos indispensables para la obligatoriedad de las leyes después de su publicación y la regla fundamental que prohíbe dar a ellas efectos retroactivos en perjuicio de persona alguna; así como la norma que dispone que la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley ni alterarla o modificarla; aprendíamos las bases de aquellas que son orden público y el deslinde de aquellas que pueden renunciarse cuando no perjudiquen derechos de tercero; culminaban dichos postulados con la regla que dispone que la ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento.

Satisfecho el capítulo antes señalado, procedíamos a estudiar los derechos siempre fundamentales de las personas: su capacidad, domicilio, estado civil, cuya temática nos introducía a su registro, con las particularidades de todas las actas que a él le corresponden, como la de nacimiento, reconocimiento, adopción, tutela, emancipación, matrimonio, divorcio, defunción, incluyendo aquellas que corresponden a la inscripción de las ejecutorias que declaran la incapacidad legal para administrar bienes; la ausencia o la presunción de muerte, para finalizar dicha temática con la rectificación de las actas del estado civil.

Agotada la temática antes referida, abordábamos el tema primario del derecho de familia, que se iniciaba con los esponsales; los requisitos para contraer matrimonio; los derechos y obligaciones que nacen de él; del contrato de matrimonio en relación con los bienes; de los matrimonios nulos e ilícitos, para culminarlo con el divorcio y, a partir de él, considerar el parentesco y sus consecuencias jurídicas, la paternidad, filiación y sus pruebas, para abordar —después de todo ello— el reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio, la adopción, la patria potestad, la tutela; de los ausentes e ignorados, de la presunción de muerte del ausen-

te, para culminar nuestro estudio con la consideración del patrimonio de familia.

El catálogo de temas que considerábamos los albores de nuestra vida universitaria coincidía con la lectura de las páginas magistrales que Jean Paul Sartre iluminaba en su obra *El ser y la nada*, que dedicaba a lo que entonces llamaba “la mirada, que atribuía al ser que los demás trataban de imponer y que rechazaba en cuanto desfiguraba la identidad personal y la verdad biográfica”. Así surgía en el análisis literario el prolegómeno de la defensa de la identidad personal que muchos resentían lesionada, que constituía un derecho subjetivo que no se encontraba tipificado normativamente.

Debemos reconocer que la incipiente filosofía de la existencia cobró vigor particularmente en el periodo que medió entre el fin de la Primera Guerra Mundial y el inicio de la Segunda. Así lo advierte Santos Cifuentes en el prólogo escrito a la obra de Carlos Fernández Sessarego, apoyado en la filosofía de la existencia que para él se encuentra colocada en el primer plano de la reflexión del ser humano, se ocupa de las bases para recrear el íntimo derecho a la identidad personal, con el apoyo de sus elementos: la vida humana social, las normas como regla de convivencia y los valores como criterio de regulación de la vida comunitaria, que apoyan —a la vez— el desarrollo de un continuo proceso autocreativo del “soy yo” frente y con los demás.¹

Fue hasta el conocimiento del segundo curso de derecho civil —que entonces comprendía el régimen jurídico de los bienes y el derecho sucesorio— que como estudiantes conocimos que la herencia legítima se abre cuando no hay testamento, o cuando el que se otorgó perdió su validez; cuando el testador no dispuso de todos sus bienes; cuando no se cumple la condición impuesta al heredero, o cuando éste muere antes que el testador, repudia la herencia o es incapaz de heredar.

Entre las fórmulas que reglamentan los derechos resultantes de las hipótesis que señalamos en el párrafo precedente, surgió la fracción I del artículo 1602 del Código Civil de 1928, que adquirió vigencia simultánea con el Código de Procedimientos Civiles que se promulgó en 1932. En el primero de dichos ordenamientos se dispuso, con la significación

¹ Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, Buenos Aires, Astrea-Depalma, 1992, pp. XI-XIII.

de una extraordinaria apertura, que en la sucesión legítima tienen derecho a heredar: “I. Los descendientes, cónyuge, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado, y en ciertos casos la concubina”.

Para hacer efectiva esta última hipótesis, los artículos del 1630 al 1634 del mismo ordenamiento civil dispusieron:

Artículo 1635. La mujer con quien el autor de la herencia vivió como si fuera su marido durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato, tiene derecho a heredar conforme a las reglas siguientes:

I. Si la concubina concurre con sus hijos que lo sean también del autor de la herencia, se observará lo dispuesto en los artículos 1624 y 1625;

II. Si la concubina concurre con descendientes del autor de la herencia, que no sean también descendientes de ella, tendrá derecho a la mitad de la porción que le corresponda a un hijo;

III. Si concurre con hijos que sean suyos y con hijos que el autor de la herencia hubo con otra mujer, tendrá derecho a las dos terceras partes de la porción de un hijo;

IV. Si concurre con ascendientes del autor de la herencia, tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que forman la sucesión;

V. Si concurre con parientes colaterales dentro del cuarto grado del autor de la sucesión, tendrá derecho a una tercera parte de ésta;

VI. Si el autor de la herencia no deja descendientes, ascendientes, cónyuge o parientes colaterales dentro del cuarto grado, la mitad de los bienes de la sucesión pertenece a la concubina y la otra mitad a la beneficencia pública.

En los casos a que se refieren las fracciones II, III y IV, debe observarse lo dispuesto en los artículos 1624 y 1625, si la concubina tiene bienes.

Si al morir el autor de la herencia tenía varias concubinas en las condiciones mencionadas al principio de este artículo, ninguna de ellas heredará.

La exposición de motivos redactada por quienes tuvieron a su cargo la elaboración del señalado código manifestaron:

Se creyó justo que la concubina que hacía vida marital con el autor de la herencia al morir éste, y que o tiene hijos de él o vivió en su compañía los últimos cinco años que precedieron a su muerte, tuviera alguna participación en la herencia legítima, pues en la mayoría de los casos, cuando se reúnen las expresadas circunstancias, la mujer es la verdadera compañera de la vida y ha

contribuido a la formación de los bienes. El derecho de la concubina tiene lugar siempre que no haya cónyuge supérstite, pues la comisión repite que rinde homenaje al matrimonio.

No podía sorprendernos que dentro del criterio de los profesores que en aquella época impartían las cátedras de derecho civil calificaran al concubinato como una relación pasajera, accidental, que era repudiada por la sociedad, por reconocer la inmoral composición del amor libre.²

Ahora bien, en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, del 25 de mayo de 2000, se publicó la reforma aprobada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, que amplía la preceptiva que había antecedido, ya que dispone el reconocimiento de los derechos recíprocos que genera el concubinato entre sus miembros, en los siguientes términos:

Tienen derecho a heredar por sucesión legítima —en los términos previstos por el artículo 1602— las siguientes personas:

I. los descendientes, cónyuge, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y la concubina o el concubinario, si se satisfacen en este caso los requisitos señalados por el artículo 1635 (convivencia durante los cinco años que precedieron a la muerte o cuando hayan tenido hijos en común, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. Si al morir el autor sobreviven varias concubinas o concubinarios en las anteriores condiciones, ninguno de ellos heredará).

Después de la declaración general prevista en la disposición que se menciona, sobrevienen las siguientes reglas:

Artículo 1635. La concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que reúnan los requisitos a que se refiere el capítulo XI del título quinto del libro primero de este código.

Los requisitos antes exigidos disponen en los artículos 291 bis y siguientes del mismo ordenamiento:

² Véase Cosío y Cosío, Roberto de, *Apuntes del primer curso de derecho civil*, México, UNAM, Escuela Nacional de Jurisprudencia, 1942, en este trabajo explicaba sobre la investigación de la paternidad, con la presunción de ella en favor del concubinario y de la concubina, pp. 316-320.

La concubina y el concubinario tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un periodo mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo.

No es necesario el transcurso del periodo mencionado cuando reunidos los demás requisitos, tengan un hijo en común.

Si con una misma persona se establecen varias uniones del tipo antes descrito, en ninguna se reputará concubinato. Quien haya actuado de buena fe podrá demandar del otro, una indemnización por daños y perjuicios.

Artículo 291-ter. Regirán al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que le fueren aplicables.

Artículo 291-quater. El concubinato genera entre los concubinos derechos alimentarios y sucesorios independientemente de los demás derechos y obligaciones reconocidos en este código o en otras leyes.

Artículo 291-quintus. Al cesar la convivencia, la concubina o el concubinario que carezca de ingresos o bienes suficientes para su sostenimiento, tiene derecho a una pensión alimenticia por un tiempo igual al que haya durado el concubinato. No podrá reclamar alimentos quien haya demostrado ingratitud, o viva en concubinato o contraiga matrimonio.

El derecho que otorga este artículo podrá ejercitarse sólo durante el año siguiente a la cesación del concubinato.

La reforma de la que damos cuenta establece vínculos de parentesco de afinidad, que es el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos, en los términos previstos por el artículo 294 del mismo Código Civil para el Distrito Federal.

Existen otros aspectos del sistema positivo mexicano en el que se atribuye reconocimiento al concubinato, dado que la Ley Federal del Trabajo, en su artículo 501, le otorga preferencia para el pago de indemnización por haber ocurrido el riesgo de la muerte del trabajador, a quien dependa económicamente de él. A la vez, la Ley del Seguro Social, en sus artículos 38 y 54, le reconoce derecho a la concubina, tanto para obtener la pensión para el caso de muerte del asegurado como en aquellos casos en que sobrevenga la muerte como consecuencia de un accidente o enfermedad no profesional.

Hemos creído indispensable abordar el tema expuesto, considerando que apenas en la legislación civil para el Distrito Federal de 1928 fue la

primera ocasión en la que el legislador se decidió a abordar en la normatividad correspondiente, la vinculación humana entre hombre y mujer; se determinó que cuando ésta se prolongaba por un mínimo de cinco años y/o tenía como consecuencia la procreación, ella adquiría el derecho para heredar. Asimismo hemos constatado la evolución experimentada en la misma pareja, puesto que se ha reducido el periodo mínimo a dos años y se ha ampliado el derecho subjetivo para heredar al barón concubinario; reconociéndose —además— una vinculación parenteral de afinidad entre las partes y sus ascendientes.

Debemos agregar que el tema que hemos considerado en las palabras que anteceden ha sido criticado severamente, tanto por los grupos conservadores de nuestro país como en el terreno religioso. Sin embargo, creemos que las fórmulas a las que nos hemos referido, en alguna manera, han abonado el terreno de la relación humana, para considerar ahora otros aspectos de la actividad sexual humana, que contemplan los factores sociales que genera la homosexualidad, el hermafroditismo y la transexualidad.

En efecto, poseemos conciencia de que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce las garantías individuales que se proclaman en todos sus foros, como fórmulas éticas que vinculan las actividades de las personas y como orientación jurídica indispensable en un Estado de derecho. Aunado a ellas, los pactos internacionales que se celebran sobre derechos humanos proclaman el reconocimiento de los derechos de homosexuales, tales como los artículos 62 y 68 de la Carta de las Naciones Unidas de 1945, que permitió —al año siguiente— crear la Comisión de Derechos Humanos para todos y cada uno de los hombres, independientemente de su nacionalidad.

Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos pactada el 10 de diciembre de 1948 declara y provee diversas medidas de protección; así como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en 1948, reconoce que todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos; y preceptúa el deber de comportarse fraternalmente unos con otros, con el propósito de alcanzar un desarrollo humano y una calidad de vida que le permita progresar y alcanzar la felicidad.

Como pactos afines del anterior material, reconocemos la Convención Europea sobre Derechos Humanos, de 1950, en materia de su defensa y

protección regional; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de, 1966, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del mismo año, apoyados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969, que proclama el compromiso de los pueblos americanos para promover la libertad personal, la justicia social y la igualdad sobre la base del respeto a los derechos fundamentales de todos los hombres; ello se logra mediante el reconocimiento y respeto de los derechos civiles, políticos, sociales, culturales, económicos y educacionales.

A lo anterior debe agregarse que en los últimos años se han aprobado otros pactos que tienden a la protección y defensa de los derechos humanos de grupos específicos, como los casos de ciertas minorías raciales con la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965, el de la mujer, celebrado en la Convención de todas las Formas de Discriminación contra ella de 1979; así como el de los niños con la Convención en 1989 sobre sus derechos.

Sobre este aspecto debemos agregar que en los últimos años se han generado acciones colectivas dirigidas a la tutela de los derechos difusos tanto de clase como individuales, particularmente dirigidas a los sistemas de derecho civil apoyados en Brasil, con el propósito de proteger el derecho que se reconoce a un grupo de personas, de manera que al dictarse sentencia obligue al grupo como un todo y adquiera el valor de cosa juzgada, como fórmulas que permitan un equitativo acceso a la justicia, que obtenga la defensa de intereses calificados como transpersonales o difusos, que se atribuye corresponden a un número indeterminado de personas que no se encuentran organizadas formalmente, y que pueden ser representadas en juicios por una o varias personas, y que se refieren a cuestiones relativas a la protección de sus derechos. En nuestro medio los maestros Héctor Fix-Zamudio y José Ovalle Favela se han referido a estos temas en la perspectiva del derecho procesal; y advierten que en nuestro país ha resultado imposible hacer efectivos estos “nuevos” derechos, pertenecientes a ciertas categorías de personas que, consecuentemente, se encuentran colocados en estado de indefensión; por lo que recomiendan un cambio en la cultura jurídica, que logre otorgar protección eficaz de esos derechos fragmentarios y difusos de grupos sociales, que van a requerir un rediseño de nuevas reglas procesales.

Posee señalada importancia el Vigésimo Tercer Coloquio de Derecho Europeo celebrado en Ámsterdam, en abril de 1993, por el Consejo de Europa en colaboración con la Universidad Libre de Ámsterdam, con la participación —además— de la Comisión Internacional del Estado Civil, para tratar el tema del transexualismo, la medicina y el derecho, en el que se trataron los problemas vinculados al referido transexualismo; los aspectos psiquiátricos y psicológicos del mismo; al papel de la medicina y a las condiciones jurídicas de la intervención médica para el cambio de sexo, con la situación resultante de ello en el derecho comparado.

En las observaciones que resultaron del coloquio se reconoció que en el cambio de sexo por un transexual concurren diversas cuestiones tanto de orden médico como sociales y jurídicas, tomada cuenta que una modificación anatómica no resulta suficiente, puesto que resulta indispensable que la nueva identidad sexual sea reconocida por la sociedad, a fin de que el individuo pueda encontrar su lugar y desarrollar la vida normal de un hombre o de una mujer.

De ahí que no resulte extraordinario que los transexuales enfrenten grandes problemas en la sociedad, por el riesgo de que su nueva identidad sexual pueda convertirse en ridícula y su estado no sea tomado en serio, puesto que se le considera —a la vez— como una degeneración moral; no obstante que quien se someta a las modificaciones inherentes, las busque como ayudas para emanciparse y recuperar su autoestima.

A los ojos del público, el transexualismo podría convertirse en cosa seria si el legislador se interesara en crear normas razonables, que suscitara tanto el respeto como la atención que merece la difícil condición de los transexuales, para lograr que sean tratados con respeto, compasión y humanidad; y con ello considerar el fenómeno no como una curiosidad científica, sino como una responsabilidad humana, que dé respuesta a las necesidades de los transexuales y que sensibilice la opinión pública en cuanto a sus problemas y confusión de su identidad sexual.

No debe resultar extraño el reconocer que en el tema del transexualismo se debate el problema general de la clasificación de los criterios sociales y jurídicos que orienten la definición del sexo y de la identidad sexual, pues justamente sobre esos terrenos se puede encontrar la máxima tensión entre aquello que llamamos “sexo y género”, o sea, el sexo anatómico, morfológico, y el sexo psicosocial; al reconocer los datos pro-

porcionados en las actas de nacimiento del registro civil, al confrontarlas con los datos que proporciona la existencia real, la social y la psicológica de los individuos; aunados a las tensiones que genera una investigación científica con la jurídica, que pretenderán integrar un índice nuevo, que sistematice los problemas reales que se presenten, para definir la identidad sexual en contra de las tentativas que se expresen, a fin de ajustarlo dentro de las categorías tradicionales.

Evidentemente, todo esto plantea reflexiones que resultan controvertidas entre los postulados de la ciencia y del derecho, puesto que se trata de nuevos problemas que surgen por la consideración de la genética, la biología, las nuevas tecnologías para la reproducción, a los cuales la discusión sobre el transexualismo puede aportar una contribución importante.

Independientemente de lo anterior, debemos reconocer que en nuestras sociedades reviste una gran importancia cultural y simbólica el valor de la estructura conceptual del derecho, vinculada a la ya muy larga tradición que corresponderá a la técnica jurídica utilizar, para definir el debate consistente en saber si es preciso legislar; si es necesario tener confianza en los jueces y si exige la intervención de los juristas, para aportar nuevos elementos a toda esta temática. De ahí que sea preciso destacar, que la tendencia se orienta en el sentido de un reconocimiento siempre más grande del fenómeno, sea por vía legislativa o por la jurisprudencial, pues se trata de una proyección que siempre suscita oposiciones y críticas. Las evidencias de una actitud conservadora —muy frecuente entre los juristas— aunada a las dificultades que surgen al aparecer fenómenos nuevos, como el transexualismo en su dimensión actual, dentro de un cuadro teórico y normativo que permanece inalterable, algunas críticas son justificadas en razón de que no puede entrarse a su diseño, sin el cambio del cuadro tradicional, para incluir dentro de él los fenómenos nuevos; es decir, que al adoptar reglas nuevas, deben renovarse los cuadros anteriores.

Resulta indispensable adentrarse más en los terrenos de la reflexión cultural y de las soluciones jurídicas, puesto que el derecho no puede permanecer en la ambigüedad, dado que requiere encontrar puntos de referencia ciertos, que resulten indiscutibles, lo que determina en ese dominio la idea de naturaleza simple, evidente, a la que podría corresponder un cuadro conceptual también simple, puesto que los sexos se constatan y no le corresponde al derecho su definición, como lo siguen considerando algunos juristas. Esto puede ser verdad; pero ¿cuáles serán

los criterios para efectuar la constatación del sexo? Es ahí donde deberá colocarse la interrogante.

No obstante que los progresos científicos muestran la complejidad misma de la comprobación del sexo, resulta frecuente que los juristas retrocedan, rechazan la nueva realidad y hablan del caos, de múltiples verdades, inciertas, fugaces y conflictivas. En esa forma ellos desarrollan su pretensión para no cambiar las herramientas, al decir que el derecho no debe someterse al imperialismo de la ciencia y del progreso tecnológico. No obstante, también el derecho arriesga esquivar la realidad y el perder su capacidad de ser un principio del orden y convertirse en un vehículo de una ideología reveladora de una vocación autoritaria, ya que pretende imponer un punto de vista cambiante que puede dar lugar al nacimiento de nuevos conflictos; apartándose con ello del papel capital que corresponde al derecho, que es precisamente el resolverlos.

Frente a los problemas que dejamos señalados, se consideran tres posibles actitudes más allá de rechazar los nuevos fenómenos: la primera es la de mantenerse fiel a la clasificación tradicional y facilitar el tránsito jurídico de un sexo al otro, que es la actitud dominante en estos días, resultante de la filosofía de algunas leyes y de una gran cantidad de decisiones jurisprudenciales; la segunda, diseñar una nueva categoría jurídica además de la masculina y la femenina para clasificar el fenómeno sexual que no se ajuste a los criterios tradicionales en la clasificación de los sexos, y la tercera consiste en que al lado de la clasificación tradicional se reconozca que más allá de la polaridad sexual hombre-mujer existe una multiplicidad de características, comportamientos y papeles que participan tanto de lo femenino como de lo masculino.

No obstante lo anterior, no debe perderse de vista que el problema más importante que resulta de la condición transexual es la de su matrimonio y cómo se le va a resolver.

El artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos preceptúa: “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de ese derecho”.

La lectura del texto antes invocado indudablemente destaca la oposición biológica de los sexos, por reconocer el derecho de casarse al hombre y a la mujer. En éste no se excluye la unión del impotente, del estéril o del anciano; pero no abarca el matrimonio del homosexual; es posible

constatar que dicha concepción resulta de la explicación jurisprudencial, por vía de interpretación, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el análisis de los casos de Rees y Cossey.

En el primero de dichos casos, el tribunal concluye que el artículo 12 antes considerado dispone que “a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de ese derecho”.³ El derecho a la unión, garantizado por el precitado artículo 12, obviamente, se refiere al matrimonio tradicional, celebrado entre dos personas de sexo biológico opuesto; confirma tal criterio el hecho de que el fin perseguido es la protección del matrimonio en cuanto fundamento de la familia.

En el segundo caso se aprecia la concepción del matrimonio, recogida como un *minimum*, en los términos concedidos por el repetido artículo 12 y, a la vez, como resultado de una aplicación jurisprudencial, por vía de interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El juez Martens sostuvo que el matrimonio es mucho más que una unión sexual, y que la capacidad para tener relaciones sexuales no es por tanto “esencial para el mismo”. Las personas que han dejado de tener capacidad para procrear o tener relaciones sexuales pueden también desear casarse, lo que significa que el matrimonio representa algo más que una unión que legitima las relaciones sexuales en orden a la procreación, ya que es una institución jurídica que entraña una comunidad en la que los lazos intelectivos, espirituales y emocionales son, al menos, tan esenciales como los físicos.⁴

³ Véase Arrechderra, Luis, “El matrimonio del transexual” *Suplemento Humana lura de Derechos Humanos. Persona y Derecho*, 7, 1997, pp. 15-18. Además véase Elosegui Itxaso, María, *La transexualidad. Jurisprudencia y argumentación jurídica*, Granada, 1999, pp. 207-234, en el que se transcribe el texto completo de la sentencia fechada el 17 de octubre de 1986, con referencia al procedimiento, los hechos deducidos por las partes; el derecho interno aplicable y los fundamentos de la decisión, aunados al voto particular disidente de tres jueces, con un anexo que contiene la Opinión de la Comisión Europea de Derechos Humanos, que concluye en el caso no se violó el artículo 12 del Convenio Europeo; se agrega el comentario vertido por José María Tejera Victory.

⁴ *Ibidem*, pp. 16-18; se advierte que el artículo 12 establece que el ejercicio del derecho al matrimonio está sujeto al derecho nacional de los Estados contratantes y que las limitaciones que se establezcan no deben restringir o reducir el derecho hasta el punto de menoscabar su esencia. Robustece dicha afirmación el considerar que el impedimento legal de casamiento entre personas del mismo sexo biológico que existe en el Reino Uni-

En ocasión del eco social que provocó la sentencia del caso Cossey, es notable la declaración vertida por el doctor Boroux, que ejercía su actividad quirúrgica en Casablanca, al afirmar “yo no cambio a los hombres en mujeres. Yo transformo los genitales masculinos en genitales que tienen aspecto femenino, lo demás está en la mente de los pacientes”.

En los anales del derecho inglés, en 1970 se registra el caso de Corbett *vs.* Corbett (también llamado Ashley), en el que consta que el niño George Jameison nació el 29 de abril de 1935 en Liverpool, registrándose oficialmente tal hecho. A los 17 años comenzó a recibir asistencia psiquiátrica y durante su estancia en Casablanca —el 11 de mayo de 1960— se sometió a una intervención quirúrgica de cambio de sexo, en la que sufrió la amputación de sus órganos genitales y la implantación de una vagina artificial. Regresó a Londres vestido de mujer, con el nombre de Abril Ashley. Poco tiempo después conoció a Arthur Cameron Corbett, casado y con cuatro hijos quien, con tendencias travestistas, llevaba una vida familiar poco estable que concluyó con su divorcio.

El 10 de septiembre de 1963, Corbett y Abril Ashley contrajeron matrimonio en Gibraltar. Durante dos semanas convivieron en Marbella; sin embargo, Abril —a partir del mismo día de la boda— tuvo profundas dudas acerca de lo que hicieron, pues vivirían en casas diferentes. De ahí que el 11 de diciembre de ese mismo año le escribiera a Arthur advirtiéndole “diariamente estoy pagando el pecado de casarme contigo... sólo veo una cosa clara: no volveré contigo. No sé qué haré, ni cómo viviré, pero no quiero volver”.

Fue hasta el 16 de febrero de 1966 cuando Arthur recibió del abogado de Abril un emplazamiento reclamándole cantidades de dinero en con-

do no puede considerarse una limitación de tal naturaleza; si se precisa que se refiere a la “Ley de Causas Matrimoniales 1973”, que en su sección II, inciso *c*, considera causa de nulidad absoluta expresamente consagrada, que el matrimonio se convenga entre quienes no “son respectivamente hombre y mujer”. A mayor abundamiento se adiciona un segundo argumento en el que se recuerda que el derecho a contraer matrimonio es recogido por el mencionado artículo 12, junto con el derecho a fundar una familia. De ahí que se agregue el que no puede convertirse en la exigibilidad de unos ciertos requisitos para el matrimonio en un muro infranqueable que mal logre el derecho a constituir una familia. El argumento culmina preguntándose ¿puede el transexual constituir una familia? La respuesta secamente advierte: por qué no. De ahí el juez Schermers concluirá: entonces, puede contraer matrimonio. Véase, similarmente, Elosegui Itxaso, María, *op. cit.*, nota 3, con la transcripción de las particularidades del caso Cossey en las pp. 241-273.

cepto de alimentos. El 18 de mayo de 1967 Arthur cuestionó la validez de su matrimonio; al solicitar se declarara nulo, en razón de que su cónyuge —en el momento de celebrarse el matrimonio— pertenecía y siguió perteneciendo al sexo masculino. De manera alternativa reclamó que se decretara la nulidad por falta de consumación imputable a su contraparte.

Por su parte, Abril contrademandó pidiendo se decretara la nulidad por falta de consumación, imputable a Arthur.

En el análisis vertido en la sentencia se advierte que si el matrimonio es esencialmente una relación entre un hombre y una mujer, la validez en ese caso, dependía de si el demandado era o no era mujer. De ahí que el criterio que debía despejar dicha circunstancia debía ser el biológico, ya que ni el mayor grado de transexualismo en un varón, ni el desequilibrio hormonal más severo que pudiera darse en persona, de cromosomas, gónadas y genitales masculinos, podrían dar lugar a una persona naturalmente capaz de desplegar el papel de una mujer en el matrimonio; ignorando cualquier tipo de operación. Del resultado de las pruebas antes señaladas, la sentencia concluyó que la demandada no era una mujer para las consecuencias del matrimonio, sino que era biológicamente un hombre y lo había sido desde que nació. En consecuencia, se declaró que el denominado matrimonio era nulo.⁵

Un caso similar fue tratado en Francia, pero como tal situación no estaba prevista en su ley como causa de nulidad, no se concedió esta sanción, pero se reconoció su inexistencia.

Contrariando los criterios antes señalados, en 1976 el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Nueva Jersey, de los Estados Unidos de América, en el caso de M. T. y J. T. resultó que M. T. comenzó a recibir asistencia médica y consideró la posibilidad de una operación que le permitiese ser físicamente una mujer. En mayo de 1971 se sometió a dicha operación con conocimiento de J. T., quien hizo frente a su costo. Posteriormente solicitó en Nueva York un cambio en su certificado de nacimiento para que se le registrara como mujer y en 11 de agosto de 1972 contrajeron matrimonio en el mencionado estado; para vivir como marido y mujer, con la práctica ordinaria de relaciones sexuales. J. T. mantuvo a M. T. hasta octubre de 1974 cuando aquél abandonó el domicilio. Por ello, M. T. —como esposa— demandó a J. T. exigiéndole que conti-

⁵ *Ibidem*, pp. 19-23.

nuara cumpliendo sus obligaciones económicas. Éste contestó la demanda sosteniendo que la parte contraria era un varón.

La Corte Juvenil de Relaciones Familiares estimó que la demandante es mujer y que su reclamación era correcta. El demandado apeló ante la Corte Superior del Estado de Nueva York y el fallo —después de escuchar el dictamen de cuatro expertos, tres de los cuales fueron favorables a la realidad del cambio de sexo tras la operación— resolvió que el tribunal inferior había apreciado correctamente que la demandante, en el momento del matrimonio, era mujer, y, que el demandado, un hombre, se convirtió en su legítimo esposo, que estaba obligado a mantener a su esposa.⁶

Debe destacarse que el perito discrepante entendía por mujer a una persona que tiene o ha tenido una conformación anatómica femenina, es decir, quien tiene o ha tenido ovarios; al aplicar dicho punto de vista al caso, resultaba indudable que existía una notable ausencia de órganos femeninos. Sin embargo, tal opinión resultó minoritaria.

Después de considerar los dos puntos de vista contrarios que resultan de las sentencias que hemos mencionado, vuelve a ser oportuna la declaración del médico de Casablanca: “yo no cambio a los hombres en mujeres. Yo transformo los genitales masculinos en genitales que tienen aspecto femenino, lo demás está en la mente de los pacientes”.⁷

⁶ *Ibidem*, pp. 28-31.

⁷ *Ibidem*, p. 19.