

---

# Corrección del registro civil por ‘cambio de sexo’.

## A propósito de una sentencia italiana: ¿ruptura del paradigma heterosexual del matrimonio?\*

› NATALIA RUEDA\*\*

RESUMEN: Si bien los ordenamientos jurídicos regulan el llamado ‘cambio de sexo’, poco dicen respecto de los efectos jurídicos en el ámbito de los derechos personales. Por ello no siempre existen respuestas claras acerca del estado de ciertos derechos cuya titularidad depende del género atribuido a cada persona; por ejemplo, los derechos derivados de las relaciones familiares. En este contexto, se propone, a partir del estudio de reciente jurisprudencia italiana, un análisis crítico acerca de los efectos del ‘cambio de sexo’ en un matrimonio ya existente, con especial consideración a la regulación vigente y alguna mención al modelo colombiano, apenas con efectos ilustrativos; para, en fin, determinar si persiste el paradigma heterosexual del matrimonio.

PALABRAS CLAVE: identidad de género, matrimonio, divorcio impuesto, ‘cambio de sexo’, autodeterminación.

---

\* Se utiliza la expresión ‘cambio de sexo’ de manera convencional, pero se hace referencia aquí al procedimiento por medio del cual una persona obtiene el reconocimiento jurídico del género al que percibe pertenecer.

Fecha de recepción: 4 de febrero de 2016. Fecha de aprobación: 18 de abril de 2016.

Para citar el artículo: N. RUEDA, “Corrección del registro civil por ‘cambio de sexo’”. A propósito de una sentencia italiana: ¿ruptura del paradigma heterosexual del matrimonio?”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 30, enero-junio de 2016, 389-403. DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/01234366.n30.14>

\*\* Abogada por la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia; investigadora de la misma Universidad. Becaria doctoral de la *Università di Pisa*, Pisa, Italia. Contacto: natalia.rueda@uexternado.edu.co

## ***Correction of Civil Registration for a 'Sex Change'. An Italian Court Ruling: Breaking the Paradigm of Heterosexual Marriage?***

**ABSTRACT:** While the legal systems regulate the so-called 'sex change', the legal effects within the sphere of personal rights are not well known. Thus, there are not always clear answers about the status of those rights whose ownership depends on the gender allocated to each person; for example, the rights arising from family relationships. In this context, based on the study of a recent Italian court decision, a critical analysis is conducted on the effects of 'sex change' in an existing marriage, with particular regard to current regulations and some mention of the Colombian model in order to determine whether the paradigm of heterosexual marriage persists.

**KEYWORDS:** gender identity, marriage, forced divorce, 'sex change', self-determination.

**SUMARIO:** I. La posición actual de la jurisprudencia italiana. II. Aproximación crítica a las decisiones comentadas. III. Desafíos de la protección del derecho a la identidad de género.

### **I. La posición actual de la jurisprudencia italiana**

El derecho de familia es sin duda una materia en permanente evolución, hecho que obedece a la aparición de nuevos problemas que desafían cualquier posibilidad de previsión por parte del legislador. A esto se suma que, gracias a la dinámica del procedimiento de creación y aprobación de las normas jurídicas, estas son producto de un ejercicio democrático que atiende a la decisión de las mayorías, que no siempre toman en consideración a quienes no hacen parte de ellas. De allí que de manera constante se exija del derecho una renovación a partir de los cambios de la sociedad y de las dinámicas de la realidad, transformación que no conducirá a la construcción de una materia acabada, pues con ella se llegará de nuevo al punto de partida del problema.

Uno de los ejemplos paradigmáticos de este proceso tiene que ver con el reconocimiento de derechos personales y patrimoniales a los homosexuales, varios de ellos derivados de las relaciones familiares<sup>1</sup>. En el curso de dicha renovación,

1 En relación con la posibilidad de contraer matrimonio, la Corte Constitucional decidió en sala plena, mediante Sentencia SU-214 de 2016, que "los contratos innominados, mediante los cuales se pretendió solemnizar y formalizar las uniones de personas del mismo sexo, no suplen el déficit de protección identificado en la Sentencia C-577 de 2011. En los términos del artículo 113 del Código Civil, la celebración de un matrimonio civil genera diversos efectos jurídicos personales y patrimoniales, los cuales no se encuentran presentes en un contrato civil innominado, lo cual genera un trato discriminatorio entre las parejas heterosexuales y del mismo

en Italia desde 1982 se reguló la posibilidad de que cualquier ciudadano solicitara rectificación del registro civil por atribución de sexo<sup>2</sup>; en virtud de lo cual se ha entendido el derecho a la identidad de género como un derecho con dimensión y proyección individuales.

No obstante, entre 2013 y 2015, los jueces –de la Corte de Casación y de la Corte Constitucional– se enfrentaron a un problema diverso, pues debieron resolver cuestiones relativas a la proyección de la identidad de género en la dimensión relacional del individuo. Gracias a ello se produjeron tres sentencias –referidas al mismo caso–<sup>3</sup>, que abrieron la puerta a la discusión acerca de la incidencia de la identidad de género en la configuración de la familia, y de manera particular, aquella fundada en el matrimonio. En este análisis se propone una aproximación crítica a dichas providencias, con el fin de valorar cuáles son los desafíos jurídicos que se imponen, a propósito de la discusión sobre la garantía de reconocimiento de las uniones de personas del mismo sexo.

El caso en cuestión se refiere a una pareja unida en matrimonio católico –con efectos civiles–, dentro de la cual el esposo solicitó ante un tribunal la rectificación del registro civil por cambio de sexo y la atribución del sexo femenino. Al término del proceso, el tribunal dispuso la rectificación con atribución del sexo femenino y la consiguiente modificación del nombre; además de ordenar a la autoridad administrativa competente hacer la anotación en el registro civil. En cumplimiento de la decisión, el funcionario administrativo procedió a hacer la rectificación, además de señalar como efecto del cambio de sexo la cesación de los efectos civiles del matrimonio, como consecuencia, esto último, de las reglas relativas a la cesación ‘automática’ de efectos civiles del matrimonio<sup>4</sup>.

La pareja, con el deseo de mantener el vínculo matrimonial vigente, impugnó el acto administrativo solicitando que se ordenara la cancelación de la anotación

---

sexo. [...] [Razón por la cual] declaró que los matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo, celebrados en Colombia con posterioridad al 20 de junio de 2013, gozan de plena validez jurídica, por ajustarse a la interpretación constitucional plausible de la Sentencia C-577 de 2011”: Comunicado de prensa n.º 17, 28 de abril de 2016.

- 2 Ley 164 del 14 de abril de 1982, art. 1: “La rectificación a que se refiere el art. 454 c.c. se hace también por virtud de sentencia en firme del tribunal que atribuya a una persona sexo diverso de aquel enunciado en el registro civil de nacimiento, como consecuencia de la modificación de sus caracteres sexuales”. Art. 454 c.c. it.: “La rectificación de los registros de estado civil se hace por virtud de una sentencia en firme del tribunal (c. p. c. [art.] 324), en la que se ordene al funcionario competente rectificar un registro existente o recibir uno omitido, o renovar un registro extraviado o destruido. / Las sentencias deben transcribirse en los registros”. Un análisis crítico de la ley se puede ver en PATTI y WILL, “La ‘rettificazione di attribuzione di sesso’: prime considerazioni”, *Riv. dir. civ.*, II, 1982, 729 ss.
- 3 Cas., Secc. Prim. Civ. ord. n.º 14329 del 6 de junio de 2013; Corte Constitucional, sentencia n.º 170 de 2014; y Cas., Secc. Prim. Civ. n.º 8097 del 21 de abril de 2015.
- 4 Ley 164 de 1982, art. 4: “La sentencia de rectificación de atribución de sexo no tiene efecto retroactivo. Ella provoca la disolución del matrimonio o la cesación de los efectos civiles derivados de la transcripción del matrimonio celebrado mediante rito religioso...”.

hecha por el funcionario. Mientras que el ministerio público solicitó el rechazo del recurso. Por su parte, el tribunal declaró ilegítima la anotación y dispuso su cancelación, con fundamento en que, en su criterio, “la anotación de disolución del matrimonio por la rectificación de atribución del sexo se puede hacer sólo en razón de una sentencia de la autoridad judicial que declare la cesación del vínculo conyugal”.

En instancia de apelación se acogió el reclamo del ministerio público, por considerar, entre otras cosas, que cualquier cambio de nombre o sexo debe anotarse también en el registro de matrimonio; así, la anotación sólo concreta el supuesto jurídico de la norma que cualifica la rectificación de sexo como una causa de disolución ‘automática’ del matrimonio; además porque en criterio del tribunal no resultaba admisible mantener un vínculo matrimonial del todo privado de su elemento esencial y por tanto contrario al orden público: la *diversidad sexual de los cónyuges*<sup>5</sup>.

En consecuencia, los actores propusieron el recurso de casación, para lo cual adujeron que: (i) la disolución del matrimonio debe ser objeto de un pronunciamiento judicial<sup>6</sup>; (ii) el principio de taxatividad de los actos administrativos impedía al registrador hacer cualquier anotación relativa a la disolución del matrimonio; (iii) la decisión equiparaba de manera injustificada la situación de dos personas del mismo sexo que desean contraer matrimonio a la de dos cónyuges, uno de los cuales decide cambiar de sexo<sup>7</sup>; (iv) como consecuencia de lo anterior, decían, no se puede equiparar la ausencia de reconocimiento del derecho a contraer matrimonio con la supresión de un *status* ya adquirido, del cual se derivan una serie de derechos y deberes; (v) en el caso existe una relación conyugal cuya estabilidad y protección goza del respaldo del ordenamiento; y, (vi) en la hipótesis de disolución ‘automática’, el otro cónyuge no tiene la posibilidad de discutir la decisión, con lo cual sufre una injerencia del Estado que se traduce en la privación de un derecho fundamental del cual ya era titular. Además, alegaron la violación del derecho de defensa y el debido proceso, y la configuración de una discriminación injustificada por resolución forzosa en una hipótesis en la cual los demás ciudadanos sí tienen derecho a solicitar el pronunciamiento judicial.

La Corte de Casación<sup>8</sup> se plantea el problema de identificar los particulares efectos de la rectificación del registro civil por cambio de sexo frente a un matrimonio preexistente, regularmente celebrado, en la hipótesis en la cual los

---

5 La Corte de Apelaciones afirma que mantener un vínculo entre personas del mismo sexo “sería del todo contrastante con los principios de orden público que regulan la materia, desde el momento en que no pueden darse relaciones contrastantes con la disciplina positiva que las regula, tratándose de un aspecto, como aquel que concierne al estado de la persona, de interés público”.

6 Ley 898 del 1.º de diciembre de 1970, modificada por la Ley 74 del 6 de marzo de 1987.

7 Para hacer notar la diferencia entre orientación sexual e identidad de género, reconocida ya por la Sentencia n.º 138 de 2010 de la Corte Constitucional italiana, y ratificada por la Corte de Casación en las decisiones aquí comentadas.

8 Cas., Secc. Prim. Civ. ord. n.º 14329 del 6 de junio de 2013.

cónyuges desean continuar la comunidad de vida. Al respecto, el Alto Tribunal precisó que el funcionario administrativo actuó conforme a derecho, pues simplemente cumplió con aquello que la ley ordenaba. También descartó que fuera siempre necesaria la decisión judicial que decreta la disolución del vínculo, pues, en su criterio, la elección del legislador fue la de incluir una hipótesis de divorcio “impuesto” *ex lege* que no exige, para producir sus efectos, un pronunciamiento judicial *ad hoc*, con excepción de los casos donde estén involucrados hijos menores de edad<sup>9</sup>.

De esta manera, el análisis de la casación se centró en la existencia de un conflicto entre el derecho al reconocimiento de la verdadera identidad de género de la persona, de una parte<sup>10</sup>, y, de otra, el interés estatal de no modificar los modelos familiares existentes en el ordenamiento, cuya ponderación puede derivar en un potencial sacrificio del derecho a la vida privada y familiar. La existencia de este conflicto llevó a la Corte a dudar de la constitucionalidad de la norma que preveía la hipótesis de disolución ‘automática’ del matrimonio por el cambio de sexo de uno de los cónyuges, por cuanto (i) el ordenamiento constitucional reconoce y tutela el derecho a la autodeterminación en relación con la identidad de género, y su proyección en la vida familiar; (ii) existe un derecho a conservar la dimensión relacional preexistente, cuando ella sea estable y continua, esto es, cuando haya lugar a la existencia de una formación social constitucionalmente garantizada<sup>11</sup>; y, (iii) puede resultar discriminatorio privar a una pareja de la posibilidad de elección sobre si continúa o no la vida en comunidad<sup>12</sup>, lo que se traduce en la privación *ipso iure* del *status* conyugal, sin que los afectados puedan oponerse. Por ello, decidió suspender la actuación y remitir a la Corte Constitu-

9 Para un análisis del problema a partir del estudio de la imposición del divorcio por ‘cambio de sexo’, ver SCHUSTER, A., “*Quid est matrimonium? Riattribuzione del genere anagrafico e divorzio*”, en *La nuova giurisprudenza civile commentata*, xxx, enero 2014, 21-41.

10 La Corte Constitucional italiana en sentencia 161 de 1985 había dicho que “el legislador italiano [de 1982] acogió un concepto de identidad sexual nuevo” donde lo relevante no son solo los “órganos genitales externos [...] sino también elementos de carácter psicológico y social”, con lo cual entendió la noción del sexo como un dato complejo de la personalidad.

11 Precisa la Corte que las uniones que están fundadas en una estable y continua *affectio*, aunque no encajen en el modelo matrimonial, son titulares de protección en el orden constitucional interno y europeo (arts. 2 y 8 CEDH), consistente en la garantía de “la libertad de vivir la propia condición de pareja o de no ocultar las decisiones relativas a la esfera emotiva individual, y [de] l reconocimiento de la situación objetiva de la convivencia estable y de los derechos derivados de la creación y consolidación de esta formación social constitucional y convencionalmente garantizada”.

12 En palabras de la Corte, “el ejercicio del derecho individual al reconocimiento de la verdadera identidad de género respecto del género cromosómico, a la luz del régimen jurídico [refiriéndose a la norma que imponía el divorcio por cambio de sexo], produce una restricción desproporcionada de los derechos de la persona, ligados a la esfera relacional intersubjetiva, mediante una injerencia estatal directa y no suprimible, que no se limita al sujeto destinatario del pronunciamiento de rectificación, sino que se extiende también al cónyuge, todavía más afectado injustamente por la interferencia”.

cional para que resolviera la duda sobre la legitimidad constitucional de la norma en cuestión.

Por su parte, la Corte Constitucional, luego de estudiar el caso concreto, afirmó que la rectificación por atribución de sexo conduce a una situación de hecho que se encuentra por fuera del modelo del matrimonio, en tanto que, gracias al cambio de sexo, se echa de menos el requisito –esencial en el ordenamiento italiano– de la heterosexualidad de los cónyuges, razón por la cual no resulta posible la prolongación del vínculo matrimonial. No obstante, reconoce el alto tribunal que la situación tampoco es equiparable *per se* a cualquier hipótesis de una unión de personas del mismo sexo, porque ello “equivaldría a eliminar, en el plano jurídico, una vida previa, en cuyo contexto la pareja ha madurado derechos y deberes recíprocos, incluso de rango constitucional que, aunque no encajen en el modelo matrimonial, no por ese solo hecho son susceptibles de sacrificio”. En el juicio de constitucionalidad, la Corte descartó que el reconocimiento que el ordenamiento hiciera a las uniones entre personas del mismo sexo pudiera darse solo por la vía de la equiparación con el matrimonio<sup>13</sup>; al tiempo que precisó que corresponde al legislador, “en ejercicio de su discrecionalidad, determinar las formas de garantía y reconocimiento” para aquellas uniones, sin perjuicio de que la propia Corte pueda intervenir para tutelar situaciones específicas.

Bajo estos presupuestos, y ante el conflicto particular entre el interés del Estado de no modificar el modelo heterosexual de matrimonio y el interés de la pareja de que la rectificación de sexo no se penalice al extremo de sacrificar la dimensión jurídica de su relación<sup>14</sup>, concluye la Corte que existe un vacío jurídico en la protección de los derechos de los sujetos involucrados, y por tanto es “tarea del legislador incluir una forma alternativa (y diversa del matrimonio) que evite a los cónyuges pasar de un estado de máxima protección jurídica a una condición de absoluta indeterminación”, de todo lo cual deriva la inconstitucionalidad de las normas censuradas.

Resuelto el reparo constitucional, se reanudó la actuación de la casación, que en principio aclaró que la Corte Constitucional introdujo una regla según la cual uniones como la referida en el caso “deben ser fuente de derechos y deberes regulados por una ley sobre uniones civiles, [aunque] en ausencia de la disciplina legislativa solo se puede aplicar mediante la adecuación caso por caso [...], pero no con la conservación de una unión conyugal entre personas del mismo sexo”. A partir de este razonamiento, la Corte consideró que en este caso el respeto del núcleo de derechos que deben protegerse implicaba

13 Ya la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Schalk y Kopf c. Austria* del 24 de junio de 2010 había descartado que existiera una obligación para los Estados de reconocer el matrimonio de parejas del mismo sexo.

14 Que se tutela como “forma de comunidad”, que comporta la “convivencia estable de dos personas” y es “idónea para permitir y favorecer el libre desarrollo de la persona en la vida de relación”.

... la remoción de los efectos de la caducidad automática del vínculo matrimonial sobre el régimen jurídico de protección de la unión hasta cuando el legislador intervenga para colmar el vacío normativo, visto [este] como constitucionalmente intolerable, constituido por la ausencia de un modelo de relación entre personas del mismo sexo, al interior del cual hacer confluir las uniones matrimoniales celebradas en su origen por personas de distinto sexo y que mediante la rectificación del sexo de uno de ellos devienen homosexuales.

Esta es una opción hermenéutica obligada constitucionalmente, y no determina la extensión del modelo de uniones matrimoniales a las uniones homoafectivas, desarrollando exclusivamente la función temporal definida de no crear aquella condición de máxima indeterminación estigmatizada por la Corte Constitucional en relación con un núcleo afectivo y familiar que, habiendo gozado legítimamente del estatuto matrimonial, se encuentra, en cambio, en una condición de ausencia radical de tutela.

Con fundamento en ello, la Corte decidió a favor de los recurrentes en el sentido de conservar para ellos “el reconocimiento de los derechos y deberes propios del vínculo matrimonial legítimamente celebrado, hasta cuando el legislador les permita mantener la relación de pareja jurídicamente regulada con otra forma de convivencia registrada que tutele adecuadamente sus derechos y obligaciones”.

Por último, hay que aclarar que recientemente el Senado italiano aprobó un proyecto de ley que pretendía regular las uniones de hecho y las uniones civiles, como particular forma de familia<sup>15</sup>.

Se tiene entonces que, si bien en Italia no se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, lo cierto es que, por virtud de esta última decisión, existe un matrimonio entre personas homosexuales por virtud del ‘cambio de sexo’ de uno de los miembros de la pareja. Se trata de una hipótesis del todo impredecible tanto para el legislador como para el juez, y que por lo mismo, una vez resuelto en tal sentido, plantea diversos interrogantes en relación con la configuración de la familia a partir de la protección del derecho a la identidad de género, y con el principio de igualdad.

15 *Disegno di legge n. 14. Disciplina delle unioni civili*, en el cual se preveía además la extensión de la llamada *stepchild adoption* (adopción del hijo biológico de la pareja). Este proyecto fue recogido luego por el *disegno di legge n. 2081. Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, cuyo artículo 1.27 prevé la constitución de una unión civil en caso de disolución automática del matrimonio en los siguientes términos: “A la rectificación de sexo [en los documentos de identidad, o de registro civil], allí donde los cónyuges manifiesten su voluntad de no disolver el matrimonio o de no cesar los efectos civiles, sigue la automática conformación de la unión civil entre personas del mismo sexo”. En la discusión en asamblea se suprimieron los artículos relativos a la *stepchild adoption*, con lo cual esta sólo se podría otorgar por vía judicial. El Proyecto de Ley fue aprobado por el Senado el 25 de febrero de 2016 y por la Cámara de Diputados el 20 de mayo de 2016, con lo cual se convirtió en la Ley n.º 70 de 2016.

## II. Aproximación crítica a las decisiones comentadas

Sin duda alguna, en la actualidad el derecho se ve enfrentado a diversos problemas propios del desarrollo de las sociedades según parámetros de libertades individuales, de protección de derechos fundamentales, cuyo respaldo se garantiza a nivel constitucional en el orden interno, y gracias al llamado *bloque de constitucionalidad* a nivel supranacional, con manifestación en los diversos tratados de derechos humanos y los pronunciamientos de los tribunales con competencia regional e internacional.

Así, por ejemplo, dentro de aquellos derechos y libertades individuales se destaca la identidad de género como una forma de expresión del libre desarrollo de la personalidad y la libertad sexual y de género<sup>16</sup>, íntimamente relacionados todos con la dignidad humana. En particular la identidad de género da cuenta de un fenómeno complejo que trasciende al dato biológico; en tal sentido, hoy se reconoce que se refiere a

La vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales<sup>17</sup>.

Visto así, y en relación con el caso que ocupó la atención de la jurisdicción, se comprende la dificultad primaria de cualquier legislador para dar respuesta *ex ante* a situaciones que están lejos de cualquier anticipación. Por ello sorprende que Italia se haya adelantado, al punto de ser uno de los primeros países en legislar el asunto, en términos de permitir la corrección en el registro civil de

16 Esta es por ejemplo la posición de la Corte Constitucional colombiana: sentencias T-477 de 1995, T-062 de 2011, T-918 de 2012, T-977 de 2012, T-231 de 2013, T-476 de 2014 y C-584 de 2015. Por último, la sentencia T-063 de 2015, luego de la cual el Ministerio de Justicia y del Derecho reglamentó los artículos 91 y 95 del Decreto 1260 de 1970 referido al trámite para corregir el componente sexo en el Registro del Estado Civil (Dcto. 1227 de 2015), en junio del mismo año; de la legislación argentina: art. 1 de la Ley sobre identidad de género n.º 26.743 de 2012; del *Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act 2015* de Malta; del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencias como *B c. Francia* del 25 de marzo de 1992, *Goodwin e I c. Reino Unido* del 11 de julio de 2002, *Van Kück c. Alemania* del 12 de Junio de 2003 y *L c. Lituania* del 11 de septiembre de 2007.

17 Definición de los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, propuestos por el panel internacional de especialistas en legislación internacional de derechos humanos y en orientación sexual e identidad de género en noviembre de 2006. Esta descripción de la identidad de género la recogen de manera específica las legislaciones colombiana y argentina.

nacimiento<sup>18</sup>, con los efectos propios sobre el estado civil. No obstante, y pese al evidente avance, resulta contrario a derecho, tal como lo afirmó la Corte Constitucional, que el legislador se arrogue la posibilidad de disolver *ipso jure* un vínculo que goza de la mayor tutela constitucional y legal: el matrimonio, que, de hecho, en Italia constituye el 'modelo' familiar por excelencia (art. 29 constitucional); desconociendo cualquier asomo de autonomía privada o de autodeterminación. Esto seguramente está asociado a factores de orden cultural y de desarrollo del derecho, pues la República italiana no admite el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Esta es una de las razones por las que resulta posible afirmar que la protección del derecho a la identidad de género constituye *per se* un desafío para el derecho. Ciertamente, un caso como el que debieron resolver los jueces italianos, en tanto que se refiere al derecho a la identidad de género como derecho individual, pero también en su proyección en el plano relacional, y particularmente a su incidencia en la construcción de la vida en pareja –si se quiere, de la vida en familia–, plantea por sí solo una ruptura del modelo jurídico tradicional de familia<sup>19</sup>.

Así, por ejemplo, lo primero que habría que señalar es que, siendo [el caso aquí analizado] de hecho una familia, no parece plausible insistir en que esta –en términos jurídicos, menos aún en términos prácticos– sea una sola, o, en gracia de discusión, que siendo una sola, sea aquella fundada en el matrimonio, es decir,

18 Antes ya lo habían hecho Alemania, con la *Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen (Transsexuellengesetz – TSG)* de 1980, y Suecia, con el *Gender Recognition Act (Lag om fastställande av könstillhörighet i vissa fall 1972:119)*, modificado en 2012. También algunos estados de Estados Unidos, así como de Canadá, previeron con prontitud disposiciones al respecto: Illinois, US (1961), Arizona, US (1967), Louisiana, US (1968), New York, US (1971), Alberta, CA (1973), British Columbia, CA (1973), New Brunswick, CA (1975) y California, US (1977). Igualmente, en Sudáfrica se expidió el *Births, Marriages and Deaths Registration (Amendment) Act 51* de 1974. Para un análisis de estos antecedentes ver PATTI y WILL, “La ‘rettificazione di attribuzione di sesso’: prime considerazioni”, cit.

19 Ya se encuentran opiniones más o menos convergentes acerca de los cambios en la familia, uno de los cuales tiene que ver con el hecho de que no es admisible entender que existe un único e infranqueable modelo. Cfr. BUSNELLI, F. D., “Frantumi europei di famiglia”, *Riv. dir. civ.*, LIV, n.º 4, julio-agosto 2013, 509-529; BALESTRA, L., “L’evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive”, en *Trattato Bessone*, IV, 1, “Famiglia e matrimonio”, AULETTA, T. (ed.), Torino, Giappichelli, 2010, I SS.; MARELLA, M. R. y G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia: le relazioni familiari nella globalizzazione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2014. En Colombia, la doctrina no ha estado mayormente interesada en este problema, por ello permítase la referencia a RUEDA, N., “La noción jurídica de la familia en Colombia: una categoría en construcción entre restricción y libertad”, Trabajo de grado para optar al título de abogada, Universidad Externado de Colombia, 2015, donde, a partir de un análisis de la definición constitucional de familia y de la sistematización de la jurisprudencia constitucional sobre la materia, se propone una reinterpretación del derecho de familia y de la familia misma, partiendo de la premisa, reconocida en la abundante jurisprudencia de la Corte Constitucional, de que existe una pluralidad de formas familiares, “pues la realidad ha demostrado que no es posible reconocer en Colombia la existencia de una única familia, porque ella depende de distintos factores que superan los estrechos límites del matrimonio y la consanguinidad. De allí que sea necesario dirigir la discusión hacia lo que sería un primer paso para la comprensión de la realidad en términos de heterogeneidad, esto es, la búsqueda de un consenso acerca de cuál debe ser el ‘uso’ que se dé al término ‘familia’”.

que el elemento característico o constitutivo de la familia sea el matrimonio, y más aún, el matrimonio entre personas heterosexuales<sup>20</sup>.

Por tanto, teniendo en cuenta la configuración jurídica de la familia a partir de la Constitución italiana, esto es, como una “sociedad natural fundada en el matrimonio” (art. 29), la afirmación de las cortes respecto de la heterosexualidad de los cónyuges como elemento esencial del mismo conduciría a afirmar que este es además un requisito *esencial* de toda familia. Una conclusión en tal sentido no resulta admisible, toda vez que hoy se acepta que esa relación de exclusividad entre familia y matrimonio no existe, o por lo menos no en los términos tradicionales<sup>21</sup>.

En relación con la *ratio decidendi*, sorprende el razonamiento, de ambas cortes, acerca de los intereses jurídicos a ponderar. Si bien es claro que puede existir una tensión entre el interés particular y el interés público, no parece correcto decir que el conflicto se da entre el derecho al reconocimiento de la verdadera identidad de género de la persona y el interés estatal de no modificar los modelos familiares existentes en el ordenamiento; o por lo menos, no sólo. En efecto:

Primero, sorprende que se afirme la existencia de un interés estatal de mantener intactos los modelos familiares. Esto, por supuesto, puede tener explicaciones de orden histórico o cultural; pero admitir un interés tal conduciría a la petrificación del derecho, factor que desvirtúa la propia decisión que, en últimas, mantiene vigente un matrimonio entre personas del mismo sexo, de otro modo impensable e inadmisibile.

De otra parte, el interés estatal, como lo reconocen los jueces, también se dirige a la protección de la estabilidad de las relaciones y a garantizar la certeza de las situaciones de derecho; objetivos del todo contradictorios con la solución derivada de sus decisiones, pues la pareja en cuestión quedó sometida a la incertidumbre de la aprobación de una ley que colme el vacío jurídico respecto de las relaciones de pareja de personas del mismo sexo. En algún aparte la Corte de Casación advierte que esto podría derivar en la responsabilidad del Estado por la omisión legislativa, pero aún en esta hipótesis, nada se resuelve en concreto para los sujetos.

Finalmente, parece también estrecha la lectura respecto del interés particular, pues en efecto está en juego el derecho al reconocimiento de la propia

20 De hecho, desde el punto de vista normativo, resulta interesante el cambio en el discurso que supuso la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Carta de Niza, 2000), artículo 9, frente al Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), artículo 12, con relación al derecho a contraer matrimonio. Mientras en el Convenio se hace referencia a la diversidad sexual de los contrayentes, en la Carta se refiere un derecho genérico al matrimonio. Ello precisando que, con acierto, en ambas disposiciones se disocia el concepto de familia del de matrimonio.

21 *Ibíd.* Además, LENTI, L., “Diritto di famiglia e nuovi modelli familiari”, intervención en “La famiglia tra principi europei e Costituzione” (Convegno di studi), Venezia, 4 de diciembre de 2015, por ejemplo, habla de un cambio en la familia en términos de la disociación de ciertos elementos, lo que conduce a la existencia de modos diversos de “ser familia”; de manera específica señala la disociación entre *familia* y *matrimonio* (que, afirma, hoy van en direcciones diversas); entre *procreación* y *sexualidad*; y en consecuencia, entre *matrimonio* y *procreación*, con el efecto de la igualdad en relación con la filiación.

identidad de género; pero también aquellos derechos en directa relación con este (de los cuales son titulares ambos cónyuges), por ejemplo: el derecho a la autodeterminación o el derecho a la personalidad jurídica (en relación con la afectación del estado civil).

No se quiere con ello desconocer la importancia de estas decisiones que, sin lugar a dudas, abren la puerta para la discusión y redundan en el reconocimiento de los derechos y libertades individuales, bajo un parámetro de constitucionalidad y convencionalidad. Se destaca por ejemplo, la exaltación que hacen de la posición del cónyuge que no cambia de sexo, quien resulta siendo víctima de una injerencia por demás intensa por parte del Estado en su autonomía, sin que de su parte haya mediado la decisión del 'cambio de sexo'; y sin que en el plano de la relación afectiva haya cambiado nada, pues aunque su pareja haya decidido, en ejercicio de su derecho a la identidad de género, acudir a la solución legal que ofrece el sistema, mal podría decirse que la relación matrimonial sea otra, es decir, al final su pareja es la misma persona con quien decidió en un principio construir un proyecto de vida en común, y su autonomía revela la intención de continuar con ella.

Ciertamente se trata de una decisión que soluciona de manera temporal la situación de incertidumbre y déficit de protección. Problema distinto es determinar sus efectos, lo que conduce a valoraciones con relación al principio de igualdad y cuestionamientos al paradigma heterosexual del matrimonio.

### III. Desafíos de la protección del derecho a la identidad de género

El llamado 'cambio de sexo' es un fenómeno que ha sido objeto de preocupación por parte de los ordenamientos, por cuenta de su estrecha relación con los derechos fundamentales, y quizá también por los diversos pronunciamientos de tribunales internacionales en relación con las obligaciones particulares de los Estados al respecto<sup>22</sup>, y otros del orden interno con relación al matrimonio pre-existente<sup>23</sup>.

22 A modo de ejemplo, en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *B. c. Francia* del 25 de marzo de 1992, *Roetzheim c. Alemania* (inadmisibilidad del 23 de octubre de 1997), *Goodwin e I. c. Reino Unido* del 11 de julio de 2002, *Van Kück c. Alemania* del 12 de junio de 2003, *Parry c. Reino Unido* del 28 de noviembre de 2006, *L. c. Lituania* del 11 de septiembre de 2007, *Nunez c. Francia* del 28 de abril de 2008. Según cifras de febrero de 2015 sobre Europa, en caso de que una persona transgénero solicitara el cambio de nombre, 34 Estados la obligaban a someterse a procesos de esterilización, o le imponían el divorcio forzado, o le exigían un diagnóstico de enfermedad mental; se trataba de: Austria, Azerbaiyán, Bielorrusia, Bélgica, Bulgaria, Croacia, República Checa, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Italia, Latvia, Luxemburgo, Malta, Moldavia, Montenegro, Países Bajos, Noruega, Polonia, Portugal, Rumania, Rusia, Eslovaquia, España, Suecia, Suiza, Turquía, Ucrania y Reino Unido; mientras que 14 Estados no contaban para entonces con legislación al respecto. Datos de *Transgender Europe* (TGEU), del 23 de febrero de 2015, disponibles en <http://tgeu.org/nightmare/> [consultado: 2 de febrero de 2016].

23 En Alemania la sentencia de la Corte Constitucional BVerfG, 1BvL 10/051; y en Austria la sentencia de la Corte Constitucional n.º 17849 del 8 de junio de 2006.

Pareciera ser que el principal reto de los Estados consiste en colmar los vacíos jurídicos para otorgar plena garantía de los derechos individuales y, allí donde exista una legislación específica, eliminar todas las barreras que conduzcan a la discriminación de los destinatarios de la norma. Recientemente varios ordenamientos se han ocupado de manera específica de la posibilidad de corregir los registros de estado civil<sup>24</sup>, dentro de los que llaman la atención de manera particular, en el ámbito latinoamericano, la regulación de Argentina y Colombia, a partir de cuyo análisis, y en relación con las decisiones comentadas, surgen diversos interrogantes respecto de las posibles respuestas de cualquier ordenamiento a este problemática, particularmente porque se basan en una concepción flexible del fenómeno.

En el caso de Colombia existe una regulación precisa en materia de corrección del registro civil por ‘cambio de sexo’, que parte de la consideración de que en estos casos existe una discrepancia entre el sexo atribuido al momento del nacimiento y la percepción respecto de la propia identidad de género que tiene la persona, siendo obligatorio para el ordenamiento considerar esta última; por ejemplo, explica la Corte Constitucional colombiana:

De la misma forma en que la intervención quirúrgica [que] se realiza para ajustar las características corporales de una persona a la identidad sexual asumida por esta no es propiamente una operación de “cambio de sexo”, sino de “reafirmación sexual quirúrgica”, *la modificación de los datos del registro civil de las personas transgénero no responde a un cambio respecto de una realidad precedente, sino a la corrección de un error derivado de la falta de correspondencia entre el sexo asignado por terceros al momento de nacer y la adscripción identitaria que lleva a cabo el propio individuo, siendo esta última la que resulta relevante para efectos de la determinación de este elemento del estado civil*<sup>25</sup>.

Esto precisa el problema como propio del derecho civil, en relación con la personalidad jurídica de los sujetos y con su *status*, respecto del cual los ordenamientos se muestran a favor de la posibilidad de modificar los datos de identificación de

24 Para mencionar sólo algunos ejemplos: Reino Unido (*Gender Recognition Act 2004*), que ya había sido condenado en el caso de *Christina Goodwin* por violación de los artículos 8 y 12 de la CEDH, en el que el Tribunal Europeo señala que las personas transgénero tienen el derecho a contraer matrimonio en su ‘nuevo sexo’, lo que exige de los Estados la adopción de medidas para otorgar el reconocimiento de ese derecho; Portugal (Lei n.º 7/2011 de 15 de março, *Cria o procedimento de mudança de sexo e de nome próprio no registo civil e procede à décima sétima alteração ao Código do Registo Civil*); Argentina (Ley de Identidad de Género, 2012); Islandia (Lög n.º 140/2012, júní 27); Irlanda (*Gender Recognition Act 2015*); Malta (*Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act 2015*) y Colombia (Dcto. 1227 de 2015).

25 Sentencia T-063 de 2015, cursiva fuera del original.

los documentos de identidad y del registro civil, y para el sujeto transgénero, particularmente el nombre y el componente 'sexo'<sup>26</sup>.

Las diferencias se dan en términos del procedimiento. Así por ejemplo, como se vio, en Italia se requiere del pronunciamiento judicial; mientras que la novedad del ordenamiento colombiano consiste en que prevé un trámite que no exige la cirugía de reasignación sexual<sup>27</sup>, bastando solo los documentos de registro e identificación y la solicitud de rectificación, esto es, la manifestación de la voluntad de corregir el registro civil mediante una declaración bajo la gravedad de juramento<sup>28</sup>. Adicionalmente, se prohíbe de manera expresa la exigencia de requisitos adicionales y se imponen algunas limitaciones<sup>29</sup>.

Ahora bien, resuelto el punto sobre la posibilidad de cambiar el nombre y el componente 'sexo' de los registros civiles, se presenta el problema de los efectos de dicho cambio; de ellos, el que más interesa a los efectos de este análisis es: ¿qué ocurre con los derechos y obligaciones derivados de las relaciones de familia? Pues bien, el ordenamiento colombiano nada dice al respecto, siendo hasta el momento una situación no resuelta, pero que por lo mismo podría dar lugar a decir que, toda vez que no se ordena la modificación del *status*, este se mantiene intacto, al igual que los derechos y obligaciones que de él derivan<sup>30</sup>. Puesto que

- 
- 26 El Consejo de Estado colombiano actualmente estudia la nulidad del Decreto 1227 de 2015, pero en el auto que negó la medida cautelar de suspensión provisional del acto administrativo (10 de marzo de 2016, exp. 00367) advirtió que, al no estar frente a un cambio del estado civil sino de una corrección del componente sexo “en aras de ajustar el registro civil a la realidad del individuo (identidad sexual de la persona), el acto acusado lo que hace es operativizar, facilitar el trámite de corrección del sexo no solamente frente a la población ‘trans’ sino frente a cualquier persona cuyo sexo registrado no sea el que corresponde con la realidad”.
- 27 Se prevé en cambio un trámite notarial mediante escritura pública (art. 2.2.6.12.4.7. Dcto. 1227 de 2015). Por su parte, en Argentina es aún más expedito el trámite, que según el artículo 5 de la Ley sobre identidad de género consiste en que una vez cumplidos los requisitos de ley, “el/la oficial público procederá, sin necesidad de ningún trámite judicial o administrativo a notificar de oficio la rectificación de sexo y cambio de nombre de pila al Registro Civil de la jurisdicción donde fue asentada el acta de nacimiento...”. Esta también es la posición del *Gender Recognition Act 2015* de Irlanda y del *Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act 2015* de Malta.
- 28 Art. 2.2.6.12.4.5 del Decreto 1227 de 2015 (Colombia). En el mismo sentido, art. 4 de la Ley sobre identidad de género n.º 26.743 de 2012 (Argentina).
- 29 En Colombia, por ejemplo, en el artículo 2.2.6.12.4.6 del Decreto 1227 de 2015 se dice que “la persona que haya ajustado el componente sexo en el Registro Civil de Nacimiento no podrá solicitar una corrección dentro de los diez (10) años siguientes a la expedición de la Escritura Pública por parte del Notario. Solo podrá corregirse el componente sexo hasta en dos ocasiones”. Mientras que la citada ley argentina (n.º 26.743) prevé en su artículo 8 que “la rectificación registral conforme la presente ley, una vez realizada, sólo podrá ser nuevamente modificada con autorización judicial”.
- 30 En Argentina, en cambio, de manera expresa se advierte que se entenderán inalterados “en todos sus órdenes y grados, [...] que se mantendrán inmodificables, incluida la adopción” (art. 7). Ciertamente en Argentina no se plantea la problemática del juez italiano, pues allí se permite el matrimonio entre personas homosexuales desde el año 2010. Posición similar se encuentra en el *Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act 2015* de Malta.

el problema se plantea por la derivación de un matrimonio entre heterosexuales en uno entre homosexuales, con la posibilidad para estos últimos de contraer matrimonio y adoptar de manera conjunta, desaparecería cualquier reparo a esta solución<sup>31</sup>.

La pregunta necesaria, luego de estudiar tanto las sentencias italianas comentadas como soluciones alternativas en otros ordenamientos, sería *si*, frente a un caso similar y ante el silencio del ordenamiento, *el matrimonio anterior a la corrección del registro civil se mantiene*. En principio, pareciera que la respuesta consecuente con todo el sistema de fuentes es que sí. Sin embargo, una respuesta categórica no será acogida de manera pacífica, ni en Italia ni en ningún ordenamiento que no admita de manera abierta el *matrimonio* entre personas homosexuales.

Esta pregunta también es válida para los demás ordenamientos en América Latina<sup>32</sup>, donde, aunque los Estados asuman las cargas públicas por la cobertura en salud y garantía de los procedimientos quirúrgicos tendientes a la reasignación sexual<sup>33</sup>, persiste el problema relativo al cambio de nombre y sexo en el registro civil, y en consecuencia a conocer cuáles son sus efectos en el derecho de familia y en la familia misma, especialmente por la falta de regulación al respecto<sup>34</sup>.

Pero, a propósito de las sentencias analizadas, y considerando que la República Italiana ya cuenta con una legislación especial en materia de uniones civiles entre personas del mismo sexo, conviene preguntarse si, a la manera de los jueces italianos, una medida que contemple la transformación del matrimonio en

31 Esta no es por supuesto una solución pacífica, pues pese a la reciente decisión de la Corte Constitucional, ella misma sostuvo durante muchos años y de manera reiterada que la correcta interpretación de la definición constitucional de familia (art. 42), en relación con el matrimonio, lleva a concluir que en Colombia este es “monogámico y heterosexual”. Posición consolidada en la Sentencia C-577 de 2011, en la que, a partir de dicha interpretación, la Corte se abstuvo de reconocer el derecho a contraer matrimonio a las parejas de personas homosexuales, y decidió crear la figura de la *unión contractual solemne*.

32 Se debe precisar que en Argentina, Brasil, Colombia, algunos estados de México, Puerto Rico y Uruguay se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo; y en Chile, Ecuador, algunos estados de México, y Uruguay existe regulación sobre las uniones civiles.

33 Por mencionar solo algunos: Argentina, Colombia, Brasil, Chile, Ecuador y Uruguay.

34 Sólo para enunciar un par de ejemplos, en Brasil no existe legislación al respecto; sin embargo la jurisprudencia se ha pronunciado: así, en 2007, el *Tribunal Superior de Justiça (Acórdão. Recurso Especial nº 678.933 da 3ª Turma)* desestimó un recurso del ministerio público contra la autorización judicial de cambio de nombre y sexo a una persona transexual en el registro civil sin que se diera publicidad; y en 2009, el mismo tribunal, en el *Recurso Especial nº 1.008.398 da 3ª Turma*, además de autorizar el cambio de sexo y de nombre, ordenó que en el registro no hubiese constancia de que la alteración provenía de decisión judicial. Por su parte, en Chile, el 18 enero de 2016, se presentó un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago contra el organismo encargado del Registro Civil por su negativa a rectificar la partida de nacimiento de dos personas transexuales. Información que circuló en los medios de comunicación, entre ellos: <http://www.24horas.cl/nacional/transsexuales-interponen-recurso-por-no-permitir-cambio-de-nombre-y-sexo-1903998> [consultado el 26 de enero de 2016].

otra figura resistiría un test de igualdad. De igual manera, la valoración sobre la eventual ruptura o violación de la igualdad cabría ante la renuencia de un Estado para regular la materia. En esta última hipótesis hay que decir que no parece equilibrado que, de una parte, por virtud del “cambio de sexo” se permita la existencia de un matrimonio entre personas homosexuales y, de otra, para todas las demás hipótesis se sostenga la prohibición del mismo. Respecto de lo primero, en cambio, cabe la discusión, pues pese a la obligación de garantía de la igualdad, ciertamente no hay una obligación para los Estados de garantizar el derecho a conformar una familia sólo por vía del matrimonio.

Finalmente, lo que emerge de manera clara de esta discusión es que ante el ejercicio del derecho a la identidad de género, como derecho individual, los que parecieron ser en algún momento límites infranqueables del matrimonio y la familia se desvanecen, para dar paso a un derecho flexible que garantice un trato digno y en condiciones de igualdad para todos sus ciudadanos.