

# ***LSJ WORKING PAPERS [Nº 2]***

## **BIOPODER Y DERECHOS DE LA SEXUALIDAD**

**José David López Blanco**

<http://sociologiajuridica.unizar.es/publicaciones>

**Comité evaluador:**

María José Bernuz

Manuel Calvo García

Andrés García Inda

María José González Ordovás

María José Lacalzada

José Ignacio Lacasta Zabalza

Daniel Oliver Lalana

Teresa Picontó Novales

Por favor, citar como:

José David López Blanco, “Biopoder y derechos de la sexualidad”, *LSJ Working Papers* nº 2 (Universidad de Zaragoza, 2017), pp. 1-42.

<http://sociologiajuridica.unizar.es/publicaciones>

ISSN: ISSN 2530-240X

**José David López Blanco**

## **BIOPODER Y DERECHOS DE LA SEXUALIDAD**

**Resumen:** Este trabajo aborda el discurso normativo y judicial español sobre la persona *trans* desde una óptica foucaultiana. Para ello, divido el trabajo en dos partes. La primera trata sobre la evolución cronológica de cómo las disciplinas médicas han enfocado el *transgenerismo* y la *transexualidad*, así como de los estudios de Foucault de los que me nutriré: posteriormente, analizo el discurso normativo estatal, desde el régimen franquista a la ley 3/2007, y el discurso del Tribunal Supremo y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en casos de jurisprudencia seleccionada.

**Palabras clave:** Transgénero, Transexualidad, Biopolítica, Análisis del discurso, Biopoder, Foucault.

**Abstract:** This work applies discourse analysis on the Spanish legal system, focusing on transgender and transsexual people from the point of view of Michel Foucault's work. The article is divided into two different segments. The first segment is a study on how different medical disciplines treat the «trans» issue and introduce Foucault's theories with main focus on his discourse analysis. The second part involves an analysis of the «trans» discourse in the Law from Franco's regime to the regulation 3/2007. Finally, the discourse of the judicial practice is analyzed applying the case of the Spanish Tribunal Supremo and the European Human Rights Court.

**Key words:** Transgenderism, transsexualism, Biopolitic, Discourse Analysis, Biopower, Foucault

## AGRADECIMIENTOS

Agradezco a la profesora Teresa Pícontó Novales, Profesora titular de Filosofía del Derecho y Sociología Jurídica en la Universidad de Zaragoza, por su apoyo constante y orientación en la realización de este trabajo. Así mismo, también quisiera agradecer el soporte y ayuda que se me ha brindado desde el Laboratorio de Sociología Jurídica de la Universidad de Zaragoza.

# Índice

Agradecimientos.....	4
<b>1. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>7</b>
<b>2. MARCO CONCEPTUAL Y TEÓRICO.....</b>	<b>9</b>
2.1 Acotación y definición de la transexualidad y los conceptos asociados a ésta. ....	9
2.1.1 Doctrinas y teorías sobre la figura “ <i>trans</i> ”.....	9
2.1.2 El sujeto “ <i>trans</i> ” en la práctica médica. ....	13
2.2 El legado de Michel Foucault. ....	15
2.2.1 De la disciplina de los cuerpos a la era de la biopolítica.....	15
2.2.2 Sobre los cuerpos y las poblaciones. Mecanismos disciplinarios y dispositivos de seguridad.....	16
<b>3. ANÁLISIS DEL DISCURSO NORMATIVO Y JUDICIAL SOBRE LA SEXUALIDAD.....</b>	<b>22</b>
3.1. Análisis del discurso normativo actual. ....	22
3.1.1 Antecedentes y evolución del discurso normativo.....	22
3.1.2 Discurso normativo actual.....	25
3.2 Discurso judicial.....	30
<b>3.2.1. Jurisprudencia española.....</b>	<b>30</b>
3.2.2 Jurisprudencia europea.....	33
3.2.3 Contraste de jurisprudencias. ....	37
<b>4. CONCLUSIONES.....</b>	<b>38</b>
<b>5. REFERENCIAS.....</b>	<b>41</b>



# 1. INTRODUCCIÓN.

Desde los tibios comienzos en reconocimiento de derechos, centrados principalmente en el acceso a un régimen matrimonial análogo al tradicional (y tradicionalista) binomio hombre-mujer con olor a cerrado y sacristía, hasta la reciente campaña de “Celebrate Pride” de *Facebook*<sup>1</sup>, las orientaciones sexuales, identidades sexuales e identidades de género de millones de personas vienen siendo objeto de nuevos prismas de visibilización. Y es que, por primera vez, estos colectivos – tradicionalmente discriminados, patologizados, criminalizados- comienzan a participar en la agenda pública de un conjunto de países desde una receptividad nunca antes conocida.

El siglo XXI llegó con un único país (Holanda) que perfilaba el reconocimiento del matrimonio para personas del mismo sexo. A día de hoy, 22 países en el mundo lo reconocen en sus ordenamientos. Estos cambios, con sus mayores y menores fricciones -sus batallas legales ante los tribunales, su oposición en la calle acaudillada por la Frigide Barjot de turno-, han ido consolidándose y asentándose con rapidez, convirtiéndose en un tema residual desde tribunas que solían considerarlo un estandarte de enfrentamiento. Símbolo de este proceso de adaptación puede ser el inesperado apoyo del ex gobernador de California Arnold Schwarzenegger, ya alejado de cargos políticos, que ha manifestado en las redes sociales una suerte de activismo *soft* del matrimonio entre personas del mismo sexo. La sorpresa nos invade al comparar esta actitud con el hecho de que, ejerciendo el cargo de Gobernador de California, había vetado proposiciones de legislación con este objetivo. También en nuestro país hemos

---

<sup>1</sup> La campaña ponía a disposición de los usuarios de la red social un filtro de colores predeterminado, según el patrón de la popular bandera del movimiento LGTBQ, con el que modificar la foto de perfil. El pistoletazo de salida fue dado el 26 de junio de 2015, con el uso de esta herramienta por parte de su creador, Mark Zuckerberg. El motivo de este movimiento viral que tiñó los muros de millones de usuarios fue la sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos, haciendo legal el matrimonio entre personas del mismo sexo en todos los estados del país.

podido asistir a algo parecido: el Partido Popular, grupo político que había impulsado el recurso de inconstitucionalidad contra la ley que regulaba el matrimonio entre personas del mismo sexo, parecía enterrar el hacha de guerra al acudir la plana mayor del partido a la boda de estas características de Javier Maroto, vicesecretario de la formación en el País Vasco.

Sin embargo, no es objeto de este trabajo tratar sobre los procesos de normalización y aceptación de las inevitables tensiones entre moral y derecho. Más bien, puntualizar que esta reciente ola de tolerancia hacia el colectivo homosexual («matrimonio gay» es la manera coloquial de nombrar el matrimonio entre personas del mismo sexo) ha desplazado los focos hacia otras sexualidades e identidades sexuales no normativas que tendían a estar difuminadas. Y es la figura del transgénero aquella que ha sido visibilizada de una manera nunca vista anteriormente. De las series de televisión (*Transparent*, *Orange is the new black*) y el cine (*The danish girl*) al desarrollo de la teoría *queer* en el ámbito académico, pasando por la cultura del *reality show* y del papel cuché como la portada del año<sup>2</sup> de Caitlyn Jenner en *Vanity Fair*: el colectivo «*trans*» está de moda.

Aprovechando esta inercia he querido estudiar el tratamiento de la figura del transexual en la legislación española a partir de las teorías de Michel Foucault sobre su concepto de biopolítica. Este neologismo, que cobró su mayor importancia en la segunda época de la obra del francés (1974-1979), ha tenido una segunda vida tras la publicación póstuma de los cursos que impartió en el *Collège de France*. El motivo para seleccionar esta vertiente filosófica se debe a la ductilidad del análisis foucaultiano como teoría *total* a nivel micro-macro que ha consolidado la figura de francés en el exclusivo club de los filósofos de la sospecha, capaces de dar soporte a un análisis crítico de la sociedad en la que vivimos.

---

2 Me refiero al *boom* en la prensa sensacionalista que causó la portada del 25 de junio de 2015, en la cual Caitlyn Jenner aparecía retratada por Annie Leibovitz con el sugerente título: «*Call me Caitlyn*». Caitlyn, conocida anteriormente como Bruce, era una persona con apariciones asiduas en la prensa rosa estadounidense, primero por sus éxitos deportivos y, posteriormente, como consorte del *clan* Kardashian. La portada fue considerada como «histórica», y de ella emergió una figura de la era del *reality show* con un discurso que pilló a paso contrario a gran parte de la comunidad LGTBQ estadounidense: acérrima del Partido Republicano, mantiene unos postulados conservadores que chirrían con el activismo político relacionado con este colectivo.



El contenido comenzará por una delimitación del marco conceptual del mismo, que constará de los conceptos asociados al movimiento «*trans*» y su desarrollo por el discurso médico, así como una reflexión sobre algunas de las propuestas de Michel Foucault relacionadas con el objetivo de este trabajo. Concretamente, trabajaré sobre sus conceptos de «biopolítica» y «biopoder», su tratamiento del poder sobre los cuerpos y la gobernanza de las poblaciones. Una vez expuesto estos fundamentos metodológicos, me adentraré en el análisis del discurso normativo y judicial desde una perspectiva foucaultiana, centrándome en la legislación estatal<sup>3</sup> (especialmente, la ley 3/2007 de identidad de género) y en los cambios de jurisprudencia relevantes del periodo constitucional español.

## 2. MARCO CONCEPTUAL Y TEÓRICO.

### 2.1 ACOTACIÓN Y DEFINICIÓN DE LA TRANSEXUALIDAD Y LOS CONCEPTOS ASOCIADOS A ÉSTA.

#### 2.1.1 DOCTRINAS Y TEORÍAS SOBRE LA FIGURA “*TRANS*”.

Es notorio el fuerte impulso que los estudios sobre la sexualidad tuvieron durante la segunda mitad del siglo pasado. Tras el terremoto que supusieron los informes Kinsey (Bullough 1998: 127-131), este ámbito de estudio que había estado amordazado por una moral conservadora se transmutó en un campo de estudio transfronterizo de varias disciplinas.

Sin embargo, para Michel Foucault, esta presunta penumbra atávica cuya oscuridad cubrió la producción de saberes médicos es algo discutible: ««Lo propio de

---

3 Tras la ley estatal 3/2007 ha aparecido una numerosa legislación autonómica, alguna con cambios vanguardistas en cuanto al discurso como la ley 2/2014, de 8 de junio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía. Por motivos formales de extensión de este tipo de trabajo no entrarán en el análisis del discurso.

las sociedades modernas no es que hayan obligado al sexo a permanecer en la sombra, sino que ellas se hayan destinado a hablar del sexo siempre, haciéndolo valer, poniéndolo de relieve como el secreto» (Foucault 1987:47). Y en relación al sexo biológico, Foucault también encuentra un cambio de paradigma en el Occidente moderno a través de sus clásicos estudios genealógicos: «Se ha tardado mucho en postular que un hermafrodita debía tener un sexo, uno sólo, uno verdadero. Durante siglos se ha admitido, sencillamente, que tenía dos» (Foucault 1985: 12)

El pensamiento de Foucault establece un marco muy atractivo para el estudio del sexo en su sentido amplio, por lo que le daré un tratamiento más pormenorizado en el siguiente epígrafe. Pero antes de trabajar bajo el prisma de sus estudios «contrahistóricos», considero necesario abordar la evolución contemporánea del discurso sobre la transexualidad. Para ello, realizaré un breve repaso cronológico de diversas teorías y corrientes en esta materia, resumiendo sus principales rasgos. Esto nos dotará de un conocimiento de mayor profundidad sobre la actualidad científica del fenómeno.

La cuestión «*trans*» estuvo íntimamente entrelazada en sus orígenes con el saber médico-psiquiátrico, desarrollando teorías con las que enfocar la realidad que el caso de Christine Jorgensen había sacado a la luz. Los avances en las técnicas quirúrgicas en distintos hospitales punteros de Estados Unidos (como el John Hopkins de Baltimore) tendieron a que el tratamiento de la persona intersexual se abordara conjuntamente al de la persona transexual en la América de los años 50 (Reay 2014: 1042-1043). Sin embargo, sería a finales de los años 60 cuando se escribirían las obras más importantes sobre esta temática: *The Transsexual Phenomenon* (1969) de Harry Benjamin, *Transsexualism and Sex Reassignment* (1969) de Richard Green y John Money, o *The Transsexualism Experiment* (1975).

La primera vez que se emplea el término «transexual» es entre las páginas de la revista *International Journal of Sexology*, donde Harry Benjamin escribe un artículo en agosto de 1953 sobre un síndrome al que bautiza de esta manera (Benjamin 1953). Benjamin puede considerarse como el padre fundador de estos estudios. Desarrolló tratamientos endocrinos durante las siguientes décadas, escribió la obra matriz *The Transsexual Phenomenon* y su influencia se aprecia hasta de forma póstuma, dado que da nombre a una influyente asociación internacional fundada en 1980. Bajo su visión,

la persona transexual, al igual que la del travestido, era producto de una niñez con diferentes traumas (Nieto Piñero 2008: 255).

La figura de Benjamin, pese a su innegable legado, no ha eclipsado a otros autores, menos aún en un campo con tanta tendencia al desencuentro y la discusión. Resulta interesante mencionar los primeros trabajos en la década de los 50 de Money, Hampson y Hampson, los cuales abrieron caminos para aproximaciones alejadas de las tradicionales biólogos y psicoanalistas (Nieto Piñero 2008: 238), acercándose al componente del aprendizaje social. Con una visión marcadamente *genitalista*, (fruto de la fundamentación praxeológica de sus teorías, proyectadas hacia la cirugía de intersexuales, primero, y para personas transexuales, posteriormente) distinguían entre identidad sexual (remitida al sexo biológico), y género, como una diferenciación psicosocial fundamentada en el sexo. Es decir, el transexual es una persona que ha recibido un aprendizaje que chirría con su sexo biológico, conformando la disparidad entre su género y sexo. Money realizó numerosos tratamientos bajo la supervisión del *Gender Identity Institute* donde puso en práctica sus ideas, a veces con resultados dramáticos y polémicas como el caso Joan/John<sup>4</sup>. Esta apreciación de la disparidad entre estos conceptos (identidad sexual/identidad de género) es importante como prelude de las posteriores distinciones y redefiniciones que se sustentarían en los siguientes años.

Una de las primeras resignificaciones es la formulación de Stoller y Greenson de la identidad de género, de gran calado en la literatura médica y jurídica hasta nuestros días (Nieto Piñero 2008: 244-245). Estos autores distinguieron la identidad de género desde un punto de vista psicológico, utilizando el término para nombrar el sentido subjetivo que se da por el hecho de pertenecer a un sexo particular. En cambio, la identidad sexual se desgaja de la identidad de género al estar enfocada a la orientación sexual y la sexualidad. La separación entre identidad sexual y de género sirvió para superar problemas entremezclados y enquistados, normalmente relacionados con la figura del travestido, aunque como en prácticamente todo lo relacionado con este

---

4 El caso Joan/John trata sobre una persona que, pese a no ser intersexual o transexual, pasó por todo el proceso médico imperante para estas cuestiones, siendo su cuerpo objeto de luchas, debates, alegorías de todos los discursos y narrativas acerca de la cuestión. Para una lectura en profundidad del llamativo (y sobrecogedor) caso, BUTLER, J. *Deshacer el género*. 1ª ed., trad. por Patricia Soley-Beltran, Paidós, Barcelona, 2006, pp.91-112.

campo de estudio, no sentó bases de manera canónica ni sentó precedente de un cambio de paradigma.

Profundizando en esta separación identidad sexual/identidad de género, Hammond la descompuso en tres conceptos: identidad, sexo y género (Nieto Piñero 2008: 247). El sexo está asociado a los rasgos biológicos de la persona. El género se relaciona con las condiciones sociales y psicológicas que se imponen a la persona (presión social), y por otra parte, con los rasgos sociales que la persona adopta. La identidad se basa en cómo el sujeto, en vinculación con el sexo y el género, se ve a sí misma. Por tanto, la identidad sexual se conceptualiza como la percepción de la persona según la referencia biológica (varón o hembra), mientras que la identidad de género se manifiesta con independencia de su identidad sexual. Esto supone separar la orientación sexual de la identidad sexual según lo que entendían Stoller y Greenson, y apostar por una concepción que dote de libertad al individuo para definirse a sí mismo.

En cuanto al trabajo de estos conceptos, sería un error no hacer mención a un nuevo enfoque abierto desde la filosofía y las ciencias sociales: la teoría *queer*<sup>5</sup>. Esta teoría desplaza las tensiones innatismo/adaptación que laten en la biomedicina y la psicología con el radical planteamiento de que tanto el sexo como el género son construcciones sociales. A diferencia de parte de la literatura académica antes esgrimida, no se plantea el sexo como los caracteres biológicos, tomando ese binarismo hombre/mujer como el tapiz sobre el que se construye el género socialmente. Para Judith Butler, referente de esta corriente, se intercambian los papeles: es el género un «medio discursivo/cultural a través del cual la "naturaleza sexuada" o "un sexo natural" se forma y establece como "prediscursivo", anterior a la cultura, una superficie políticamente neutral sobre la cual actúa la cultura.» (Butler 2007: 56) Es decir, no tiene un carácter presocial pétreo, sino líquido, maleable: « [...] un proceso mediante el cual las normas reguladoras materializan el "sexo" y logran tal materialización en virtud de la reiteración forzada de esas normas» (Butler 2002: 18).

---

5 Su exclusión sería un error más que notable en este trabajo dado la influencia, tanto latente como explícita, de la obra de Michel Foucault en los fundamentos de esta teoría. Ahora bien, por razones obvias de extensión y enfoque, el tratamiento de esta teoría en plena ebullición académica se escapa de los objetivos de mi trabajo. Un par de referencias en castellano de teoría *queer* pueden ser MÉRIDA, R., *Sexualidades transgresoras. Una antología de estudios queer*, Icaria, Barcelona, 2002 o el monográfico sobre teoría *queer* en *Revista Feminismo/s* (2012) nº19.

## 2.1.2 EL SUJETO “*TRANS*” EN LA PRÁCTICA MÉDICA.

Dejando consideraciones teóricas aparte, en el discurso médico-psiquiátrico - que es el que los tribunales consideran en la aplicación del derecho<sup>6</sup>- la cuestión transexual, pese al importante reconocimiento de la terminología adoptada por Benjamin, trajo consigo una serie de enfrentamientos entre médicos y cirujanos, por un lado, y psicoanalistas, por otro (Nieto Piñeroba 2008: 323).

No obstante, dentro de la cantidad diversa de doctrinas, la praxis médica mantuvo el mismo patrón que subyacía en las teorías de Benjamin: una visión psiquiátrica y patologizadora. Gran parte de este estigma viene por la inclusión de la transexualidad como trastorno en el “Manual de diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales” de 1980 (DSM-III) (Davy 2015: 1166). En cada edición desde este momento cambiaría su terminología: del trastorno de la identidad de género de su edición IV a la disforia de género en su última edición (Muñoz 2015: 112).

El DSM es una obra, de fama y reconocimiento internacional, editado por la Asociación de Psiquiatría Americana. En cada edición, desde su primera publicación en la efervescencia médica de los años 50, ha tratado de compilar una guía clara y enfocada a la práctica médica de los trastornos mentales. La metodología del listado se basa en mastodónticos estudios estadísticos, en un intento de manifestar neutralidad. Este requisito era vital para poder diseñar un *corpus* teórico común, favoreciendo la investigación y comunicación entre los miembros de la comunidad científica.

Sin embargo, y dado el extendido uso de este manual por profesionales a lo largo del mundo, el DSM ha cosechado una larga lista de detractores. Para estos críticos, el DSM hace gala de una visión reduccionista, distorsionada y falaz, puesto que los elementos de la casuística sobre los que construyen sus modelos sintomáticos parten de la población «*trans*» que ha acudido a la clínica, no de la población general (Nieto Piñeroba 2008: 260-261). El ostracismo y aislamiento son elementos identificadores de la patología descrita; sin embargo, al obviar la importancia que

---

6 Sobre la labor jurisprudencial me remito al epígrafe posterior del trabajo en el que abordaré esta cuestión.

pueden producir las situaciones de desarraigo e injusticia social en el análisis, el DSM sufre de problemas de inversión interpretativa. De esta manera, Nieto Piñero se pregunta: «¿Nunca se ha planteado como objeto de interpretación clínica el exceso de identidad y la sobredimensión identitaria de los tránsfobos?» (Nieto Piñero: 284-292)

Actualmente el DSM V trata la cuestión en base al concepto de «disforia de género», acuñado por Fisk en *Gender Dysphoria Syndrome. The How, What, and Why of a Disease* (1973) como una propuesta de síntesis dentro de la comunidad médica. Realmente, la disforia de género presenta la misma situación: una persona que no siente acomodación entre su género identificado socialmente y su sexo biológico. Sin embargo, se aprecia mediante esta nueva definición dos cambios significativos: llevar la problemática a la cuestión del género (a salvo de enfarragosas polémicas en cuanto al sexo) y acentuar que la asignación de roles sociales, al no cumplirse los objetivos marcados por éstos, presentan individuos disfuncionales, con cuadros actitudinales pasados por el barniz del perfil clínico y psiquiátrico (Nieto Piñero 2008: 260-261).

Antes de dar terminada esta sección, es preciso realizar dos aclaraciones metodológicas a la luz de lo aquí expuesto respecto a este trabajo. La primera atañe a la delimitación del mismo: el objeto queda circunscrito al ámbito de la identidad, entendiéndola de la manera que Hammond la definió. Cuestiones relacionadas con otras esferas, como la orientación sexual, quedan fuera del mismo, pese al notable interés que tendrían (pienso en la cuestión transhomosexual, ciertamente invisibilizada) por motivos formales de la extensión de este tipo de trabajos.

La segunda aclaración tienen un cariz terminológico: el uso, a veces confuso, del binomio transgénero/transsexual. La diferencia radica en que el término transgénero define a las personas «*trans*» que excluyen de sus objetivos la cirugía genital. Virginia Prince, mujer de origen varón, comenzó a utilizar este término ante la constante desilusión por el uso de otros términos que ella misma había acuñado: travestido, femmiphile, femmiphilia, etc.

Expuesto lo anterior, centraré mi trabajo al caso de la transexualidad, entendiéndola como parte de un conjunto más amplio como es el concepto de transgénero. En cuestiones que sobrepasen el concepto de la transexualidad me referiré con el término transgénero o, simplemente, «*trans*».

A continuación, comentaré aspectos relevantes de la obra de Michel Foucault que servirán de soporte teórico para el análisis del discurso normativo y judicial.

## 2.2 EL LEGADO DE MICHEL FOUCAULT.

### 2.2.1 DE LA DISCIPLINA DE LOS CUERPOS A LA ERA DE LA BIOPOLÍTICA.

La obra de Michel Foucault sigue siendo un material complejo e influyente 32 años después de su muerte. La ductilidad de la metodología fundamentada en su pensamiento permite su utilización en un campo inmenso, prácticamente cualquiera donde se desarrollen prácticas discursivas. La naturaleza de este trabajo, pues, mantiene una estrecha relación con su obra.

La problemática relacionada con la corporabilidad es protagonista durante la segunda época de la obra académica de Foucault, la cual versó sobre los dispositivos de poder focalizados en el gobierno del cuerpo de los individuos y de las poblaciones (Castro 2014: 81). Se produjo un giro (de resonancia similar al giro copernicano o giro prático) en el estudio del poder, pasando del *quién* ejerce el poder al *cómo* se ejerce. Este marco conceptual que nos propone Foucault tiene, a mi juicio, diversos alicientes para el objeto de mi trabajo. Para empezar, la interdependencia e interrelación entre el discurso médico modelizador-prescriptor de lo natural, de la norma, y el derecho que lo materializa: «La justicia [...] tendrá que establecer o restablecer la legitimidad de una naturaleza que no había sido reconocida de forma suficiente» (Foucault 1985: 13).

Por otra parte, la problemática general de la orientación sexual, el sexo y el género ha venido siempre envuelta de una tendencia a la normalización y estigmatización de lo diferente: hombre/mujer, genitales masculinos/genitales femeninos y heterosexualidad (Serrano *et al.* 2015: 164-165). Dado que el asunto a estudiar está insertado entre estos parámetros, la obra de Foucault y sus recursos (los mecanismos disciplinarios en relación con lo normal y lo anormal) dotan de una base teórica para encararlo.

Por último, porque las figuras de la transexualidad y el transgenerismo impactan en la falla entre el cuerpo y la población, de la cual surgió el estudio de esa estrategia

general: la biopolítica. La figura del transgénero forma parte de uno de los grandes conjuntos de dispositivos que Foucault identificó a partir del siglo XVIII: la psiquiatrización del placer perverso, esa búsqueda de la normalización y patologización de la conducta entera, con el consiguiente desarrollo de tecnologías correctivas (Foucault 1987: 128). De esta manera se introdujo un control sobre los cuerpos y una regulación/gobernanza sobre la población, al instituir un modelo social y reproductivo estándar, *eficiente* ante los cambios estructurales que devinieron. La persona transgénero estaría en el ámbito de las actividades infecundas, ajena a la economía reproductiva.

Todos estos motivos resultan muy interesantes para un análisis del discurso normativo y judicial desde la óptica foucaultiana. Es decir, más que partir de la materialidad lingüística, entender el ámbito discursivo como «juegos estratégicos de acción y reacción, de preguntas y respuestas, de dominación y retracción, y también lucha» (Foucault 1992: 15).

Antes de entrar en el análisis del discurso en sí, resulta apropiado exponer las bases teóricas del pensamiento de Foucault, varios de ellos ya adelantados en este epígrafe. A continuación, trataré más en profundidad otros fundamentos básicos de la segunda época de Foucault, especialmente la enmarcada entre el ciclo de conferencias de historia de la medicina de 1974 (donde aparece por primera vez el término de biopoder y biopolítica)<sup>7</sup> y 1979. Más específicamente, en el apartado siguiente me detendré a explicar brevemente el concepto de saber-poder en la obra foucaultiana, y a analizar el nacimiento del concepto de biopoder y biopolítica.

### 2.2.2 SOBRE LOS CUERPOS Y LAS POBLACIONES. MECANISMOS DISCIPLINARIOS Y DISPOSITIVOS DE SEGURIDAD.

El triunvirato saber-poder-sujeto constituye una relación de importancia troncal en la obra de Foucault. Así, tras unos inicios relacionados con la sospecha hacia la pretendida neutralidad de los discursos y de los asuntos de conocimiento, Foucault

---

7 En este sentido señaló: «Para la sociedad capitalista lo más importante era lo biopolítico, lo somático, lo corporal» *vid.* FOUCAULT, M. «El nacimiento de la medicina social», VARELA, J. y ÁLVAREZ-URÍA, F. *Obras esenciales, II. Estrategias de poder*, Paidós Barcelona, 1999, p.366.



dirigió su segunda etapa hacia un análisis de las condiciones de formación, producción y exclusión de unos discursos enfrentados en guerra.

A partir de estas proposiciones desarrolló un enfoque hacia un «[...] saber más encarnado y sobre todo con un sentido estratégico más fuerte, dentro de este esquema de *governabilidad* en que saber y poder se articulan de manera más consciente y teleológica: por ejemplo, dentro del Estado, se desarrollan menos unos saberes que otros, más “útiles”, cuyo sentido es fundamental en su existencia y desarrollo». Por tanto, la verdad sobre la que versa la primera parte de la obra de Foucault no trata sobre su carácter universal, sino que se centrará en sus trabajos a lo contextual, lo coyuntural, algo « [...] que pretende subrayar el carácter inmanente de estos discursos respecto a la realidad a que se refieren, a la que afectan y sobre la que se formulan nuevos enunciados con pretensión de verdad» (Vila Viñas, 2014: 56-60).

La segunda época del pensamiento foucaultiano (1974-1979), de la cual me he nutrido de algunos de sus conceptos y elementos de su pensamiento para elaborar este trabajo, enraíza con fuerza con la publicación de *Surveiller et punir* (1975). En esta obra Foucault desarrolla la idea del cuerpo como objeto y blanco de poder a partir de los siglos XVII-XVIII. Pese a reconocer que no es nuevo ese objeto de interés, sí que reconoce un cambio en el procedimiento; es la irrupción de la disciplina: «A estos métodos que permiten el control minucioso de las operaciones del cuerpo, que garantizan la sujeción constante de sus fuerzas y les imponen una relación de docilidad-utilidad, es a lo que se puede llamar disciplinas» (Foucault 1990: 140-142).

Se trata del dominio en el mismo cuerpo, una «anatomía política» que no se sacia simplemente con controlarlos y vectorizarlos hacia lo que se desea, sino que también opera sobre el cómo se hace (su eficiencia, el tiempo empleado, etc.). Las disciplinas aparecen en una multiplicidad de procesos, en un acervo de instituciones disciplinarias que se sustentan, se apoyan y se retroalimentan durante los siglos XVII al XVIII: la escuela, el taller, el hospital, la cárcel. La función de este entramado disciplinario es la mecanización del cuerpo, la normalización conductual en pos de un modelo óptimo (Foucault 2008: 65). Este nuevo tipo de poder se ejerce mediante una continua vigilancia, un modelo panóptico que, de manera análoga a la idea de Bentham, ejerce una vigilancia constante, insertada en la cotidianidad de los hombres. Todo esto es posible a través de la proliferación de estas instituciones antes mencionadas por todo el cuerpo social y a la evolución de algunos de sus rasgos, como una inversión

funcional (de los funcionamientos negativos, como la neutralización de un peligro, a la naturaleza propositiva, como aumentar la utilidad), su «desinstitucionalización», o su nacionalización (Foucault 1990: 209-216).

En «*Histoire de la sexualité.1. La volonté de savoir*» (1976), Foucault prosigue con esta intención analítica sobre el control de los cuerpos. En este primer volumen, se centró en la creación y producción de los discursos del sexo en Occidente, y los objetivos implícitos de esta lógica: « ¿Acaso la puesta en discurso del sexo no está dirigida a la tarea de expulsar de la realidad las formas de sexualidad no sometidas a la economía estricta de la reproducción: decir no a las actividades infecundas, proscribir los placeres vecinos, reducir o excluir las prácticas que no tienen la generación como fin?» (Foucault 1987: 48)

Sin embargo, es en su último capítulo (*Droit de mort et pouvoir sur la vie*) donde reside el aspecto más interesante desde el punto de vista de mi trabajo. Probablemente, el enfoque hacia la economía reproductiva llevó a Foucault del cuerpo a la población. A partir del poder soberano, que Foucault manifiesta en el tradicional derecho sobre la vida y la muerte, considera que se ha venido apuntalando un cambio de paradigma: «podría decirse que el viejo derecho de *hacer* morir o *dejar* vivir fue reemplazado por el poder de hacer *vivir* o de *rechazar* hacia la muerte».

Esta evolución ha estado cimentada desde el siglo XVII a través de dos vías principales, relacionadas entre sí. El primer polo de desarrollo sería lo que estudió en *Surveiller et punir*, el control de los cuerpos mediante los procedimientos de poder propios de las disciplinas: « [...] su educación, el aumento de sus aptitudes, el arrancamiento de sus fuerzas, el crecimiento paralelo de su utilidad y su docilidad, su integración en el sistema de controles eficaces y económicos [...]». El segundo, que surge posteriormente, se centra en la población, en el cuerpo-especie que sirve de soporte a los procesos biológicos: « [...] la proliferación, los nacimientos y la mortalidad, el nivel de salud, la duración de la vida y la longevidad [...]». Al primer polo, Foucault lo denomina *anatopolítica del cuerpo humano*; al segundo, una *biopolítica de la población* (Foucault 1987: 165-168)

La cronología de estas nuevas apariciones de modos de organización del poder no es un asunto banal. Concretamente, para Foucault, el esquema organizativo de la soberanía era un modelo caduco, inoperante para las nuevas exigencias y cambios que iban a llegar con el capitalismo: explosión demográfica e industrialización. La vieja

mallá tradicional de la soberanía con la que se venía desplegando el poder tenía aperturas tanto en el nivel micro como en el macro. La disciplina emergió atendiendo a esa individualización, enfocándose en el cuerpo, insertándolos en el aparato de producción. Pero también se precisó de regulaciones de la masa, de los fenómenos biológicos: he aquí los dispositivos de seguridad.<sup>8</sup>

Tras la aparición de estos conceptos, la biopolítica y el biopoder, ya esbozados en el curso que impartió en el *Collège de France* durante ese mismo año («*Il faut défendre la société*», curso de 1975-1976), Foucault se toma un año sabático en cuanto a tareas docentes. En los dos siguientes años, imparte los cursos de «*Sécurité, territoire, population*» (1977-1978) y «*Naissance de la biopolitique*» (1978-1979), donde comienza el estudio analítico de este nuevo paradigma, ese «nacimiento de la biopolítica» con el que anunciaba la aparición de la población como blanco del poder. Durante estos cursos, Foucault desarrolla un análisis genealógico de la gobernanza: «[...] mientras hablaba de la población, una palabra reaparecía sin cesar [...], la "palabra gobierno". Cuánto más hablaba de la población, más dejaba de decir "soberano"» (Foucault 2008: 87-88). El comienzo de esta investigación es la perfilación del poder pastoral, un modelo de gobernanza basado en una suerte de analogía a la figura de Yavhé como pastor, hermanado a la existencia del cristianismo en Occidente (Foucault 2008: 150).

Durante el siglo XVI, sin embargo, esta racionalidad tomista de gobernar (*ratio gubernatoria*) sufre tensiones. Se empieza a descifrar una razón de Estado propia, no una simple estatización del pastorado; son los tiempos de Maquiavelo, de Botero, de la ciencia política italiana. Se trata de la definición del arte de gobernar, de una razón de Estado específica *per se* (Foucault 2008: 229-230). Esta nueva racionalidad se apoya en conjuntos de saber y tecnología políticos: la tecnología diplomático militar, basada en impulsar mediante alianzas y estructuras militares las fuerzas del estado (de Westfalia, la Santa Alianza a la *realpolitik*) y la «policía», entendido desde el significado de la época: «el cálculo y la técnica que van a permitir establecer una relación [...] entre el orden interior del Estado y el crecimiento de sus fuerzas» (Foucault 2008: 297). Entramos, por tanto, en la sociedad del reglamento y de la disciplina.

---

8 Argumentación recogida tanto en FOUCAULT, M., *Hay que defender la sociedad*, 1ª edición, trad. por Horacio Pons, Fondo de cultura económica de Argentina, Buenos Aires, 2001, p.226 como en FOUCAULT, M., *Historia de la sexualidad... cit.*, p.170.

Esta racionalidad de Estado sería sacudida por la irrupción de la razón económica, que la modificaría sustancialmente. De la era de los políticos a la era de los economistas; del gobernar obsesivo del reglamento, al mántrico «gobernar menos» de la economía política (Foucault 2009: 37). Un nuevo diagrama que tiene como matriz principal el cambio sustancial de consideración hacia la población: más que el agrupamiento de súbditos, la población como fenómeno natural (Foucault 2008: 335). Este nuevo marco de racionalidad política tenía una doctrina muy conocida: el liberalismo. A partir de este cambio, entraría en juego la ley del deseo, de la gestión de intereses, de la problemática de la libertad. Se rompe con esa razón de Estado basada en la existencia y fortalecimiento del Estado por una sospecha sistemática del gobierno (Foucault 2009: 312).

Foucault iba a destinar el curso del *Naissance de la biopolitique* para explicar estos cambios, pero reconoce que el tratamiento perfeccionista que da a las maneras de entender el liberalismo como razón de gobierno entre el modelo alemán post segunda guerra mundial (lo que él llama «ordoliberalismo») y el modelo estadounidense (el «anarcocapitalismo») le impidió abordar la biopolítica en sí. Durante el curso desarrolló el modo en que la economía política se erigió como régimen de veridicción en la actividad gubernamental: se pasó de referencias en la gobernanza tales como las leyes morales, divinas, naturales a un acervo de saberes cuya contravención suponía la consideración de ser un gobierno inepto (Foucault 2009: 27-31). De proposiciones de moral/inmoral o verdad/mentira, a eficiencia/ineficiente.

El análisis de esta *ratio* gubernamental llevaría el trabajo de Foucault hacia distintos caminos centrados en el sujeto, tras apreciar la característica de la población como sujeto/objeto de este diagrama de poder (Vila Viñas 2014: 59). Ahora bien, a efectos de este artículo, me circunscribiré únicamente a las ideas de Foucault que acabo de exponer. Partiendo de esta premisa nuclear, a la hora de la realización del trabajo haré uso de todas las ramificaciones conceptuales descritas en este epígrafe, como el término «cuerpo» y los efectos normalizadores de las disciplinas, así como esa visión macro de estrategia agregada que supone la gobernanza de las poblaciones (biopolítica) bajo una *ratio gubernatoria* liberal.

Antes de finalizar el marco conceptual y pasar al análisis del discurso, es preciso concretar el uso de los términos «biopoder»/«biopolítica», de mucho recorrido académico, creando a su paso una nebulosa polisémica que es preciso acotar. La

distinción entre ambos conceptos ha devenido en una suerte de redefiniciones y adaptaciones para el discurso de diversos autores que han trabajado con conceptos de la obra foucaultiana<sup>9</sup>. Respecto al término de «biopoder» siempre ha existido un murmullo de polémica debido al paradójico silencio y ruido que rodea el concepto. Silencio, ya que la difusión de partes importantes de la obra de Foucault en esta materia fue póstuma y tardía; ruido, debido a la multiplicidad de definiciones del propio autor sobre el biopoder, anejadas a matizaciones, interpretaciones y aclaraciones divergentes. Una definición tardía, sobre la cual trabajaré, es la siguiente: «[...] el conjunto de mecanismos por medio de los cuales aquello que, en la especie humana, constituye sus rasgos biológicos fundamentales, podrá ser parte de una política, una estrategia política, una estrategia general del poder [...] Esto es, en líneas generales, lo que llamo, lo que he llamado biopoder» (Foucault 2008: 13). Atendiendo, pues, a esta definición, a efectos de mi trabajo consideraré el biopoder como un conjunto de mecanismos (un ejemplo de ello sería el dispositivo de seguridad), y biopolítica como esa estrategia política general del poder.

A continuación, en el siguiente epígrafe, voy a estudiar cuál ha sido el discurso normativo y judicial sobre la sexualidad en el contexto español de las últimas décadas. Para realizarlo he rescatado, entre otras cuestiones, el concepto de análisis del discurso desde un enfoque conflictual, de campo de batalla, propio de los trabajos del francés. Para Foucault, el derecho tenía una naturaleza instrumental: «Las prácticas judiciales [...] son algunas de las formas empleadas por nuestra sociedad para definir tipos de subjetividad, formas de saber y, en consecuencia, relaciones entre el hombre y la verdad» (Foucault 1992: 15). Como se verá en los siguientes epígrafes, un análisis del discurso jurídico siguiendo este enfoque nos mostrará las interrelaciones con diferentes saberes (como el discurso médico descrito en el epígrafe 2.1), y una visión de su materialización en el día a día de la persona común.

---

9 Por ejemplo, teorías post-marxistas como el marco desarrollado por Hardt y Negri, u otros enfoques como los de Rabinow y Rose. Para ahondar en un esquemático repaso de esta cuestión, véase VILA VIÑAS, D. *La gobernabilidad más allá de Foucault...cit.*, pp.82-85

### 3. ANÁLISIS DEL DISCURSO NORMATIVO Y JUDICIAL SOBRE LA SEXUALIDAD

#### 3.1 ANÁLISIS DEL DISCURSO NORMATIVO ACTUAL.

##### 3.1.1 ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN DEL DISCURSO NORMATIVO.

El análisis del discurso normativo, por motivos de extensión, se centrará en el estudio de la legislación estatal, dejando de lado las leyes autonómicas. En todo caso, para analizar el actual marco normativo que afecta al colectivo «*trans*», resulta importante analizar la legislación franquista, pues el proceso de incorporación de los derechos siempre tuvo que lidiar con la fricción frente al marco heredado.

Un primer acercamiento general, según el juego de los diagramas de poder de la obra de Foucault, podría ser la afirmación de que la España franquista estaría en una configuración *sui generis*. A mi modo de ver, de una preponderancia de racionalidad del Estado<sup>10</sup> reglamentario y policía inicial, con un exacerbado papel de los dispositivos disciplinarios (ejemplo de escenificación grosera fue la asignatura «Formación del espíritu nacional» en la escuela) se fue asentando, con la llegada de los tecnócratas al poder, una suerte de razón gubernamental liberal, proliferando mecanismos de regulación, principalmente en el área económica, con correa corta. Seguía siendo una manera de gobernar controlada, proyectada con precaución, con diversos resortes para desactivar cuestiones relevantes en relación a los discursos dominantes esenciales del régimen: el político y religioso, hermanados en un juego de legitimación y superlegitimación perpetuo con ecos del poder pastoral.

El discurso jurídico estaba perfectamente sincronizado con el régimen dictatorial de fanfarria fascista y católica; en relación al marco jurídico que rige la sexualidad, existía más cercanía con la moral victoriana que describe Foucault, a modo

---

10 Remitiendo a los análisis de Foucault en *Seguridad, Territorio...cit.*, que he mencionado en el apartado 2.2.3 del artículo, referidos a la instauración de la razón de Estado, puede resultar esclarecedor el orden en el que se configura el Código Penal de 1973, con todos los delitos que atacan directamente al Estado encabzando el articulado de los preceptos sancionadores (traición, contra el jefe de Estado, derecho de gentes...).

de ejemplo (Foucault 1987: 9-20), que con la producción de saberes médicos que se desarrollaba internacionalmente<sup>11</sup>. Más que esa fórmula simbiótica entre los discursos médicos y jurídicos que posteriormente se pondría en práctica, predominaba un discurso religioso que expulsaba todas las «abominaciones» que se hallaran fuera del modelo de familia nacional-católico<sup>12</sup>.

Al entender de Foucault, la institución familiar es considerada como uno de los elementos instrumentales de más trascendencia en la formación de la biopolítica, tratándose de un segmento privilegiado, puesto que todas las regulaciones en materia de « [...] conducta sexual, demografía, cantidad de hijos, consumo, habrá[n] que pasar por ella.» (Foucault 2008: 112). Esta institución en Foucault asume un papel primordial, un espacio productor de discursos de sexualidad (Foucault 1987: 29) que ejerce funciones de vigilancia, regulación y sanción<sup>13</sup>.

En el régimen franquista, la familia católica es protegida de forma acorde a su papel en el despliegue del poder, provocando reminiscencias de los modelos de gobernanza del Estado basados en el gobierno de las familias que habían sido desplazados con la ciencia política. A modo de ejemplo, el homicidio de algún miembro de la familia nuclear<sup>14</sup> tiene la pena máxima (reclusión mayor a pena muerte) frente al homicidio de cualquier otra persona fuera de este ámbito<sup>15</sup>. La figura del parricida emerge en el discurso jurídico como el criminal más despreciable, ya sea en la esfera del *paterfamilias* o del *pater patriae*.

---

11 Me remito al punto 2.1 de este trabajo.

12 Para un tratamiento del Derecho de Familia en el régimen franquista en profundidad, me remito al capítulo escrito por PICONÓ NOVALES, T, «Family Law and Family Policy in Spain», en Mavis Maclean and J.Kurczewski (eds) *Family Law and Family Policy in the New Europe*, Dartmouth Publishing/Oñati International Series in Law and Society, 1997, pp. 109-127

13 Resulta interesante cómo se interpone una excepción a la agravante de lesiones contra un miembro de su familia en el artículo 420.4º del Código Penal de 1973: la del padre que cause al hijo lesión tipificada, al excederse en su derecho de corrección. El suplicio de los cuerpos, integrado en las funciones disciplinarias de la familia. Sobre esta cuestión, para un estudio en más profundidad, recomiendo la lectura de DONZELOT, J. *La policía de las familias*, 1ª ed., Nueva Visión, Buenos Aires, 2008, pp. 107-108

14 «El que matare a su padre, madre o hijo, o a cualquiera otro de sus ascendientes o descendientes legítimos o ilegítimos, o a su cónyuge [...]»

15 Artículo 405 del Código Penal.

En este contexto, a la transexualidad el régimen franquista le muestra el perfil más descarnado de los dispositivos disciplinarios: la prisión. En el artículo 418 del Código Penal de 1973 se enuncia una pena de reclusión menor para el que «castrare o esterilizare» pese al consentimiento: una duración entre doce años y un día a veinte años. La cirugía de reasignación de sexo estuvo penalizada en España hasta 1983; el ordenamiento civil, siempre a la zaga, no iba a proporcionar un marco más favorable. En la Ley de Registro Civil de 1957 se estableció una apertura legal para la rectificación de una inscripción registral respecto al sexo; sin embargo, la ocasión de enmienda sobre una hipotética equivocación del sexo parece estar más relacionada con los casos de intersexualidad que con los de transexualidad o transgenerismo: «La indicación equivocada del sexo cuando igualmente no haya duda sobre la identidad del nacido por las demás circunstancias<sup>16</sup>». También existe otro apartado relacionado en el artículo 54, donde se muestra el siguiente enunciado: «quedan prohibidos los nombres extravagantes, impropios de personas, irreverentes o subversivos [...]». En esta descripción indeterminada se materializa la correspondencia entre el sexo biológico y el nombre, aunque resulta curioso que sea una reforma del artículo ya durante democracia (aprobada en la ley 20/1994 del 6 de julio) la que, al hacer desaparecer esta indeterminación en pos de la seguridad jurídica, restringe de manera más manifiesta contra el colectivo «*trans*»: la prohibición de los nombres que « [...] que induzcan en su conjunto a error en cuanto a sexo».

Podemos ver en esta legislación un derecho que se adapta ergonómicamente al discurso biopolítico tradicional. Para empezar, un único sexo verdadero, determinado por un saber médico que es el capacitado para, expediente gubernativo mediante, dar o reasignar el sexo de la persona. Puede haber cometido un error inicial, pero existe un conocimiento perfectamente inteligible al que acudir, de forma que «no haya duda» sobre la identidad sexual de alguien. La enunciación encriptada mantiene un hecho crucial: no existe una autonomía o libertad del individuo para definir su identidad, sino que viene dada por unas características objetivizadas, naturales, ajenas al sujeto. Este ejercicio de normalización se ejerce no solamente en lo físico, sino en lo psicológico y social: el nombre debe de adecuarse a lo que la voz experta decida.

---

16 Artículo 93.2 de Ley de 8 de junio de 1957 sobre Registro Civil, publicado en BOE núm.151, de 10/06/1957



En el discurso jurídico no se pronuncia en ningún caso a los colectivos afectados. Ni en la ley del Registro Civil (uno debe de elucubrar que esa descripción oscurantista se refiere a casos de intersexualidad), ni, por supuesto, en el Código Penal. Lo que se castiga no es una cirugía de reasignación, ni siquiera un tratamiento médico: es la castración, el efecto indirecto de ésta. No hay cabida en el discurso, nada sobre ello en la literalidad de la ley. Contrasta con la orientación sexual, la cual sí que es explícitamente condenada: «los que realicen actos de homosexualidad», según el artículo 2 de la Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social. Sin duda, el discurso jurídico tiene más facilidades para aprehender conductas («los actos de homosexualidad») que identidades. Lo que difiere el pecado de la blasfemia, el acto castigable del acto innombrable<sup>17</sup>.

### 3.1.2 DISCURSO NORMATIVO ACTUAL.

Con la llegada de la democracia y el cambio de régimen, comenzó un proceso de secularización del derecho, acorde al carácter aconfesional que dota al ordenamiento jurídico el artículo 16 de la Constitución. Fruto de estas urgencias de renovación del marco legislativo es la reforma de 1983 del Código Penal. Entre una batería de cambios reclamando formas actualizadas por el arcaísmo de los preceptos, se introdujo en el artículo 428 una exención de la responsabilidad penal en casos de cirugía transexual realizados por facultativo. Este cambio no se produjo por un interés específico por la situación de este colectivo, sino que estaba impregnado del ánimo reformista antes mencionado. En la exposición de motivos se alude a una aclaración -transitoria hasta el próximo código- del contradictorio asunto del consentimiento en las lesiones. Es por ello que la cirugía transexual aparecía en el último lugar en la enumeración de situaciones, más o menos comunes, de la práctica quirúrgica: el trasplante de órganos y la esterilización. Sin embargo, ya se nota de manera directa el cambio en el discurso con la exención de responsabilidad penal, puesto que en ella se explicita el término de cirugía transexual. De esta manera, entra en la ley esta realidad,

---

<sup>17</sup> Aparte de la Ley 16/1970 de Peligrosidad y rehabilitación social, interesa también tomar en consideración la Ley de Vagos y Maleantes, reformada durante el franquismo en 1954. Este tema, que rezuma de un interés innegable, se escapa del ámbito de mi trabajo; para acudir a un análisis en profundidad, recomiendo la lectura de LAMO DE ESPINOSA, E. *Delitos sin víctima : orden social y ambivalencia moral*, 1ª edición, Alianza, Madrid, 1993.

aunque sea de manera sutil, para salir al paso de la estrechez objetiva de la tipificación. Esta eximente se trasladó al Código Penal de 1995 en su artículo 156, con prácticamente idéntica redacción.

Tras la despenalización de la transexualidad, la cuestión «*trans*» nunca llega a estar de manera notable en la agenda pública, asumiendo la jurisprudencia el papel engrasador necesario para ajustar el ordenamiento ante los cambios sociales imperantes. Tendrían que pasar 13 años hasta que se produjera un cambio de calado en el discurso jurídico sobre esta cuestión<sup>18</sup>. El día 16 de marzo de 2007 salió publicado el BOE con la Ley 3/2007, reformadora del artículo 54 de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957, en su disposición final segunda. Se trata de una ley corta, con 7 artículos únicamente, donde se modifican los principales obstáculos que la ley del Registro Civil interpone: el cambio de la inscripción relativa al sexo por motivos sobrevenidos y el cambio de nombre para que se adecue a ese sexo.

Ya en su exposición de motivos, destaca el gesto de genuflexión que el discurso jurídico realiza ante sus «homólogos» médico-psiquiátricos. La transexualidad es una cuestión «ampliamente estudiada ya por la medicina y por la psicología», con una definición clara: un «cambio de la identidad de género». El legislador parece adelantar que esta ley sólo se va a limitar a implantar lo que, con la experiencia resultante de los años, ha sido estudiado y determinado por la medicina y la psicología. Un aviso del desarrollo futuro en el que se entremezclará el discurso médico con el jurídico.

La transexualidad es considerada como «un cambio de la identidad de género». Esta articulación parece beber directamente de la literatura de Stoller y Greenson, ya mencionada brevemente en el epígrafe 2.1, donde la identidad de género se basaba en el sentido subjetivo que se da por el hecho de pertenecer a un sexo particular. Alegando los principios constitucionales del libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de las personas, esta ley recoge la oportunidad de enmienda para aquellos a los que «no se corresponde[n] con el sexo con el que inicialmente fueron inscrito». Seguimos sin

---

18 Obvio la Ley 13/2005, por la que se aprobó el matrimonio entre personas del mismo sexo, por las razones esgrimidas en el final del apartado 2.1 de este trabajo. Sin duda, la reforma del matrimonio afectó en gran medida en el día a día de gran parte del colectivo «*trans*», pero es una ley con un objetivo más amplio, conectada de manera más clara con la orientación sexual (y así fue publicitada en el discurso público). En definitiva, una temática que he decidido no tratar en el trabajo por los motivos esgrimidos.

hablar de sexo, sino de un cambio de género. La defensa del sexo único, verdadero, se mantiene tan persistente como en la tragedia de Herculine Barbin (Foucault 1985: 9). Como apunta García López, esta ley lo que hace es «conservar, proteger e inmunizar el sistema jurídico que impone la dualidad de sexos: el transexual debe adaptar su morfología física, psicológica y social a uno de los dos únicos sexos (García López 2015: 406).

Entrando directamente en la redacción de su articulado, en su primer artículo, referido a la legitimación, la restringe a la persona española, mayor de edad y con capacidad suficiente para ello. En relación al requisito de mayoría de edad, es preciso comentar que el Tribunal Supremo ha planteado una cuestión de constitucionalidad sobre este artículo, dado que parece entender que esa restricción vulnera los derechos fundamentales de los menores de edad (el libre desarrollo de la persona y la dignidad, que aparecen en la exposición de motivos). También nos encontraríamos con la paradoja de que, según la Ley de Autonomía del Paciente, pudiese un juez autorizar una operación quirúrgica de cambio de sexo a un menor de edad pero no cambiar el sexo registral (García López 2015: 407)

En ese mismo artículo se mantiene la misma obligación de concordancia entre nombre y sexo. El cambio de sexo registral conlleva la obligación del «cambio del nombre propio de la persona, a efectos de que no resulte discordante con su sexo registral.» Prosigue la fijación del binarismo de género, esa obsesión por mantener la adecuación de sexo/género bajo el pretexto de evitar errores y confusiones en la persona<sup>19</sup>. Queda claro que con esta situación se manifiesta una clara marginación a parte del colectivo «*trans*» que no necesita estar identificado con estas restricciones binarias, imponiéndole el cambio de su nombre de nacimiento.

Que esta ley está orientada hacia la transexualidad, olvidando al resto del colectivo «*trans*», parecía claro con esta redacción. Sin embargo, con los requisitos para el procedimiento, la situación se torna grotesca. Para acceder a la rectificación registral, se debe acreditar dos hechos: el diagnóstico de la disforia de género (definida en la ley con los términos empleados por Fisk y comentados en el apartado 2.1.2) sin que exista otro trastorno que haya podido influir en el primer diagnóstico, y el informe

---

19 Artículo 51 de la Ley del Registro civil: «No podrán imponerse nombres [...] que hagan confusa la identificación [...]»

médico que asegure «que ha sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado». La ley hace referencia explícita a la facturación de estos informes por médicos y psicólogos, teniendo una naturaleza supralegal que los convierte en discursos con un *status* privilegiado de verdad (García López 2015: 408). El informe médico adquiere el privilegio de verdad dentro del derecho *per se*, algo inherente a su condición de discurso científico. Resuena la imagen de la sustitución del juez por el médico-psicólogo, blandiendo el DSM<sup>20</sup> en analogía a cualquier otro código normativo de derecho. El DSM, cuya última versión es la que trata sobre el diagnóstico (aquí exigido) de la disforia de género, comparte elementos que refuerzan esta recreación: se encarga de unos síntomas envasados al vacío, unas prescripciones directivas frías que obvian cualquier efecto de la sociedad o la cultura.

Este camino tortuoso, de al menos 2 años de duración, tiene dos paradas, dos altares donde la persona transexual debe de arrodillarse: ante el saber médico, primero, y el saber jurídico, después.

El primer paso que prescribe la ley es un dispositivo disciplinario clásico: el examen. El sujeto debe acudir ante el médico y ser objeto de un examen médico-psiquiátrico. Para Foucault, este dispositivo se trata de una «mirada normalizadora, una vigilancia que permite calificar, clasificar y castigar. Establece sobre los individuos una visibilidad a través de la cual se los diferencia y se los sanciona» (Foucault 1990: 171). Todo esto se cumple cuando la persona «*trans*» se somete a las sesiones del psicólogo clínico, quien debe de diagnosticar a la persona como trastornada por la disforia de género. En este informe, ceremonioso ritual del poder, se establece la verdad, se determina la norma y su desviación, se estipula su corrección-sanción. Aquí saltamos al punto b del artículo 4.1 de la ley, donde se impone la pena: el tratamiento médico durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado. El bisturí, la hormona, el diván; las vías para la subsanación de la anormalidad.

Tras el examen médico, le sigue una técnica fetiche en la obra de Foucault: la confesión. Este dispositivo es mostrado como elemento productor de discursos de

---

20 Me remito, tanto respecto al Manual de diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales, como respecto a la disforia de género, al epígrafe 2.1.

verdad, y en especial, sobre el sexo: «la confesión fue y sigue siendo hoy la matriz general que rige la producción del discurso verídico sobre el sexo» (Foucault 1987: 39) La confesión, que protagoniza muchas de las páginas del primer volumen de *Histoire de la Sexualité*, tiene un cierto rastro de polémica dado los diferentes matices que el autor introdujo en la evolución de su obra. En su primer trabajo, la confesión era la manera en la que el discurso verídico, el discurso de la autoridad del Registro Civil en nuestro caso, nos sometía a su poder y control. Sin embargo, ya en las obras de su tercera etapa, cuando su objeto analítico se focalizó más en el sujeto, parece retractarse y limar las interpretaciones más represivas acerca de la confesión. Más que enmudecer el yo, la confesión, el discurso que es producido por ésta, constituye al sujeto, con la labor asistencial del otro (Butler 2006: 231).

Judith Butler, que analizó el papel de la confesión en la obra de Foucault, le añadió al análisis original un factor especial: la culpabilidad que viene adherida a todo ritual de esta categoría. En este sentido, Butler considera que se trata de una «forma de castigo físico que preexiste al acto y a su confesión, y que se acrecienta al convertirse en la proyección de la amenaza del juicio que se plantea el analista» (Butler 2006: 242). En los casos aquí tratados, donde se confiesan actos de autoexpresión o de autonomía para forjar la propia identidad del sujeto, lo que se propaga es una silenciosa penitencia, el terror a que se materialice el castigo indeterminado, a que el cuerpo sea rechazado.

Respecto a la enunciación de la ley, García López parece tomar una postura sintética: «El sujeto no existe hasta el momento de la confesión: no hay transexual antes de confesar su anomalía anatómico-jurídica». Es decir, la verdad del sujeto, su identidad, no reside en él, sino que se encuentra «incompleta, ciega ante sí misma dentro del que habla, sólo puede completarse en aquel que la recoge « [...] El que escucha no será sólo el dueño del perdón, el juez que condena o absuelve; será el dueño de la verdad» (García López 2015: 410)

El encargado del Registro Civil<sup>21</sup>, tras oír la confesión refrendada por los consabidos exámenes médicos, es el que determinará la verdad, el que está en posesión de ella. Se transmuta en un sacerdote que, tras escuchar el secreto y comprobar la penitencia (con respecto a la cual, el legislador, en su infinita magnanimidad, ofrece la

---

21 El artículo 3 de la Ley 3/2007 declara que la autoridad competente es el encargado del Registro Civil del domicilio del demandante.

opción de elegir entre tratamiento quirúrgico o endocrino) decide dar la absolución y proporcionar esta nueva identidad. Una persona completamente nueva nace; de la anterior no queda ni siquiera el nombre de nacimiento como recuerdo.

Esta ceremonia no termina aquí. El hecho de que se produzca la ficción legal de la persona nueva no «mata» completamente a la anterior, puesto que no se alteran «la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción en el cambio registral». Esto puede llevar a que, en determinadas situaciones, como en una sucesión, convivan los dos géneros, tal y como apunta García López (García López 2015: 412).

Una vez terminado este breve análisis del discurso normativo, me centraré en examinar en el siguiente epígrafe el discurso judicial, incluyendo la jurisprudencia española y europea.

## 3.2 DISCURSO JUDICIAL

### 3.2.1 JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA.

La evolución del discurso judicial ante la cuestión «*trans*» ha sido de especial importancia, debido al vacío legislativo que no se llenó hasta la ley 3/2007. Esta atonía del legislador dejó en las manos de la jurisprudencia la labor de conjugar los derechos fundamentales con las restricciones y zancadillas de la ley. En primer lugar se van a estudiar, por su relevancia y suposición de cambio de paradigma en el tratamiento jurídico y reconocimiento de la realidad del sujeto transexual, dos sentencias: la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1987, (STS 4665/1987), y la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1989 (STS 1564/1989)

Anteriormente había habido varios casos judiciales, a los que la misma sentencia de 1987 hace referencia, con sentencias en la primera instancia. Entre otras, las sentencias del Juzgado nº1 de Sevilla de 8 de noviembre de 1976 o del Juzgado nº3 de Málaga de 29 de septiembre de 1979. Todas las sentencias compartían el hecho de no haber llegado a casación. En algún caso se había legalizado, de facto, la transexualidad por la falta de impugnación del Ministerio Fiscal. Consciente de la realidad social a la que el legislador no había dado respuesta, y de la falta de unificación de las sentencias, dando respuesta a situaciones análogas de maneras

divergentes o incluso contradictorias, el Tribunal Supremo, en su sentencia 4665/1987, la encaró con el ánimo trascendental que se le supone. Es decir, dar una respuesta del derecho definitiva para los colectivos afectados.

El objeto de la demanda inicial, de carácter declarativo, fue el cambio de sexo registral de una mujer nacida hombre, natural de Gran Canarias. Para apoyar este cambio de sexo sobrevenido se aportaron una batería de pruebas, todas ellas prestadas del ámbito médico: informe de ginecólogo que da fe de la operación de reasignación de sexo a la que fue sometida en el extranjero; certificado de psicóloga sosteniendo la sujeción al rol sexo-afectivo femenino desde su infancia; declaración reglada de psiquiatra donde consta el pleno uso de las facultades mentales. La demandante es exhaustiva, retorciendo casi hasta el máximo la aportación de pruebas. Estas precauciones, seguidas de los actos que se desencadenarían a *posteriori*, son un claro indicio del procedimiento hercúleo frente al cual se debían enfrentar las personas de estos colectivos. Y es que, a pesar del asombro que nos pueda producir, casi 30 años vista, del uso extenuante de la prueba para un juicio declarativo de estas características, la historia procesal nos contextualiza de golpe: el Ministerio Fiscal, en la contestación, reniega de la autenticidad de la totalidad de ellas: parece asumir que, habiendo nacido varón, morirá varón. Todos los demás factores son banales en comparación al inmutable y verdadero sexo cromosómico. Aunque la sentencia de primera instancia es favorable a las tesis del cambio registral, el posterior recurso en la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Las Palmas apoya al Ministerio Fiscal: esas pruebas no pueden determinar que esa persona haya dejado de tener sexo masculino.

Resulta interesante como, en este punto, tanto el Ministerio Fiscal como la Audiencia Territorial de Las Palmas no valoran la prolijidad del acto probatorio, ni cuantifica sus efectos. Simplemente, señalan que las pruebas no son *relevantes*, que carecen de validez para determinar un cambio de sexo; no dudan sobre la veracidad o falsedad del certificado de la psicóloga o sobre su contenido, sino que someten ese régimen de veridicción al hecho de que una psicóloga, una disciplina sanitaria, un discurso médico, pueda dictaminar sobre este asunto.

Desde este punto de vista nos encontramos ante una situación de lucha de discursos entre el discurso religioso tradicional y los nuevos aires del discurso médico contemporáneo. Esta percepción es apoyada también en el motivo de casación, aludiéndose a una mala apreciación de la prueba, puesto que se ha basado en prejuicios

morales en vez de atender a la clarividencia de los informes. Según el recurso de casación: «Entendemos que el Tribunal debe aceptar las conclusiones que los técnicos y peritos le han proporcionado, no siendo legal contradecirlas por prejuicios y repugnancias sin fundamento, ya que se trata de un hecho cuyo esclarecimiento corresponde a la técnica».

Esta argumentación en el *petitum* resulta esclarecedora de la relación jerarquizante de los distintos saberes que el abogado considera como algo notorio y fundamentado, con suficiente sustancia como para aparecer en el recurso. Se apunta hacia lo que García López resume de la siguiente manera: «El juez se convierte en un mero glosador del saber médico contenido en el informe: podrá determinar los derechos del transexual, pero en ningún caso podrá variar la definición que de este ha dado la medicina.» (García López 2015: 403)

Ante esto, el Tribunal Supremo hace una interpretación de la condición de la transexualidad como la de una ficción jurídica. Es verdad que el varón, tras la operación, no es una mujer *stricto sensu*; pero «se le ha de tener por tal por haber dejado de ser varón por extirpación y supresión de los caracteres primarios y secundarios y presentar unos órganos sexuales similares a los femeninos y caracterologías psíquica y emocional propias de este sexo». El argumento del Tribunal se ancla en criterios estrictamente biológicos y genitalistas. Del varón a la hembra no existe transición; la medicina dictó sentencia sobre las variables definitorias, y el derecho debe de respetar su autoridad. Si aprueba este cambio de sexo registral es porque considera que es inevitable enfrentarse a cambios morfológicos como los que concurren en la persona transexual. Esta posición especial la resuelve por medio de la ficción jurídica, haciendo pasar a esta persona por el sexo de su apariencia aunque con límites a efectos legales, como el matrimonio.

Caben dos ideas interesantes sobre este razonamiento. La primera, que al negar cualquier cambio esencial, se centra en la estética: los caracteres propios de cada sexo, el rol sexual y emocional, incluso el «tono y contenido de la conversación», considerados como hechos probados de la feminidad del recurrente. La segunda es la manera en la que aborda el argumento de la ficción: si tomamos sus premisas deterministas sobre el binarismo sexual, y entendemos su visión de que la persona con unos cambios morfológicos y estéticos no se le puede adscribir a ninguno de estas dos categorías, ¿podría esta construcción discursiva quimérica, en vez de limitarse al



dualismo varón/hembra, convertirse en la fundamentación jurídica de un tercer sexo? Puede haber una cierta reflexión interna dentro del Tribunal sobre esta última cuestión. En la segunda sentencia que voy a tratar, la dictada el 3 de marzo de 1989 del Tribunal Supremo (STS 1564/1989), a la hora de valorar los parámetros para incluir a las personas transexuales, afirma de forma explícita que el ordenamiento jurídico sólo reconoce dos, añadiendo la coletilla «*tercium non licet*».

Esta misma sentencia, aun siguiendo con la doctrina de la ficción jurídica, presenta un cambio de sensibilidad en la ponderación de los rasgos a valorar para adscribir a la persona en los géneros masculino y femenino: el sexo psicológico. El Tribunal considera que antes que acudir a criterios fenotípicos, debemos considerar que son los factores psíquicos «los más nobles e importantes de la persona». La fundamentación es jurídica, enmarcada en el artículo 10 de la Constitución sobre el libre desarrollo de la personalidad. Aparece aquí, 18 años antes de la ley de identidad de género, la primera referencia al discurso médico sobre la cuestión «*trans*» descrita en el epígrafe 2.1 de este trabajo. Si en la primera sentencia de 1987 parece dar primacía a las cuestiones de la cirugía plástica, reduciendo la problemática de la transexualidad a los avances quirúrgicos, en este segundo caso, con la configuración del «sexo psicológico», se nos muestra una percepción más cercana a la distinción entre sexo/género de Stoller y Greenson.

La jurisprudencia se mantuvo bajo este nuevo principio de sexo psicológico, desechando esa necesidad de cirugía y otras operaciones médicas, hasta la promulgación de la ley de Identidad de Género en 2007.

Por último, en el subepígrafe siguiente me detendré a analizar, de manera análoga al actual, dos sentencias referidas a la persona «*trans*» en el contexto de la jurisprudencia europea. El cambio de paradigma que supuso cada una de ellas, así como el dilatado periodo de tiempo entre una y otra, es de mayor trascendencia que en el ámbito español.

### 3.2.2 JURISPRUDENCIA EUROPEA.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha espoleado y avivado cuestiones polémicas relacionadas con el colectivo LGTBQ, con espíritu vanguardista respecto

legislación de diversos países. Aunque en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) no se reconocen derechos específicos a la sexualidad o al poder de autodefinición del individuo respecto a ésta, Estrasburgo ha utilizado diversos artículos para contribuir a la protección de estos colectivos, como el artículo 8 (respeto a la vida privada y familiar) o la prohibición general de toda discriminación (art.14) (Manzano Barragán 2012: 51)

Las primera sentencia respecto a la cuestión «*trans*» fue *Rees contra Reino Unido* en 1986, sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictada el 17 de octubre de 1986 (Solicitud núm. 9532/81). En este caso, un ciudadano británico nacido mujer requiere el cambio del sexo registral en su acta de nacimiento. Se dan las circunstancias de que el derecho interno inglés es mucho más laxo que el español en cuestiones civiles: el señor Rees pudo cambiar de nombre, recibir documentos de identidad oficiales como el pasaporte con la abreviatura de varón, su tratamiento quirúrgico de reasignación de sexo fue costado por el Servicio Nacional de Salud en 1974. Sin embargo, aún quedaba un elemento que lastraba al señor Rees: el acta de nacimiento, desprendiéndose de ello numerosas consecuencias: imposibilidad de matrimonio, edad de jubilación conforme a su sexo masculino, posibilidad de trabajo en puestos reservados sólo para hombres, etc. (Fernando Sánchez 1988-1989: 80).

El gobierno británico declara que ya ha dado suficiente reconocimiento al señor Rees, y que un cambio como el solicitado afectaría al orden público y al interés general. Esgrime para ello dos posiciones muy jugosas desde el punto de vista desarrollado en este trabajo: la relación de ese acta de nacimiento en temas relacionados con la sucesión, la legitimidad y el reparto de la propiedad, así como el acervo estadístico de la población y su crecimiento, investigación médica, fertilidad y similares<sup>22</sup>. Resulta casi redundante comentar, desde la perspectiva foucaultiana, una argumentación tan explícita y honesta como la alegada por el gobierno británico sobre la biopolítica: la especial protección de los mecanismos de seguridad proyectados hacia el gobierno de poblaciones (nutridos por estadísticas de población y fecundidad) y de fundamentos del modelo económico capitalista (la transmisión del capital). Es decir, el interés general como sinónimo de interés del biopoder.

---

22 Informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos, adoptado el 12 de diciembre de 1984, p.11.

Pese a que la Comisión se mostró favorable a los argumentos del señor Rees, el Tribunal dictaminó que debía rechazar la solicitud. Los motivos esgrimidos partían de una base conceptual: el artículo 8 de CEDH al que se aludía se centra en la no injerencia de los Estados en la vida privada, algo que no entiende que se produzca con el acta de registro de nacimiento. Además, la pretensión está enfocada más que en una obligación de no hacer, en una proyección activa hacia un cambio: la modificación del sistema de registro de las actas. Este requerimiento activo suele estar asociado a problemáticas donde los Estados tienen un margen de apreciación superior. La falta de consentimiento o de una postura única y clara entre los ordenamientos jurídicos, así como entre la comunidad científica, es el motivo rector por el que el Tribunal desestima estos cambios (Manzano Barragán 2012: 69).

Por tanto, resulta interesante que la postura del Tribunal, aun conociendo de la trascendencia de su decisión y asegurando la concienciación de los miembros del Tribunal con la problemática «*trans*», se refugia en cuestiones formalistas. Más grave aún, cuando esta postura jurisprudencial estaba siendo apartada en favor de una nueva concepción del margen de discrecionalidad ligado a la supervisión europea; muestra de ello son sentencias como el caso *Handyside*, de 7 de diciembre de 1976, o el caso *Irlanda contra Reino Unido* de 18 de enero de 1978 (Fernández Sánchez 1988-1989: 93). En cuanto a la posible violación del derecho a contraer matrimonio, recogida en el artículo 12 del CEDH, sí que entra en el fondo. Aduce que la literalidad del precepto protege el matrimonio tradicional, entre dos personas de distinto sexo biológico, como fundamento de la familia (Elósegui Itxaso 1999: 223). De esta forma mantiene el cordón sanitario frente a la institución familiar, ese segmento privilegiado en la estrategia biopolítica, al erigir el matrimonio como un instrumento reproductivo y no como expresión o realización personal.

En definitiva, esta sentencia dejó en su momento un sabor de ocasión perdida para asentar un discurso nuevo e integrador, operante a nivel supraestatal. No tanto por el hecho de que falle a favor o en contra de la persona «*trans*», sino porque sus sentencias son cautelosas, ya que no contienen una interpretación dinámica del Convenio frente a la actuación de los Estados. Un ejemplo de ello sería el caso *Botella contra Francia* de 25 de mayo de 1992, donde fallaría contra el Estado francés sin cambiar su jurisprudencia anterior al advertir el trato opresivo y violento del derecho francés frente a la persona que ha tenido cirugía de reasignación de sexo (Elósegui

Itxaso 1999: 29-33). Sería con los casos de *Goodwin contra Reino Unido* e *I. contra Reino Unido*, ambos en 2002 (Manzano Barragán 2012: 69), cuando asume plenamente esta responsabilidad.

Tanto en el caso *Goodwin* como en el caso *I.* se cambia la orientación, postulándose una mayor atención hacia las discriminaciones sufridas en el día a día. Hay un cambio claro en la pretensión de los demandantes, donde se hace hincapié en problemas comunes como los relacionados con el entorno laboral, la cotización de Seguridad Social y cobro de pensiones. Ejemplo de ello es el importante papel que juega el certificado de nacimiento, de valor denigratorio -algo que en la anterior sentencia se había relativizado- dado que era un requisito imprescindible a la hora de una hipotética aplicación de estudios o trabajo.

En estas sentencias, el tribunal rompe con su postura anterior, pues entendió que los obstáculos gravosos que se les imponía a las personas transexuales eran tan perniciosos que superaban los supuestos intereses generales. Pese a existir el mismo grado de disenso sobre la cuestión “*trans*” entre los Estados miembros, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tomó una postura proactiva y progresista, convirtiéndose en paladín de la causa «*trans*».

Entrando en el análisis de la sentencia, el Tribunal, partiendo del artículo 8 del Convenio de Derechos Humanos, de respeto a la vida privada, optó por una interpretación dinámica, haciendo un estudio de derecho comparado no sólo circunscrito al ámbito europeo, sino enfocado internacionalmente, con legislaciones de Israel, Canadá, Australia y Nueva Zelanda<sup>23</sup>. En esta argumentación se apoyó en una tendencia internacional, apuntando que se estaba consolidando un consenso sobre el respeto a los derechos del colectivo «*trans*». Vemos aquí un cambio paradigmático entre la anterior jurisprudencia, de carácter conservador, ante una nueva que opta por el cambio, por el análisis de tendencias internacionales en la materia. Esto se muestra de manera descarnada cuando el Tribunal interpretó varios argumentos *contrario sensu* a sus postulados pretéritos. Por ejemplo, el brío proactivo con el que reinterpreta el artículo 8 del Convenio de Derechos Humanos no como una obligación negativa de no injerencia de los Estados, sino como obligación positiva de establecer un marco legal que proteja este derecho. También, más a modo de anécdota, el hecho de que ahora

---

23 *Ibidem.*, *cit.*, p.70.

asuma un argumento que planteó la Comisión Europea en el caso *Rees contra Reino Unido*, bajo el cual se apuntaba hacia una cierta esquizofrenia en el ordenamiento inglés que permite el pago de la operación de reasignación de sexo pero no el poder tener sus efectos jurídicos.

Con base a esta sentencia se consolidó el concepto de «autonomía personal», en el cual se abrazaba la idea de que cada individuo era libre de modelar su identidad, incluyendo su sexualidad (Manzano Barragán 2012: 73). También propuso, prosiguiendo con el brío iconoclasta, el derecho a contraer matrimonio, recogido en el artículo 12 de la Convención. Para este derecho, el Tribunal determina que el sexo no se puede determinar exclusivamente por criterios biológicos (Sanz-Caballero 2014: 847), aireando de manera inesperada un concepto que olía a cerrado. Posteriormente, juega con la literalidad de la ley para justificar que el derecho al matrimonio recogido en la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea intencionadamente no hacía referencia a hombre y mujer.

### 3.2.3 CONTRASTE DE JURISPRUDENCIAS.

Se perciben claramente las diferencias, tanto conceptuales como de tiempo, entre la jurisprudencia española y la europea. El Tribunal Supremo dio una respuesta paralela en el tiempo al caso *Rees contra Reino Unido*, resolviendo a favor de los cambios en el registro civil con una apología de la ficción jurídica<sup>24</sup>. De esta manera se dotó a los sujetos transexuales de unos derechos limitados, sin caer en principios inamovibles del sistema jurídico-moral como el matrimonio. Ante el caso *Rees*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos trazó unas líneas parecidas: el matrimonio no podía ser permitido, mientras que otras cuestiones consideraba que estaban dentro del margen de apreciación de los Estados. Ciertamente es que la legislación inglesa era mucho más flexible que la española en esta cuestión; ante casos más abusivos y opresivos, como el modelo francés, el Tribunal sí entró a supervisar ese margen de discrecionalidad.

---

<sup>24</sup> Me refiero a la sentencia 2 de julio de 1987.

Sin embargo, ya en la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1989 comienza a desarrollarse un atisbo de reconocimiento y apreciación de la realidad «*trans*». El concepto de «sexo psicológico» amplió el cambio de sexo a personas transgénero, no limitadas a la operación de reasignación de sexo. Sin renunciar a la importancia del discurso médico más fisiológico o biológico, elevó como elemento más noble la consciencia humana.

El proceso de profundización en la cuestión «*trans*» no llegó a la jurisprudencia europea hasta los casos Goodwin e I., donde implementó el concepto de «autonomía personal», con el que dio cobertura a un posible derecho subjetivo para modelar la propia identidad. De esta manera se produjo un cambio de paradigma: del amparo a las restricciones de los ordenamientos estatales a la apertura de un resquicio que pueda servir, mediante su desarrollo, a la constitución del reconocimiento de la libertad del individuo en este aspecto crucial de su personalidad.

Con estos antecedentes judiciales, resulta confuso, deprimente y extravagante la materialización que realiza el legislador español en la Ley 3/2007. No solamente esquivada la vanguardista jurisprudencia del TEDH; también supone un paso atrás respecto a los propios tribunales españoles. Un viaje en el tiempo a 1987 al exigir operaciones médicas de acomodación física al nuevo sexo, suponiendo marginación de gran parte de la comunidad «*trans*».

## 4. CONCLUSIONES.

La cuestión de la sexualidad lleva agitando la sociedad desde mediados del siglo pasado. Aunque es muy probable que estas subjetividades existieran desde tiempos remotos, la identidad sexual estuvo siempre oculta dentro de la más aprehensible orientación sexual. Los actos siempre han sido más fáciles de calibrar, medir, premiar o sancionar; las cuestiones sobre el ser, la comprensión del otro como sujeto y el insalvable vacío inherente por cuestiones ontológicas (¿cómo sentir lo que *el otro* siente?) ha ensombrecido estas cuestiones. Se necesitaba un nombre, un vocabulario, una terminología. En definitiva: un discurso.

Es lícito intuir que, mediante los avances de la medicina a mediados del siglo XX, en especial en el uso del bisturí y de la hormona, quedó desvelada la obligación a reconsiderar el estatus de los colectivos «*trans*». Existiendo la posibilidad técnica de mimetizar los rasgos que el discurso médico había establecido como descripciones *numerus clausus* del binarismo de sexo (siempre construido sobre la apariencia, ya sea a través de un examen externo como los genitales y caracteres secundarios o, ya con el impulso de la genética, con los cromosomas cuyo fenotipo coincidía con el exterior prescrito), se abrían diferentes cuestiones: la revaluación del *status* de la persona «*trans*», y su pertinencia de seguir adherida a la etiqueta del pervertido, del fetiche o de una variante de la homosexualidad. Estos cambios impactaron en el despliegue del poder. El discurso, su elemento legitimador, entraba en una fase de polémicas, de reajustes; ya sea en el ámbito médico, como en el jurídico.

En el campo legal, tras la despenalización de las operaciones de reasignación de sexo, el legislador únicamente ha enfocado la cuestión con una ley, que pese a su pomposo nombre (Ley 3/2007 de Identidad de Género), se nos muestra parcial, focalizado sólo en la transexualidad, insuficiente en su capacidad de aprehensión de la problemática «*trans*». Por su parte, la jurisprudencia del TEDH a partir de las sentencias de 11 de julio de 2002 mostraron las discriminaciones y obstáculos diarios de las personas de este colectivo, en ámbitos materiales que desbordan los efectos jurídicos del sexo registral, como el mundo del empleo, los procedimientos de reasignación de sexo a nivel sanitario y jurídico, o la legislación sobre crímenes de odio y discriminación tráfobica. Sin duda, se precisa de una legislación unificada y con carácter transversal en la materia.

La Ley 3/2007 nos muestra un procedimiento patologizador e infantilizador. Pese al apellido de la ley (Identidad de Género), la identificación no parte de la libre autonomía del sujeto, sino que éste es cosificado, analizado y examinado por los gendarmes del saber médico. Exige una justificación para algo que no tiene razón de ser, obliga a un diagnóstico psiquiátrico donde el individuo depende de los otros para definirse, para ser.

Y si este requisito no fuera lo suficientemente gravoso, se añade una penitencia, un tratamiento de dos años bajo la vigilancia de un médico, un suplicio en el cuerpo impuesto como pago. El legislador muestra conciencia de su sadismo al excluir de este requisito a aquellos cuya salud o edad lo impidan, mostrando de manera velada que

tiene conocimiento sobre los efectos perniciosos en la integridad corporal que los tratamientos de reasignación de sexo, haya cirugía o no, suponen.

Por último, y de manera colateral, la ley española obliga a cambiar el nombre a uno que se corresponda con tu sexo. Patologización, suplicio del cuerpo, muerte simbólica de la persona anterior. Un proceso tortuoso de, como mínimo, dos años de duración, articulado bajo el fin constitucional del libre desarrollo de la personalidad y dignidad de las personas. La desproporción entre los fines y los medios en este caso se acerca a niveles de esperpento.

En el ámbito judicial, los tribunales españoles tuvieron que cubrir el periodo de atonía del legislador en estas cuestiones. Para ello, hicieron literatura de la ficción dentro del derecho, dibujaron al sujeto «*trans*» como una construcción discursiva, que pertenecía a un sexo pero se le admitía *como si fuera* del otro. El Tribunal Supremo basó sus argumentaciones en los cambios de apariencia, la estética; había que desarrollar una ficción (limitada en efectos legales) para cubrir esta disonancia.

La relación estrecha entre el derecho y lo simbólico es manifiesta y objeto de estudio desde diversas corrientes que se escapan al objeto de este trabajo. Sin embargo, late con llamativa fuerza una proyección hacia la preservación del binarismo de sexo/género, hacia la estigmatización de lo que se sale de la norma. Primero, desde el discurso judicial, se parte de que los sexos son dos, únicos y verdaderos, de naturaleza innata y presocial; aquel sujeto que lo pervierte debe ser atendido desde una ficción que proteja la norma, pero que no lo subsuma: es una fantasía de hombre o de mujer, con los efectos jurídicos a mitad de camino. El juez se viste de psiquiatra, estableciendo tratamientos de psicodrama donde los trastornados se expresen en un entorno cauterizado, protegido el símbolo.

Después, ya con el discurso normativo, se perfecciona el procedimiento. Se permite el cambio de sexo registral, sin restricciones en los efectos jurídicos; pero se exige un ritual de transición que formalice el paso entre una persona y otra; entre medias, la nada. Como todo rito de tránsito, al sujeto se le prueba. Ya sea corporalmente, como psicológicamente. Si pasa el desafío, podrá ser aceptado por los «normales».

Todo esto, siempre bajo las argumentaciones más bienintencionadas, bajo las más cabales, virtuosas y rectas pretensiones que llenan las sentencias y exposición de



motivos de las leyes. El resultado es un panorama que se ajusta a la narrativa de Foucault sobre la biopolítica, fundamentada en la normativización de la pareja heterosexual fecunda; la persona «*trans*» supone ser un anatema viviente, una desviación cuya mera presencia es subversiva. Y ante ella se presenta esta respuesta que cicatriza simbólicamente la afrenta, que restituye ante la norma con el escarnio previo.

Sólo hay una abertura en este cordón sanitario frente al fenómeno «*trans*»; no surge de la legislación interna española, sino de Europa. En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se entroniza la autonomía individual en razón a su sexo y género, así como la relativización del parámetro del genoma para distinguir un sexo. Vías por donde pueden encaminarse una legislación inclusiva de todo el colectivo «*trans*» y que nivele sus derechos con el resto de ciudadanos europeos.

## 5. REFERENCIAS

- BENJAMIN, H. «Transvestism and transsexualism». *International Journal of Sexology*. Nº 153, (1953), pp.391-396
- BULLOUGH, V.L «Alfred Kinsey and the Kinsey Report: Historical overview and lasting contributions», *The Journal of Sex Research*, vol. 35, (1998), pp.127-131.
- BUTLER, J. *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del “sexo”*. 1ª edición, traducida por Alcira Bixio Paidós, Buenos Aires, 2002.
- BUTLER, J. *Deshacer el género*, 1ª edición, traducido por Patricia Soley-Beltran, Paidós, Barcelona, 2006.
- BUTLER, J. *El género en disputa*, 1ª edición, traducido por M.ª Antonia Muñoz, Paidós, Barcelona, 2007.
- CASTRO, E. *Introducción a Foucault*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2014.
- DAVY, Z. «The DSM-5 and the Politics of Diagnosing Transpeople», *Archives of sexual behavior*, vol. 44, (2015), pp.1165-1176.
- DONZELOT, J. *La policía de las familias*, 1ª edición, traducido por Alejandrina Falcón, Nueva Visión, Buenos Aires, 2008.
- ELÓSEGUI ITXASO, M. *La transexualidad. Jurisprudencia y argumentación jurídica*, 1ª edición, Comares, Granada, 1999.
- FEMINISMO/S (2012) nº19.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A, «El caso Rees: una interpretación excesiva del margen de apreciación de los Estados», *Anuario de Derechos Humano n.5*, (1988-1989), pp. 79-85.

- FOUCAULT, M. *Herculine Barbin llamada Alexina*, 1ª edición, B. Editorial Revolución, Madrid, 1985.
- FOUCAULT, M. *Historia de la sexualidad. La voluntad del saber*, 5ª edición, traducido por Ulises Guiñazú, Siglo XXI Editores de España editores, Madrid, 1987.
- FOUCAULT, M. *Vigilar y Castigar*, 8ª edición, traducido por Aurelio Garzón del Camino Siglo XXI de España Editores, Madrid, 1990.
- FOUCAULT, M. *La verdad y las formas jurídicas*, 2ª edición, traducido por Enrique Lynch, Editorial Gedisa, Barcelona 1992.
- FOUCAULT, M., *Hay que defender la sociedad*, 1ª edición, traducción por Horacio Pons, Fondo de cultura económica de Argentina, Buenos Aires, 2001.
- FOUCAULT, M. *Seguridad, Territorio, Población*, 1ª edición, traducido por Horacio Pons, Akal, Madrid, 2008.
- FOUCAULT, M. *El nacimiento de la biopolítica*, 1ª edición, traducido por Horacio Pons, Akal, Madrid, 2009.
- GARCÍA LÓPEZ, D. «Bestiario jurídico: dispositivos de normalización ante la transexualidad», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº.49, (2015), pp. 395-415.
- LAMO DE ESPINOSA, E. *Delitos sin víctima: orden social y ambivalencia moral*, 1ª edición, Alianza, Madrid, 1993.
- MANZANO BARRAGÁN, I. «La jurisprudencia en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre orientación sexual e identidad de género». *Revista española de Derecho Internacional*, vol.64, (2012), pp. 49-78.
- MÉRIDA, R., *Sexualidades transgresoras. Una antologías de estudios queer*, Icaría, Barcelona, 2002.
- MUÑOZ, L.F «DSM-5: «¿Cambios significativos?»», *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, vol. 35, (2015), pp.111-121.
- NIETO PIÑEROBA, J.A., *Transexualidad, intersexualidad y dualidad de género*, 1ª edición, Edicions Bellatera, Barcelona, 2008.
- PICONTÓ NOVALES, T, «Family Law and Family Policy in Spain», en Mavis Maclean and J.Kurczewski (eds) *Family Law and Family Policy in the New Europe*, Dartmouth Publishing/Oñati International Series in Law and Society, 1997.
- REAY, B. «The transsexual phenomenon: A counter-history». *Journal of Social History*, vol. 47, (2014), pp. 1042-1070.
- SANZ-CABALLERO, S. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su respuesta al reto de la transexualidad: Historia de un cambio de criterio. *American University International Law Review*, 2014, vol. 29, p.831-870.
- SERRANO GUZMÁN, A y BALBUENA BELLO, R, «Calladito y en la oscuridad. Heteronormatividad y clóset, los recursos de la biopolítica», *Culturales*, vol. 3, (2015)
- VARELA, J y ÁLVAREZ-URÍA, F. *Obras esenciales, II. Estrategias de poder*, Paidós Barcelona, 1999.
- VILA VIÑAS, D. *La gobernabilidad más allá de Foucault. Un marco para la teoría social y políticas contemporáneas*. 1ª edición, Prensas de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza.





**Universidad**  
Zaragoza



*Laboratorio de*  
*Sociología Jurídica*

**unizar.es**