

EL DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL

Mercedes VIDAL GALLARDO

Profesora Titular de Universidad de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de Valladolid

Sumario: 1.- Introducción. 2. Delimitación conceptual del fenómeno transexual. 3. El derecho a la identidad sexual como integrante de los derechos de la personalidad. 4. Principios constitucionales aplicables al fenómeno de la transexualidad. 5. El derecho a la identidad sexual en la jurisdicción europea protectora de los derechos humanos. 5.1. Sentencia del *caso Van Oosterwijk* contra Bélgica. 5.2. Sentencia del *caso Rees* contra el Reino Unido. 5.3. Otros pronunciamientos judiciales del TEDH. 6. El derecho a la identidad sexual en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la doctrina de la DGRN. 6.1. El reconocimiento del cambio de sexo por parte del Registro Civil. 6.2. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el derecho a la identidad sexual. 7. Conclusiones.

1).- INTRODUCCIÓN

El fenómeno transexual, si bien existe desde antiguo, es en la actualidad, como consecuencia de la liberación de las costumbres, sobre todo en el terreno sexual, cuando está adquiriendo especial importancia en nuestra sociedad, pasando de ser algo oculto y desconocido a ser un fenómeno que suscita cuestiones controvertidas tanto en el ámbito social como, sobre todo, en el jurídico.

El punto de partida para el análisis de este tema es el artículo 10.1 de la Constitución española, en el que se reconoce que tanto la dignidad de la persona como el libre desarrollo de su personalidad, sirven de fundamento a todos los demás. Si hay algún motivo que justifique la existencia del Derecho, es precisamente la tutela y promoción de la libertad personal, respecto de la cual el Derecho desarrolla una función meramente instrumental.

Sin embargo, no podemos desconocer que existe una esfera de esta libertad personal que aglutina una serie de decisiones, y estas decisiones afectan a la intimidad más profunda y a los elementos esenciales de la

identidad personal, esfera respecto de la cual la actitud del Derecho no puede ser otra que la de escrupuloso respeto, permaneciendo al margen su función ordenadora y tuteladora. Por eso se cuestiona la legitimidad de aquellas normas jurídicas que invaden campos de la privacidad respecto de los cuales las personas deciden sobre los asuntos que pertenecen a su intimidad o a sus circunstancias más íntimas, prohibiendo o imponiendo determinadas conductas.

En definitiva, "la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad y la combinación del derecho de libertad de conciencia con el derecho a la propia intimidad, generan una esfera de derechos que podemos denominar *personalísimos*, cuya sustracción a la capacidad de decisión es de legitimidad más que dudosa, ya que implicaría nada más y nada menos que la negación de la misma libertad y convertirían al Derecho en internamente contradictorio, al entrar en contradicción con su principio supremo: el personalismo"¹. En consecuencia, negar la existencia de esta esfera de decisiones personalísimas es tanto como negar a la persona su derecho más radical a ser y sentirse íntimamente libre y dueño de sí mismo, de lo que considera más suyo: la capacidad de decisión sobre sí mismo.

Es precisamente ésta la perspectiva desde la que se pretende abordar el estudio de este tema, pues entendemos que tanto la orientación sexual como la sexualidad de la persona forman parte integrante de las señas de identidad de la misma, de manera que el derecho a la identidad sexual como expresión del más amplio derecho a la identidad personal, debe engrosar la lista de los derechos de la personalidad, al encontrarse en estrecha conexión con otros derechos de la misma naturaleza².

2).- DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DEL FENÓMENO TRANSEXUAL

El transexualismo no es un fenómeno tan reciente como pudiera pensarse. Lo que es relativamente reciente es su tratamiento quirúrgico gracias a los progresos de la medicina³ y su transformación en un problema

¹ LLAMAZARES FERNÁNDEZ. D., *Derecho de la libertad de conciencia II. Libertad de conciencia, identidad personal y derecho de asociación*, Madrid, 1999, p. 313.

² LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J., *La problemática jurídica de la transexualidad*, Madrid, 1997, p. 111.

³ Los primeros supuestos, tanto en el extranjero como en España, de intervención quirúrgica transexual los recoge DOLZ LAGO. M.J., "Cambio de sexo: balance 386

social que reclama una regulación normativa expresa. Para poder abordar un adecuado tratamiento jurídico de este fenómeno, debemos distinguir el genuino y verdadero transexual de otros comportamientos o manifestaciones relacionadas con el ámbito sexuado de las personas. Y ello obedece a que el fenómeno transexual hasta hace poco tiempo no se ha individualizado como tal y siempre se ha confundido con la homosexualidad y el travestismo. Por eso vamos a tratar de definir y aislar el transexualismo como fenómeno independiente de la homosexualidad, todo ello sin ánimo de exhaustividad y en la medida en que creemos pueda resultar necesario para esclarecer el tratamiento de algunos aspectos de los que nos ocuparemos en este trabajo.

Actualmente, después de un largo y difícil proceso, podemos diferenciar el transexualismo del travestismo, representando éste la tendencia erotizada a disfrazarse, ya esporádicamente, ya durante largas temporadas, con ropa de otro sexo, con un sentimiento lúdico que se concreta en el papel de un sujeto perteneciente al otro sexo, vistiendo el resto del tiempo como individuo de su sexo. Por tanto, hay una necesidad profunda de vestirse como lo hace un sexo contrario, pero no se duda de su identidad sexual⁴. El transexual es al tiempo travestí, pero no todo travestí responde a un cuadro de transexualismo puesto que el travestismo acompaña al deseo del transexual de vestir como es propio del sexo al que se siente pertenecer⁵.

Por su parte la persona homosexual jamás duda de su identidad sexual y no renuncia a su condición. Únicamente siente atracción sexual hacia personas de su mismo sexo. No resulta tan fácil, en cambio, diferenciar el transexualismo del intersexualismo. Este último tiene su origen en una no correcta formación o desarrollo genético u hormonal de un sujeto, supuesto poco frecuente en la práctica, pero que ha recibido respuesta jurídica por

jurisprudencial", en *Poder Judicial*, nº. 16, diciembre de 1989, CGPJ, p. 167.

⁴ ARENDO DIAZ. J.M y DE PEDRO CUESTA. P., "El fenómeno transexual", en *Actualidad Civil*, 1989, nº. 10, semana 6-12, p. 175.

⁵ DIEZ DEL CORRAL. J., "La transexualidad y el estado civil", en *Anuario de Derecho Civil*, 1981, p. 1079. Este autor considera que "para el travestí llevar los vestidos del otro sexo es, en sí mismo, una fuente de satisfacciones eróticas, mientras que para el transexual el travestismo no es más que la consecuencia lógica de su pertenencia al otro sexo. Pero si el travestismo puede bastar en un principio al transexual, éste experimenta después la necesidad de poseer igualmente las características físicas del otro sexo y para ello necesita una intervención quirúrgica".

parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado⁶. En cambio, parece ser que el transexualismo tendría sólo unos leves orígenes endocrinos debido a irregularidades genéticas u hormonales.

Centrándonos en el tema que nos ocupa, advertimos aquí que asumimos la definición jurisprudencialmente acuñada del término de transexualidad que reconoce dentro de este fenómeno a "aquél grupo bien determinado y definible"⁷ de personas en las que concurren, al menos, dos circunstancias⁸: primero son personas que, habiendo nacido con las características físicas correspondientes a uno de los sexos, poseen el sentimiento de pertenecer al otro; y, segundo, en esas circunstancias han intentado acceder a una identidad más coherente y menos equívoca a través de tratamientos médicos e intervenciones quirúrgicas, destinadas a obtener un cambio morfológico mediante la supresión de los caracteres primarios y secundarios correspondientes a su sexo cromosómico y la implantación quirúrgica de órganos similares a los del sexo deseado⁹. A los anteriores elementos puede añadirse un tercero: el rechazo absoluto del sujeto hacia su propia apariencia, hasta el punto de que pueda llegar a resultarle inaceptable la vida de no someterse al tratamiento médico o quirúrgico que adecue su apariencia sexual a su sentimiento interno de pertenencia al otro género.

En definitiva, siguiendo el esquema del Profesor Llamazares, cabe hablar de transexualidad si se dan estos dos factores determinantes: por un lado, que se trate de un sujeto en el cual se produce una total disociación o contradicción entre su apariencia sexual externa y su vivencia personal íntima, es decir, entre la configuración física de sus órganos genitales y la

⁶ FERNÁNDEZ CAMPOS, A., "La posibilidad del transexual de contraer matrimonio con arreglo al nuevo sexo jurídico", en *Revista General de Derecho*, p. 13652.

⁷ Sentencia TEDH, *asunto Rees* c. Reino Unido, de 17 de octubre de 1989, serie, A, vol. 106, aptdo. 38.

⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *asunto P. contra S. y Cornwall County Council*, de 30 de abril de 1996, aptdo. 16, relativa al despido ilegal de un trabajador transexual, que hace suya la definición dada por el TEDH en el asunto *Rees*.

⁹ LLAMAZARES CALZADILLA. M.C y PARDO PRIETO. P., "Transexualismo y derecho a contraer matrimonio en España hoy: ¿una luz al final del túnel?", en *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho Comparado, Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, San Sebastián 2001, pp. 564-565.

forma en la que el individuo percibe su identidad sexual (que es la del sexo contrario); por otro lado, la contradicción aludida no debe ser cualquiera, sino que debe ser tan intensa que "no sólo no se acepta la propia apariencia sexual externa, sino que se siente de forma irresistible como algo intolerable, hasta el punto de que esa vivencia se traduce en ocasiones en un impulso no menos irresistible hacia la automutilación para eliminar esa apariencia, llegando incluso al suicidio"¹⁰.

Por eso la situación del transexual debe tratarse de una situación consolidada e irreversible, que tenga como punto de partida la férrea convicción de que los caracteres sexuales externos no son los que le corresponden a su persona, por lo que la conducta del individuo afectado tenderá a cambiar sus órganos sexuales mediante la adopción de estereotipos característicos del sexo opuesto¹¹. Ahora bien, el hecho determinante es, junto al elemento físico, la vivencia individual que cada sujeto hace de su sexualidad, es decir, la identificación psíquica que el individuo hace con el sexo con el que nace, así como la vivencia hacia el sexo opuesto, o sexo del que carece, y hacia el cual se siente inclinado, actuando en contradicción con su realidad sexual física y produciéndose un evidente freno al desarrollo de su personalidad que se traduce en el rechazo absoluto de sus órganos sexuales¹².

3).- EL DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL COMO INTEGRANTE DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

Si partimos de la consideración de que el derecho a la identidad sexual forma parte de los derechos de la personalidad, con carácter previo es preciso analizar qué debe entenderse por tales y cuales son sus notas definidoras. Así, los derechos de la personalidad se consideran expresión jurídica de proyecciones intrínsecamente humanas. Y así se ha indicado que se trata de titularidades jurídicas cuyo punto de partida y de referencia

¹⁰ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia...*, op. cit. p. 316.

¹¹ VILLAGOMEZ RODIL, A., "Aportación al estudio de la transexualidad", en *Colección de Jurisprudencia práctica*, vol. 68, pp.10 y 19.

¹² *Ibidem.*, op. cit. pp. 10 y 15, citado por CELADOR ANGON, O., "Principio de igualdad y transexualidad: la tutela de menores", en *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho Comparado...*, op. cit. p. 397.

es la personalidad misma de la que vienen a ser una especie de emanación o atributo íntimo y entrañable, relativos no a bienes exteriores en la que aquélla se proyecta al actuar, sino personales en cuanto forman parte de nosotros mismos, teniendo, consiguientemente, un contenido ideal, inmaterializado¹³.

Tradicionalmente se ha venido incluyendo dentro de esta categoría el derecho a la vida e integridad física con todas sus derivaciones; la plenitud moral con sus componentes de creencias, honor e intimidad de la vida privada; el secreto de las comunicaciones y de la actividad profesional, y el respeto a la propia imagen; la identificación, con el derecho al nombre, los demás apelativos individualizadores e incluso el pseudónimo; la libertad personal así como sus diversas manifestaciones y aplicaciones concretas. No obstante, ni esta ni otras enumeraciones similares agotan la posible lista de derechos, la cual debe permanecer siempre abierta a las exigencias que la dignidad de la persona requiere como propias en razón de las cambiantes circunstancias o de nuevos condicionamientos históricos¹⁴.

Ha sido a lo largo de lo que va de siglo cuando la doctrina y la jurisprudencia civil han elaborado más cumplidas construcciones acerca de la naturaleza, caracteres y rasgos configuradores de los derechos de la personalidad. Últimamente, el impacto de la técnica moderna con su capacidad de intromisión en la esfera ajena exige todavía de forma más acuciante su vigencia efectiva. A ello hay que añadir que la viva conciencia social confiere hoy al reconocimiento y respeto a la persona una dimensión especialmente sensible.

Desde el punto de vista positivo, la implantación de esta temática viene de la mano de las modernas Constituciones cuyo contenido suele orientarse, de una parte, a configurar la estructura del Estado y sus órganos, deslindar sus poderes y competencias y, de otra, a esbozar las libertades

¹³ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO. J., *Construcción jurídica de los derechos de la personalidad*, Madrid, 1976, pp. 22.

¹⁴ Vid., SOTO., *De justitia*, IV, 3, 3; MOLINA., *De justitia et jure*, 31. Ya los juristas y teólogos españoles del siglo XVI se refirieron frecuentemente a estos derechos que conciernen a la persona como componentes de su mismo ser, *in bonis corporis*, en los que abarcaron incluso estados de ánimo como la tranquilidad o el sosiego. También las partidas habían acumulado formulaciones defensivas de la honra personal (Partida 7ª, título 9). Posteriormente, en el occidente europeo han sido materia de permanente atención, sobre todo al contrastar nuevas aplicaciones de la antigua figura de la *actio iniuriarum*.

públicas y garantizar los derechos fundamentales. Y estos últimos suelen expresarse a modo de fórmulas garantistas de la dignidad de la persona. Paralelamente, durante la etapa codificadora, algunos Códigos como el austriaco de 1811 y el portugués de 1867, se refirieron a diversos derechos inherentes a la condición de la persona. Más tarde los incluirá el código suizo de 1907 y el Código italiano de 1942 en lo relativo a las disposiciones sobre el propio cuerpo, el derecho al nombre y a la propia imagen. A nivel internacional, ofrece preponderante relieve la Declaración Internacional de Derechos Humanos, proclamada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 y, en consonancia con ella, los numerosos textos y convenios expansivos de su alcance y aplicaciones.

En España, sin perjuicio de diversos pasajes contenidos en anteriores textos constitucionales en los que encontramos algunos derechos de esta naturaleza, su construcción ha encontrado lugar efectivo y aplicación práctica a través de la jurisprudencia y ha sido sobre este concepto de elaboración doctrinal y jurisprudencial donde principalmente ha venido a incidir la enunciación de derechos fundamentales contenida en la Constitución de 1978.

Así las cosas, los derechos de la personalidad se centran en torno a bienes e intereses alejados de todo comercio, referidos a cualidades y dimensiones de carácter psíquico, espiritual o moral, de concepción social de la persona y de su identidad; en sentimientos íntimos y en lazos entrañables de vida familiar o concernientes al honor, intimidad y libertad; estados de ánimo y aptitudes de todo orden. En definitiva, "componentes de la plenitud personal, de la dignidad y de la estimación del ser humano"¹⁵. Por eso se trata de reconocer al hombre como sujeto de derechos y de dar efectividad a las consecuencias que tal reconocimiento lleva consigo. Se contraponen además estos derechos a los patrimoniales porque se refieren a sentimientos y atributos humanos que están fuera del tráfico y no son susceptibles de valoración en dinero.

Finalmente, se les concibe indisolublemente unidos a la condición humana pero en tanto en cuanto ésta se encuentra inmersa en una determinada realidad social en que se proyectan. Por eso vienen a ser cauces de reacción frente a intromisiones o desconocimientos que se han revelado como más verosímiles y frecuentes, de manera que en los

¹⁵ LÓPEZ JACOISTE, J.J., "Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad", en *Anuario de Derecho Civil*, 1986, p. 1068.

derechos de la personalidad subyacen siempre exigencias de acoplamiento entre las posiciones de unas y otras personas. De ahí la necesidad de criterios dirigidos a este reajuste no sólo en el plano jurídico sino también en la convivencia social.

Llegados a este punto podemos afirmar que si los derechos de la personalidad son el soporte desde donde se "afirma y refleja siempre la dignidad de la persona"¹⁶, y desde donde se tutelan las "prerrogativas y los poderes que garantizan a la persona el goce de las facultades del cuerpo y del espíritu"¹⁷, en el caso del derecho a la identidad sexual no parece haber duda de que estamos ante un nuevo derecho de la personalidad, puesto que resultan plenamente afectados por él tanto la personalidad como la dignidad del hombre.

Compartimos con López-Galiacho la opinión de que "la decisión del transexual de someterse a una operación muy arriesgada y posteriormente instar la rectificación registral de su sexo legal es una decisión existencial, dramática, que afecta a su ser como persona"¹⁸. El respeto a la dignidad del hombre así como el libre desarrollo de su personalidad, se verían afectados y comprometidos si no se consintiese a la persona misma el derecho de ser aquello que realmente es. Por eso, en el conflicto de identidad sexual (de sus impulsos, de sus emociones) que vive la persona que desea cambiar de sexo, debe prevalecer el sentimiento que la misma tiene de pertenecer a otro distinto del atribuido por su genitalidad. En definitiva, la persona ejerce la libre decisión de estar en el sexo que quiere y el Derecho debe proteger esa elección, atribuyéndole efectos jurídicos. De la misma forma, debe ser inherente a su persona la facultad de elegir su sexo, siempre que con su elección no se dañe el derecho de terceras personas¹⁹.

En consecuencia entendemos que en la base de la dignidad a que hace referencia el art. 10.1 de la C.E, se encuentra indudablemente la coherencia de la conducta externa con las convicciones íntimas²⁰. Podemos así afirmar que el derecho a definir la propia apariencia sexual del que hacen uso los transexuales, deriva directamente de la dignidad de la

¹⁶ *Ibidem.*, op. cit. p. 1113

¹⁷ DIEZ- PICAZO y GULLON, L., *Instituciones de Derecho Civil*, I, Tecnos, Madrid, 1973, p. 119.

¹⁸ LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J., *La problemática jurídica ...*, op. cit. p. 115.

¹⁹ *Ibidem.*, p. 116.

²⁰ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la Libertad de conciencia (I). Libertad de conciencia y laicidad*, Madrid, 1997, p. 11.

persona y ese es el punto de partida para abordar el tratamiento de este tema.

4).- PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES APLICABLES AL FENOMENO DE LA TRANSEXUALIDAD

Sin perjuicio de la importancia que somos conscientes representa para este estudio la experiencia jurídica de los países de nuestro entorno, puesto que su aportación resulta necesaria en nuestros días para conocer los distintos aspectos de la problemática de la que aquí se trata, vamos en esta sede a perjeñar los principios constitucionales que son de aplicación a la temática de la transexualidad.

En primer lugar, destacamos el artículo 10.1 del Constitución española al reconocer que "la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad... son fundamento del orden político y de la paz social". A partir de la dicción literal de este precepto, no podemos desconocer que este principio constitucional informa las normas civiles establecidas para estos supuestos porque somos de la opinión de que el cambio de sexo o, en términos más precisos, el reconocimiento por parte del ordenamiento de este cambio, debe incluirse en el ámbito de lo que venimos llamando, en los términos reconocidos por el propio texto constitucional, el libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos, con la consideración que al mismo se atribuye en el artículo 10.1 de la Constitución española.

Además, este precepto constitucional tiene un valor singular, dado su tenor literal y su encuadre sistemático y este valor no es otro que el de considerar aquí y ahora la quintaesencia del orden público español debiendo ser este concepto comtemplado también a la luz de la normativa de los Tratados Internacionales ratificados por España y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, lo cual se convierte en "material normativo" de nuestro ordenamiento cuando se trata de interpretar los derechos y libertades que la Constitución reconoce²¹.

A partir de estas premisas, consideramos que el nudo central de la cuestión consiste en situar la pretensión del reconocimiento del cambio de

²¹ Vid., O'CALLAGHAN. X., "Incidencia de la Constitución en la aplicación del Derecho Civil", en *Actualidad Civil*, nº 1, 1988, pp. 212 y ss. donde se hace un estudio sistemático sobre esta cuestión apoyado en abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.

sexo como una manifestación de la libertad civil y por eso quien se encuentra en esta situación invoca el ejercicio de un derecho como manifestación del libre desarrollo de su personalidad. Y este libre desarrollo representa el vértice jurídico en nuestro ordenamiento positivo en el que todas las libertades civiles encuentran su fundamento²², en definitiva, en las libertades o derechos fundamentales que a la persona asisten por el mero hecho de serlo (derecho de la personalidad desde la óptica del Derecho Privado), derechos "inviolables que le son inherentes" (a la persona).

En definitiva, lo que importa en el plano jurídico positivo de un país es la valoración que su ordenamiento hace de cualquier aspecto de la realidad social sometida a su regulación. Desde este enfoque, nuestra Constitución democrática, al establecer el principio de no discriminación por razón de sexos en su artículo 14, entendemos que relativiza en buena medida el problema que, en el plano jurídico, podrían tener los transexuales en otros países, aunque obviamente subsiste la disyunción que la condición sexuada representa en los seres humanos²³. El reconocimiento de esta diferenciación, captada por la experiencia jurídica de otros tiempos, no implica de modo alguno discriminación, cuando, por ejemplo, la Constitución dispensa un diferente trato al hombre y a la mujer en tanto en cuanto desarrollan de distinto modo la función procreadora (artículo 39); partiendo igualmente de esa disyunción y de la complementariedad de los sexos cuando se trata del derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica²⁴.

²² Utiliza la expresión de "vértice jurídico" refiriéndose a los tres primeros incisos del art. 10.1 de la Constitución Española, el Profesor GORDILLO CAÑAS, J., en su obra *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Madrid, 1986, p. 14, aludiendo a esa zona del ordenamiento donde Derecho Público y Derecho Privado encuentran su punto de mayor convergencia.

²³ MARTÍN BERNAL J.M., "Todavía algunas consideraciones sobre el sexo", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 1, 1978, pp. 91 a 114, en este trabajo se aborda desde un enfoque jurídico pero atendiendo también a otros planteamientos, el alcance de esta disyunción en el Derecho español al tiempo de la promulgación de la Constitución.

²⁴ Esta complementariedad de los sexos aparece mejor perfilada junto a la idea de igualdad en los artículos 66 y siguientes del Código Civil. Por eso existen entre el hombre y la mujer unos deberes recíprocos derivados de este derecho, que el propio Tribunal Constitucional ha calificado como "libertad o derecho fundamental" de casarse o no casarse (autos de 11 de febrero y de 24 de junio de 1987).

Llegados a este punto, resulta necesario hacer una clara diferencia entre el sexo, como cualidad inmanente al ser humano, de la sexualidad, entendida ésta como comportamiento o conducta del individuo con relación a él, que es contingente y versátil. Precisamente es respecto a esta sexualidad de la que cabe predicar, a raíz de la promulgación de la Constitución de 1978, la existencia de una libertad civil en favor del transexual, sin otro límite, entendemos, que la libertad y los derechos subjetivos de los demás ciudadanos. Por eso, cualesquiera que fueren las soluciones adoptadas para solucionar la cuestiones que suscita el tema de la transexualidad, pasan necesariamente por una profundización del artículo 10.1 de la Constitución, bajo el Título I "De los derechos y deberes fundamentales". Y, siendo como es el texto Constitucional una verdadera norma jurídica, representa un extraordinario progreso que se haya reconocido con el alcance jurídico antes mencionado, que la dignidad de la persona (con independencia de la dignidad o no de sus actos), los derechos inviolables que le son inherentes (inherencia que puede proporcionar la clave jurídica a este tema) y el libre desarrollo de la personalidad, sirven de fundamento al orden político y a la paz social.

Así las cosas, el reconocimiento de la inherencia de ciertos derechos que asisten a la persona por el mero hecho de serlo, se convierte, en nuestra opinión, en la mayor garantía, junto con la proclamación de su inviolabilidad, de que se cumplirá ese fin último, el respeto de la persona al que debe aspirar cualquier ordenamiento jurídico merecedor de tal nombre. En definitiva, la inherencia de unos derechos de la persona viene a significar, desde este enfoque, una suerte de contrapunto al libre desarrollo de la personalidad enunciada con toda generosidad en el art. 10 de la Constitución Española, con la finalidad de impedir que se violen sus derechos o éstos queden vaciados totalmente de contenido.

Sólo desde esta perspectiva se explica la diferencia profunda que, en este orden de cosas, la doctrina ha atribuido a los derechos de la personalidad, respecto a otros derechos subjetivos plasmada en un texto de nuestro derecho positivo. Nos estamos refiriendo, lógicamente, a la irrenunciabilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad de los derechos de la personalidad, proclamada en el art. 1.3 de la Ley Orgánica de 1982 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Aplicando los principios subyacentes en esta regulación, sobre todo por lo que se refiere a la autorización o consentimiento para proceder, este consentimiento en modo alguno puede

tener un valor negocial, sino únicamente está encaminado, en su caso, a iniciar un ilícito favoreciendo la libre autonomía de la persona que se reconoce en el art. 10 de la Constitución²⁵.

Pues bien, ante la pretensión de renunciar a la condición sexuada de una persona concreta, nos parece clara la aplicación analógica del artículo 2 de la antes mencionada Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, perfectamente congruente con la inherencia de ciertos derechos proclamada en el art. 10.1 del texto constitucional. Podemos afirmar, por tanto que, de acuerdo con los principios del ordenamiento positivo español, la condición sexuada de las personas es irrenunciable, ínsita como está en los estratos más profundos del ser. El argumento cobra más consistencia si se piensa, por ejemplo, que el derecho a la propia imagen es igualmente irrenunciable. Lo que sí cabrá admitir, a lo sumo, es el consentimiento del interesado para una serie de actos tendentes a lograr algunas modificaciones somáticas en una dirección libremente escogida, actos que, de no mediar el citado consentimiento, supondrían, en algún caso, una conculcación del derecho a la integridad física o moral reconocido en el art. 15 de la Constitución e, igualmente, irrenunciable en términos generales.

Y es que la dignidad del transexual quiebra cuando en sus actuaciones jurídicas más corrientes, como son ejercer ciertos derechos o cumplir determinadas obligaciones debe, ante la contradicción entre su apariencia externa y la mención del sexo registral, explicar el proceso terapéutico seguido. Por eso, en el respeto de ese derecho por parte del transexual a solucionar su drama eligiendo el sexo que siente, es donde encuentra su razón de ser la inclusión del derecho a la identidad sexual en el art. 10.1 de la Constitución. El respeto a esta dignidad quebraría si a una persona se le obligara a mantenerse dentro de los márgenes de un sexo que psíquicamente no le corresponde o que incluso, le repele. Como apunta Ferrer Sama "tratándose de un verdadero transexual y una vez operado, la persona tiene derecho a exigir que quede constancia de ello en cuantas

²⁵ VIDAL MARTÍNEZ. J., *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982*, Madrid, 1984, p. 173 donde reconoce que "aunque la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, se refiera en su Exposición de Motivos a un parcial desprendimiento de algunas facultades, que no se opone a la irrenunciabilidad abstracta de dichos derechos, entendemos que este consentimiento expreso funciona rigurosamente como una causa de exclusión de la antijuricidad de la intromisión, en otro caso ilegítima".

oficinas públicas estén facultadas para la expedición de documentos personales, en orden a su propia dignidad y armónico desarrollo de su personalidad y, desde luego, con los efectos jurídicos inherentes a esta declaración"²⁶.

Por otra parte, también el derecho a la identidad sexual gira entorno a la protección jurídica dispensada por el art. 43.1 de la C.E, en tanto en cuanto reconoce el derecho de toda persona a la salud y para un sector de la doctrina "es en este precepto y no en el art. 10.1 donde se debe centrar la atención al grave conflicto psicosomático padecido por el transexual"²⁷. Esta norma tiene por objeto proteger la salud como condición para el desarrollo de la personalidad humana y es que la salud no sólo consiste en no padecer enfermedad, sino más genéricamente en el disfrute de un bienestar general, psíquico, mental y social, que ayude a un pleno desarrollo personal. Y se ha demostrado que quien sufre una anomalía en su identidad sexual, si se le permite la reasignación legal de su sexo, supera la angustiada situación experimentada por sentirse atrapado en un sexo con el que no se siente identificado, logrando así una estabilidad y equilibrio personales de los que antes carecía²⁸. Bien es cierto que estas carencias no son una enfermedad en el sentido tradicional, pero podemos afirmar que sin duda alguna producen una falta de ese bienestar general que equiparamos a la salud. No podemos olvidar que en el transexual no hay armonía entre lo físico y lo psíquico y su lucha por poner fin a esta situación le lleva incluso a poner en juego su propia vida, sometiéndose a una operación de alto riesgo. Hasta que este momento llega es un ser atormentado pero, incluso después de este momento, no puede disfrutar de un bienestar general si no se le permite hacer coincidir su nuevo aspecto físico con la realidad registral. Es por ello por lo que se propugna que, para restablecer ese estado de bienestar general se autoricen no sólo las operaciones de cambio de sexo, sino también la modificación registral del inicialmente asignado²⁹.

²⁶ FERRER SAMA. J.A., "Doctrina civil del Tribunal Supremo sobre la transexualidad. Comentario a la STS de 3 marzo de 1989", *La Ley*, 1989-2, p. 315.

²⁷ VIDAL MARTÍNEZ. J., ¿Se incluye el cambio de sexo (transexualidad) en el libre desarrollo de la personalidad al que se refiere el art. 10.1 de la Constitución Española", en *Revista General de Derecho*, marzo 1989, p. 1004.

²⁸ FERNÁNDEZ SESSAREGO. C., *Derecho a la identidad personal*, Buenos Aires, 1992, p. 224.

²⁹ *Ibidem.*, op. cit. p. 232.

También el derecho a la identidad sexual puede hallar su acomodo constitucional en el derecho a la integridad psicofísica (art. 15 de la C.E). Si hablamos, como hasta ahora hemos mantenido, de un concepto dinámico del sexo, donde el elemento psicológico adquiere un papel fundamental, la persona transexual o intersexual, una vez hecha su elección existencial de pertenecer a uno u a otro sexo, tiene el derecho a someterse a una intervención quirúrgica de reasignación morfológica de su sexo que le resulte psicológicamente liberadora. Sólo de esta forma, el sujeto alcanzaría el equilibrio en su integridad psicofísica del que antes carecía. Ahora bien, somos de la opinión de que si esa reasignación no se produce paralelamente también en el ámbito socio-jurídico, su proceso hacia la plena integración físico-psíquico-moral, quedaría incompleto.

Por último, el derecho a la identidad sexual también está estrechamente conectado con el derecho a la intimidad personal y a la propia imagen reconocidos ambos en el art. 18 de la C.E. Por eso si al transexual operado no se le reconoce el derecho a cambiar registralmente su sexo, se estaría vulnerando el derecho a la intimidad personal. No hay duda de que de forma cotidiana todos realizamos actos donde se nos exige mostrar nuestra documentación. En el caso de transexual, de no admitirse esta modificación registral, constaría en sus documentos un sexo disconforme con la apariencia que la persona ahora presenta. Lo cual obligaría al transexual a ir continuamente aclarando el porqué de esta situación, de ahí que se imponga la concesión de la modificación de sexo solicitada.

Por otro lado, no podemos olvidar el tenor literal del art. 14 de la Constitución que no admite que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de sexo o cualquier condición o circunstancia personal o social. Según este precepto, parece quedar claro que el ejercicio de la libertad civil al desarrollo de la sexualidad, orientada ésta hacia un sexo distinto del originario, no puede conllevar en ningún caso, en el plano jurídico, la prevalencia de cualquier discriminación. La igualdad de las personas como tales personas, sea cual fuere la orientación que den a su sexualidad, es un derecho fundamental, debiendo adoptarse las medidas necesarias para evitar cualquier tipo de discriminación pero teniendo en cuenta las limitaciones propias de la respuesta jurídica que el derecho está dando a los problemas que suscita el tratamiento de este tema.

Para finalizar podemos decir, por lo que atañe al art. 14 de la C.E, que convenimos con Carrasco Perera que "el art. 14 no contiene una

referencia al sexo de tal forma que pueda entenderse constitucionalmente protegido un derecho a la realización personal en el contexto del sexo: el artículo 14 no constitucionaliza la transexualidad³⁰. No se puede decir que en el art. 14 de la C.E se protege esta aspiración personal por el hecho de que, siendo el sexo un factor irrelevante para construir la norma, sería igualmente irrelevante la decisión de pertenecer a uno u a otro sexo. Por tanto, no es el art. 14 sino el 10.1 donde hay que buscar un pretendido principio constitucional de la intercambiabilidad entre sexos".³¹

5).- EL DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL EN LA JURISDICCIÓN EUROPEA PROTECTORA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Las instancias Europeas protectoras de los derechos y libertades fundamentales creadas por el Convenio Europeo para la salvaguarda de los derechos humanos y las libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950 (Tratado de Roma) han estudiado en varias ocasiones las demandas interpuestas por los transexuales contra sus respectivos países que, al no reconocer el cambio jurídico operado por el tratamiento médico quirúrgico de la transexualidad violaban, a juicio de aquéllos, su derecho a la vida privada protegido en el art. 8 del Tratado y el derecho a casarse y fundar una familia, regulado en el art. 12 del mismo texto legal.

No son muchos los casos en que se ha pronunciado este Tribunal sobre el particular, pero es de destacar, por su relevancia, dos sentencias: la de 6 de noviembre de 1980 en el caso *Van Oosterwijk* contra Bélgica y la de 26 de octubre de 1986, en el caso *Rees* contra el Reino Unido, sin perjuicio de las referencias a este tema contenidas en otros pronunciamientos judiciales que también contemplaremos³².

³⁰ CARRASCO PERERA. A., "El principio de no discriminación por razón del sexo", en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núms. 11-12, 1991, p. 18-19.

³¹ *Ibidem*.

³² La primera demanda planteada ante el TEDH fue la de un transexual masculino alemán que deja de ser hombre para transformarse en mujer contra el gobierno de la antigua República Federal Alemana, al haber denegado los tribunales de dicho país su demanda de rectificación de sexo y cambio de nombre. La Comisión de Derechos Humanos en su dictamen sobre esta demanda de 11 de noviembre de 1979, reconoce que el demandante retiró su pretensión cuando el gobierno alemán le hizo saber que un tribunal cantonal había admitido finalmente su demanda. Este caso impulsó al gobierno a presentar en 1979 un proyecto de Ley que sería el origen de la futura "ley sobre el cambio de nombre y sobre la determinación de la pertenencia sexual en casos

5.1).- Sentencia del caso *Van Oosterwijk* contra Bélgica

Esta sentencia no se pronuncia sobre el fondo del asunto y se limita a reproducir la cuestión que planteó el gobierno demandado en la fase previa del procedimiento ante la Comisión. Por eso estima que la demandante no ha agotado los recursos internos que establece la legislación belga frente a la inadmisión del cambio operado de sexo por parte de las autoridades encargadas del Registro Civil.

En este sentido, según la Ley belga de 1974, Mr. Oosterwijk pudo haber rectificado su nombre de pila en el Registro Civil y haber obtenido la atribución de uno masculino en lugar del femenino que ostentaba desde su nacimiento. Pero el Tribunal entiende que por el mero hecho de cambiar de nombre un transexual no resuelve sus problemas porque con ello "no hubiera hecho más que eliminar determinados efectos del mal del que se queja, pero no se habrían suprimido ni las causas ni el reconocimiento de su identidad sexual ni tampoco sus consecuencias sociales. Por lo cual, al no ejercer esta demanda de cambio de nombre de pila, no por ello infringió el art. 26 del Convenio que le obliga a agotar los recursos internos"³³.

Por otro lado, el demandante no recurrió en casación la Sentencia del Tribunal de Apelación de Bruselas que le negó la rectificación de la inscripción de nacimiento y la inscripción del cambio sobrevenido de sexo. Según él, al haberse comprobado como hechos por el Tribunal de Primera Instancia y por el de Apelación que no había error en la inscripción de su sexo femenino al tiempo de su nacimiento, resultaba superflua la vía de la casación que no hubiera podido rebatir estas afirmaciones de la instancia.

Sin embargo, el tribunal de Estrasburgo afirma que la sentencia del Tribunal de apelación se funda no sólo en hechos, sino también en razonamientos jurídicos y que "la legislación no permite tener en cuenta los cambios de morfología del individuo realizados artificialmente, si bien, otros tribunales belgas habían calificado los mismos textos legales que tuvo a la vista el Tribunal de apelación de Bruselas de forma divergente". Por otra parte, tampoco se alega ante la instancia nacional el art. 8 del Tratado de Roma ni ningún otro instrumento internacional con efectos equivalentes,

particulares" de 10 de septiembre de 1980.

³³ STEHD de 6 de septiembre de 1980 (serie A, núm. 40); versión en castellano comentada por RUIZ NAVARRO. J.L., en "Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 25 años de jurisprudencia. 1959-1983", *Boletín de Jurisprudencia Constitucional. Publicaciones de las Cortes Generales*. Madrid, pp. 666 y ss.

lo cual da lugar a la desestimación de la demanda *Van Oosterwijk* por defectos de forma³⁴.

5.2).- Sentencia del caso *Rees* contra el reino Unido

En este caso el Tribunal interpreta dos artículos del Tratado de Roma presuntamente violados por el Reino Unido: arts. 8 y 12, entendiéndose que tal violación no se ha producido.

Por lo que se refiere al primero de los preceptos, tiende esencialmente a garantizar al individuo contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos, sin perjuicio de engendrar obligaciones positivas inherentes a un respeto efectivo de la vida familiar, aunque sujetas al margen de apreciación del Estado. Tanto la Comisión como el demandante sostienen que éste último es un hombre y que, preocupándose de la coherencia, el Reino Unido debería reconocer plenamente en el plano jurídico su nueva identidad sexual³⁵. Pero el Tribunal recuerda que en los casos *Abdulziz*, *Cabales* y *Balkandi* ya afirmó que la noción de respeto carece de nitidez sobre todo cuando se trata de obligaciones positivas³⁶. Sus exigencias varían mucho de un caso a otro, dadas las diferencias de las prácticas y de las condiciones existentes en los Estados contratantes. Y esta observación sirve especialmente en el caso *Rees*, puesto que varios Estados dan a los transexuales la facultad de cambiar su estado civil para adaptarlo a una nueva identidad sexual. Otros Estados, en cambio, no conceden todavía esta facultad, pues se trata de una materia en que gozan de un gran margen de apreciación.

³⁴ En este punto el Tribunal se aparta de la opinión de la Comisión que había reconocido la violación por parte de Bélgica tanto del art. 8 del Tratado de Roma (unanimidad) como del art. 12 del mismo cuerpo legal (siete votos a tres).

³⁵ La Comisión de Derechos Humanos considera violado el art. 8 por unanimidad, ya que, según su parecer, "un Estado que se niega a reconocer el nuevo estatuto de un transexual después de un tratamiento médico que desemboca en un cambio de sexo, no respeta la vida privada". Continúa diciendo que "el sexo es uno de los principales elementos de la personalidad humana". Si ... "las intervenciones quirúrgicas, como ha sucedido en este caso, han permitido el cambio de sexo, por lo menos en la apariencia de la persona, hay que interpretar el artículo 8 como protegiéndola contra el no reconocimiento de su sexo como parte de su propia personalidad". Y, por ello, "el individuo ha de poder confirmar su apariencia normal por medio de los documentos que se requieran. (Relato de los hechos núms. 47 y 49).

³⁶ Vid., Conseil de l'Europe. Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Affaire Rees*. 2/1985/135. Arrêt Strasbourg. 17 octobre 1986, p. 13.

En cualquier caso, el Convenio obliga a ponderar, con justo equilibrio, los intereses generales y los del individuo. Y para dicha ponderación deberán tenerse en cuenta los objetivos previstos en el párrafo 2º de este precepto³⁷. Además, en el Reino Unido no hay un Registro integrado sino varios Registros civiles distintos para nacimientos, matrimonios, fallecimientos y adopciones. Se consignan tales hechos sin mencionar los cambios de nombre, de dirección, etc, como se transcribe en otros Estados. Por eso el Tribunal estima que no ha habido violación del artículo 8, puesto que se reconoce a los Estados un cierto margen de apreciación a la hora de decidir qué efectos tendrá en su ámbito el cambio de sexo de una persona y este margen de apreciación no se considera excedido en lo que se refiere al respeto de la vida privada de Rees.

Por lo que respecta al otro precepto invocado, el artículo 12 del Convenio relativo al derecho al matrimonio de los transexuales, considera el Tribunal que cada Estado es libre de reconocerlo o no, porque este derecho sólo está plenamente garantizado a las personas de sexo biológico distinto. La redacción de este artículo parece confirmarlo, puesto que el fin persiguido consiste esencialmente en proteger el matrimonio en cuanto fundamento de la familia³⁸. Por otra parte, el matrimonio obedece a las leyes nacionales de los Estados contratantes en lo relativo a su ejercicio. Las limitaciones que resulten de dicha legislación no deben restringirlo o reducirlo de una manera o en un grado tal que lo afecten en su misma sustancia. Pero tal efecto no se podría atribuir al impedimento establecido en el Reino Unido para el matrimonio de dos personas que no pertenezcan a sexos biológicamente diferentes.

En vista de estos pronunciamientos, considera el Tribunal que *de lege ferenda* "para superar estos inconvenientes, la legislación tendría que

³⁷ El párrafo segundo del art. 8 del Tratado de Roma dispone que: "No puede haber ingerencia de una autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino cuando aquélla se halle prevista en la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria a la seguridad nacional, a la seguridad pública, al bienestar económico del país, a la defensa del orden y a la prevención de las infracciones penales, a la protección de la salud o de la moral o a la de los derechos y libertades de otro".

³⁸ FOSAR BENLLOCH, E., "El reconocimiento de la transexualidad en la Sentencia de la sala de lo civil del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1987 y en los dictámenes de la Comisión Europea de Derechos Humanos: Casos Van Oosterwijk contra Bélgica - 1 de marzo de 1979- y Rees contra el Reino Unido - 12 de diciembre de 1984-", en *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, n. 1476, 15 de diciembre de 1987, p. 87.

detallar con precisión las consecuencias del cambio en los distintos contextos y las circunstancias en que la reserva debería ceder ante el interés público. Si se tiene en cuenta el amplio margen discrecional que hay que dejar en esto a los estados y la necesidad de proteger los intereses ajenos para conseguir el equilibrio pretendido, las obligaciones positivas que derivan del artículo 8 no pueden llegar tan lejos³⁹. Por consiguiente, hay que dejar al correspondiente Estado la determinación de hasta qué punto puede tener en cuenta las restantes pretensiones de los transexuales. Sin embargo, el Tribunal comprende la gravedad de los problemas con que se tropiezan estas personas y la angustia que sufren..., de ahí la necesidad de medidas legales adecuadas que deben traducirse en un estudio constante, teniendo en cuenta, especialmente, el desarrollo científico y social⁴⁰. En otras palabras, nos viene a decir el Tribunal que los Estados deben atender a la evolución de la ciencia y de la sociedad para dar respuesta, a través de su legislación, a las necesidades que surjan en materia de transexualidad.

5.3).- Otros pronunciamientos judiciales del TEDH

5.3.1).- Sentencia Cossey contra el Reino Unido⁴¹

En este caso el TEDH se pronuncia sobre la petición de un transexual masculino inscrito como varón (Barry Kenneth), pero que a los trece años entendió que psicológicamente su sexo era femenino. Se cambia su antiguo nombre pasando a llamarse Carolina Cossey y es a partir de ese momento cuando se comporta socialmente como mujer. Se opera para adquirir su aspecto femenino y en 1976 la Administración británica le concedió un pasaporte como mujer. En 1983, la señora Cossey y un ciudadano italiano proyectan contraer matrimonio pero se le comunica por parte del Registro Civil que un matrimonio en esas circunstancias sería nulo en el derecho inglés porque aún se le consideraría de sexo masculino, a pesar de sus condiciones morfológicas y anatómicas, ahora femeninas. No obstante, Cossey continúa en su intento y solicita un certificado de nacimiento en el que conste que era ya de sexo masculino, contestándole negativamente porque en el Registro figura como varón. Ante esta negativa, acude a la comisión Europea de Derechos Humanos alegando,

³⁹ Sentencia Rees, cit. parágr. 44.

⁴⁰ *Ibidem.*, parágr. 47.

⁴¹ STEDH de 27 de septiembre de 1990 (Serie A, núm. 184).

igual que en el caso anterior, los artículos 8 y 12 de la Convención Europea⁴².

Por lo que se refiere al primero de los preceptos aludidos, la parte demandante entendía que el Reino Unido, al negarse a concederle un certificado de nacimiento en el que conste que era ya de sexo femenino, violó el respeto a su vida privada. En este sentido, la Comisión considera que no se ha violado este precepto ni el art. 12 al que luego nos referiremos⁴³. El Pleno del TEDH en sentencia de 27 de septiembre de 1990, igualmente negó que hubiera habido violación de esos preceptos. Por lo que respecta a la no infracción del art. 8, el TEDH suscribe fielmente la jurisprudencia emanada del TEDH en el *caso Rees*. No obstante, puesto que en aquel caso se recoge el compromiso de revisar y actualizar las normas y los avances producidos en el ámbito de la transexualidad, con motivo de este nuevo caso el TEDH se ve obligado a señalar, para no contradecirse, que "entre una y otra sentencia, no tiene noticia de ningún progreso científico importante...". Y reconoce que, aún admitiendo que hay una cierta evolución en Europa hacia el reconocimiento jurídico de la transexualidad, su tratamiento, sin embargo, aún es dispar y confuso.

Ahora bien, habiendo transcurrido sólo cuatro años desde el *asunto Rees*, la no vulneración del artículo 8 es respaldada sólo por diez votos frente a ocho y existe una oposición por parte de cuatro de los jueces a la no vulneración del artículo 12 del Convenio. Especialmente significativo es el voto particular disidente firmado por el juez Martens que incorpora a su argumentación algunos elementos innovadores en este tema y así estima que del texto del Convenio resulta claro que la dignidad individual exige el reconocimiento del derecho a configurar libremente la propia personalidad, lo que incluye el supuesto de la transexualidad (voto disidente. ap. 2); además, la obligación de respeto contenida en el artículo 8 ha de determinar una obligación positiva del Estado inglés, "sin que la tradición pueda

⁴² Demanda 10843/1984. En el relato de los antecedentes de hecho se dice que en 1989, Cossey contrae matrimonio religioso judío con otra persona de sexo masculino, pero el Tribunal Superior Inglés, en Sentencia de 17 de enero de 1990, lo declaró nulo, porque los contrayentes no eran de sexo contrario.

⁴³ La Comisión, en su informe de 9 de mayo de 1989 estimó, apartándose de su dictamen favorable en los casos *Van Oosterwijck* y *Rees*, que ni se había violado el art. 8 ni el art. 12. Este informe puede verse en TEDH, *Sentencia caso Cossey*, 27 de septiembre de 1990, serie A, vol. 184, trad. española de J.M. Tejerina, en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, núm. 152, 1993, págs. 274 y ss.

amparar que el sexo, en su Derecho, deba definirse exclusivamente por el dato cromosómico, máxime cuando en la práctica esa interpretación perjudica gravemente los derechos de la actora y, más en concreto, su derecho a contraer matrimonio", especialmente cuando el matrimonio es mucho más que una mera unión sexual y, por tanto, no parece justificado limitar la garantía del derecho al matrimonio contenida en el artículo 12 al sexo biológico con el que uno nace (voto disidente ap. 4)⁴⁴. Además se censura al Tribunal en este voto particular por haber dejado a este país un gran margen de discrecionalidad para hallar una solución que, como se ha podido comprobar en dos ocasiones, es insuficiente para proteger la intimidad del transexual.

5.3.2).- *Sentencia Lyne Botella contra Francia*⁴⁵

Esta sentencia constituye un auténtico hito en la materia que nos ocupa, pues por primera vez va a ver un transexual reconocido su derecho a ver modificada su mención legal de sexo por parte del TEDH.

Ante circunstancias de hecho similares a las que tienen lugar con motivo de los pronunciamientos judiciales anteriores y, agotada la vía judicial interna, Lyndon B. presenta el 28 de septiembre de 1987 una demanda (núm. 13343/87) ante la Comisión Europea de Derechos Humanos y contra el Gobierno francés por violación de los artículos 3, 8 y 12 de la Convención. La Comisión, primeramente, en su resolución de 13 de febrero de 1990 rechaza entrar a considerar la infracción del artículo 12 por no haber agotado el demandante las vías internas en su petición de contraer matrimonio. En cambio, con fecha de 6 de septiembre de 1990, decide elevar al Pleno del TEDH un informe por el que estima violado el artículo 8 (diecisiete votos contra uno), pues al negarse Francia a reconocer su verdadera identidad sexual (resultante de su psiquismo sexual, de su morfología modificada y de su rol social sexual), no ha reconocido un elemento determinante de su personalidad. Se consideran desproporcionadas las consecuencias que se derivan de esta negación en relación a una concepción fingida del interés general⁴⁶.

⁴⁴ LLAMAZARES CALZADILLA. M.C y PARDO PRIETO. P., "Transexualismo y derecho a contraer matrimonio en España hoy: ¿una luz al final del túnel?...", op. cit. p. 571.

⁴⁵ STEDH de 25 de marzo de 1992 (serie A, núm. 2312-C). Asunto B. contra Francia

⁴⁶ Sin embargo, la Comisión rechazó por quince votos contra tres la violación del artículo 3 del Convenio que señala que "nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes".

Por su parte, el Pleno del TSDH en una histórica y polémica resolución de 25 de marzo de 1992, consideró por primera vez que en el caso enjuiciado, a diferencia de las Sentencias *Rees* y *Cossey*, sí que se había producido una violación del artículo 8 del Convenio por parte del Estado francés. Aunque las mentalidades han cambiado, la ciencia ha progresado y la transexualidad presenta hoy una importancia creciente, considera esta resolución que "a la luz de los estudios y trabajos realizados por los expertos en la materia, aún no ha desaparecido toda incertidumbre en cuanto a la naturaleza profunda del transexualismo y sobre la licitud de una intervención quirúrgica en estos casos"⁴⁷. No obstante, no reina aún en los Estados miembros del Consejo de Europa un consenso para que el pleno llegue a conclusiones opuestas a las de los casos *Rees* y *Cossey*. Por eso la sentencia condena a Francia realizando una comparación entre los sistemas registrales inglés y francés, valorando las diferencias que existen en estos temas. La condena se apoya en tres argumentos básicos: 1).- la percepción social de la problemática ha seguido evolucionando y los Estados Europeos han otorgado en los últimos años una cada vez mayor eficacia jurídica al cambio de sexo; 2).- del diferente grado de reconocimiento que dispensa a este cambio el Reino Unido y Francia, deben deducirse, valorando la diferencia existente entre las normas de uno y otro con las disposiciones del Convenio, distintas consecuencias; 3).- en este caso, Francia ha sobrepasado el margen de apreciación que permite el concepto de "respeto" a la vida privada incluido en el artículo 8, lo que autoriza al Tribunal no sólo a declarar vulnerado el derecho a la vida privada de B, sino, además, a imponer al Estado ciertas obligaciones positivas que garanticen ese derecho⁴⁸.

5.3.3).- Sentencia Christine Goodwin contra Reino Unido⁴⁹

⁴⁷ A juicio del TEDH "las situaciones jurídicas que de aquí resultan son complejas: cuestiones de naturaleza anatómica, biológica, psicológica, moral, ligadas todas ellas a la transexualidad y a su definición; consentimiento y otros requisitos a cumplir antes de la operación, condiciones en las cuales puede autorizarse un cambio de identidad sexual..., aspectos internacionales (lugar de la intervención)..., efectos jurídicos retroactivos o no del cambio, posibilidad de elegir otro nombre..., confidencialidad de los documentos y de los datos relativos al cambio de sexo..., así como incidencias de orden familiar como por ejemplo el derecho a casarse y a fundar una familia, filiación, salida de una relación matrimonial existente..., *Vid.*, parágr. 48.

⁴⁸ *Vid.*, parágr. 62 y 63.

⁴⁹ STEDH de 11 de julio de 2002 (Aplicación no. 28957/95). Asunto Christine Goodwin contra Reino Unido.

Sin perjuicio de otros pronunciamientos judiciales no menos relevantes cuyo estudio omitimos en esta sede por cuestiones prácticas⁵⁰, consideramos especialmente interesante esta Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por haber equiparado a los transexuales con los demás ciudadanos europeos en sus derechos a la vida privada, a formar una familia y casarse según su identidad sexual después de operarse. La novedosa decisión del Tribunal, tomada por unanimidad, condena al Reino Unido por violar los derechos familiares reconocidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos a una ciudadana inglesa nacida hombre y transformada en mujer. La demandante es Christine Goodwin, de 65 años, a quien el Tribunal de Estrasburgo comunica que el reconocimiento de sus derechos es suficiente satisfacción, por lo que no le concede indemnización alguna, excepto 39.000 euros en concepto de costas y gastos de defensa.

Goodwin denunció que fue objeto de acoso sexual tras su conversión en mujer y que, dado que conservaba el mismo número de la seguridad nacional de cuando era hombre, tuvo que pagar cotizaciones sociales que, como mujer, no le correspondía abonar, así como que, por ese cambio, su empleador le hizo objeto de molestias y humillaciones. La no modificación del sexo originario en el Registro Civil ha sido el desencadenante de todos los problemas sufridos. Tras analizar los derechos de la demandante y las alegaciones del Reino Unido, el Tribunal de Estrasburgo inclina la balanza en favor de ella y declara violado el derecho a la vida privada.

En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos subraya que "la dignidad y la libertad son la esencia misma del Convenio", que "la

⁵⁰ Estos pronunciamientos son recogidos por los Profesores Llamazares Calzadilla y Pardo Prieto en su trabajo ya mencionado en otras ocasiones "Transexualidad y derecho a contraer matrimonio...", op. cit. pp. 572-574 y a ellos nos referiremos brevemente. Consideran que la cuestión sigue abierta, como parece desprenderse de las sentencias *X, Y y Z*, contra el Reino Unido (STEDH de 22 de abril de 1997) y *Sheffield y Horsham* contra el Reino Unido (STEDH de 30 de julio de 1998), en las que el TEDH no considera que, dada la situación de los transexuales en este país, la negativa del Estado a modificar la inscripción de sexo, cause a los demandantes inconvenientes de gravedad suficiente como para pensar que aquel ha excedido su "margen de apreciación", de modo que no puede aceptarse que el Reino Unido haya incumplido el deber de "respeto" de la vida personal y familiar que le impone el artículo 8 del Convenio. Además, al hilo de todo ello, la Corte Europea aprovecha la ocasión para exponer su interpretación de los artículos 8 y 12 del Convenio de Roma, especialmente en lo que se refiere a la familia y al matrimonio.

noción de autonomía personal refleja un principio importante" y que "la esfera personal de cada individuo está protegida", así como "el derecho de cada uno a establecer los detalles de su identidad como ser humano". La sentencia razona que, en pleno "siglo XXI, la facultad para los transexuales de disfrutar plenamente y de obtener de sus conciudadanos su derecho al desarrollo personal y a la integridad física y moral no debería ser considerada como una cuestión controvertida"⁵¹.

La sala sentenciadora -integrada por 17 jueces- reconoce las repercusiones que el cambio de sexo produce en los registros de nacimientos, los derechos de familia, filiación, sucesión, seguridad social y seguros, pero recuerda que una comisión interministerial de trabajo sobre los transexuales ha considerado que "esos problemas no son insuperables". Los jueces europeos aseguran que "no ha sido demostrado que una modificación de la condición de los transexuales entrañaría dificultades concretas o notables o un atentado al interés público". En definitiva, entienden que "se puede razonablemente exigir de la sociedad que acepte ciertos inconvenientes, a fin de permitir a las personas vivir con dignidad y respeto conforme a la identidad sexual elegida por ellas, a costa de grandes sufrimientos"⁵².

En cuanto al otro derecho que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declara violado por el Reino Unido -el derecho "del hombre y la mujer" a casarse y fundar una familia-, la sentencia manifiesta que "el Tribunal no está convencido de que se pueda hoy continuar admitiendo (...) que el sexo debe ser determinado según criterios puramente biológicos". Por el contrario, considera que "la institución del matrimonio ha sido profundamente alterada por la evolución de la sociedad" y que "el progreso de la medicina y de la ciencia han entrañado cambios radicales en el terreno de la transexualidad". Así estima que "la no concordancia de los factores biológicos en un transexual operado no puede constituir un motivo suficiente para dejar de reconocer jurídicamente el cambio de sexo del interesado"⁵³. En conclusión, el Tribunal admite que corresponde al Estado determinar los requisitos para casarse y las condiciones aplicables al futuro matrimonio de un transexual operado, pero declara que no hay "ninguna

⁵¹ *Parágr. 90.*

⁵² *Parágr. 91.*

⁵³ *Parágr. 100.*

razón que justifique que los transexuales sean privados en todo caso de su derecho a casarse⁵⁴.

6).- EL DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y EN LA DOCTRINA DE LA DGRN

6.1).- El reconocimiento de cambio de sexo por parte del Registro Civil

Hasta la Dirección General de los Registros y el Notariado han llegado solicitudes de rectificación del Registro Civil para cambiar la mención del sexo y adaptarla al nuevo sexo adquirido por medio de operación quirúrgica. Para ello se trataba de aprovechar la vía del recurso gubernativo que la propia Dirección General (en adelante DGRN) había utilizado para los supuestos de hermafroditismo o intersexualidad, fenómenos a los que nos hemos referido en páginas anteriores. En este sentido, se venía aplicando a la intersexualidad la posibilidad de rectificar la mención del sexo en el registro por la vía del expediente gubernativo contemplada en el art. 92 de la LRC. Se trata de un expediente, originalmente previsto para supuestos del error palmario al momento de la inscripción y que ahora se utiliza para estos casos donde hay una evolución natural o una definición posterior del sexo, a veces ayudada con una intervención quirúrgica. En estos supuestos se entiende que hubo un error originario o una inadecuada determinación inicial del sexo que permite posterior rectificación. Esta orientación se consolida con las Resoluciones de 15 de febrero de 1967, de 2 de marzo de 1971 y de 12 de junio de 1971⁵⁵.

En cambio, la DGRN, entendiendo que en el transexualismo hay un verdadero cambio sobrevenido que da lugar a la modificación y no a la

⁵⁴ *Parágr. 101.*

⁵⁵ La Resolución de 15 de febrero de 1967 (*Anuario de la DGRN* 1967, p. 254), sostiene que "acreditada la indicación equivocada de sexo, procede que se acceda al cambio de nombre, una vez rectificado su sexo". Por su parte, la Resolución de 2 de marzo de 1971 (*Anuario de la DGRN* 1971, p. 251) y la Resolución de 12 de junio de 1971 (*Anuario de la DGRN*, p. 305) afirman que "la competencia del Juez encargado para rectificar el error en la indicación de sexo, se extiende también a la fijación del nuevo nombre propio, pues no se trata de un verdadero cambio de nombre, sino de colmar un vacío registral en cuanto al nombre".

rectificación del error originario, ha rechazado la posibilidad de proceder al cambio registral por la vía del expediente gubernativo⁵⁶. Esta orientación ha sido seguida entre otras, por las Resoluciones de 17 de marzo de 1982, 17 de febrero de 1983, 26 de abril de 1984, 1 de octubre de 1984, 6 de mayo de 1987⁵⁷. La DG entiende que si fuera posible un cambio de sexo sobrevenido, la rectificación del Registro se ha de hacer mediante la correspondiente acción de estado resuelta ante los tribunales ordinarios. La Resolución de 29 de diciembre de 1994⁵⁸ sintetiza la orientación del órgano directivo y considera que no cabe para el transexual la rectificación del sexo en expediente gubernativo, reservado a los supuestos de intersexualidad. No procede el cambio de nombre si no se aprueba al mismo tiempo la rectificación del sexo, de lo contrario habría contradicción en el mismo asiento que daría lugar a confusión. Por tanto, la rectificación del Registro por disconformidad sobrevenida, debida a intervención quirúrgica y a tratamiento hormonal, requiere sentencia judicial.

6.2).- Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el derecho a la identidad sexual

Acabamos de comprobar que la DGRN remite la posible rectificación de la indicación de sexo en el Registro Civil por cambio sobrevenido, a la interposición de la correspondiente acción de estado ante la jurisdicción civil, negando la vía del recurso gubernativo. Partiendo de esta premisa, es un hecho incuestionable que en los últimos veinte años han comenzado a llegar a nuestros tribunales demandas solicitando el cambio de mención de sexo en el Registro Civil y la consiguiente acomodación de cuantos documentos oficiales toman el Registro como punto de referencia de sus indicaciones. A falta de legislación específica que regulara el supuesto de hecho concreto, nuestros tribunales, desde la promulgación de la Constitución, han venido concediendo dichas demandas apoyándose en los preceptos de la Carta Magna. Incluso, algunas de esas sentencias

⁵⁶ Aunque existe la posibilidad de acudir a la vía judicial para proceder a la rectificación de la inscripción, ROMEO CASABONA considera que dicho camino "es demasiado prolijo, debería aceptarse también para estos casos, mientras no exista una regulación legal más precisa, la vía del expediente gubernativo", Vid., *El médico ante el derecho*, Ministerio de Sanidad y Consumo, 1990, 3ª reimpresión de la 1ª Edición de 1986, p. 28.

⁵⁷ Vid., *Anuario de la DGRN* de 1982, p. 438; *Anuario de la DGRN* de 1983, p. 400; *Anuario de la DGRN* de 1984, p. 578; *Anuario de la DGRN* de 1987, p. 356.

⁵⁸ *Anuario de la DGRN* de 1994, p. 1.963.

favorables al cambio de sexo fueron recurridas por el Ministerio Fiscal y revocadas en las instancias superiores. Pero otras, en cambio, no fueron impugnadas y consiguieron firmeza⁵⁹.

Esta situación de inseguridad jurídica pudo haberse evitado si el propio Tribunal Supremo hubiera aprovechado la oportunidad que se le brindó en 1980 para haber fijado una jurisprudencia sólida sobre la cuestión. Así las cosas, vamos a hacer una síntesis de las sentencias que, a nuestro juicio, son más significativas, respecto de las cuales nuestro Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el fenómeno de la transexualidad⁶⁰.

1).- *Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1980*

La resolución fue desistimatoria por razones formales sin entrar en el fondo. El recurso de casación estaba basado en que el Tribunal de instancia había incurrido en un error en la apreciación de la prueba. En cambio, el Tribunal Supremo estimó que pese a los informes periciales aportados que acreditaban que efectivamente había tenido lugar una intervención de cirugía transexual en Holanda, no hubo verdadero cambio de sexo.

2).- *Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1987*

En este caso el recurso de casación que dio lugar al pronunciamiento del alto Tribunal aparecía apoyado en cuatro motivos: primero, error en la apreciación de la prueba basado en los documentos aportados; segundo,

⁵⁹ La Memoria de la Fiscalía General del Estado de 15 de septiembre de 1980 y la STS de 2 de julio de 1987 recogen los primeros precedentes (una sentencia de 29 de septiembre de 1979 procedente de un Juzgado de Málaga, que el Ministerio Fiscal no recurrió y, por consiguiente, devino firme; otra de un Juzgado Madrid de 1980 y una sentencia desestimatoria pronunciada por un juzgado de Zamora, pero recurrida ante la Audiencia Provincial de Valladolid que la estimó, y que devino firme por no ser recurrida en casación). En dicha Memoria, así como en las de los años 1986 y 1987, se reitera la preocupación de nuestros Fiscales por estos procesos, donde se viene admitiendo, a falta de una legislación precisa favorable, el cambio de sexo sin haber constancia suficiente de que en realidad dicho cambio de sexo se haya producido. Además se mostraban reticencias a que "un tratamiento hormonal sostenido y una operación quirúrgica significasen por sí solo un verdadero cambio de sexo y exigían un informe médico que probase que la fórmula cromosómica del demandante era la correspondiente a una hembra en vez de la perteneciente a un varón".

⁶⁰ Un estudio jurisprudencial detallado sobre este particular podemos encontrarlo en VILLAGOMEZ RODIL. A., "Aportación al estudio de la transexualidad", op. cit. pp. 10 y ss.

infracción de los artículos del Código Civil y del Reglamento del Registro Civil que definen el concepto de sexo; tercero, infracción del art. 10.1 de la Constitución; y cuarto, infracción del art. 14 de la Constitución. El recurso de casación prosperó con base en el motivo segundo del recurso, sobre la concepción legal del sexo en los artículos 41, 42 y 44 de la Ley del Registro Civil. Por tanto, el Tribunal no entró en el análisis de los preceptos constitucionales alegados, así como se desestimó el primer motivo referido al error en la apreciación de la prueba⁶¹. Los argumentos en los que se apoyó este fallo fueron los siguientes:

a).- La transexualidad requiere una resolución netamente jurídica, pues la puramente biológica no es posible debido a que los cromosomas masculinos continúan inalterables.

b).- Es evidente que el transexual operado ha cambiado de sexo, pero a continuación matiza que "el varón operado transexualmente no pasa a ser una hembra, sino que ha de tenerse por tal por haber dejado de ser varón por estirpación de los caracteres primarios y secundarios de masculinidad, y presentar unos órganos sexuales similares a los femeninos y caracteriologías psíquicas y emocionales propias de este sexo". En definitiva, "el transexual operado es morfológica y caracteriológicamente una hembra y se comporta social e individualmente como mujer".

Por eso, el Tribunal Supremo admite que no hubo cambio biológico de sexo, pero sí que hubo cambio de los factores que determinan, principalmente, el sexo jurídico. Por eso la sentencia afirma que entre los muchos factores que determinan el sexo de las personas, el factor cromosómico no debe ser considerado decisivo; en consecuencia, pese a que dicho factor es invariable a lo largo de la vida, al menos el estado actual de la ciencia médica permite la modificación jurídica atendiendo a los otros factores que determinan el sexo de las personas: el social, el

⁶¹ No obstante, hemos de destacar respecto a este caso que dicho proceso tuvo una enorme repercusión social a través de los medios de comunicación y, probablemente, en el fallo tuvo mayor incidencia la presión social que los argumentos jurídicos esgrimidos. Quizá por este motivo la solución fue de compromiso y reconoce la posibilidad del cambio de sexo y consiguiente adecuación del nombre, pero no permite el matrimonio, de ahí que la solución no fuera satisfactoria para ninguna de las partes. Además, el Fiscal se oponía al recurso y pretendía dar lugar a una legislación específica. Finalmente, hay que destacar que hubo un voto particular por 4 de los 13 magistrados que formaron la Sala (los Señores Santos Briz, Serena Velloso, Malpica González y Pérez Gimeno).

psicológico, la apariencia externa en función de los caracteres fenotípicos, etc.

c).- el transexual tiene un primogenio derecho a cambiar el nombre, pero sin que tal modificación registral suponga una equiparación absoluta con el sexo femenino para realizar determinados actos o negocios jurídicos.

Finalmente, el voto particular suscrito por cuatro magistrados se basa principalmente en el argumento, ya utilizado en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1986, de la distinción entre sexo (que sería inmanente e invariable) y sexualidad (caracterizada por la nota de contingente). Sólo aquél puede valer para configurar el sexo jurídico. Por otra parte, "la admisión de la transexualidad abre un amplio horizonte a la inseguridad jurídica y al arbitrio de los particulares, siendo el estado civil una materia presidida siempre por la indisponibilidad"⁶².

3).- *Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1988*⁶³

Se trata de un supuesto, como todos los que han llegado a ser enjuiciados por nuestro Tribunal Supremo, de un varón que pretende el cambio de sexo. La sentencia se basó, principalmente, en estos argumentos:

a).- el art. 10.1 de la Constitución garantiza el libre desarrollo de la personalidad y cabe interpretar como incluido dentro de la previsión del precepto constitucional los cambios físicos de forma del ser humano que no impliquen o supongan un delito (las sucesivas sentencias del TS también se van a apoyar en este precepto).

b).- la ausencia de reglamentación legal específica de la materia no es insalvable. Estas situaciones pueden ser resueltas acudiendo al sistema de fuentes y a la labor de la jurisprudencia complementando el

⁶² Opuestamente a la valoración del resto de los Magistrados, los que suscribieron el voto particular consideran que "el ingrediente físico-biológico del sexo tiene incuestionablemente una trascendencia infinitamente mayor que el elemento psíquico que lo complementa y adorna". En este sentido Vid., VIDAL MARTÍNEZ, J., "¿Se incluye el cambio de sexo (transexualidad) en el libre desarrollo de la personalidad"..., op. cit. p. 1006 que considera que "pese a la STS de 2 de julio de 1987 no creemos que la condición sexuada de la persona, varón o mujer, pueda ser, en sentido estricto jurídico, renunciada o modificada en nuestro actual ordenamiento positivo, por cuanto se trata de un bien o cualidad de la persona humana inherente a la misma y, como tal, indisponible".

⁶³ El recurso de casación fue presentado contra la sentencia de la AT de Zaragoza de 7 de diciembre de 1987, posterior, por tanto, a la primera sentencia favorable del TS de 2 de julio de ese mismo año.

ordenamiento jurídico y sincronizando el derecho positivo con la realidad social vigente. Además, existe una norma: el art. 10.1 de la Constitución.

c).- en la determinación del sexo (hay que clasificar a los individuos en hombres y mujeres) no ha de ser el factor cromosómico el que predomine, ni el gonadal, sino el psicológico y el fenotípico, que determina el comportamiento social de los individuos; porque los factores psíquicos son los más nobles de las personas y allí reside nuestra personalidad⁶⁴.

4).- *Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1989*

Respecto a los fundamentos del fallo, interesa destacar los siguientes:

a).- no cabe jurídicamente las situaciones biológicas de intersexo y, en consecuencia, han de encuadrarse estos sujetos dentro de uno de los dos únicos sexos que el Derecho reconoce.

b).- para la determinación jurídica del sexo, no sólo ha de atenderse al componente cromosómico, sino a los restantes y más importantes elementos que determinan la entera personalidad somática y psíquica del individuo. No sólo porque los factores psíquicos son los más nobles e importantes de la persona y determinan su diferencia esencial con las especies de grado inferior, sino también porque en los factores anímicos anida el centro del desarrollo de la personalidad.

c).- la inexistencia de una norma de rango legal que regule el cambio de sexo, sea para prohibirlo o para permitirlo, no releva al órgano jurisdiccional de resolver la cuestión, acudiendo por medio de la *analogía iuris* a aplicar el art. 10.1 de la Constitución

d).- compartiendo el sentido apuntado por las resoluciones anteriores de 1987 y 1988, la sentencia considera que el eventual matrimonio del individuo sujeto al cambio de sexo sería nulo.

Por su parte, el voto particular de esta resolución insiste en que no cabe considerar contrario al libre desarrollo de la personalidad el cambio de sexo y no hay que hipervalorar los componentes psíquicos del sexo.

Además, no se considera recomendable vivir a impulso de resoluciones judiciales y, puesto que no está suficientemente demostrado la irreversibilidad del transexualismo, nada asegura que consiga solucionar

⁶⁴ También en esta ocasión la sentencia contenía un voto particular basado en un defecto procesal, pues no se aportaron suficientes pruebas documentales que demostraran que el recurrente era verdaderamente mujer como para estar legitimado a solicitar la rectificación del Registro donde se menciona su sexo como varón.

el conflicto vital del sujeto afectado. Finalmente estima que la ficción es un instrumento jurídico al alcance del legislador, pero no del Juez, por imperativo del art. 3.2 del C.C.

5).- *Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1991*

Esta sentencia se apoya en los siguientes argumentos, similares a los ofrecidos por las sentencias precedentes:

a).- concede el TS preeminencia al sexo psicológico sobre el cromosómico y además utiliza la aplicación analógica del art. 93 de la LRC para las modificaciones y no sólo para las rectificaciones.

b).- En vías del desarrollo de la personalidad que sanciona el art. 10.1 de la Constitución Española ha de permitirse al menos ejercitar su derecho a cambiar el nombre de varón a hembra, y, en consecuencia, a modificar la inscripción registral. No obstante, por lo que se refiere a las consecuencias jurídicas de fallo, estima esta resolución que "el libre desarrollo de la personalidad del transexual tiene el límite de no poder, al no ser ello posible, contraer matrimonio, aparte de otras limitaciones deducidas de la propia naturaleza física humana, ya que tales matrimonios serían nulos por inexistentes, como se deduce de los arts. 44 y 73.4 del C.C., relativos al consentimiento matrimonial, y 32.1 de la Constitución. Con ello introduce una versión doctrinal que había estado presente en los votos particulares a las sentencias de 1987 y 1988⁶⁵.

⁶⁵ Vid., PARDO PRIETO, P., "Religión y concepciones sociales: el miedo a aceptar el derecho a definir libremente la propia apariencia sexual en Europa y en España", comunicación presentada en el Congreso Milenio: miedo y religión, publicado en www.ull.es/congresos/conmirel/PARDO.htm, p. 7 y 8. Este autor hace una reflexión sobre esta nueva versión doctrinal a efectos de evitar equívocos y esgrime los siguientes argumentos:

a).- El art. 74 del C.C., por si mismo, no obstaculiza en modo alguno el matrimonio de dos personas del mismo sexo, ni tampoco el de una pareja aparentemente heterosexual. Tan sólo faculta a una de las partes a solicitar la nulidad de su matrimonio cuando hubiera incurrido en un error en la identidad de la persona del otro, o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieran sido determinantes para la prestación del consentimiento.

b).- por su parte, el art. 32.1 de la Constitución española, a su juicio, no veta expresamente el matrimonio entre dos hombres y dos mujeres, ni mucho menos puede extraerse del mismo una limitación exclusiva a personas de sexo cromosómico distinto. Por otro lado, aunque pudiera parecer difícil encajar en el literal artículo 44 del C.C. la posibilidad del matrimonio homosexual, lo cierto es que nada lo impide en los artículos 46 y 47 y, en todo caso, en lugar alguno se señala expresamente el criterio

Estos han sido, pues, los argumentos principales empleados por parte del TS para apoyar su actuación sobre el transexualismo, favorable al cambio de sexo por medio de sentencia judicial, fundada en el libre desarrollo de la personalidad, y por un procedimiento semejante al previsto en el art. 93 de la LRC para la rectificación.

7.- CONCLUSIONES

I).- Desde un punto de vista estrictamente jurídico entendemos que la transexualidad o el fenómeno transexual es el síndrome sufrido por quien presenta una discordancia entre el sexo que psicológicamente siente como propio y el que anatómica y registralmente le corresponde por sus órganos, lo que le hace recurrir, generalmente, a un tratamiento médico quirúrgico para corregir aquella discordancia, procurando, posteriormente, que su nueva realidad psicosomática cobre carta de naturaleza en el Registro Civil.

II).- La perspectiva constitucional nos lleva hacia la incardinación del problema de la transexualidad en el libre desarrollo de la personalidad y en el respeto de la intimidad privada. Precisamente a este respeto contribuye el permitir que estas personas no tengan que sufrir un atentado contra su intimidad cada vez que deban identificarse o presentarse con documentos oficiales cuya finalidad es la identificación o singularización. Por eso, debido a la ausencia de normativa reguladora en la que se determinen los efectos de la transexualidad, tanto por vía doctrinal como jurisprudencial, se ha construido el derecho a la identidad sexual basándose en los siguientes preceptos constitucionales:

a).- el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 C.E)

b).- la protección de la salud (art. 43 C.E) como derecho de toda persona a su bienestar psicosocial.

cromosómico como el adecuado para determinar la condición masculina o femenina de los contrayentes.

c).- La Constitución española no limita al legislador (antes, más bien, pudiera ser que lo exigiese, teniendo en cuenta el art. 10.1) en orden a facilitar, incluso el matrimonio entre personas del mismo sexo, pues ha de ser la ley la que regule la capacidad para contraerlo.

En definitiva, concluye el profesor PARDO, "es una cuestión que permanece abierta, no sólo en cuanto a las modificaciones registrales del sexo y nombre, sino también en cuanto a la posibilidad de que la persona transexual contraiga matrimonio con otra de sexo opuesto al suyo, físico y psíquico".

c).- el derecho a la intimidad personal y a la propia imagen (art. 18.1 C.E) así como a la dignidad de la persona (art. 10.1 C.E).

d).- derecho a la integridad psicofísica (art. 15 C.E).

III).- La ley, entendemos que con acierto, nunca ha definido el sexo, pues se trata de una concepción en permanente revisión científica. Sin embargo, al día de hoy se puede decir que se ha superado la tradicional consideración de que el sexo sólo viene determinado por el criterio monolítico de la fórmula cromosómica así como por la conformación anatómica de la persona en el nacimiento, pues se entiende que el sexo es una yuxtaposición, normalmente perfecta, entre sus llamados elementos objetivos o biológicos (sexo genético o cromosómico, gonádico, germinal, hormonal, cerebral y morfológico o somático) y los elementos subjetivos (sexo psicológico y sociológico) que conforman la llamada identidad sexual de la persona o sentimiento íntimo y social de pertenencia a uno de los dos sexos.

IV).- Si la inicial inscripción registral del sexo resulta contestada por la posterior evolución anatómica-genital del individuo hacia el otro sexo, tanto la doctrina como la jurisprudencia se muestran unánimes en reconocer al afectado la posibilidad de rectificar la inscripción registral mediante un expediente gubernativo que también es el indicado para corregir los errores materiales en cuanto a esta mención. No obstante, esta unanimidad jurisprudencial y doctrinal se rompe cuando el transexual intenta rectificar su inscripción registral de sexo por sentirse, individual y socialmente, como perteneciente al otro, al que además ha adaptado su morfología sexual externa mediante una complicada y arriesgada terapia médica.

V).- El reconocimiento del derecho al cambio de sexo de las personas afectadas por el síndrome transexual ha encontrado su fundamento, en sede jurisprudencial del TS, a través de las siguientes afirmaciones:

a).- toda persona tiene derecho a un sexo bien determinado en lo que respecta a sus atributos psicológicos y características sexuales, de manera que entre los diversos elementos del sexo, los componentes psicosocial y morfológico priman sobre el resto.

b).- el libre desarrollo de la personalidad, reconocido en el art. 10.1 del a C.E, configura el derecho de toda persona a no mantenerse en un sexo que no siente como propio y a acompañar este sentimiento con una

transformación quirúrgica, anatómica y genital que le aproxime a los caracteres morfológicos típicos del sexo que desea y vive como propio.

c).- sin embargo, al no poder variar la fórmula cromosómica del sexo de nacimiento mediante un tratamiento médico, considera que en el caso del transexual, se está ante una ficción de hombre o mujer, por lo que la rectificación registral de su sexo no debe implicar una equiparación absoluta con aquél al que se accede en orden a realizar determinados actos o negocios jurídicos, como sería entre otros el matrimonio.

VI).- Finalmente hemos de destacar que los distintos y complejos efectos que se derivan del fenómeno transexual, unido a la necesidad de fijar los requisitos para acceder al cambio registral de sexo y de proteger los derechos de terceras personas, aconsejan, desde nuestro punto de vista y el de la mayor parte de la doctrina, jurisprudencia y pronunciamientos de algunos organismos internacionales, una intervención del legislador español para regular los aspectos jurídicos de la transexualidad, pues entendemos que una solución exclusivamente jurisprudencial, añade incertidumbre a una materia como esta tan necesitada de seguridad jurídica.