

# FORMALISMO JURÍDICO Y LOS DISIDENTES DE GÉNERO Y SEXUALES

## ARTÍCULO

CHRISTIAN RÍOS VALLEJO\*

Introducción .....	218
I. Género, sexo y diversidad.....	220
II. Formalismo jurídico, sistema legal y el desacoplamiento .....	224
III. Jurisprudencia.....	226
A. <i>AAR, Ex parte</i> .....	227
B. <i>Pueblo v. Ruiz Martínez</i> .....	230
C. <i>Alexandra Andino Torres, Ex parte</i> .....	231
D. <i>Alexis Delgado Hernández, Ex parte y Lisa Marie Rodríguez-Rodríguez</i> .	233
E. <i>Conde-Vidal v. García-Padilla</i> .....	237
F. <i>Obergefell v. Hodges</i> .....	238
IV. Otros ordenamientos .....	241
V. Conclusiones y propuestas .....	242

*A ustedes, las cuarenta y nueve vidas que  
nos fueron arrebatadas en una madrugada;  
¡nunca más!*<sup>1</sup>

## INTRODUCCIÓN

**N**UESTROS TIEMPOS SE CARACTERIZAN POR UNA MAYOR COMPLEJIDAD DEL entramado social, donde las identidades están siendo constantemente cuestionadas y no hay un solo modelo de ser, identificarnos y de relacionarnos, sino, como propongo a través de este escrito, el horizonte de posibilidades es amplio. Las identidades sexuales y las relaciones afectivas no están ajenas a la realidad dinámica, cambiante y mutable de nuestra contemporanei-

---

\* B.A., Ciencia Política y Sociología de la Universidad de Puerto Rico en Río Piedras; J.D., Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico. El autor desea expresar su agradecimiento a la Profesora Érika Fontánez Torres y a las compañeras que participaron del curso de Derecho, Justicia y Género del Programa de Estudios de Mujer y Género de la Universidad de Puerto Rico. *¡Gracias por acompañarme a pensar desdibujadamente!*

<sup>1</sup> Nunca debemos olvidar el trágico suceso del 12 de julio de 2016 en la discoteca gay *Pulse* en Orlando, Florida, donde asesinaron a cuarenta y nueve hombres y mujeres. Si hubo un antes y después de Stonewall, habrá un antes y después de Orlando. Véase *Orlando Shooting*, THE NEW YORK TIMES, <http://www.nytimes.com/news-event/2016-orlando-shooting> (última visita 24 de abril de 2017) (donde aparece un recuento de este trágico suceso).

dad. El surgimiento de nuevas identidades y la transformación social del género y la sexualidad son algunos de los temas que abordaré a través del escrito. Como ejemplo de esas nuevas identidades, podemos ubicar a los sujetos pansexuales, trans, los de género fluido, los de sexualidad fluida, los que practican el poliamor, los que se consideran ateos del género y los intersexuales, entre otros. En cierto sentido, estos sujetos se constituyen como disidentes del género y de las identidades sexuales. Este concepto ha sido desarrollado por el filósofo español Paul B. Preciado, quien ha sido una de las voces contemporáneas más influyente en los estudios sobre género, cuerpo y sexualidad. El propio Preciado define el concepto como:

El movimiento “queer” no es un movimiento de homosexuales ni de gays, sino de disidentes de género y sexuales que resisten frente a las normas que impone la sociedad heterosexual dominante, atento también a los procesos de normalización y de exclusión internos a la cultura gay: marginalización de las bolleras, de los cuerpos transexuales y transgénero, de los inmigrantes, de los trabajadores y trabajadoras sexuales . . . <sup>2</sup>

En su cotidianidad, estos sujetos transgreden las fronteras del género y nos invitan a hacer lo propio: “By refusing to accept that ‘the borders are closed,’ . . . sexually ambiguous/migratory persons threaten this system. They defy its power to ‘assign [us] to forced residence’ within categories. They represent the fearsome prospect of choice and movement, of shattering our geographic, sexual, and identarian boundaries.”<sup>3</sup>

Esta diversidad sexual encuentra limitaciones cuando busca reconocimiento en el espacio político y en el sistema legal. Y más que reconocimiento de la diversidad, como veremos en la jurisprudencia, estos sujetos buscan protección, igual tratamiento jurídico y aceptación desde su identidad particular, según así estos se quieran definir o no definir. Con este escrito pretendo cuestionar algunos de estos asuntos e intentaré responder dos interrogantes: ¿será el sistema legal lo suficientemente flexible como para cobijar la complejidad de identidades que se pueden asumir sexual y afectivamente?, y ¿cómo opera la imperante metodología formalista del Derecho y la conceptualización tradicional sobre sexo y género?

En la *primera parte* de este escrito definiré algunos de los conceptos utilizados cuando se habla de diversidad sexual. Utilizaré teóricos *queers* y feministas con el propósito de comprender la diversidad de las identidades de género y sexuales. En la *segunda parte* analizaré el sistema legal y su funcionamiento, en particular, la metodología formalista del Derecho, como una de las metodologías

---

<sup>2</sup> Paul B. Preciado, “Queer”: *Historia de una palabra*, PAROLE DE QUEER, <http://paroledequeer.blogspot.com/2012/04/queer-historia-de-una-palabra-por.html> (última visita 24 de abril de 2017).

<sup>3</sup> Amit Sen, *Policing the Border: Regulating Race, Gender, and Sexuality*, 8 GEO. J. GENDER & L. 67, 80 (2007).

adjudicativas más utilizadas por los tribunales y en el quehacer jurídico.<sup>4</sup> Veremos cómo los principios y postulados del formalismo representan un obstáculo para el reconcomiendo de la plena diversidad. Además, discutiré el concepto del *desacoplamiento entre lo legal y lo social*, como un referente de la complejidad a la cual está sujeta el Derecho ante el surgimiento de nuevas y diversas identidades. En este sentido, los reclamos por protección y reconocimiento de los disidentes forman una alternativa para intentar conciliar lo legal y lo social. En la *tercera parte* analizaré una serie de casos para observar controversias de género y sexualidad que han llegado a las puertas del sistema judicial. Pondré énfasis en distintas expresiones de los jueces donde aparecen concepciones sobre género y sexualidad. Con esto pretendo observar como el formalismo y la conceptualización tradicional de género se desarrollan en la jurisprudencia. Luego, en la *cuarta parte* daré una breve mirada a otros ordenamientos para ver cómo se enfrentan a la creciente diversidad sexual contemporánea. Sirva este ejercicio para mirar formas en que el sistema legal puede adoptar la diversidad. Por último, en la *quinta parte*, concluiré con una serie de propuestas para proporcionar al Derecho las estrategias necesarias para acoger la diversidad sexual en su máxima expresión y como hecho innegable de la contemporaneidad.

## I. GÉNERO, SEXO Y DIVERSIDAD

Tradicionalmente, género y sexo se han definido como rasgos esencialistas del ser humano. El sexo hace referencia a la identidad biológica de una persona, a sus genitales y composición genética, mientras que el género se refiere a una construcción social sobre cómo debe ser el comportamiento e identidad de una persona.<sup>5</sup> Como señala Marilyn Friedman:

"Sex," it was argued, pertains to the biological givens of sexuality-genitalia, chromosomes, and so on-which determine whether one is a woman or a man. "Gender" pertains to the socio-cultural constructs of femininity and masculinity, comprising certain psychological traits, and certain modes of dress, grooming, language use, and bodily comportment, among other things.<sup>6</sup>

Cuando operan conjuntamente, vemos que la expectativa es que si se nace con un pene, se sea hombre y se sea masculino, y si se nace con vagina, se sea mujer y se sea femenina. Por lo tanto, predomina una noción de la identidad sexual como un hecho esencial e inmutable. Los saberes médicos y científicos tradicionales han colaborado en la formación de estos modelos esencialistas.

---

<sup>4</sup> Frederick Schauer & Virginia J. Wise, *Legal Positivism as Legal Information*, 82 CORNELL L. REV. 1080 (1997).

<sup>5</sup> Francisco Valdes, *Unpacking Hetero-Patriarchy: Tracing the Conflation of Sex, Gender & Sexual Orientation to Its Origins*, 8 YALE J.L. & HUMAN. 161, 164 (1996). Véase, además, *Guidelines for Psychological Practice With Lesbian, Gay and Bisexual Clients*, 67 AMERICAN PSYCHOLOGIST, no. 1, 2012, en la pág. 10, <http://www.apa.org/pubs/journals/features/amp-a0024659.pdf>.

<sup>6</sup> Marilyn Friedman, *Reclaiming the Sex/Gender Distinction*, 25 NOÛS 200, 200 (1991).

Ejemplo de esto son las personas intersexuales y los tratamientos médicos a los cuales se les exponen para evitar un desfase entre el sexo y género de la persona.<sup>7</sup> El discurso esencialista está caracterizado por un rechazo al dinamismo y mutabilidad de las identidades. No obstante, y valga la aclaración, en los últimos años las Ciencias Naturales y el campo de la medicina han ido reformando y transformando este discurso.<sup>8</sup>

Este discurso ha sido severamente cuestionado, porque si el género es socialmente construido podríamos decir que el sexo también lo es.<sup>9</sup> Al decir de Dylan Vade: “Sex is just as much a cultural construct as is gender. Both sex and gender are socially constructed and socially real. The logic of ‘sex is to nature as gender is to culture’ does not hold. Sex is not the natural biological true backdrop for a cultural gender.”<sup>10</sup> Ambas son categorías las cuales se asignan al nacer y se utilizan durante toda la vida del sujeto para clasificarle e identificarle. Si el género responde a unas exigencias identitarias del comportamiento del sujeto, el sexo responde a unas categorizaciones respecto a los saberes científicos naturales.<sup>11</sup> Como observa Anne Fausto-Sterling:

Our bodies are too complex to provide clear-cut answers about sexual difference. The more we look for a simple physical basis for ‘sex,’ the more it becomes clear that ‘sex’ is not a pure physical category. What bodily signals and functions we define as male or female come already entangled in our ideas about gender.<sup>12</sup>

7 Cristina del Mar Quiles, *Dilema de asignar un sexo a un bebé intersexual*, EL NUEVO DÍA (3 de septiembre de 2015), <http://www.elnuevodia.com/noticias/locales/nota/dilemadeasignarunsexoaunbebeintersexqual-2094679/> (última visita 24 de abril de 2017). Véase, además, Julia C. Oparah, *Feminism and the (Trans)gender Entrapment of Gender Nonconforming Prisoners*, 18 UCLA WOMEN’S L.J. 239, 244 (2012).

8 Véase Ruth Hubbard, *Gender and Genitals: Constructs of Sex and Gender*, SOCIAL TEXT, primavera-verano 1996, en la pág. 157; Robin Marantz Henig, *How Science is Helping Us Understand Gender*, NATIONAL GEOGRAPHIC (enero 2017), <http://www.nationalgeographic.com/magazine/2017/01/how-science-helps-us-understand-gender-identity/> (última visita 24 de abril de 2017).

9 Para algunas teóricas del género, el sexo también es una categoría social creada para reforzar la estructura tradicional sexo-género. Véase Leticia Sabsay, *Judith Butler para principiantes*, PAROLE DE QUEER, <http://paroledequeer.blogspot.com/2014/12/judith-butler-para-principiantes.html> (última visita 24 de abril de 2017). Asimismo, Preciado nos dice:

El sexo y la sexualidad no son propiedades esenciales del sujeto, sino más bien el producto de diversas tecnologías sociales y discursivas, de prácticas políticas de gestión de la verdad y de la vida. Son el producto de vuestro coraje. No hay ni sexos ni sexualidades, sino usos del cuerpo reconocidos como naturales o sancionados como desviantes.

Beatriz Preciado, *La valentía de ser uno mismo*, PAROLE DE QUEER, <http://paroledequeer.blogspot.com/2014/11/la-valentia-de-ser-uno-mismo-por.html> (última visita 24 de abril de 2017). Véase, además, Hubbard, *supra* nota 8.

10 Dylan Vade, *Expanding Gender and Expanding the Law: Toward a Social and Legal Conceptualization of Gender that is More Inclusive of Transgender People*, 11 MICH. J. GENDER & L. 253, 282 (2005).

11 SIMONE DE BEAUVOIR, *THE SECOND SEX* 41-72 (Constance Borde & Sheila Malovany-Chevallier trad., First Vintage Books 2011) (1949).

12 ANNE FAUSTO STERLING, *SEXING THE BODY* 4 (2000).

Con esto no pretendo que lleguemos a afirmar que todo es una construcción social, sino dar cuenta de que estos son asuntos complejos y que los conocimientos médicos y científicos también responden a unas estructuras, sistemas y discursos sociales que se transforman a través del tiempo.<sup>13</sup>

A la estructura género-sexo se le añade la orientación y la identidad sexual de una persona. La construcción de la identidad sexual de un sujeto comienza desde el momento en que se le asigna un sexo al nacer. Luego, en la crianza comienza un proceso que, basado en unas categorías particulares, supone un comportamiento conforme a esas categorías. La heteronormativa es una de esas categorías particulares más influyentes. Al describir ese proceso de crianza, Julia C. Oparah señala: “Policing the gender-binary begins at home where children are pressured to engage in culturally appropriate gendered behavior and play and to wear gender appropriate clothing.”<sup>14</sup>

Francisco Valdes utiliza el concepto *conflation triangle* para explicar cómo el sexo, el género y la orientación sexual de una persona se encuentran imbricados y operan en conjunto.<sup>15</sup> Como mencioné, si se nace con pene se espera que se sea hombre, heterosexual y masculino. Estas categorías comienzan a operar al momento del nacimiento donde oficialmente se le identifica al sujeto con una u otra categoría. Al sujeto que se le ha clasificado como hembra/mujer se le han adjudicado unas características exclusivas de esa clasificación. Por ende, todas aquellas clasificaciones y características del varón/hombre le serán inaccesibles al sujeto hembra/mujer. En este sentido, podemos ver la forma en que el discurso tradicional en torno a la sexualidad se desarrolló sobre categorías binarias excluyentes: pene/vagina, hombre/mujer, masculino/femenino. Por ello, al sujeto que le fue asignada una categoría particular le es cuesta arriba cambiar o desplazarse libremente a través de estas categorías.

Las teorizaciones tradicionales del siglo pasado sobre género y sexo no proporcionaron espacio, herramientas, ni conocimientos para comprender la vasta diversidad sexual de nuestros tiempos. Existen personas que se niegan a identificarse al interior de los binarios y que no pueden asumirse de una forma o de la otra, es decir pueden ser ambas o ningunas. Veamos algunos de los conceptos

---

<sup>13</sup> Véase BRUNO LATOUR & STEVE WOOLGAR, *LABORATORY LIFE: THE CONSTRUCTION OF SCIENTIFIC FACTS* 33 (1986).

<sup>14</sup> Oparah, *supra* nota 7, en la pág. 257.

<sup>15</sup> Laurie Rose Kepros, *Queer Theory: Weed or Seed in the Garden of Legal Theory?*, 9 *LAW & SEXUALITY REV. LESBIAN GAY BISEXUAL & LEGAL ISSUES* 279, 294 (1999-2000). Sobre el *conflation triangle*, Kepros nos dice:

The triangle consists of three legs, each beginning and ending with constructs of “sex.” The first leg conflates sex and gender such that every person’s sex is also his or her gender. The second leg conflates gender and sexual orientation so notions of masculinity and femininity become coalesced into models of sexual orientation (e.g., society recognizes “sissies” and “tomboys” as evolving into “fags” and “dykes”). The third leg conflates sex and sexual orientation such that society concludes an individual’s participation in a same-sex couple means he or she has a “homosexual” orientation.

que se han desarrollado para explicar esta multiplicidad y diversidad de identidades.

Como discutí en la introducción, Preciado les llama a estos sujetos los disidentes de género y sexuales.<sup>16</sup> Él ve a las personas como figuras moldeables que están en un constante cambio y se pueden asumir de muchas formas.<sup>17</sup> El sujeto podría ser hoy heterosexual, mañana no y al otro día quién sabe. Para Preciado, no hay un molde de identidad sexual que todos podamos asumir y con el cual nos podamos identificar. Por su parte, Richael Faithful les llama a estos sujetos los *gender outlaws*,<sup>18</sup> haciendo referencia a como estos sujetos se encuentran al exterior del sistema de género tradicional.

De otra parte, Judith Butler propone utilizar el concepto de *performatividad del género* para dar cuenta de la diversidad e infinitud de identidades que se pueden asumir. Para Butler, el género es una práctica social y una normativa que se negocia según el contexto social. Este cambia y se va transformando en cada acto sexual.<sup>19</sup> Por su parte, Dylan Vade ve la multiplicidad de identidades como una *gender galaxy*. Nos dice:

Gender is much bigger than a line. It is at least a three-dimensional space, but not a Cartesian one, not a space created by three lines. There are no lines, no ordering. There is just space—an infinite space, a space that allows motion. I have gender claustrophobia and need a big space.<sup>20</sup>

Vade utiliza un concepto muy interesante y creativo para ejemplificar un espacio donde la complejidad de las identidades sexuales y de género pueda ser reconocida y visibilizada; un espacio donde no existe un molde con una sola identidad, sino muchas identidades que están en constante interacción. Vade apuesta a una concepción de género que no sea lineal, sino una donde: “[E]very person can express their gender freely, from a fierce feminine transgender woman, a butch lesbian transgender woman, a non-transgender female soccer star, a proudly not-masculine transgender man, a flamey gay man, to a person whose gender goes far beyond the female–male binary.”<sup>21</sup> Desde su experiencia como una persona transgénero, Vade nos hace un llamado a reconocer la diversidad y acogerla dentro de un espacio de infinitas posibilidades. Utiliza como ejemplo la experiencia de las personas trans y los retos que enfrentan legalmente al subver-

---

<sup>16</sup> Preciado, Historia de una palabra, *supra* nota 2.

<sup>17</sup> *La importancia de llamarse Paul*, PAROLE DE QUEER, <http://paroledequeer.blogspot.com/2015/06/la-importancia-de-llamarse-paul.html> (última visita 24 de abril de 2017).

<sup>18</sup> Richael Faithful, (*Law*) *Breaking Gender: In Search of Transformative Gender Law*, 18 AM. U. J. GENDER SOC. POL'Y & L. 455, 456 (2010).

<sup>19</sup> Véase Judith Butler, *Performative Acts and Gender Constitution: An Essay on Phenomenology and Feminist Theory*, 40 THEATRE J. 519 (1988), para una discusión más profunda sobre la performatividad del género.

<sup>20</sup> Vade, *supra* nota 10, en la pág. 274.

<sup>21</sup> *Id.* en la pág. 264.

tir las categorías tradicionales al interior de los sistemas género y sexo.<sup>22</sup> Al igual que las personas trans, los otros disidentes que se niegan a asumir una categoría o identidad sexual particular, enfrentan una serie de complicaciones, que van desde protecciones y beneficios legales hasta tratamientos de salud.

Estas formas de teorizar sobre la diversidad sexual buscan construir unos entendimientos básicos, capaces de reconocer que las identidades no son un hecho inalterable, sino que existe una multiplicidad de identidades que podemos asumir.

## II. FORMALISMO JURÍDICO, SISTEMA LEGAL Y EL DESACOPAMIENTO

Entre las diversas metodologías del Derecho, la formalista ha sido la que ha tenido mayor aceptación en el sistema legal.<sup>23</sup> El formalismo busca establecer orden, límites y coherencia en el Derecho. A diferencia del realismo jurídico, el formalismo se edifica a partir de concebir el Derecho como neutral y aislado de elementos éticos, políticos y sociales. Existen muchas versiones y modalidades del formalismo como, por ejemplo, el textualismo, es decir, la aplicación e interpretación literal del Derecho.<sup>24</sup> De igual forma, el formalismo implica neutralidad, convirtiéndose el quehacer jurídico en una tarea casi mecánica.<sup>25</sup>

El filósofo español Manuel Atienza nos ofrece una serie de tesis útiles para comprender el formalismo jurídico.<sup>26</sup> Veamos algunas de estas. La *primera tesis* postula uno de los conceptos más característicos del formalismo y es que siempre tiene que haber una respuesta y esa será la correcta. En un proceso judicial ambas partes no pueden salir vencedoras. Quizás podrían llegar a un punto medio con procesos alternos, pero se sigue privilegiando que una solamente sea la solución correcta. La *segunda tesis* dispone que solo los legisladores pueden crear el Derecho. Esto nos es familiar por la doctrina de separación de poderes y porque suele utilizarse ante casos políticamente controvertibles para evitar entrometerse con la labor del legislador. La *tercera tesis* hace alusión al carácter estático del Derecho ante la complejidad de asuntos sociales. En este sentido, el Derecho busca contenerse ante la infinitud de controversias que se presentan en lo social. La *cuarta tesis* establece que el juzgador o juzgadora se debe limitar al texto de la ley, es decir, que se debe interpretar tal y como aparece formulada la

---

22 Véase Taylor Flynn, *TRANSforming the Debate: Why We Need to Include Transgender Rights in the Struggles for Sex and Sexual Orientation Equality*, 101 COLUM. L. REV. 392, 393 (2001):

[T]ransgender discrimination permeates every aspect of daily life, whether on the job (such as workplace harassment, the denial of a promotion, or termination of employment), in the heightened risk of violence (such as rape), or in the home (such as the potential for discriminatory implementation of marriage laws and custody determinations).

23 Schauer & Wise, *supra* nota 4.

24 Véase Margaret J. Radin, *Reconsidering the Rule of Law*, 69 B.U. L. REV. 781 (1989).

25 Érika Fontánez Torres, *Antesala: observando a los jueces y juezas como operadores del Derecho*, 80 REV. JUR. UPR 1 (2011).

26 MANUEL ATIENZA, *EL SENTIDO DEL DERECHO* 277-79 (2001).

ley en los textos. Comúnmente esta aplicación se conoce como la aplicación mecánica de la ley, en otras palabras: *esta es la norma, esos son los hechos y aplicas la primera a los hechos sin ninguna otra consideración*. La *octava tesis* adjudica la certeza y predictibilidad como valores máximos del Derecho. Esto lo podemos ver en el elemento de la seguridad jurídica y en las premisas subyacentes del Derecho por mantener control y orden, ante todo. La *novena tesis* aspira a describir el proceso de interpretación bajo el formalismo. Sobre esto, señala Atienza: “[C]onsiste[] en describir el significado objetivo de un texto o la voluntad subjetiva de su autor, de manera que no queda espacio alguno para la discrecionalidad del intérprete”.<sup>27</sup> La *décima tesis*, muy similar a la tercera, hace referencia a la dificultad del Derecho por adecuarse a una sociedad en transformación. Por último, la *undécima tesis* nos sitúa en un Derecho que es ajeno y cerrado a la realidad social y a los valores políticos.<sup>28</sup>

La metodología formalista, a su vez, supone que las controversias se construyan ajenas a consideraciones políticas y a que los casos se adjudiquen bajo un manto de neutralidad, dándole deferencia al legislador sin cuestionar o reflexionar sobre lo que conlleva aplicar tal norma a unos hechos particulares. Por consiguiente, se crea lo que algunos sociólogos han llamado un desacoplamiento entre lo legal y lo social.<sup>29</sup> Esta metodología ofrece una visión muy limitada para entender la complejidad social. A mi entender, en las controversias sobre género, el desacoplamiento lo podemos observar en el hecho de que existe una multiplicidad de identidades de género y sexuales, pero el sistema legal limita cuáles se reconocen y a cuáles se les ofrece protección y cobijo jurídico. Mientras que el formalismo jurídico postula orden, límite, previsibilidad, seguridad y certeza; el sistema social se caracteriza por la multiplicidad, la diversidad y un constante cambio. He aquí el reto principal para el sistema legal cuando a sus puertas lleguen reclamos políticos y sociales. En particular, el reconocimiento de la multiplicidad y diversidad de identidades sexuales.<sup>30</sup> Podemos observar que el Derecho, bajo una metodología adjudicativa formalista, funciona como un obstáculo para el reconocimiento de esta vasta diversidad de identidades.

Cuando el sistema legal se cierra a la pluralidad de miradas y saberes, este no tiene forma de acoger y transitar por toda la complejidad social. Los mayores reclamos del sistema legal provienen del sistema político.<sup>31</sup> Esto lo podemos entender mejor con la teoría de sistemas de Niklas Luhmann,<sup>32</sup> quien plantea que

---

<sup>27</sup> *Id.* en las págs. 278-79.

<sup>28</sup> *Id.* en la pág. 279. La numeración que utilizo para identificar las tesis es la misma que le otorga el autor en el texto.

<sup>29</sup> MADELINE ROMÁN, ESTALLIDOS: POLISEMIA Y POLIMORFIA DEL DERECHO Y LA VIOLENCIA 70 (2006).

<sup>30</sup> Laura Grenfell, *Making Sex: Law's Narratives of Sex, Gender and Identity*, 23 LEGAL STUD. 66, 67 (2003).

<sup>31</sup> ROMÁN, *supra* nota 29, en la pág. 34.

<sup>32</sup> Véase NIKLAS LUHMANN, OBSERVATIONS ON MODERNITY (1998), para una discusión detallada sobre la teoría de sistemas.



existen sistemas: el religioso, el mediático, el político, el educativo y el social, entre otros; y que cada sistema opera con una estructura y lógica interna distinta.<sup>33</sup> En la interacción de estos sistemas surgen pugnas al enfrentarse discursos y particularidades de un sistema con otro.

Cuando aparece una controversia política ante el sistema legal, este se limita a intervenir a partir de la lógica legal/ilegal. Ante esto, se simplifican los eventos, se reducen las controversias y se ocultan las dinámicas de poder.<sup>34</sup> De esta forma, se pierde toda una serie de discursos y abordajes que dejan al Derecho desprovisto para apalabrar y acoger reclamos del sistema político. Por ejemplo, cuando se llevan casos a los tribunales y se les intenta persuadir utilizando conceptos que el Derecho no logra traducir en términos legales. El sistema legal, bajo la metodología formalista, no puede ir a la par con lo social, ni acoger toda la complejidad que está presente en el mundo de las identidades sexuales. Por consiguiente, aunque en el entramado social ya existen un sin número de asociaciones afectivas-sexuales y de identidades, el sistema legal solo reconoce las tradicionales o las que conocemos como las relaciones monógamas entre hombres y mujeres heterosexuales.

Veamos algunas de las opiniones del Tribunal Supremo de Puerto Rico en la pasada década para identificar cómo la metodología formalista del Derecho afecta la forma en que se adjudican las controversias de los disidentes de género y sexuales.

### III. JURISPRUDENCIA

En nuestro ordenamiento se puede observar cómo aplican cada una de las tesis de Atienza. Basta con leer algunas de las opiniones de los jueces para ver momentos en que han optado por aplicar rigurosamente la norma o, por el contrario, aplicar la doctrina de separación de poderes y no tomar en consideración elementos política y socialmente relevantes para resolver y encontrar remedios a controversias y reclamos de los disidentes.

Para comprender lo anterior, veamos una serie de casos en los que el Tribunal Supremo de Puerto Rico se ha enfrentado a controversias sobre asuntos de género y sexualidad. Mediante opiniones de los jueces, veremos de qué forma se desarrollan las narrativas legales a partir de algunos de los principios de la metodología formalista del Derecho.<sup>35</sup> Cabe mencionar que no todos los casos que

---

<sup>33</sup> ROMÁN, *supra* nota 29, en la pág. 8.

<sup>34</sup> Érika Fontánez Torres, *La pretensión totalizadora del Derecho: Juridificación de controversias en Puerto Rico*, 5 REV. ELECTRÓNICA DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES A. L. GIOJA 512 (2011).

<sup>35</sup> Cabe hacer la aclaración que el análisis de casos que hago es breve porque pongo énfasis en expresiones específicas de las opiniones. Para un análisis más profundo de estas opiniones, recomiendo los análisis del término de la Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico, foros que se grabaron tras algunas de estas decisiones y entradas en páginas como *Microjuris* y *derechoalderecho*: Glenda Labadie Jackson, *Derecho de Familia*, 83 REV. JUR. UPR 679 (2014); Ernesto L. Chiesa Aponte & Luis E. Chiesa Aponte, *Derecho Penal*, 73 REV. JUR. UPR 671 (2004); Pedro F. Silva-Ruiz, *Derecho de Familia: Transcendentales sentencias sobre el transexualismo y las*

veremos, afortunadamente, continúan vigente, debido a decisiones recientes del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, por ejemplo, *Obergefell v. Hodges*,<sup>36</sup> y por legislación local. A pesar de esto, muchos de los jueces que emitieron estas opiniones siguen en el Tribunal y por eso debemos analizar cuidadosamente las expresiones vertidas en estas. Asimismo, en cualquier momento se podrían presentar controversias que envuelvan asuntos de género o sexualidad, y lo que los jueces dijeron en las siguientes opiniones podría servirnos para persuadir y proveer al Tribunal argumentos que les convenzan de decidir de otra forma.

#### A. AAR, *Ex parte*<sup>37</sup>

En este caso, el Tribunal Supremo le negó a una mujer la posibilidad de convertirse en madre legal de la hija de su esposa. El Tribunal basó su decisión en varias disposiciones del Código Civil que, afortunadamente, ya están derogadas.<sup>38</sup> En la opinión mayoritaria, de la jueza asociada Pabón Charneco, podemos identificar la segunda tesis de Atienza, sobre que el legislador es quien crea el Derecho, cuando ella dice: “Los sectores que entiendan que la Constitución de Puerto Rico debe contener disposiciones para atender la médula del asunto presentado por la peticionaria tienen como herramienta el proceso legislativo en aras de encaminar una posible enmienda constitucional”.<sup>39</sup> Aquí vemos nítidamente como quiere ser deferente al legislador, ya que este crea la norma y al Tribunal solo le queda aplicar esa intención sin ulterior consideración.<sup>40</sup> La Jueza lo reitera más adelante cuando dice:

---

*capitulaciones matrimoniales*, 70 REV. JUR. UPR 409 (2001); Hiram A. Meléndez Juarbe, *Derecho Constitucional*, 75 REV. JUR. UPR 29 (2006); Alvin Padilla Babilonia, *De Alexandra y definir quiénes somos*, DERECHOALDERECHO (30 de junio de 2015), <http://derechoalderecho.org/2015/06/30/de-alexandra-y-definir-quiénes-somos-alvin-padilla-babilonia/> (última visita 24 de abril de 2017); Zoán T. Dávila Roldán, *Tribunal Supremo federal dice sí al matrimonio LGTT*, MICROJURIS (26 de junio de 2015), <https://aldia.microjuris.com/2015/06/26/supremo-federal-dice-si-a-matrimonio-lgtt/> (última visita 24 de abril de 2017); Zoán T. Dávila Roldán, *Discuten contexto y estrategias en el caso Conde Vidal v. García Padilla*, MICROJURIS (17 de noviembre de 2014), <https://aldia.microjuris.com/2014/11/17/discuten-contexto-y-estrategias-en-el-caso-conde-vidal-v-garcia-padilla-2/> (última visita 24 de abril de 2017); y *[Video] Análisis de caso federal Conde v. Rius*, MICROJURIS (28 de octubre de 2014), <https://aldia.microjuris.com/2014/10/28/analisis-de-caso-federal-conde-v-rius-en-la-inter-derecho/> (última visita 24 de abril de 2017).

<sup>36</sup> *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015).

<sup>37</sup> AAR, *Ex parte*, 187 DPR 835 (2013); véase Glenda Labadie Jackson, *Derecho de Familia*, 83 REV. JUR. UPR 679 (2014) (donde se discute detenidamente la opinión de cada uno de los jueces).

<sup>38</sup> Aunque los artículos 68 y 138 del Código Civil de Puerto Rico no han sido enmendados o derogados por la legislatura, estos no tienen aplicación alguna tras la decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos en *Obergefell v. Hodges*. Por otro lado, recientemente se presentó el proyecto del senado 1710 para adoptar un nuevo Código Civil, donde se incluyen enmiendas a varios artículos para atemperarlos a la jurisprudencia y flexibilizar el proceso de adopción.

<sup>39</sup> AAR, 187 DPR en la pág. 872.

<sup>40</sup> ATIENZA, *supra* nota 26, en las págs. 278-79. Como recordarán, esta es la tesis novena de las que describe Atienza.

Ese juicio es eminentemente legislativo y no nos compete *como juristas* aprobar o desaprobar los diferentes tipos de modelos familiares que se vayan desarrollando en la sociedad. *El reconocimiento legal de esos modelos familiares no se puede dar en los pasillos del Tribunal Supremo, sino en el hemiciclo de los Cuerpos Legislativos.*<sup>41</sup>

Esta frase denota que el Tribunal optó por refugiarse en la separación de poderes y optó por abdicar su función de velar por una aplicación igualitaria del Derecho y proteger los derechos de las minorías.<sup>42</sup> Los jueces no pueden continuar utilizando la separación de poderes como un subterfugio en casos donde valores y principios constitucionales están envueltos. Si bien la doctrina de la separación de poderes es un principio para mantener funcionando el sistema republicano de gobierno, no puede convertirse en un obstáculo para proteger y reconocer remedios a grupos históricamente excluidos, por ejemplo, las dos madres en este caso. Habrá momentos donde la separación de poderes tiene que ceder ante reclamos válidos de igualdad y justicia como los que rodeaban esta controversia.

Al decidir de esta forma, se fortaleció el modelo de familia tradicional excluyendo otros modelos, como lo era el de las demandantes. Sobre esto, la profesora Glenda Labadie Jackson señaló:

La configuración del Derecho de Familia como conjunto de respuestas normativas a cuestiones fundamentales en una sociedad cada vez más diversa se manifiesta de forma patente en este caso. La mayoría del Tribunal apoya que el legislador privilegie, por encima de otros modelos, el de la familia tradicional, esto es, aquella integrada por una pareja heterosexual —unida en matrimonio— con hijos procreados a través de medios naturales. De manera que el concepto *familia* se relaciona con el matrimonio, por lo que, se privilegia jurídicamente a las *familias matrimoniales*.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> AAR, 187 DPR en la pág. 877.

<sup>42</sup> La aplicación igualitaria del Derecho está muy relacionada al acceso a la justicia. En los últimos años, algunos jueces de Tribunal Supremo han tomado un gran interés y participación denunciando el problema de acceso a la justicia en Puerto Rico. Véase *Hon. Liana Fiol Matta disertó sobre el acceso a la justicia en Washington*, MICROJURIS (5 de febrero de 2015), <https://aldia.microjuris.com/2015/02/05/hon-liana-fiol-matta-diserto-sobre-el-acceso-a-la-justicia-en-washington/> (última visita 26 de abril de 2017) (donde se reseña el discurso de la pasada jueza presidenta del Tribunal Supremo, Liana Fiol Matta, en Trinity Washington University, sobre el acceso a la justicia). A mi modo de ver, cuando los tribunales no procuran interpretar las herramientas legales de forma tal que su aplicación beneficie a todos, se está agravando el problema de acceso a la justicia y se está fomentando una aplicación desigual de las herramientas legales. Esto se empeora teniendo en consideración el problema de desigualdad política y económica de nuestros tiempos. Véase, además, LUIS F. ESTRELLA MARTÍNEZ, ACCESO A LA JUSTICIA: DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL (2017). De igual forma, la actual Jueza Presidenta del Tribunal Supremo, Maite Oronoz Rodríguez, ha expresado un compromiso con el acceso a la justicia mediante su plataforma de trabajo y las iniciativas que se encuentra implementando en la Rama Judicial. Véase, Cynthia López Cabán, *Maite Oronoz impulsa cambios en la judicatura*, EL NUEVO DÍA (3 de marzo de 2017), <http://www.elnuevodia.com/noticias/locales/nota/maite-oronozimpulsacambiosenlajudicatura-2297030/> (última visita 26 de abril de 2017).

<sup>43</sup> Labadie Jackson, *supra* nota 37, en las págs. 689-90.

A pesar de que nuestra Constitución prohíbe el discrimen por sexo,<sup>44</sup> históricamente no se ha interpretado que este incluya el discrimen por orientación sexual. Lo confirma la Jueza al decir: “De entrada, este Tribunal nunca ha resuelto que el discrimen por orientación sexual es una modalidad del discrimen por sexo”.<sup>45</sup> Al emitir una expresión como esta, la Jueza se adhiere al texto de la Constitución tal y como se escribió, un rasgo predominante de la metodología formalista. Cuando se asume una interpretación tan rígida de los instrumentos legales, se cometen las injusticias que aquí vimos. Cuando dejamos de tomar en consideración otros factores, se llega a conclusiones tan ajenas de la realidad como ocurrió en esta opinión.

En este caso, el juez asociado Martínez Torres expresa su preocupación por decidir de la forma que entiende es la más correcta (justa), porque su función es la de aplicar la norma tal y como está escrita. Nos dice:

En lo personal, simpatizo con la posición de las peticionarias. No tengo la menor duda de que sería mejor permitir la adopción por una pareja hábil del mismo sexo, ansiosa por brindar amor y un hogar a un menor, que condenarle a pasar su niñez en un orfanato, o de hogar de crianza en hogar de crianza. Respeto la posición moral de los que piensan distinto a mí. Sin embargo, mi compromiso con el mejor bienestar de los menores me lleva a aceptar a las personas homosexuales o lesbianas como adoptantes en igualdad de condiciones que las personas heterosexuales. *No obstante, la Constitución no me autoriza a imponer mi preferencia moral a toda la sociedad.*<sup>46</sup>

Vemos aquí cómo el formalismo, en la interpretación de los instrumentos legales, impone una atadura sobre los jueces, la que en ocasiones lleva a decisiones tan desacertadas como esta. Atienza hace referencia a esto en la novena tesis cuando alude a la limitada discreción del intérprete ante las controversias, bajo el formalismo. En la opinión de conformidad del juez asociado Martínez Torres vemos el problema de privilegiar al formalismo sobre otras corrientes o metodologías.<sup>47</sup>

Por su parte, el juez asociado Kolthoff Caraballo asume las posturas tradicionales de la teorización sobre género y sexo: “Ahora bien, desde el punto de vista constitucional, el sexo de una persona, al igual que la raza y el origen, *son características inmutables determinadas únicamente por el mero hecho de haber nacido con ellas*”.<sup>48</sup> El concepto de inmutabilidad que utiliza el Juez es indicio de que el sistema legal, a la luz de una metodología formalista, se encuentra impedido de acoger la diversidad sexual en su máxima expresión. Sobre la orientación sexual de las personas nos dice:

---

44 CONST. PR art. II, § 1.

45 AAR, 187 DPR en la pág. 869.

46 *Id.* en la pág. 910 (Martínez Torres, opinión de conformidad) (énfasis suplido).

47 Por ejemplo, el realismo jurídico pudiese ser más efectivo para reconocer toda la complejidad existente y la diversidad social que opera en nuestra contemporaneidad.

48 AAR, 187 DPR en la pág. 915 (Kolthoff Caraballo, opinión de conformidad) (énfasis suplido).

Por ejemplo, una persona homosexual, por definición, es aquella que tiene una preferencia u orientación sexual hacia otro varón. Esa persona evidentemente encuentra algo en el sexo masculino que no encuentra en el sexo femenino. De manera que, para la persona homosexual o lesbiana, el sexo de la persona con la que se relaciona sexualmente es s[ol]o uno, y no es intercambiable.<sup>49</sup>

Por su parte, el juez asociado Rivera García, en su opinión de conformidad, levanta argumentos de género a partir de un discurso biológico esencialista que postula que el sexo y el género se remiten a la composición biológica de los cuerpos, y son características inmutables de las personas. Nos dice Rivera García: “Hay diferencias significativas innatas entre mujer y hombre, dictadas por los genes y las hormonas que van más allá de la anatomía básica. Estas diferencias son evidentes y exclusivas”.<sup>50</sup> A esta línea argumentativa añade: “[S]e quiere borrar la identidad de hombre y mujer, censurando una de las atribuciones más determinantes en su vida que por biología le pertenecen: la maternidad y la paternidad”.<sup>51</sup>

AAR *Ex parte* es quizás una de las opiniones más desacertadas de nuestro tiempo y, aunque lo decidido en ella no está vigente, no podemos descartarla por las expresiones que allí se vertieron. Como vimos, por un lado, los jueces en la opinión reproducen y citan un sinnúmero de concepciones tradicionales sobre género e identidad sexual y de modelos familiares, sociales y legalmente aceptables. Por otro lado, reflejan principios del formalismo jurídico que vemos en Atienza. Cuando convergen las concepciones tradicionales y la primacía del formalismo jurídico, se producen expresiones y conclusiones ajenas al entramado social, el cual está muy cargado de una diversidad de modelos familiares.

#### B. *Pueblo v. Ruiz Martínez*<sup>52</sup>

En este caso, el Tribunal estableció que la Ley 54 no cobija a parejas del mismo sexo. Basaron su decisión a partir del historial legislativo y cómo de este no se podía inferir que el legislador había extendido la protección a parejas del mismo sexo, sino que la Ley se creó con motivos de proteger el modelo de familia tradicional (pareja heterosexual). La *Ley de prevención e intervención con la violencia doméstica*, mejor conocida como la Ley 54, se adoptó con el fin de combatir la violencia entre las familias y sus miembros. Dice la Ley: “El Gobierno de Puerto Rico se reafirma en su compromiso constitucional de proteger la vida, la seguridad y la dignidad de hombres y mujeres. Además, reconoce que la vio-

---

49 *Id.* en la pág. 929.

50 *Id.* en la pág. 953.

51 *Id.* en la pág. 956.

52 *Pueblo v. Ruiz Martínez*, 159 DPR 194 (2003). Véase Ernesto L. Chiesa Aponte & Luis E. Chiesa Aponte, *Derecho Penal*, 73 REV. JUR. UPR 671 (2004) (donde aparece un análisis más detallado sobre los hechos del caso).

lencia doméstica atenta contra la integridad misma de la familia y de sus miembros”.<sup>53</sup>

Mediante una opinión *per curiam*, expresaron: “De estas líneas se puede colegir que el propósito cardinal de la política pública enunciada es fortalecer la institución de la familia, que se visualiza como una política que surge y se ampara en la unión sentimental y legal entre un hombre y una mujer”.<sup>54</sup> Como vemos, el modelo tradicional fue el único que se tomó en consideración por los jueces que redactaron la opinión mayoritaria. Por consiguiente, otros modelos de relación quedaron desprotegidos por el sistema legal. Más adelante en la opinión, cuando se analizan los modelos de relaciones afectivas que consideró el legislador al crear la Ley, podemos ver un intento del Tribunal por reafirmar la posición privilegiada del modelo tradicional en el sistema legal.

Bajo esta forma de decidir, el Tribunal optó por adherirse al texto claro de la Ley y ser deferente al legislador, quien, bajo el formalismo jurídico, debe recibir toda deferencia por ser quien crea la Ley. Este caso es un buen ejemplo para mirar la forma en que los jueces adoptan la metodología formalista y los efectos tan nocivos que esto puede tener. Por adherirse al texto de la Ley y al razonamiento de quien la crea, los Tribunales dejaron sin remedio a cientos de parejas del mismo sexo en relaciones violentas.

Lo decidido en este caso fue más tarde dejado sin efecto con la Ley Núm. 23 del año 2013.<sup>55</sup> Sin embargo, el Tribunal desatendió a un sector de la población altamente vulnerable, como lo son las víctimas de violencia de género, sin importar su identidad u orientación sexual, pues eligió ser deferente a la voluntad de los legisladores. Los tribunales no deben caer en la desafortunada práctica de dejar sin protección a sectores vulnerables por ser deferentes y por querer aplicar una interpretación rigurosa de la Ley.

### C. *Alexandra Andino Torres, Ex parte*<sup>56</sup>

En este caso se le permitió a una transexual cambiar su sexo y nombre en el certificado de nacimiento y en otros documentos legales. Alexandra Andino se había sometido a una operación de reasignación de sexo, con esta nueva identidad llegó ante los tribunales para que se le reconociera dicha identidad en los documentos. El caso se decidió mediante sentencia. Por ende, esta determinación solo se aplicó a la parte del caso y no se pudo extender al resto de las perso-

---

<sup>53</sup> Exposición de motivos, Ley de prevención y combate de la violencia doméstica, Ley Núm. 54 de 15 de agosto de 1989, 1989 LPR 222-24.

<sup>54</sup> Ruiz Martínez, 159 DPR en la pág. 202.

<sup>55</sup> Ley de prevención e intervención con la violencia doméstica, Ley Núm. 54 de 15 de agosto de 1989, 8 LPRA §§ 601-667 (2014) (la enmienda a la cual se hace referencia fue realizada mediante la Ley Núm. 23 de 29 de mayo de 2013).

<sup>56</sup> Alexandra Andino Torres, Ex parte, 151 DPR 794 (2000). Véase Pedro F. Silva-Ruiz, *Derecho de Familia: Transcendentales sentencias sobre el transexualismo y las capitulaciones matrimoniales*, 70 REV. JUR. UPR 409 (2001) (donde aparece un análisis más detallado de los hechos del caso).

nas en la misma situación que Alexandra. Las opiniones disidentes de este caso arrojaron los argumentos más apreciables sobre la forma en que el sistema legal asume posturas tradicionales sobre asuntos de género y sexualidad.

La opinión disidente del juez asociado Rebollo López refleja una postura formalista, optando por la separación de poderes y exigiendo a los demás jueces que respeten esta división.<sup>57</sup> Por su parte, el juez asociado Corrada del Río es quien ejemplifica una forma en la cual el sistema legal interpreta a los disidentes de género y sexuales. El Juez comienza con un análisis científico del sujeto transexual:

El hecho de que un transexual se someta a una cirugía de cambio de sexo, puede dar lugar a que surja un contraste entre los elementos genitales externos y el sexo cromosómico y hormonal. Sin embargo, para determinar el sexo de una persona que fue sometida a una intervención quirúrgica de cambio de sexo, no basta con auscultar su físico. Es menester evaluar, además, sus características cromosómicas, hormonales, genéticas y psicológicas.<sup>58</sup>

Como se puede observar, para este Juez el sexo tiene una característica inmutable y se define a partir de los genitales y la composición genética del sujeto. Resulta muy problemático acoger esta visión, porque estaríamos convirtiendo los tribunales en inquisidores científicos con el fin de llegar a la absurda conclusión de que, aunque un individuo adopte una identidad y una apariencia distinta a la cual se le asignó al nacer, se le impondría adherirse a esa asignación que se le hizo. Sería exigir del sujeto una identificación con la cual no se siente cómodo ni la cual le representa como persona. Continúa el Juez su opinión diciendo más adelante:

Un varón operado no deja de ser varón por extirpación y supresión de los caracteres sexuales primarios. Tampoco deja de serlo, por presentar órganos sexuales similares a los femeninos, al igual que características psíquicas y emocionales propias de dicho sexo. La vagina artificial producto de una cirugía de cambio de sexo es meramente femenina en apariencia; no es funcional para fines reproductivos. En cuanto a los caracteres secundarios, tampoco existe un cambio de sexo real, sino más bien uno artificial, por cuanto los tratamientos con hormonas femeninas son prolongados y, si se suspenden, es muy probable que reaparezcan los caracteres físicos secundarios del sexo masculino.<sup>59</sup>

En esa expresión del Juez vemos cómo adopta los discursos científicos tradicionales de los que hablábamos al principio. Esta manera de razonar no da espacio para el sujeto que tiene un pene, pero se identifica o se siente mujer. Al decidir de esta forma, el Juez desatendió la realidad que enfrentan los sujetos transexuales y se adhirió a una visión tradicional de los saberes científicos. Esto dificulta plantear la fluidez de género, la trasgresión de las identidades y la mutabilidad

---

<sup>57</sup> *Andino Torres*, 151 DPR en la pág. 811.

<sup>58</sup> *Id.* en las págs. 834-35.

<sup>59</sup> *Id.* en las págs. 839-40.

de esas identidades. El Juez añade: “[p]or su parte, el factor psicológico determina el carácter y el comportamiento social e individual de un ser humano, pero no altera la realidad científica de su sexo”.<sup>60</sup> En esa expresión, el Juez alude a la realidad científica como una verdad absoluta e inalterable. Recordemos que los saberes científicos pueden quedar sujetos a variaciones por factores sociales, por lo que la realidad a la que se refiere el Juez pudiese cambiar. Además, el sexo de una persona también responde a unas exigencias sociales y se define a partir de unos saberes científicos condicionados por discursos y normas sociales. En este sentido, los factores psicológicos sí pueden alterar la realidad científica del sexo, si ubicamos la realidad científica en un campo amplio de saberes científicos contruidos.

Bajo esta línea argumentativa sería muy difícil promover una visión legal más cónsona con la multiplicidad y diversidad de identidades sexuales. Por consiguiente, sería cuesta arriba plantear el reconocimiento legal de sujetos que no se sientan identificados con ningún género o que fluyen entre los existentes.

*D. Alexis Delgado Hernández, Ex parte y Lisa Marie Rodríguez-Rodríguez<sup>61</sup>*

Al igual que Alexandra Andino, Alexandra Delgado se había sometido a una operación de reasignación de sexo y solicitaba que su documentación legal reflejase su nueva identidad. Injustamente, esta Alexandra no recibió el mismo trato que la otra Alexandra.

Este caso se decidió mediante opinión cinco años luego de *Ex parte Andino Torres*.<sup>62</sup> En síntesis, una mayoría de jueces entiende que el certificado de nacimiento refleja el historial de una persona al nacer, por lo cual no debe enmendarse, aun cuando las circunstancias hayan cambiado drásticamente como en el caso de Alexandra. Asimismo, la opinión mayoritaria de la jueza asociada Anabelle Rodríguez Rodríguez se refugia detrás de la separación de poderes, principio privilegiado del formalismo jurídico, para cerrarle las puertas del sistema legal a una transexual. La opinión explícitamente menciona que el sexo es inmutable y estático.<sup>63</sup> Basándose en una interpretación muy restringida de la función del

---

<sup>60</sup> *Id.* en la pág. 840 (énfasis suplido).

<sup>61</sup> Alexis Delgado Hernández, *Ex parte*, 165 DPR 170 (2005). Véase Hiram A. Meléndez Juarbe, *Derecho Constitucional*, 75 REV. JUR. UPR 29 (2006) (donde aparece un análisis más detallado de los hechos del caso).

<sup>62</sup> El caso de *Andino Torres* se decidió mediante sentencia, por lo que no se estableció un precedente vinculante para los tribunales. En cambio, este caso de *Delgado Hernández* sí se decidió por opinión y, hasta el día hoy, está vigente y es, lamentablemente, un precedente en nuestro ordenamiento jurídico. Esperemos que esto cambie con la recién demanda presentada por la Clínica de Asistencia Legal de la Universidad de Puerto Rico en representación de Lisa Marie Rodríguez-Rodríguez. Para más información, véase Oscar J. Serrano, *Demanda federal impugna el trato a la comunidad transgénero en Puerto Rico*, NOTICEL (3 de febrero de 2017), <http://www.noticel.com/noticia/199725/demanda-federal-impugna-el-trato-a-la-comunidad-transgenero-en-puerto-rico.html> (última visita 26 de abril de 2017). Más adelante abundaré sobre esta demanda.

<sup>63</sup> *Delgado Hernández*, 165 DPR en la pág. 179.



certificado de nacimiento, se le niega un remedio a Alexandra y a otras personas como ella que se encuentran en una situación sumamente perjudicial por la incongruencia entre su apariencia y sus documentos legales.<sup>64</sup>

El certificado de nacimiento implica uno de los mayores obstáculos para los disidentes de género y sexuales, en específico, a trans e intersexuales, ya que procura la identificación y categorización particular y mandataria de las personas, basándose en unas características biológicas y fisiológicas al nacer. La Ley que creó el certificado obliga a los hospitales a ponerle un sexo a los recién nacidos.<sup>65</sup> Esta asignación de sexo se basa en la teorización tradicional de género y sexo, ya que el certificado solo puede contener una categoría de sexo.<sup>66</sup> Por ejemplo, una persona con pene llevará la letra M. En el caso de los recién nacidos intersexuales, los certificados de nacimiento representan un reto para los padres y médicos porque se les obliga a asignar y decidir un sexo para cumplir con las exigencias de la ley que obliga a inscribir uno solo, M o F.

En la opinión de conformidad del juez asociado Rivera Pérez se levanta nuevamente el discurso científicista tradicional, con la variante de incorporar un análisis genético del sujeto para poder determinar su identidad. Al decir de Rivera Pérez: “[n]o obstante, para determinar el sexo de una persona que fue sometida a una intervención quirúrgica, no basta con auscultar la parte exterior de su cuerpo. Es menester evaluar, además, sus características cromosómicas, genéticas, hormonales y psicológicas”.<sup>67</sup> Bajo esta concepción, difícilmente se pudiese adoptar una concepción de identidad de género y sexual que vaya más allá del factor biológico. Si bien el factor biológico y los saberes médicos han identificado una serie de postulados científicos para determinar qué define a un varón y a una hembra, esos saberes no deben ser tomados como verdades absolutas ni como camisas de fuerza para no aliviar los problemas sociales de un sujeto que quiere (trans)gredir esos postulados. Lo biológico, genético y físico no es lo único que define la identidad de una persona. Como mencioné anteriormente, la identidad de un sujeto debe contextualizarse en el ámbito social y en la voluntad y deseo de la persona por definirse.

---

<sup>64</sup> Dean Spade, *Compliance is Gendered: Struggling for Gender Self-Determination in a Hostile Economy*, en *TRANSGENDER RIGHTS* 217, 219 (Paisley Currah et al. eds., 2006).

<sup>65</sup> Ley del Registro General Demográfico de Puerto Rico, Ley Núm. 24 de 22 de abril de 1931, 24 LPRA § 1133 (2011).

<sup>66</sup> Una de las poblaciones afectadas por esto son las personas intersexuales. Muchas veces estas personas son sometidas a intervenciones quirúrgicas para poder cumplir con las exigencias del certificado, ya que este no te permite marcar un tercer sexo o dejarlo en blanco. Esta obligatoria asignación de sexo, además, conlleva una controversia para los padres de recién nacidos que, a pesar de tener un genital definido, no quieren asignarles un sexo a su recién nacido. Esto se debe a que la Ley no provee otras alternativas que no sean M (masculino) o F (femenino). Para una discusión más profunda sobre el tema de intersexualidad, véase Rafael Texidor Torres, *Artificios puros y esencias problemáticas: La intersexualidad y los estrechos límites del ordenamiento dicotómico*, 76 *REV. JUR. UPR* 1159 (2007).

<sup>67</sup> Delgado Hernández, 165 *DPR* en la pág. 198.

El juez Rivera Pérez propone que hagamos caso omiso a los deseos de la persona y a la forma en que esta se identifica, para que busquemos en la composición genética su identidad sexual. Es decir, que se deje a un lado la voluntad de las personas para poder clasificarlas de la forma más cónsona con el sistema legal. Si lo que el Juez opina se convirtiese en un test para el Tribunal, tendríamos que someter a las personas a exámenes invasivos que pudiesen ser violatorios a su privacidad e intimidad. Inclusive, pudiese darse el caso de que un sujeto con múltiples intervenciones quirúrgicas, al ser examinado con pruebas genéticas siga respondiendo a la identidad sexual con la cual no se siente identificado y la cual ha intentado suprimir por diversos medios. Estaríamos ignorando al sujeto por completo para imponerle una identidad la cual no le representa o con la cual no se identifica. Pero el Juez va más allá y menciona:

El aspecto psicológico y emocional de un ser humano no altera los componentes cromosómicos, hormonales y genéticos que determinan el sexo. El sexo es una cualidad de la persona. Cuando una persona, que nació varón, pretende asumir un rol femenino, es meramente una forma particular de vivir su propia sexualidad. Al someterse una persona a una intervención quirúrgica, como la del presente caso, s[ol]o obtiene una simple apariencia externa de cambio en el área de sus genitales, mientras no se demuestre con prueba pericial y científica lo contrario.<sup>68</sup>

Opiniones como esta ignoran todos los problemas que enfrentan la población trans por la falta de protecciones y reconocimiento jurídico. Entre las problemáticas que enfrentan la población trans vemos: (1) falta de acceso a tratamientos médicos por los altos costos y la ausencia de estos en las facilidades públicas; (2) el discrimen en el ámbito laboral; (3) la falta de acceso político; (4) falta de visibilidad sobre las dificultades que enfrentan, y (5) la violencia a la cual están expuestos diariamente.<sup>69</sup> Y, como mencioné anteriormente, esta decisión representa un obstáculo, además, para la población de recién nacidos intersexuales.<sup>70</sup> Por todo esto, y porque aún no se puede cambiar el sexo o poner otra modalidad que no sea M y F en los documentos legales, esta opinión debe continuar siendo analizada y sometida a la más rigurosa crítica por la profesión legal.

Así, tras doce años sin retarse la validez de esta opinión, la Clínica de Asistencia Legal de la Universidad de Puerto Rico presentó una demanda contra el Departamento de Salud y el Gobierno de Puerto Rico en la Corte federal para, de una vez por todas, dejar sin efecto lo decidido en el caso de Alexandra Delgado

---

<sup>68</sup> *Id.* en la pág. 201.

<sup>69</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, VIOLENCIA CONTRA PERSONAS LESBIANAS, GAYS, BISEXUALES, TRANS E INTERSEX EN AMÉRICA (2015), <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf>.

<sup>70</sup> Cristina del Mar Quiles, *Invisibilizada la intersexualidad en Puerto Rico*, PRIMERA HORA (9 de marzo de 2015), <http://www.primerahora.com/noticias/puerto-rico/nota/invisibilizadaintersexualidadenpuertorico-1106154/> (última visita 26 de abril de 2017).

Hernández.<sup>71</sup> La profesora Nora Vargas Acosta, junto a seis estudiantes de la Clínica, presentaron la demanda en representación de Lisa Marie Rodríguez-Rodríguez. Lisa Marie es una mujer transexual que desde el año 1998 ha intentado que se cambie su sexo en el certificado de nacimiento, sin éxito alguno.<sup>72</sup> En síntesis, la demandante argumenta que la no existencia de un proceso para rectificar el cambio de sexo en el certificado y la consistente política del Registro Demográfico por no permitir el cambio es una práctica inconstitucional, violatoria del derecho a la privacidad, a la igual protección de las leyes y a la libertad de expresión.<sup>73</sup> En la demanda, se narra cómo Lisa Marie, al igual que otros integrantes de la comunidad trans, se ven obligados a someterse a humillaciones, discrimen y rechazo cuando asisten a oficinas gubernamentales a recibir servicios y a pedir asistencia gubernamental.<sup>74</sup> Por consiguiente, al no permitírsele a la demandante conformar su identidad y apariencia con su documentación legal, se le están violando otros derechos, algunos de índole constitucional como expresa la demanda. Como Lisa Marie, decenas de personas trans padecen malos tratos, atropello institucional, injusticias y una histórica marginación. Nos toca remediar esta situación y comenzar hacerle justicia permitiendo que toda su documentación legal esté acorde a la identidad y apariencia con la cual Lisa Marie se siente a gusto y le representa como persona. Mediante la decisión de *Ober-*

---

<sup>71</sup> Véase *Clínica de Derecho UPR radica demanda federal contra Departamento de Salud de Puerto Rico*, MICROJURIS (9 de febrero de 2017), <https://aldia.microjuris.com/2017/02/09/clinica-de-derecho-upr-radica-demanda-federal-contra-departamento-de-salud-de-puerto-rico/> (última visita 26 de abril de 2017) (donde aparece el texto de la demanda para descargar). Además de este caso, la Corte Suprema de Estados Unidos podría pronto ver el caso de Gavin Grimm, un joven transgénero al cual se le negó utilizar el baño de varones como el resto de sus compañeros. La decisión de este caso pudiese tener un gran impacto sobre la población trans en Estados Unidos y en Puerto Rico. Para los datos y desarrollo del caso, véase *G.G. v. Gloucester County School Board*, ACLU (actualizado el 6 de marzo de 2017), <https://www.aclu.org/cases/gg-v-gloucester-county-school-board> (última visita 26 de abril de 2017).

<sup>72</sup> Lisa Marie Rodríguez-Rodríguez ha sido una pionera y reconocida activista de la comunidad trans en Puerto Rico. A mediados del 2016, Lisa Marie logró que la Comisión Estatal de Elecciones permitiera el cambio de género en la tarjeta electoral, acto que fue celebrado como una victoria para el sector trans en la Isla. Para descargar la resolución de la Comisión, véase *Activista victoriosa en petición de que se atempere su tarjeta electoral a su identidad de género*, MICROJURIS (5 de junio de 2015), <https://aldia.microjuris.com/2016/06/05/activista-victoriosa-en-peticion-de-que-se-atempere-su-tarjeta-electoral-a-su-identidad-de-genero/> (última visita 26 de abril de 2017).

<sup>73</sup> El argumento principal sobre la violación a la igual protección de las leyes gira alrededor del hecho que no permitir el cambio de sexo discrimina sobre un grupo particular, sin un interés legítimo del Estado para negar el cambio:

Defendants' challenged policy and practice is not narrowly tailored nor the least restrictive alternative for promoting a state interest. Nor is there even a rational connection between any legitimate governmental interest and the Birth Certificate Amendment policy and practice's disparate treatment of transgender and transsexual persons.

Rodríguez-Rodríguez v. Departamento de Salud, Civil No. 17-1143, en la pág. 16 (demanda en la Corte de Distrito federal para el Distrito de Puerto Rico) (énfasis suplido).

<sup>74</sup> *Id.* en la pág. 14.

*gefell v. Hodges*,<sup>75</sup> la cual discutiré más adelante, se trastocó todo el sistema legal. Esas fisuras al sistema tradicional nos ayudan a ver que es posible concederle a Lisa Marie el cambio de sexo que reclama. A diferencia de doce años atrás, ahora las parejas del mismo sexo se pueden casar, pueden adoptar, pueden gozar de leyes contributivas, propietarias y sucesorales; están cobijadas por leyes de violencia de género y en general, gozan de muchas protecciones y beneficios que antes no tenían. Por lo anterior, quiero dejar claro cuánto hemos avanzado y cuánto el sistema legal ha progresado. Ni en el 2005 ni hoy se justifica denegarle a Lisa Marie, Alexandra y otras el cambio sexo, cuando ellas solo buscan ser reconocidas y tratadas como realmente se ven y conciben. *¡Gracias a Lisa Marie y a otros que, como ella, nos invitan a cuestionarnos nuevos horizontes políticos, sexuales, legales e identitarios!*

E. *Conde-Vidal v. García-Padilla*<sup>76</sup>

En este caso se decide que el matrimonio entre personas del mismo sexo es inválido en Puerto Rico debido al estado de derecho vigente en aquel momento. Mediante un análisis formalista del derogado artículo 68 del Código Civil de Puerto Rico y de la jurisprudencia, el juez Pérez Giménez descarta los planteamientos sobre privacidad e igual protección de las leyes de las parejas demandantes. El Juez limita su discreción para salvaguardar la intención del legislador y el texto de la ley, a pesar de que su decisión ignora el reclamo válido de un gran sector de ciudadanos y no considera la realidad social de miles de parejas del mismo sexo.

De este caso, la cita más reveladora se presenta cuando el Juez dice: “Traditional marriage is the fundamental unit of the political order. And ultimately the very survival of the political order depends upon the procreative potential embodied in traditional marriage”.<sup>77</sup> De nuevo, vemos otra expresión privilegiando el matrimonio tradicional sobre otras formas de relaciones afectivas. Es decir, aquel matrimonio entre sujetos de distintos sexos y heterosexuales. Podríamos decir que se reiteró la primacía del sujeto heterosexual sobre otros sujetos con identidades múltiples y diversas. Esta opinión podría categorizarse como formalista por la manera en que el Juez se adhiere al texto claro de la ley, en este caso la disposición del Código Civil. El Juez despacha la controversia con la única justificación de que el Código Civil de Puerto Rico solamente definía el matrimonio entre hombre y mujer. Asimismo, esto no miró argumentos de índole constitucional basados en el discrimen y trato injusto que padecían parejas homosexuales, por la deferencia al legislador y la alusión a la separación de poderes como asuntos jurídicamente irrefutables. Por fortuna, este caso fue revocado por

---

<sup>75</sup> *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015).

<sup>76</sup> *Conde-Vidal v. García-Padilla*, 54 F. Supp. 3d 157 (D. P.R. 2014) *revocado*, No. 14-2184, 2015 U.S. App. LEXIS 23042 (1st Cir. 8 de julio de 2015).

<sup>77</sup> *Id.* en la pág. 167.

la Corte de Apelaciones para el Primer Circuito tras la histórica decisión de *Obergefell v. Hodges*.<sup>78</sup>

Cabe mencionar que en algunos de los casos discutidos hubo jueces y juezas que escribieron magníficas disidentes para fallar a favor de aquellos sujetos que buscaban reconocimiento legal y protección jurídica como el resto de los ciudadanos. Estos jueces recurrieron a otras teorías y metodologías para hallar una decisión más justa y comprensiva de la realidad social. A pesar de que el presente escrito no las analiza, estas opiniones deberían ser estudiadas por la profesión legal, pues así tendríamos una visión más inclusiva y de apertura.<sup>79</sup> Igualmente, se han promulgado una serie de legislaciones y medidas que pudiesen tener un efecto en la forma de decidir de los jueces en un futuro: las leyes sobre adopción, sobre discrimen laboral por identidad y orientación sexual; los adiestramientos a la Rama Judicial y la Policía de Puerto Rico sobre perspectiva de género, y las regulaciones de la Policía de Puerto Rico para intervenir con personas trans, entre otras, las cuales pudiesen concientizar y sensibilizar a los tribunales ante futuras controversias que involucren a los disidentes de género y sexuales.

Como mencione anteriormente, por fortuna, parte de la jurisprudencia aquí discutida ha quedado sin efecto por la decisión de la Corte Suprema en el caso *Obergefell v. Hodges*, donde la Corte optó por hacerle justicia a un grupo histórica y consistentemente discriminado por el sistema legal.

#### F. *Obergefell v. Hodges*<sup>80</sup>

Aunque este caso no se decidió por nuestro Tribunal Supremo, sino por la Corte Suprema de los Estados Unidos, debemos discutir algunos asuntos relacionados por sus implicaciones en los modelos de familia que un sistema legal, en este caso el americano, estaría dispuesto a acoger.<sup>81</sup> Además, por nuestro contex-

---

<sup>78</sup> *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015). Véase, además, Cristian González, *Tribunal de Distrito debe resolver caso de matrimonio gay según Obergefell*, MICROJURIS (8 de julio de 2015), <https://aldia.microjuris.com/2015/07/08/tribunal-de-distrito-debe-resolver-caso-de-matrimonio-gay-segun-obergefell/> (última visita 26 de abril de 2017).

<sup>79</sup> Algunos ejemplos son: (1) las opiniones disidentes del caso *AAR* escritas por los jueces Hernández Denton, Fiol Matta, Rodríguez Rodríguez y Estrella Martínez; (2) las opiniones disidentes de los jueces Hernández Denton y Fuster Berlingerí en *Pueblo v. Ruiz Martínez*; (3) la concurrente de Negrón García en *Alexandra Andino Torres*, y (4) las disidentes de Fiol Matta y Fuster Berlingerí en *Alexis Delgado Hernández Ex Parte*. En cada una de estas opiniones, los jueces recurrieron a interpretar las controversias a la luz de hechos sociales y políticos. Los jueces dieron cuenta de lo apremiante que era adaptar el estado de derecho a los nuevos retos que traen consigo los asuntos de género y sexualidad. Con empatía, estos jueces lograron ver que las opiniones mayoritarias de esos casos vulneraban aún más a sectores históricamente desprotegidos y desamparados por el sistema legal.

<sup>80</sup> *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015). En este caso, las opiniones disidentes de los jueces Roberts y Scalia representan argumentos formalistas basados en cómo les corresponde a las ramas políticas y a los votantes pasar juicio sobre un asunto como el matrimonio y cómo la interpretación del juez se tiene que circunscribir a esto último y al texto claro de la ley únicamente.

<sup>81</sup> Véase Juan Marco Vaggione, *Las familias más allá de la heteronormatividad*, en II LA MIRADA DE LOS JUECES: SEXUALIDADES DIVERSAS EN LA JURISPRUDENCIA LATINOAMERICANA 13, 54 (Cristina Motta &

to político, el caso nos vincula directamente y dejó sin efecto parte de la jurisprudencia antes discutida y algunas disposiciones legales en nuestro ordenamiento. En *Obergefell* se reconoció el derecho fundamental al matrimonio para todas las personas sin importar su sexo. El Tribunal determinó que el matrimonio es un derecho fundamental, basándose en la autonomía, la igual protección y otros derechos fundamentales que son protegidos por la Constitución. Es innegable celebrar esta opinión debido a que reconoció a miles de ciudadanos el derecho a contraer matrimonio y adquirir todos los beneficios que esto implica. Fue una decisión muy celebrada por parte del activismo gay y por individuos a los cuales históricamente se les han cerrado las puertas de los tribunales. Con esta decisión se hizo posible la extensión de derechos de parentesco, sucesorios y propietarios. Sin embargo, no por esto debemos ignorar bajo qué premisas se sustentó esta decisión. En particular, a qué relaciones afectivas y a qué identidad de sujetos el Tribunal Supremo hizo alusión en la opinión. A mi entender, el Tribunal tuvo presente una visión limitadísima, basada en la concepción tradicional del matrimonio. El ejemplo más claro lo vemos en el argumento de que el matrimonio es el modelo más estable para la crianza de menores, dejando a un lado otros modelos. Por ejemplo, los abuelos que crían nietos, los padres y madres solteros/as o los amigos que consienten ser padres sin las ataduras tradicionales del matrimonio o de una relación *per se*. A mi modo de ver, de forma desahogada el Tribunal expresa:

Without the recognition, stability, and predictability marriage offers, their children suffer the stigma of knowing their families are somehow lesser. They also suffer the significant material costs of being raised by unmarried parents, relegated through no fault of their own to a more difficult and uncertain family life. The marriage laws at issue here thus harm and humiliate the children of same-sex couples.<sup>82</sup>

Los esfuerzos en la lucha para obtener el matrimonio igualitario debieron complementarse con la lucha por el reconocimiento de otras formas de asociación.<sup>83</sup> La protección y reconocimiento jurídico que recibe el matrimonio no lo

---

Macarena Sáez eds., 2008) (donde se establece que “[l]os jueces y juezas imponen identidades y [e]stas tienen consecuencias simbólicas y prácticas. La legitimidad del tipo de familia que se reconoce desde el derecho se constituirá en la regla con la que se medirán otros arreglos familiares”).

<sup>82</sup> *Obergefell*, 135 S. Ct. en la pág. 2590.

<sup>83</sup> Un sector en la comunidad gay ha presentado críticas y denuncias a la institución del matrimonio y a las estrategias que empleó el activismo gay por conseguirlo. Estas críticas, aunque controvertidas, deben ser atendidas y discutidas. Por un lado, las denuncias estaban basadas en cómo la institución del matrimonio responde a un discurso patriarcal y tradicional que promueve un solo modelo de relaciones afectivas. Algunas teóricas feministas se unieron a estos reclamos por entender que el matrimonio, como institución del patriarcado, reproduce ciertos patrones de desigualdad para las mujeres. La segunda crítica está basada en que al poner tantos esfuerzos sobre el matrimonio, se dejó a un lado otros asuntos apremiantes para los diversos grupos que componen la comunidad LGBTTIQ como, por ejemplo, la violencia que viven a diario la comunidad trans, la falta de hogares para jóvenes gay que son expulsados de sus hogares, el discrimen de ancianos gays en hogares y asilos, entre otros asuntos. Incluso, se planteó en una ocasión cómo el matrimonio respondía a un

reciben otros tipos de relaciones y asociaciones que una persona —o grupo de personas— pudiesen tener. El riesgo radica, a mi modo de ver, en que con esta decisión se intente normativizar esa única asociación y que su efecto social sea aceptar solamente ese modelo de intimidad. Enfocar la lucha únicamente en el matrimonio fue hasta cierto punto desventajoso frente a un reclamo más amplio para aceptar la diversidad de relaciones que se pueden asumir, como, por ejemplo, las personas que practican el poliamor,<sup>84</sup> o quienes conviven y tienen hijos, pero no quieren formar un matrimonio. Sobre esto, Judith Butler nos dice: “[y]o diría que toda lucha por el matrimonio homosexual debería ser también por las familias alternativas, los parentescos y los modos alternativos de asociación personal. Necesitamos un movimiento que no logre los derechos de alguna gente a expensas de los de otra”.<sup>85</sup> A mi entender, debería ser una lucha donde a cada persona se le reconozca o proteja cualquier forma de relacionarse. El Estado debería intervenir solo para exigir algunos requisitos sobre la edad, capacidad y otros asuntos, pero no se debe privilegiar un modelo sobre otros,<sup>86</sup> y el Derecho debe tener la suficiente apertura para reconocer y proteger esos otros modelos que resulten. Al igual que Butler, me hago, y les invito a que nos hagamos, estas

---

asunto de clases. A mi modo de ver, estas críticas son muy válidas y responden a unos planteamientos serios sobre la diversidad y desarrollo de la comunidad gay. No por ser incómodos deben obviarse ni desatenderse estas denuncias. Si bien celebramos el matrimonio y lo que trae consigo, también debemos mantener una actitud crítica y reflexiva ante sus implicaciones. Véase Lucas Platero, *La ‘heterofuturibilidad’ del matrimonio homosexual*, PIKARA MAGAZINE (12 de noviembre de 2012), <http://www.pikaramagazine.com/2012/11/la-heterofuturibilidad-del-matrimonio-homosexual-raquel-lucas-platero-advierde-de-que-el-fallo-del-constitucional-no-termina-con-la-discriminacion-y-que-no-beneficiara-por-igual-a-todas-las-perso/> (última visita 26 de abril de 2017); Julie Bindel, *Gay Marriage is Not about Equality but a Way of Keeping Women Quiet*, THE GUARDIAN (16 de junio de 2014), <https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2014/jun/16/gay-marriage-equality-women-lesbian-couples-conservative-institution> (última visita 26 de abril de 2017); Ann Ferguson, *Gay Marriage: An American and Feminist Dilemma*, 22 HYPATIA 39 (2007); Ruthann Robson, *Compulsory Matrimony*, en FEMINIST AND QUEER LEGAL THEORY: INTIMATE ENCOUNTERS, UNCOMFORTABLE CONVERSATIONS 313 (Martha Albertson Fineman *et al.* eds., 2009).

**84** Coral Herrera Gómez argumenta que:

La poliamoría feminista sería *queer*, inclusiva y diversa, con múltiples praxis y formas de vivirla. La monogamia no estaría mal vista, ni tampoco se asociaría con el patriarcado. Todo el mundo podría ser monógamo en un sistema poliamoroso feminista sin que ello suponga ningún problema, porque en la poliamoría feminista no hay leyes escritas ni normas que seguir fielmente: cada una se diseña su tejido sexual, afectivo, erótico y romántico a su gusto, sin seguir patrones establecidos, sin etiquetarse ni encajonarse en estructuras externas.

Coral Herrera Gómez, *No eres tú, es la estructura: Desmontando la poliamoría feminista*, PIKARA MAGAZINE (4 de septiembre de 2015), <http://www.pikaramagazine.com/2015/09/no-eres-tu-es-la-estructura-desmontando-la-poliamoria-feminista/> (última visita 26 de abril de 2017).

**85** Fina Birulés, *Entrevista con Judith Butler: “El género es extramoral”*, LAS DISIDENTES (10 de junio de 2012), <http://lasdisidentes.com/2012/06/10/entrevista-con-judith-butler-el-genero-es-extramoral/> (última visita 26 de abril de 2017).

**86** Judith Butler “Queremos seguir viviendo y amando por fuera de zonas jurídicas y legales”, SOCIOLOGOS (11 de octubre de 2015), <http://sociologos.com/2015/10/11/judith-butler-queremos-seguir-viviendo-y-amando-por-fuera-de-zonas-juridicas-y-legales/> (última visita 26 de abril de 2017).

interrogantes: ¿Cuáles son los modos en que está organizada la sexualidad, y por qué tipos de organización estamos luchando? ¿Por qué no pensamos en otros modos de dependencia, como parentesco y alianza sexual? ¿Por qué el movimiento no se enfoca en contrarrestar la violencia de género en todos sus niveles, en sostener a los jóvenes *queers* o en luchar por vivienda digna y beneficios sociales para la gente de edad que no está dentro del modelo marital o familiar clásico? Estas son interrogantes complejas y podrían dar pie a muchísimas discusiones que escapan el alcance de este escrito, pero vale la pena tenerlas y que sean consideradas por líderes, miembros y aliados del activismo gay.

#### IV. OTROS ORDENAMIENTOS

Cuando se habla de la fluidez sexual, de una *galaxia de géneros* o de disidentes de género y sexuales, tendemos a tener dificultad al visualizar cómo podemos reconocer su identidad. Nos cuestionamos si podremos manejar la incertidumbre y la multiplicidad de identidades, si será posible proteger y reconocer la diversidad de identidades, desde las instituciones. Hagamos un breve recorrido por algunos ordenamientos para ver cómo han logrado reconocer esta multiplicidad y diversidad de identidades.

Tomemos por ejemplo a Alemania, que permite marcar una tercera categoría para los recién nacidos intersexuales y de esta forma los padres no tienen que encajonarse en el binomio masculino/femenino.<sup>87</sup> Además, en Alemania se permite a una persona que haya cumplido con el proceso médico de reasignación de sexo cambiar su género en sus documentos legales.<sup>88</sup> Estas medidas denotan un gran avance para los disidentes de género y sexuales, en particular, la población trans e intersexual, ya que el sistema legal alemán dio paso al reconocimiento de la identidad de estos disidentes mediante la autorización para estos cambios. Estas medidas erosionan la conceptualización tradicional del sistema género-sexo.

Por su parte, Nepal desde el año 2011 permite poner la opción de *otra categoría* en el censo y en otros documentos legales.<sup>89</sup> Igualmente, en Australia, Nueva Zelandia, India, Pakistán, Bangladesh y Malta se permiten otras variaciones que no son las del binomio tradicional.<sup>90</sup> En Portugal, desde 2011 existe una Ley que

---

<sup>87</sup> Jacinta Nandi, *Germany Got it Right by Offering a Third Gender Option on Birth Certificates*, THE GUARDIAN (10 de noviembre de 2013), <http://www.theguardian.com/commentisfree/2013/nov/10/germany-third-gender-birth-certificate> (última visita 26 de abril de 2017).

<sup>88</sup> *Current Legal Framework: Transgender Issues in Germany*, IMPOWR, <http://www.impowr.org/content/current-legal-framework-transgender-issues-germany> (última visita 26 de abril de 2017).

<sup>89</sup> Moni Basu, *Gender Identity: In Conservative Nepal, it's OK to be an 'Other'*, CNN (6 de junio de 2015), <http://edition.cnn.com/2015/06/05/world/nepal-transgender-rights/> (última visita 26 de abril de 2017).

<sup>90</sup> *At least Seven Countries now Recognize a Third Gender other than Male, Female*, GMA NEWS ONLINE (12 de agosto de 2015), <http://www.gmanetwork.com/news/story/532561/news/world/at-least-seven-countries-now-recognize-a-third-gender-other-than-male-female> (última visita 26 de abril de 2017).



permite alterar el sexo y nombre en el Registro Civil.<sup>91</sup> Igualmente, han prohibido la operación de cambio de sexo a los recién nacidos intersexuales, pues así se respeta la voluntad de ese sujeto y no se le somete a una dolorosa intervención médica sin su consentimiento.<sup>92</sup>

De igual forma, en algunas universidades se están llevando a cabo estas reformas. Por ejemplo, las solicitudes de admisión de algunas universidades de Mumbai establecen un tercer encasillado para quienes no estén conformes con los géneros tradicionales.<sup>93</sup> Asimismo, la Universidad del Estado de Nueva York (S.U.N.Y., según sus siglas en inglés) permite una multiplicidad de opciones para sus estudiantes en los documentos universitarios.<sup>94</sup> Aún más progresista, el Departamento de Salud de Nueva York aprobó y corrigió el certificado de nacimiento de Sara Kelly Keenan para poner intersexual en el apartado de género, clasificación con la cual se identifica actualmente.<sup>95</sup>

Estos casos, nos sirven como ejemplos para comprender y concebir cómo las instituciones y el sistema legal pueden acoger la diversidad sexual en toda su grandiosidad. Vemos que en el reconocimiento de otras identidades se crean fisuras al sistema tradicional y se acoge la diversidad como un hecho innegable de nuestra contemporaneidad. No se requieren acciones significativas, como abolir los géneros, sino de ir incorporando pequeños cambios y reformas que contrarresten los efectos nocivos que ha tenido la concepción tradicional de género y sexualidad en el sistema legal. En este sentido, quizás esta mirada internacional nos sirva para construir argumentos legales capaces de persuadir a nuestros tribunales en transformar la forma en que adjudican casos que envuelven controversias sobre género y sexualidad.

## V. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Como pudimos observar, en las expresiones del Tribunal Supremo se privilegia el discurso tradicional sobre género y sexualidad como hechos inmutables, incambiables y estáticos. No se conciben formas de sujeto con multiplicidad de

---

<sup>91</sup> Para acceder al texto de la Ley, véase *Portugal (100,524) > Equality of opportunity and treatment (3,405)*, ILO, [http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p\\_lang=en&p\\_isn=100531&p\\_count=100524&p\\_classification=05&p\\_classcount=3405](http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=100531&p_count=100524&p_classification=05&p_classcount=3405) (última visita 26 de abril de 2017).

<sup>92</sup> Javier Martín, *¿Qué sexo le ponemos al bebé?*, EL PAÍS (5 de enero de 2017), [http://internacional.elpais.com/internacional/2017/01/05/mundo\\_global/1483641433\\_819635.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2017/01/05/mundo_global/1483641433_819635.html) (última visita 26 de abril de 2017).

<sup>93</sup> Shreya Bhandary, *Mumbai: College Admission Forms to Accept Third Gender Option*, MID-DAY (24 de abril de 2015), <http://www.mid-day.com/articles/mumbai-college-admission-forms-to-accept-third-gender-option/16160162> (última visita 26 de abril de 2017).

<sup>94</sup> Kenneth Lovett, *SUNY Policy gives Students 7 Options when Choosing Gender*, NEW YORK DAILY NEWS (10 de septiembre de 2015), <http://www.nydailynews.com/news/politics/suny-policy-students-7-options-choosing-gender-article-1.2356382> (última visita 26 de abril de 2017).

<sup>95</sup> Susan Scutti, *'The Protocol of The Day was to Lie': NYC issues first 'intersex' birth certificate*, CNN (2 de enero de 2017), <http://edition.cnn.com/2016/12/30/health/intersex-birth-certificate/index.html> (última visita 26 de abril de 2017).

identidades sexuales, ni disidentes de género y sexuales que se mueven entre las fronteras del género. En las opiniones analizadas, observamos que, en ocasiones, el Tribunal abordó las controversias desde los saberes científicos tradicionales y la conceptualización tradicional sobre sexo-género. Asimismo, se mostró partidario de resolver las controversias sin considerar aspectos políticos, económicos y sociales, privilegiando la metodología formalista sobre otras. Por consiguiente, se negaron a reconocer y acoger la diversidad de identidades sexuales y de género al interior del sistema legal. Al decir de Lorena Fries y Verónica Matus:

La certeza jurídica en su inmanencia e inmutabilidad, disciplina e invisibiliza aquellas múltiples y transitorias certezas constitutivas de los actos humanos, cerrándose a las múltiples posibilidades de acción que surgen en la vida cotidiana. En este sentido, el sistema jurídico no recoge el dinamismo propio del acontecer social, más aún, es refractario a los cambios que hoy por hoy se suceden cada vez con mayor rapidez.<sup>96</sup>

Laura Grenfell habla sobre dos acercamientos en el Derecho sobre el sexo de una persona. Primero, el sexo al nacer como uno inmutable a base de genitales y material genético y, segundo, el que se considera construido y se le reconoce a la persona según su apariencia y procesos médicos que haya atravesado para modificar su físico.<sup>97</sup> Ambos tienen sus desventajas por poner énfasis únicamente en el factor biológico-científico, pero el segundo podría garantizar el reconocimiento a personas que no se adscriben al sexo que les fue otorgado al nacer. De las expresiones del Tribunal vemos cómo el primer acercamiento de Grenfell es el que prevalece en las decisiones, lo que conllevó a no abrirles las puertas del sistema legal a los sujetos que reclamaban que el Estado les reconociera su identidad cambiada y transformada.

Estos casos tuvieron el efecto de sentar una base y una ideología particular de cómo el Derecho debe ver el género y a los sujetos que transgreden la normativa de género y sexo. Se ha fijado una ideología muy restrictiva que gira sobre la inmutabilidad del género y el sexo. Esto, a su vez, se vuelve problemático cuando se recurre a un análisis formalista, pues el juez está maniatado para decidir de una forma particular, sin tomar en consideración la compleja realidad social de esta persona, por ejemplo, las dificultades que vive a diario la población transexual.<sup>98</sup> Por todo lo cual, debemos comenzar una discusión amplia al interior de la profesión legal que pueda generar y trastocar los entendidos de género y sobre identidad sexual existentes. A su vez, este ejercicio debe alcanzar las puertas de los tribunales, donde ha vuelto una mujer trans, como Alexandra Delgado Her-

---

<sup>96</sup> Lorena Fries & Verónica Matus, *Supuestos ideológicos, mecánicos e hitos históricos fundantes del derecho patriarcal*, en GÉNERO Y DERECHO 61, 74 (Alda Facio y Lorena Fries eds., 1999).

<sup>97</sup> Laura Grenfell, *Making Sex: Law's Narratives of Sex, Gender and Identity*, 23 LEGAL STUD. 66, 67 (2003).

<sup>98</sup> Véase COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *VIOLENCIA CONTRA PERSONAS LGBTI* (2015), <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf> (donde se discuten las dificultades y la violencia que atraviesa diariamente la comunidad transgénero y transexual).

nández, solicitando que se le autorice cambiar su documentación legal para que coincida con la identidad que ha elegido. Tengo la esperanza de que en esta ocasión le harán justicia. Para alcanzar esto debemos ampliar las coordenadas con las cuales el sistema legal interpreta los conceptos de género y sexo. Propongo las siguientes propuestas para hacer esto posible:

*Primera*, incorporar cursos de Teoría Legal *Queer* y Teoría Feminista en las Escuelas de Derecho.<sup>99</sup> Estos cursos deberían ser mandatorios en los currículos, porque son espacios donde se pueden develar asuntos de política sexual imbricados en las normas y, además, pueden ser espacios donde se toman en consideración las experiencias de vidas de los disidentes de género y sexuales. De esta forma, podemos crear conciencia y sensibilidad en la profesión legal hacia las problemáticas y necesidades que aquejan a estos grupos. Nos urge adoptar esquemas analíticos de la Teoría *Queer* y Feminista para propiciar las transformaciones necesarias para acoger la diversidad en su máxima expresión. En este sentido, simpatizo con la definición que nos da Daniel Borrillo sobre las implicaciones de la Teoría *Queer*: “[La Teoría *Queer* visibiliza] posiciones subjetivas que se encuentran en los límites de la norma social (gays, lesbianas, hermafroditas, travestis, transexuales, sadomasoquistas...) para criticar los dispositivos normativos (estado civil, matrimonio, filiación...) que negaron y siguen aún negando entidad jurídica a los que . . . se ha[ll]an en el límite de la ciudadanía”.<sup>100</sup> Esto nos ayudaría a formular una serie de conceptos y metodologías para construir jurídicamente argumentos útiles cuando se presenten casos de índoles de género y sexualidad.

*Segunda*, complementar los estudios jurídicos con el quehacer de otras disciplinas. La educación jurídica necesita nutrirse de la economía, la filosofía, las humanidades, la sociología, la biología, el psicoanálisis y la política.<sup>101</sup> De esta forma, se atienden integralmente las controversias complejas que surjan y se cuestionan las premisas y concepciones que se han privilegiado. Las ciencias sociales tienen una vasta experiencia estudiando y conceptualizando el desarrollo de la diversidad sexual. Por su parte, las ciencias naturales han progresado en temas de género y han producido una gran cantidad de trabajos en reconocimiento de la multiplicidad y diversidad de identidades sexuales que se podrían

---

99 Véase Laurie Rose Kepros, *Queer Theory: Weed or Seed in the Garden of Legal Theory?*, 9 LAW & SEXUALITY REV. LESBIAN GAY BISEXUAL & LEGAL ISSUES 279, 308 (2000), donde se señala:

QLT offers a broad education that can give future lawyers a context to explain identity relative to something other than dominant culture. Rather than spoon-feeding law students academic lore based on “the illusory alliance of identity, subject matter, and institutional position,” QLT invites them to chart new horizons for jurisprudence and everyone who encounters it (in other words, everyone).

100 Daniel Borrillo, *Por una teoría queer del derecho de las personas y las familias*, 39 DIREITO, ESTADO Y SOCIEDADE 27, 32 (2011).

101 Francisco Valdes, *Afterword & Prologue: Queer Legal Theory*, 83 CAL. L. REV. 344, 365-66 (1995).

asumir.<sup>102</sup> Entonces nutrámonos de esa experiencia e intégrémosla a la profesión legal para evitar decisiones desatinadas como las que vimos. Esto lo podemos hacer si estamos dispuestos a transformar la educación jurídica e implantar en los cursos metodologías y estrategias analíticas capaces de revelarnos las políticas jurídicas, las relaciones de poder y los intereses —políticos y económicos— detrás de las normas.<sup>103</sup> Igualmente, recurrir a otras teorías y metodologías del Derecho, como el realismo jurídico, nos permite incorporar y traducir legalmente los planteamientos y debates de otros saberes en la adjudicación de casos.

*Tercera*, exigir políticas públicas dirigidas a reconocer la diversidad y la diferencia sexual. Es decir, crear leyes y estatutos que propicien un andamiaje jurídico dispuesto a reconocer la multiplicidad de identidades sexuales y modelos de familia que puedan surgir. Así, cuando se le vuelva a presentar a los jueces y juezas una controversia sobre si el discrimen por sexo de nuestra Constitución incluye la orientación sexual, podrán contestar en la afirmativa. Debemos recordar que, si las ramas políticas no trabajan para propiciar reformas en nuestro ordenamiento dirigidas a reconocer la vasta diversidad de identidades, los tribunales deben hacerles justicia y, dentro de lo posible, encontrar remedios que adelanten esta causa. Igualmente, debemos fomentar y concientizar sobre otras metodologías del Derecho para resolver asuntos de género y sexualidad. La teoría adjudicativa formalista no es inherentemente perversa, pero lleva a decisiones y expresiones desacertadas como las que vimos. Hay otras teorías y metodologías que pudiesen ser más receptoras ante estos reclamos, por ejemplo, el realismo jurídico y las corrientes sociológicas, marxistas, feministas y posestructuralistas, entre otras.

*Cuarta*, empezar a deconstruir la concepción de género y sexo que tiene la sociedad puertorriqueña. En esto, la perspectiva de género en las escuelas juega un rol importantísimo porque problematiza esos entendidos tradicionales y nos permite cuestionarnos esos binomios. Desafortunadamente, la nueva administración ha derogado las circulares de educación que implantaban la perspectiva de género en el currículo del Departamento de Educación.<sup>104</sup> Esta es una decisión muy desacertada y representa un retroceso en nuestros tiempos. La perspectiva de género ofrece unas herramientas valiosas para que nuestros niños se sensibilicen con diversos temas que van desde la igualdad de géneros, la violencia de género, el patriarcado, la invisibilidad y subordinación de las mujeres, hasta el respeto por la diversidad sexual. Aunque ya no tengamos un currículo con pers-

---

**102** Robin Marantz Henig, *How Science is Helping Us Understand Gender*, NATIONAL GEOGRAPHIC, <http://www.nationalgeographic.com/magazine/2017/01/how-science-helps-us-understand-gender-identity/> (última visita 26 de abril de 2017).

**103** Véase Michel J. Godreau, *Un esquema para el análisis de problemas de derecho civil patrimonial*, 55 REV. JUR. UPR 9 (1986) (donde se presenta una metodología para tratar asuntos de Derecho Civil Patrimonial). Propongo adoptar una metodología similar pero adecuada a controversias que envuelvan asuntos de género y sexualidad.

**104** Véase Carta Circular Núm. 32-2016-2017 de Julia B. Keleher, Secretaria del Departamento de Educación (8 de febrero de 2017), [https://noticiasmicrojuris.files.wordpress.com/2017/02/carta\\_circular\\_derrogacion\\_equidad.pdf](https://noticiasmicrojuris.files.wordpress.com/2017/02/carta_circular_derrogacion_equidad.pdf).

pectiva de género, nos toca introducirla en nuestros hogares, en nuestras relaciones, en la forma que socializamos día a día, en la forma en que nos relacionamos con otros miembros de la profesión jurídica, en la forma que hacemos política, en la forma que litigamos y en la forma en que construimos situaciones de hechos e interpretamos el Derecho. En fin, hace falta asimilar la perspectiva de género en el sistema legal para encaminarlo a uno más inclusivo de la diversidad sexual y los disidentes.

Por todo lo anterior, nos corresponde trabajar por un sistema legal que, si no es capaz de estar al tanto de la realidad social y de las transformaciones constantes, al menos pueda tener la suficiente apertura y flexibilidad para dar cuenta de la vasta diversidad que puede surgir. Pensemos en un sistema legal que pueda darle cabida a todas las identidades sexuales que un sujeto pueda asumir a lo largo de su vida, sin privilegiar unas sobre otras. Por esto propongo un sistema legal que no privilegie una sola metodología jurídica para atender las controversias de los disidentes, sino que pueda recurrir a diversas metodologías y estrategias para hacerle justicia a estos.

Asimismo, como mencione anteriormente, propongo que dotemos a los jueces, fiscales, abogados y profesores de Derecho con datos e información sobre la comunidad gay y las problemáticas que enfrentan sus integrantes. Asesoremos a la legislatura con el fin de que se adopten políticas públicas dirigidas a reconocer la vasta diversidad de identidades de género y sexuales que existen. Como vimos, en el ámbito internacional ya existen formas y manera de reconocer más de una identidad. En fin, vamos a convertir el sistema legal en uno de puertas anchas para todos y todas. Que cualquier sujeto pueda encontrar protección y reconocimiento legal cuando lo necesite sin tener que verse trastocada su identidad y la forma en que desea vivir, relacionarse y expresarse ante el resto de la sociedad. Debemos trabajar porque la diversidad sea un principio máximo protegido y celebrado por el sistema legal. Al decir de Lorena Fries y Verónica Matus:

La preferencia por la convivencia en la diversidad como finalidad del derecho, permite mirar todos los espacios en los que [e]sta se desarrolla y a quienes lo crean y recrean. Desde esta preferencia, al derecho no le cabe valorar ciertos ámbitos de convivencia por sobre otros y otorgar legitimidades a unos en desmedro de otros. Más bien le corresponde recoger de la realidad las múltiples manifestaciones de convivencia a que dan lugar las relaciones humanas y reconocer la diversidad de los sujetos que la van creando.<sup>105</sup>

Nos urge pensar complejamente estos y otros asuntos. Podemos celebrar las decisiones acertadas, pero con una visión crítica, asumiendo posturas incómodas y cuestionado las corrientes, premisas y metodologías que se privilegian en el sistema legal.

---

105 Fries & Matus, *supra* nota 96, en la pág. 75.