

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA

Doctora en Derecho

Abogada Especialista en Derecho de Familia y Responsabilidad Civil

Extracto:

Lo primero que hay que resaltar en este difícil y delicado tema y de la problemática que, sin duda, plantea, apasionante, como puede comprenderse, es que el sexo cromosómico de una persona es inmutable, algo que no puede modificarse a lo largo de la existencia vital. Este factor es importantísimo y a mi juicio hay que tenerlo siempre presente, porque todo transexual, a pesar de la intervención quirúrgica, delicadísima, que haya sufrido para cambiar su sexo - del sexo masculino al femenino, es el más común, aunque también se han dado casos, menos numerosos, de cambio de sexo femenino a masculino-, su sexo cromosómico será el que originalmente tuvo al nacer y no otro.

Sin embargo, en aras al respeto a la dignidad de la persona humana, proclamada solemnemente en el artículo 10 de nuestra Constitución, y del libre desarrollo de la personalidad en todas sus facetas, también, por supuesto, como no podía ser menos, en la sexual o ámbito de la sexualidad humana, sería justo plantearse que los transexuales pudieran contraer matrimonio, se legalizara este tipo de situaciones y el Ordenamiento Jurídico se atreviera, por fin, a normar una materia que, sin duda, es objeto en la actualidad, de una viva polémica, que enfrente a conservadores y progresistas desde el punto de vista ideológico.

.../...

.../...

La transexualidad es un fenómeno que alcanza cotas sociológicas en la actualidad. El derecho dará, al fin, su última palabra en esta problemática, teniendo siempre en consideración los derechos inviolables de todas las personas, a tenor de las Declaraciones Internacionales y del contenido, en sede de derechos fundamentales, de la Carta Magna de nuestro país.

Sumario:

- I. Introducción.
- II. Derecho a la dignidad, transexualidad y matrimonio.
- III. Referencia a algunos aspectos prácticos de la transexualidad.
- IV. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

No cabe duda de que el artículo 10 de nuestra Constitución ha sido interpretado, en muchas ocasiones, para justificar determinadas resoluciones en las que se concedía autorización para que un varón y un transexual masculino contrajeran matrimonio civil.

El artículo 10 de la Constitución, efectivamente, puede considerarse, en lo que a este respecto se refiere, como paradigmático. En este precepto de la Carta Magna se hace referencia a la dignidad de la persona, a los derechos inviolables que le son inherentes, al libre desarrollo de la personalidad, al respeto a la Ley y a los derechos de los demás, y a este conglomerado se le configura como fundamento del orden político y de la paz social.

Naturalmente, a la vista de este precepto –apdo. 1 del citado art. 10–, habría que entrar a valorar algunos de los conceptos que en él se reflejan. Quizás, uno de los más escurridizos –y, sin embargo, más invocados– sea el de «dignidad de la persona». Igualmente importante e interesante, a los efectos que voy a tratar, es el relativo al «libre desarrollo de la personalidad».

El artículo 10 abre el Título I de la Constitución, con el epígrafe «De los derechos y deberes fundamentales». Este precepto ha servido de fundamento para autorizar contraer matrimonio civil a un varón y a un transexual masculino. La Dirección General de los Registros y del Notariado ha autorizado este matrimonio en dos ocasiones que van a ser objeto de análisis en este estudio. Las dos Resoluciones tienen la misma fecha: 8 de enero de 2001. A ambas resoluciones y a la problemática que su estudio plantea voy a dedicar este trabajo.

II. DERECHO A LA DIGNIDAD, TRANSEXUALIDAD Y MATRIMONIO

La dignidad de la persona humana, efectivamente, ha sido uno de los argumentos principalmente esgrimidos en la problemática que se plantea cuando un transexual desea contraer matrimonio. Con razón puede afirmarse que este concepto de «dignidad» ha sido un a modo de «cajón de sastre», del que se han valido tanto la doctrina como la jurisprudencia para intentar llegar a una solución satisfactoria en esta materia tan compleja y delicada.

La dignidad ha adquirido, tras la Constitución de 1978 en nuestro país, un rango que comporta un significado claramente jurídico –que, en cierta medida, ya poseía anteriormente–, pero también político. En el mismo sentido, las Declaraciones Internacionales de Derechos la incluyen en su articulado. No obstante,

ello puede conducirnos a pensar que la dignidad sólo existe allá donde el Ordenamiento Jurídico la reconoce y protege o ampara. Y esto no es así. Hay que partir de la base -ineludible- de que la dignidad forma parte esencial de cada persona y, en consecuencia, su existencia es previa al Derecho. Como en frase gráfica apunta Miguel Ángel ALEGRE MARTÍNEZ ¹, la dignidad no es lo que el Derecho dice que es. Lo único que podrán lograr las diversas «versiones» del reconocimiento a nivel jurídico de la dignidad será una aproximación, un retrato más o menos fidedigno de la dignidad de la persona.

De ahí que el ámbito de la dignidad, o el marco en el que ésta pueda desenvolverse, supera los márgenes del Derecho, va más allá del Derecho.

DE ESTEBAN y GONZÁLEZ-TREVIJANO han apuntado, con acierto, la dificultad de determinar quién decide sobre el posible atentado o violación de la dignidad de la persona ². En este sentido, una primera postura parece decantarse en orden a que la apreciación de la violación o no de la dignidad corresponde a la propia persona. Pero la dignidad no puede ser considerada solamente desde el punto de vista individual, pues, en este caso, las dosis de relativismo y subjetivismo serían muy grandes. En consecuencia, parece que la dignidad humana va unida a una serie de derechos inviolables e irrenunciables, por lo que el concepto de la misma trasciende de lo que cada persona pueda considerar digno o indigno.

Según GONZÁLEZ PÉREZ ³, la persona va a conservar su dignidad desde el inicio de su vida hasta el final, con independencia de las circunstancias, el tiempo y el lugar. Este jurista afirma rotundamente que toda persona va a conservar su dignidad aunque se suma en el vicio, cometa los actos más indecorosos o delinca, fuera internado en un establecimiento penitenciario o psiquiátrico, esté o no en la plenitud de sus facultades mentales.

Estimo que el concepto que mantiene GONZÁLEZ PÉREZ de la dignidad humana es inherente a la persona misma, no se separa de ella a pesar de las muchas y variadas circunstancias de la vida. De ahí que, aunque este autor reconozca la existencia, en efecto, de conductas denigrantes, comportamientos indignos de la condición humana, al ir íntima e indisolublemente ligada a la persona, no puede desaparecer su núcleo esencial, si bien podrá entenderse que ha quedado menoscabada, denigrada o vulnerada.

Este jurista relaciona, además, la idea de la dignidad con la de la personalidad. Cada sujeto posee una personalidad diferente a la de los demás sujetos, pero ello no comporta que varíe la igualdad sustancial de la especie humana. Por ello, los derechos inviolables inherentes a la dignidad de la persona podrían resumirse en el derecho al reconocimiento y a la realización de la propia personalidad.

La idea de la dignidad, así entendida, no puede separarse de un cierto entorno o margen de libertad y justicia, porque sólo de este modo se hará posible el desarrollo y desenvolvimiento de la personalidad. Es, sin duda, lo que, con otras palabras, viene a decir el contenido del artículo 10.1 de nuestra Constitución.

¹ ALEGRE MARTÍNEZ, M.A.: «El artículo 10 de la Constitución como deber genérico de respetar la dignidad y los derechos de la persona», en *Revista General de Derecho*, Valencia, enero-febrero 1995.

² DE ESTEBAN, J. y P.J. GONZÁLEZ TREVIJANO: *Curso de Derecho Constitucional español*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1993.

³ GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *La dignidad de la persona*, Editorial Civitas, Madrid, 1986.

Tal como ha puesto de relieve Joaquín RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS ⁴, las funciones que el artículo 10.1 de la Constitución desempeña en el Ordenamiento Jurídico son:

- 1.^a Una función legitimadora del orden político, en sí mismo, y del ejercicio por los poderes públicos de todas sus funciones, incluida la sancionadora. El orden político español sólo podrá considerarse legítimo en la medida en que respete y tutele la dignidad de la persona, los derechos inviolables y el libre desarrollo de la personalidad;
- 2.^a Una función promocional, pues la dignidad lleva consigo la exigencia del libre desarrollo de la personalidad. Aquí, el prestigioso jurista da entrada a una interpretación del artículo 9.2 de la Constitución, según el cual «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social»;
- 3.^a La conjunción de estas dos funciones permite hablar de otra, también de gran importancia: La función hermenéutica, pues el artículo 10 es pauta interpretativa de todo el Ordenamiento Jurídico, tanto en el orden intranacional como en el supranacional.

Llegados a este punto, cabe ya plantearse la cuestión nuclear de este estudio: ¿Forma parte el derecho a contraer matrimonio -el denominado *ius connubii*- del libre desarrollo de la personalidad? Y, en el caso concreto de los transexuales, ¿se puede estimar que se viola su derecho a la dignidad cuando se les impide contraer matrimonio?

Quizás una cuestión previa a abordar es la relativa a la definición del sexo, aunque, a simple vista, esto parezca una perogrullada, pues no lo es. En este sentido, parece oportuno hacer unas consideraciones sobre el rasgo sexual esencial para la definición del sexo.

Según Javier LÓPEZ-GALIOCHO PERONA ⁵, por sexo hay que entender la distinta conformación biológica, morfológica y psicológica del hombre y de la mujer, así como el distinto reparto que se asigna a uno y otro sexo en la reproducción humana y su papel en la sociedad. Es lo que, en otras palabras más breves, se denomina el «rol» de la persona.

Para PERLINGERI ⁶ hay una acepción más restringida y acertada del sexo, en la que habría que delimitar, por una parte, lo que propiamente son las connotaciones anatómicas, fisiológicas o genéticas distintas de hombre y mujer y, por otra, el género o sexualidad, que comprendería las manifestaciones del instinto sexual, así como el conjunto de normas sociales, jurídicas y religiosas que las regulan o las castigan, resaltando que, mientras la genitalidad es exclusivamente biológica, la sexualidad, además de biológica, presenta conexiones psicológicas, sociológicas y jurídicas.

⁴ RUIZ JIMÉNEZ, Joaquín: «Derechos fundamentales de la persona», en autores varios, *Comentarios a las Leyes Políticas, Constitución Española de 1978*, Tomo II, Edersa, Madrid, 1984.

⁵ LÓPEZ-GALIOCHO PERONA, Javier: *La problemática jurídica de la transexualidad*, Madrid, 1997.

⁶ PERLINGERI, P.: «Il diritto alla salute quale diritto della personalita», *Rass*, Dir. Civ., 1980.

Parecería, así, que sexo y género o sexualidad son dos entidades diversas, pero, en realidad, esta afirmación no es cierta, pues son dos entidades íntimamente unidas y que quedan reunidas, como dice BRANLARD ⁷, bajo un mismo concepto, el de sexo.

El sexo es, efectivamente, como ha matizado WACKE ⁸, una cualidad inmanente a la persona y que le asigna un papel definido en la reproducción humana, influye en la personalidad, determina los hábitos y usos sociales, el modo de vestir, el tipo de educación, la constitución de los grupos humanos e incluso la utilización del propio lenguaje.

En nuestro país, y de cara a nuestro Ordenamiento Jurídico, no hay más que ver la importancia que desempeña el sexo en la vida de toda persona si tenemos en cuenta que el artículo 41 de la Ley del Registro Civil le asigna una función identificadora y calificadora, ordenando la inscripción en el acta de nacimiento del citado Registro. Añádanse a esta importancia de carácter jurídico otras no menos esenciales e interesantes, de carácter social, y bastará, de este modo, comprender cómo es el sexo un elemento, un factor determinante en la vida de cada persona.

El Ordenamiento Jurídico no ha definido el sexo, pero, a mi juicio, no es necesario que lo haga. Es éste un ámbito del que debe ocuparse la Ciencia. Aún queda, creo, mucho camino por recorrer para llegar a una definición del sexo que sea válida, coherente y que no genere confusión e incertidumbre. Puede que nuestra Jurisprudencia aborde algún día la definición –siempre compleja y delicada– de sexo.

Hasta el momento, tanto la doctrina, como la legislación y la Jurisprudencia se han decantado, a la hora de tratar esta cuestión, por el denominado sexo cromosómico. El sexo cromosómico ha sido conocido durante mucho tiempo como el sexo fundamental o esencial de la persona, según lo definió la Sentencia del Tribunal de Génova de 27 de septiembre de 1983. Es el elemento objetivo que determina la primera diferencia sexual biológica entre los seres humanos. El sexo cromosómico del embrión queda definido en el instante en que un óvulo, que siempre posee un cromosoma X, es fecundado en la trompa de Falopio por un espermatozoide con cromosoma X o Y. Si contiene un cromosoma X, el embrión tendrá el sexo cromosómico femenino (X). Si, por el contrario, contiene un cromosoma Y, el sexo cromosómico será masculino (XY).

El cromosoma es una partícula intra-celular, que adquiere forma de varilla o filamento. Cada persona presenta una constitución cromosómica propia, que se denomina cariotipo, no sólo en relación al número y longitud de los cromosomas, sino también con respecto a la naturaleza y sucesión de los genes que contiene cada cromosoma. En las células humanas, el número de cromosomas es de 46, formando 23 pares homólogos; 22 de ellos son semejantes en varones y hembras y, por ello, se denominan autosomas. Los cromosomas sexuales constituyen el par restante y son distintos en varones y hembras y fundamentales en la determinación del sexo. En la mujer, el par está formado por dos cromosomas idénticos XX. En el hombre, la configuración del par presenta un cromosoma X, idéntico al de la hembra, y otro Y, que es más pequeño que el X.

El sexo cromosómico-genético no varía durante toda la vida del individuo. Éste es un dato científico, por supuesto, y, en base a él, cierto sector doctrinal y jurisprudencial han negado la pretensión de cambio voluntario de sexo por aquellas personas que sufren el fenómeno transexual o síndrome de la tran-

⁷ BRANLARD, J.P.: «Le sexe et l'etat des personnes», *LGDJ*, París, 1993.

⁸ WACKE, A.: «Del hermafroditismo a la transexualidad», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLIII, Madrid, julio-septiembre, 1990.

sexualidad. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en su Recomendación número 117, «Relativa a la condición de los transexuales», esbozó un concepto científico del transexual, afirmando que «es un síndrome caracterizado por una doble personalidad, la una física, la otra psíquica, la persona transexual tiene la convicción profunda de pertenecer al otro sexo, lo que le conduce a pedir que su cuerpo sea *corregido* en consecuencia».

El sexo gonádico viene determinado por el sexo cromosómico. Las gónadas o glándulas sexuales son los ovarios en la mujer y, en el hombre, los testículos. En algunos casos, poco frecuentes, sin duda, sucede que el proceso genético por el cual el embrión deviene masculino o femenino se hace de forma paralela, con lo que el sujeto presenta gónadas de uno y otro sexo –un ovario y un testículo– o tejido testicular y tejido ovárico reunidos en la misma gónada, dando lugar al fenómeno del hermafroditismo.

El sexo cromatínico, citológico o nuclear viene, por su parte, determinado por la presencia en el núcleo de las células de la mujer de un corpúsculo de cromatina sexual o corpúsculo de Barr que representa el material remanente de dos cromosomas X⁹.

El sexo germinal es producido por las gónadas, que producen, a su vez, las células germinales. En la hembra, el sexo germinal viene determinado por la presencia de óvulos; en el varón, por la existencia de testículos y espermatozoides.

El sexo hormonal se determina por las gónadas o glándulas sexuales masculinas o femeninas, produciendo una distinta secreción de hormonas, dando lugar al llamado sexo endocrino-hormonológico. La importancia del sexo hormonal es inmensa. Dentro de las hormonas masculinas o andrógenos, destaca la testosterona. En las hormonas femeninas o estrógenas, la principal es la progesterona. Puede considerarse, sin temor a error, que el sexo hormonal es el sexo verdadero, pues, como ha afirmado MARTÍNEZ-CALCERRADA¹⁰, son las hormonas sexuales las que condicionan la evolución de los caracteres sexuales somáticos, funcionales y psíquicos.

Por último, hay que hacer una alusión al denominado sexo genital, morfológico o fenotípico. También se le ha llamado sexo aparental o anatómico. Es, sencillamente, el representado por los caracteres genitales externos y por las características anatómicas externas de uno y otro sexo, manifiestos en la persona desde su nacimiento, si bien hay que resaltar que en su formación tienen influencia las hormonas sexuales.

Una somera referencia hay que hacer, asimismo, a la categoría del denominado sexo cerebral, pues hay que tener en cuenta que el proceso de determinación del sexo de la persona cierra una de sus etapas más decisivas en la diferenciación sexual del cerebro. La definitiva diferenciación sexual del cerebro se inicia en el período prenatal, pero no se alcanza hasta los tres o cinco años de edad.

⁹ ARREDONDO DÍAZ, José Manuel y DE PEDRO CUESTA, Paloma: «El fenómeno transexual», en *Actualidad Civil*, Madrid, semana del 6 al 12 de marzo de 1989.

¹⁰ MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis: «El transexualismo en el Derecho español», en *Actualidad Civil*, Madrid, número 16, semana del 17 al 23 de abril de 1989.

Hasta aquí hemos visto los elementos objetivos del sexo. Estimo que nadie podría, hoy en día, poner en duda su trascendencia. Y es obvio, también, que esa trascendencia se refleja en el ámbito del Ordenamiento Jurídico.

En cuanto a los elementos subjetivos del sexo, hay que aludir, inevitablemente, al sexo psicológico. Este dato es muy importante a la hora de tratar el complejo tema que se va a analizar más adelante, sobre la transexualidad, porque el sexo psicológico, en definitiva, no es ni más ni menos que la conciencia que cada uno de nosotros tiene de sentirse hombre o mujer. Lógicamente, el sexo psicológico masculino ha de estar integrado por una vivencia de virilidad y una libido orientada hacia la mujer, al paso que, con el sexo psicológico femenino ocurrirá a la inversa. Pero cuando se produce una disociación entre uno y otro sexo, tienen lugar graves perturbaciones en la identificación sexual, tal como ocurre con el síndrome transexual.

El sexo sociológico, también denominado rol sexual, tal como expresa Javier LÓPEZ-GALIACHO PERONA ¹¹, viene, en una gran medida, determinado tanto por el sexo que se le es asignado legalmente tras el nacimiento, como por la educación que, tras dicha asignación, se recibe y que incluyen la vestimenta y el tratamiento social distinto, entre otros factores. El sexo sociológico, tal como indica su propia denominación, es el que se vive en sociedad y la consideración que la misma tiene de la pertenencia de un sujeto a un determinado sexo, según LORE-MARTINI ¹².

Estimo que este sexo sociológico puede ser vivido con agrado y bienestar por aquellas personas que están, por decirlo gráficamente, «conformes» con su sexo genital. No ocurre así, en contrapartida, con los transexuales.

Por último, el denominado sexo anagráfico o médico-legal puede ser definido como aquel que aparece consignado, de modo oficial, en el Registro Civil tras el nacimiento de un sujeto. Al Ordenamiento Jurídico, sin duda, le interesa especialmente esta consignación, pues los efectos jurídicos asociados a ella son muy variados. El artículo 41 de nuestra Ley de Registro Civil dispone que «la inscripción hace fe del hecho, fecha, hora y lugar del nacimiento, del sexo y, en su caso, de la filiación del inscrito».

El artículo 170 del Reglamento del Registro Civil establece, asimismo, que «en la inscripción de nacimiento constará especialmente (...) 2.º Si el nacido es varón o mujer y el nombre impuesto». El artículo 167 del citado Reglamento preceptúa que «en el parte de nacimiento, además del nombre, apellidos, carácter y número de colegiación de quien lo suscribe, constará con la precisión que la inscripción requiere la fecha, hora y lugar del alumbramiento, sexo del nacido y menciones de identidad de la madre...».

También el Médico que asista al parto –o la comadrona o ayudante técnico sanitario– están obligados a consignar, junto a otras menciones, el sexo del recién nacido en el parte que necesariamente han de enviar al Encargado del Registro dando cuenta del hecho del nacimiento, según los artículos 44 de la Ley de Registro Civil y 167 de su Reglamento. Si no existiera tal parte, corresponde al Médico del Registro Civil cerciorarse por sí mismo del nacimiento y del sexo del nacido (art. 168 del citado Reglamento).

¹¹ LÓPEZ-GALIACHO PERONA, Javier: *La problemática jurídica de la transexualidad*, citado en nota 5.

¹² LORE, C. y MARTÍN: *Aspetti e problemi medico-legali del transexualismo*, Giuffrè. Milano, 1991.

El artículo 313 del Reglamento previene la posibilidad de que la intervención del Médico del Registro sea requerida específicamente para resolver dudas sobre el sexo del nacido cuando la inscripción se practica fuera de plazo.

Salta a la vista, no obstante y a pesar de todas estas precauciones, que ni la Ley ni el Reglamento del Registro Civil hacen referencia alguna al tipo o clase de sexo que hay que comprobar. Sólo se refieren al «sexo», sin hacer ninguna distinción entre los elementos, ni objetivos ni subjetivos, que han quedado descritos, con mayor o menor extensión, en páginas atrás. De todas formas, se constata que la diagnosis legal del sexo sólo se hace en función de una mera inspección corporal de los genitales externos del recién nacido, con la consecuencia de que, si éste presenta órganos genitales masculinos, será inscrito como varón y, si femeninos, como mujer. Algunos autores, como DÍEZ DEL CORRAL han puesto de relieve que esta simple inspección corporal se justifica por la urgencia de la inscripción, que no da pie a las demoras y eventuales gastos que otros análisis biológicos supondrían. Además, según este jurista, lo normal –que no excluye la excepción– es que el sexo morfológico constatado coincida con el sexo psicológico y social de la persona cuando ésta llegue a la pubertad ¹³.

Hay que distinguir la transexualidad de otros fenómenos o situaciones con las que, en ocasiones, aparece confundido. Así, el travestismo, que, según ARREDONDO DÍAZ y DE PEDRO CUESTA ¹⁴, es la tendencia erotizada a disfrazarse, ya esporádicamente, ya durante largas temporadas, con ropa del otro sexo, con un sentimiento lúdico: «Desempeñar» el papel de un sujeto perteneciente al otro sexo, vistiendo el resto del tiempo como individuo de su sexo. En esta situación, hay una necesidad profunda de sentirse mujer, pero el sujeto no duda de su identidad sexual. En el comportamiento del travesti hombre –que es el más frecuente–, aparece de una manera constante la tendencia a hacerse ilusión de ser mujer y, a la vez, la necesidad de asegurar que está bien provisto de sexo masculino. Puede tener relaciones heterosexuales y, a menudo, se casa, siendo buenos padres de familia y con una vida sexual normal.

Otro fenómeno es el de la homosexualidad, que merece ser también descrito, aunque sea brevemente. El homosexual es un individuo que jamás duda de su identidad sexual. No desea librarse de sus órganos genitales. Es, en realidad, una particularidad en la elección del objeto sexual, en la que, de una forma consciente, el sujeto establece una relación con un individuo de su mismo sexo.

Si descendemos ya a la cuestión problemática de la transexualidad en relación con el Derecho, salta a la vista, tal como MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ ¹⁵ ha puesto de manifiesto, que la modificación del estado civil no resuelve todos los problemas producidos por el *status* jurídico del transexual, especialmente su reinserción socio-profesional, así como los problemas de modificación de los documentos administrativos y de la Seguridad Social y, como ha señalado PENNEAU ¹⁶, realizar su completa armonización.

¹³ DÍEZ DEL CORRAL, J.: «La transexualidad en el Derecho español», en *Actualidad Civil*, Madrid, número 37, 6 a 12 de octubre de 1986.

¹⁴ ARREDONDO DÍAZ, José Manuel y DE PEDRO CUESTA, Paloma: «El fenómeno transexual», artículo citado en nota 9.

¹⁵ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M.: «Especial estudio del transexualismo», en MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: *Derecho Médico*, Editorial Tecnos, Madrid, 1986.

¹⁶ PENNEAU, J.: «Nota a la Sentencia de la Corte de Apelación de Agen de 2 de febrero de 1984», *JCP*, II, 20133.

El cambio de sexo, a través de la intervención quirúrgica, parece que, tal como la experiencia ha demostrado hasta el momento, puede responder a los intereses de la persona si la valoramos de un modo objetivo, porque hay que tener en cuenta y no olvidar en ningún momento que el sexo es el resultante de diversos componentes biológicos, fisiológicos y sociales, que no son inmutables, sino que constituyen, como afirma PERLINGERI¹⁷, entidades variables para la evolución natural y ambiental.

Uno de los temas principales que se plantean en el ámbito civilista es, precisamente, el del matrimonio del transexual. Según RUBELLIN DEVICHI¹⁸, los problemas del *ius nubendi* del transexual y del destino de su anterior matrimonio deben resolverse sin acudir a los tópicos y lugares comunes que al respecto suelen aducirse. Hay que tener en cuenta la situación del transexualizado que puede encontrarse casado con persona del mismo sexo y que, sin embargo, rehúsa la ruptura del lazo conyugal y la mención a la clase de niños nacidos de un matrimonio que, en adelante, va a estar formado por «dos madres», o de los adoptados o fraudulentamente declarados como nacidos de una unión en que la mujer es un transexual, totalmente incapaz de procrear. El Ordenamiento Jurídico, a juicio de esta autora, ofrece medios más que suficientes para la disolución del vínculo matrimonial a la pareja y al propio transexual y sanciona plenamente las suposiciones de parto, sometiendo, finalmente, la adopción al control de los Tribunales.

En nuestro país, sigue siendo, como no podía ser menos, carismática, en este sentido, la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 2 de julio de 1987, si bien hubo otras sentencias anteriores a ésta que pueden considerarse como innovadoras en un tema, tan complejo y delicado, como el de la transexualidad.

Esta Sentencia de 2 de julio de 1987 supuso un hito en la problemática que estoy analizando. Y ello fue así porque era la primera vez que el Tribunal Supremo entraba, de una manera plena, sin cortapisas ni prejuicios, a tratar los aspectos jurídicos de la transexualidad. Dicha Sentencia resolvió y admitió el recurso de casación interpuesto por un transexual masculino, que había sido operado en Londres, contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Las Palmas de 13 de enero de 1987.

La Sentencia, en su Fundamento de Derecho Primero, matizó afirmando que «la transexualidad es un problema de nuestro tiempo que ha sido posible gracias a los insospechados avances de la cirugía plástica. Esta realidad comporta un fenómeno sociológico que el Derecho no puede ignorar y que obliga a tomar posturas», «no hay ley civil que aborde este problema». Añadía que en nuestro país se habían producido decisiones judiciales reconocedoras del derecho que tiene toda persona a un sexo bien determinado, por lo menos en lo que respecta a sus atributos psicológicos y características sexuales. La Sentencia cita los dictámenes favorables de la Comisión de Derechos Humanos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en diversos casos e, igualmente, se hizo eco de la doctrina sentada por nuestra Dirección General de los Registros y del Notariado, entre ellas las Resoluciones de 2 de marzo y 12 de junio de 1971, en las que se decía que se reconocía al transexual la posibilidad de rectificar su sexo por el expediente gubernativo de rectificación de error previsto en el artículo 93.2 de la Ley del Registro Civil. Esta doctrina, sin embargo, fue abandonada con posterioridad, pues se señaló que sólo la vía judicial era la indicada para sustanciar esta petición (Resoluciones de 17 de marzo de 1982, 17 de febrero de 1983 y 26 de abril de 1984).

¹⁷ PERLINGERI, P.: *La personalità umana nell'Ordinamento Giuridico*, Camerino, Nápoles, 1972.

¹⁸ RUBELLIN DEVICHI, J.: «Transsexualisme», *RTDC*, 1989.

La Sentencia, no obstante, reconoció la imposibilidad de ofrecer una solución biológica al cambio de sexo, ya que los cromosomas sexuales, a pesar de la intervención quirúrgica, permanecen inalterables, siendo éste un dato o factor que, evidentemente, no se puede cambiar, es decir, no es susceptible de modificación.

Por tanto, la solución jurídica era la adecuada de modo exclusivo y excluyente. En cualquier caso, esta Sentencia del 87 no estuvo exenta de críticas por parte de la doctrina española. Así, GORDILLO CAÑAS censuró abiertamente que el Tribunal Supremo rechazara entrar en el motivo tercero del recurso –infracción del art. 10.1 de la Constitución– y admitiera, sin embargo, el motivo segundo, donde, en el plano material, el trasfondo ideológico es más corto¹⁹. ALBALADEJO, por su parte²⁰, estimó que era obvio que se imponía la solución jurídica, pero que no hacía falta que la jurisprudencia lo dijese, aunque, al hacerlo, esclarecía, a juicio de este autor, su postura, de forma que no podía pensarse que hiciera la más mínima concesión a la idea de que la transexualidad cambie el sexo real de algún modo, pues el transexual continúa, por mucha transformación corporal a que se someta, teniendo el mismo sexo natural y el único cambio que se hace es que a quien sigue teniendo el sexo que tenía la ley lo va a conceptualizar, en adelante, como del contrario, es decir, de sexo opuesto. En el mismo sentido, DE ÁNGEL YAGÜEZ matizaba, afirmando que era un acierto que el Supremo hubiera recurrido a la técnica de la ficción, porque en ningún caso podía decirse que había un verdadero cambio de sexo²¹.

No está de acuerdo con esta tesis VIDAL MARTÍNEZ, que criticó el que el Tribunal Supremo pudiera, por vía analógica, extender el elenco de las ficciones de Derecho, entendiendo que la respuesta jurídica ha de venir dada por los principios constitucionales que informan, como el artículo 10.1 de la Constitución²². Para Díez del Corral²³, si se quería dar una solución jurídica afirmativa, hubiera bastado con señalar que, de acuerdo con los avances técnicos de la Medicina, tiene el sexo femenino no sólo la mujer normal, sino también el transexual masculino operado.

Es evidente, a la vista de lo expuesto, que la transexualidad, hoy en día, plantea una problemática que el Derecho ha de abordar y que, efectivamente, ha abordado con más o menos acierto. Ahí están las Sentencias para corroborarlo. Sin embargo, también es cierto que el fenómeno de la transexualidad no puede comprenderse plenamente si no es a través de la Naturaleza y de sus reglas y principios. Creo que, en la actualidad, a nadie se le escapa que un transexual operado, a efectos jurídicos, tiene, efectivamente, el sexo opuesto a aquel con el que nació. Pero, de cara a la biología, el sexo con el que nació permanecerá y subsistirá hasta su muerte. La regulación jurídica que aborde estas cuestiones, siempre espinosas, habrá de partir, a mi juicio, de esa idea.

¹⁹ GORDILLO CAÑAS, Antonio: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1987», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Madrid, número 14, abril-agosto, 1987.

²⁰ ALBALADEJO, Manuel: *Derecho Civil*, Tomo I, Volumen I, Barcelona, 1996.

²¹ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: «Transexualidad y cambio de sexo. Comentario a la Sentencia de 2 de julio de 1987», en *La Ley*, 1987-4.

²² VIDAL MARTÍNEZ, Jaime: «¿Se incluye el cambio de sexo (transexualidad) en el libre desarrollo de la personalidad al que se refiere el artículo 10.1 de la Constitución Española?», en *Revista General de Derecho*, Valencia, marzo, 1989.

²³ Díez del Corral, J.: «Estado civil y sexo. Transexualidad», en *Actualidad Civil*, número 36, semana del 28 de septiembre al 4 de octubre de 1987.

Otro problema, importante, es el de la posibilidad de que el transexual contraiga matrimonio. ¿Se le reconoce el *ius nubendi*?

Llegados a este punto, me parece oportuno centrarme en el estudio de una interesante Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de fecha 8 de enero de 2001, en la que se abordan diversos problemas en relación con este fenómeno de la transexualidad.

El supuesto que voy a estudiar se recondujo a que se solicitó autorización para contraer matrimonio civil por un varón y un transexual masculino puro, el cual había sufrido una intervención quirúrgica de cirugía transexual y había obtenido una Sentencia firme, por la cual se modificaba su inscripción de nacimiento para hacer constar su sexo femenino en lugar del masculino que figuraba en el asiento, conociendo ambos los anteriores extremos. La Dirección General acordó desestimar el recurso y confirmar el auto apelado, al entender que desde el momento que una Sentencia judicial firme ha ordenado, sin limitaciones, el cambio de sexo, hay que estimar que este cambio se ha producido a todos los efectos. La resolución señaló, además, que, si el principio constitucional de desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 de la Constitución justifica la correspondiente operación quirúrgica y el tratamiento médico oportuno, sería dejar las cosas a medio camino si no se entendiera que ese cambio de sexo habría de ser efectivo en todos los ámbitos.

Si me detengo en los Antecedentes de Hecho de esta Resolución, se observa que, por escrito presentado en el Registro Civil por D.R.L., nacido en Marruecos, soltero, y A.G.I., soltera española, solicitaron autorización para contraer matrimonio civil. Por parte de D.R.L., se adjuntaron diversos documentos, entre otros el certificado de nacimiento, certificado de residencia, certificado de estado civil, fotocopia del pasaporte y de la carta de identidad, todos ellos expedidos por autoridad marroquí. Por parte de A.G.I., se aportó la certificación literal de nacimiento en la que figuraba inscrita como de sexo varón y, por inscripción marginal, se rectifica, por Sentencia de 28 de mayo de 1999 del Juzgado de Primera Instancia de M., haciendo constar que el sexo del inscrito no es el de varón, sino el de mujer.

El Fundamento de Derecho Segundo de esta Resolución declaró que «ratificados los promotores, a D.R.L. se le informó de que el otro contrayente en su día fue del sexo masculino y se llamaba An, a lo que el Señor L. manifestó que conoce perfectamente los anteriores extremos y expresa su voluntad de contraer matrimonio con la actual A., siendo consciente de las limitaciones que del matrimonio pudieran derivarse. A continuación compareció A.G.I, quien manifestó que había informado al otro contrayente de su transformación de sexo y que ha convivido con ella y conoce perfectamente tal circunstancia, incluso en sus extremos físicos, expresando su voluntad de contraer matrimonio conociendo los derechos y deberes que la institución conlleva. Se realizó la prueba testifical en la que dos testigos afirmaron que los contrayentes no están vinculados por matrimonio alguno y cumplen todos los requisitos para contraer el matrimonio entre sí. El Ministerio Fiscal se opuso a lo solicitado, aunque la situación jurídica del transexual no está contemplada con claridad en la legislación española, se suple con la jurisdicción del Tribunal Supremo que admite que los cambios reconocidos tengan reflejo en el Registro Civil justificando en la inscripción de nacimiento el sexo y el nombre, sin embargo tanto el Tribunal Supremo como la Dirección General de los Registros y del Notariado advierten que tal reconocimiento no da justificación legal al matrimonio entre varón y transexual, pues el derecho fundamental del hombre y la mujer a contraer matrimonio (art. 32.1 de la Constitución) queda limitado a personas

de distinto sexo biológico, por lo que la rectificación registral no implica una equiparación total y absoluta con la del sexo femenino para realizar determinados actos o negocios jurídicos, toda vez que cada uno de ellos exige la plena capacidad y aptitud en cada supuesto (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1987)».

Esta Resolución de la Dirección General viene a decir algo que ya estaba en la mente de todos los juristas y que, en definitiva, no hace más que corroborar o confirmar lo que, en su día, declaró la famosa y controvertida Sentencia del Supremo de 2 de julio de 1987, a la que ya me he referido anteriormente. Es obvio que el transexual tiene derecho a cambiar el nombre de varón por el de hembra –se entiende que a la inversa sería exactamente lo mismo, es decir, la mujer transexualizada tendría idéntico derecho a cambiar su nombre de mujer por el de varón, aunque esto es menos frecuente en la práctica, ya que el número de varones transexualizados es mucho mayor–. Lo que sucede es que esta solución no satisfizo al colectivo de transexuales, que buscaban, sin duda, un reconocimiento mucho más extenso de sus derechos. Tampoco –todo hay que decirlo– satisfizo a los juristas que, de algún modo, nos dedicamos a tratar este tipo de temas tan problemáticos. Parece, a mi juicio, que una cosa es lo que permite el Registro Civil –la modificación del nombre– y otra cosa distinta es la efectiva equiparación del transexual masculino con el sexo femenino –y a la inversa, del transexual femenino con el sexo masculino–. Aquí es donde parece que se generan las dudas y las vacilaciones y, en una palabra, las incertidumbres, porque el Registro Civil va a decir una cosa que el desenvolvimiento de la existencia del transexualizado va a negar, ya que la total equiparación no se da en ningún momento. Podría afirmarse, sin temor a error, que el Registro declara una cosa que, teóricamente es, pero que, en la práctica, no es. Esto es muy fuerte, pero la realidad nos lo confirma así y la tarea del jurista, en este punto, consiste, en intentar encontrar soluciones.

Según expresa agudamente FOSAR BENLLOCH ²⁴, todos los derechos que puedan corresponder al sexo femenino corresponden a la «ficción de hembra», como todos los que puedan corresponder al sexo masculino corresponden a la «ficción de macho».

Estamos, por tanto, ante meras ficciones jurídicas, pero hay que preguntarse qué efectos jurídicos tienen estas ficciones o para qué efectos jurídicos se reconocen estas ficciones. Aquí sí que el Derecho puede entrar en un verdadero callejón sin salida.

El varón transexualizado no pasa a ser hembra por el hecho de haberse operado, ni la mujer transexualizada pasa a ser varón por ese solo hecho. Simplemente, se les ha de tener por tales, es decir, por mujer o por hombre, respectivamente. Ese «se le ha de tener» es, sin duda, la ficción que genera confusiones e incertidumbres. En este orden de cosas, cabe plantearse el matrimonio de los transexuales, su *ius nubendi* o derecho a casarse. En este sentido, la Sentencia –tantas veces citada– de 2 de julio de 1987 declaró, con apoyo en el artículo 12 del Convenio, que el derecho a casarse se reconoce a la pareja heterosexual verdadera, es decir, al hombre y la mujer entre sí, y no a una pareja ficticia, como señaló el voto particular de los cuatro Magistrados.

²⁴ 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», *Boletín Información Ministerio de Justicia*, número 1.476, 15 de diciembre de 1987.

Para MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ ²⁵, determinar si el transexual puede celebrar matrimonio en su nuevo *status* sexual, no corresponde decirlo así genéricamente ni a la ley, ni tampoco a los Tribunales, sino que se trata de un problema mucho más complejo, de tipo interdisciplinar, que debe resolverse por todos los sectores científicos implicados, de una manera armónica, para decidir si, a la vista del carácter y naturaleza de la institución matrimonial en nuestro contexto cultural, puede sostenerse la aptitud del transexualizado para contraer matrimonio en su nueva situación.

Por su parte, DÍEZ DEL CORRAL se hace eco de estas dificultades, expresando que no está claro si a la «ficción de hembra» deben reconocérsele todos los derechos derivados del estado civil de mujer, fundamentalmente el *ius nubendi* con un varón. Sin embargo, este mismo jurista reconoce que, como la argumentación de la Sentencia de 2 de julio de 1987 no trascendió al fallo, y éste confirma la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, la cual sin limitaciones estimaba que el demandante había pasado a ser mujer, el resultado práctico será que el actor obtendrá todos los derechos conectados a su nuevo estado ²⁶.

Desde mi punto de vista, si este tema de la transexualidad, desde el punto de vista jurídico, se reduce al establecimiento de una ficción, habría que entender que esa ficción va a desempeñar un papel absolutamente esencial en ámbitos que incluso trascienden, que van más allá de lo que las normas puedan imponer. Efectivamente; el propio DÍEZ DEL CORRAL afirmaba que la ficción desempeña un papel en el Derecho tan importante como el de la hipótesis en las Ciencias Exactas. Unas y otras son meras suposiciones que hay que admitir para legitimar determinadas consecuencias en orden a la verdad científica o de la justicia o utilidad social y sólo aceptando una ficción se hace viable, en ciertos casos, establecer derechos que, de otro modo, carecerían de base racional o jurídica en que apoyarse ²⁷.

El Antecedente de Hecho Tercero de la Resolución de la Dirección General de 8 de enero de 2001 es revelador de hasta qué punto se intenta avanzar un poco más en este campo del fenómeno transexual. Así, «el Juez Encargado dictó auto con fecha 10 de enero de 2000 autorizando la celebración del matrimonio civil entre D.R.L. y D.^a A.G.I., argumentando que en el estatuto del transexual existe un vacío jurídico siendo la Jurisprudencia del Tribunal Supremo la que llena este vacío haciendo una interpretación muy avanzada del artículo 10 de la Constitución, en beneficio del desarrollo de la transexualidad, aunque existen dos problemas, uno es que no se define la capacidad de estas personas, sino que lo derivan a la fase de ejecución de la Sentencia o a un declarativo posterior; otro es que se niega la posibilidad de matrimonio en estos casos, lo que en vez de contribuir a desarrollar la personalidad lo que produce es el efecto contrario, porque les crea una inseguridad jurídica ya que no se les permite contraer matrimonio con nadie y todo ello va en contra de lo establecido en los artículos 9, 14 y 32 de la Constitución, por lo que no se puede denegar a un transe-

²⁵ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M.: «El transexualismo en el Derecho español», *Actualidad Civil*, abril 1989 y diciembre 1990, números 16, 17 y 46.

²⁶ DÍEZ DEL CORRAL, J.: «La transexualidad en el Derecho español», *Actualidad Civil*, número 37, 6 a 12 de octubre de 1986.

²⁷ DÍEZ DEL CORRAL, J.: «La transexualidad y el estado civil», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXIV, 1981.

xual al que judicialmente se le ha declarado del sexo femenino, y se le considera mujer, ya que no existe en nuestro ordenamiento jurídico nada que prohíba el matrimonio, incluso la falta de procreación no tendría demasiada trascendencia, ya que el Código Civil no circunscribe el matrimonio estrictamente al sexo biológico y la procreación no es la finalidad esencial del matrimonio, sino uno de los fines subjetivos del mismo».

Se hace alusión, en este Antecedente de Hecho de la Resolución comentada, a unos determinados preceptos de nuestra Constitución. En concreto, a los artículos 9, 14 y 32 de la misma, lo cual exige un comentario.

En primer lugar, el artículo 9 de nuestra Constitución. Entiendo que la referencia a dicho precepto lo es a su apartado número 2, que establece lo siguiente: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

Según Óscar ALZAGA²⁸, este precepto es el primero, en el ancho panorama del Derecho Constitucional Comparado, que convierte en titulares de la libertad y de la igualdad no sólo a las personas –individualmente consideradas–, sino también a los grupos. Sin embargo, la referencia a los grupos le pareció a este jurista desafortunada de todo punto, ya que son un ramillete de colectivos de la más diversa índole o del género más diverso, por lo que resulta imposible y sin sentido predicar la igualdad y pretender que los poderes públicos logren que tal nivel de equiparación se convierta en real y efectivo.

Estoy de acuerdo con la apreciación que hizo ALZAGA del artículo 9.2 de la Constitución y, además, a mi juicio, no me parece acertada su invocación en la problemática de la transexualidad.

Por lo que respecta a la invocación del artículo 14 de la Carta Magna, su enunciado es el siguiente: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Interesante es, asimismo, la valoración que realizara, en su día, ALZAGA con respecto a éste precepto constitucional tan invocado en nuestro país. Decía este jurista que la expresión «igualdad ante la Ley» no supone la afirmación de una igualdad de los españoles que, obviamente, viene negada por la más absoluta evidencia, ya que no cabe la menor duda de que las personas no son iguales en inteligencia, en actitudes, en educación, en fuerza física, etc., pero sí se trata de sostener en este precepto, que sirve de Preámbulo a las tres Secciones que configuran el presente Capítulo Segundo del Título I de nuestra Constitución, que nuestra legislación no podrá discriminar entre los españoles por razón

²⁸ ALZAGA, Óscar: *La Constitución Española de 1978. Comentario sistemático*, Madrid, 1979.

de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o por cualquier otra condición o circunstancia, personal o social. Para ALZAGA, la igualdad ante la Ley es realmente uno de los pilares en los que se asienta nuestra Constitución democrática, ya que difícilmente puede articularse un régimen político de corte democrático sin fe en la igualdad básica de todos los ciudadanos y en la que ha de permitirse a todos ellos participar y elegir a los representantes que han de dirigir los asuntos públicos.

La igualdad que establece el artículo 14 es una igualdad de carácter formal, no material y éste es un factor que hay que tener muy presente. Se invoca en la Resolución analizada este precepto, pero, a mi juicio, también de una manera errónea. En efecto; hay que resaltar que la prohibición de discriminación enunciada, con carácter general, en el artículo 14 de la Constitución responde a uno de los valores superiores que, según la Carta Magna, han de inspirar el Ordenamiento Jurídico Español, el valor de la igualdad, que aparece, asimismo, enunciado en el artículo 1.1.

El papel principal que tiene la igualdad en nuestro Ordenamiento Jurídico se debe, según LAPORTA²⁹, a que uno de los más esenciales fines del Derecho es precisamente la evaluación de desigualdades o, en otras palabras, el reconocimiento *de iure* de diferencias *de ipso* entre sus destinatarios, al tiempo que expresa y conscientemente se desconocen determinadas diferencias que, al ser tenidas como no relevantes, habrán de provocar una aplicación igualitaria de la norma.

Para Javier SANTAMARÍA IBEAS³⁰, conforme a la igualdad, el Ordenamiento debe considerar *a priori* que todos los sujetos que se hallan en una misma situación merecen recibir un mismo trato, mientras que si se encuentran en otras situaciones –cualesquiera que éstas sean– merecen un tratamiento diferente, aunque igual en cada una de ellas, siendo básicamente ésta la igualdad a la que se denomina formal. En un paso más, también conforme a la igualdad, el Ordenamiento debe diferenciar entre la situación teórica y la situación práctica en que se hallan sus destinatarios, de forma que prevea que sujetos que son teóricamente iguales, puesto que jurídicamente se hallan en una misma situación, puedan tener en la práctica una situación efectiva de desigualdad, de tal forma que podrán merecer también ser tratados de manera diferente en tanto que no alcancen esa posición de igualdad efectiva que les permita el ejercicio operativo de la igualdad que ya tienen reconocida normativamente (la igualdad denominada material).

Evidentemente, el fenómeno de la transexualidad es minoritario, si atendemos a los datos estadísticos y, por consiguiente, se trata de una situación desigualitaria con respecto a la generalidad de los ciudadanos, lo que implica que el tratamiento que la Ley les dispense pueda ser, asimismo, desigualitario o desigual.

En la práctica, el principio de igualdad se descompone en dos factores: Por una parte, la obligación que tiene el Ordenamiento de impedir, teórica y prácticamente, que *a priori* se positive nor-

²⁹ LAPORTA, FRANCISCO: «El principio de la igualdad: introducción a su análisis», en *Sistema*, número 67, julio, 1985.

³⁰ SANTAMARÍA IBEAS, JAVIER: *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Libertad, justicia, igualdad y pluralismo político*, Ediciones Dykinson, Madrid, 1997.

mativamente cualquier tipo de discriminación negativa, es decir, que desde el propio Ordenamiento se lleve a cabo un tratamiento discriminatorio respecto de situaciones similares fácticamente y, por otra, el deber que también tiene de provocar discriminaciones positivas en donde ello sea necesario para dar solución a situaciones de tradicional desigualdad, manteniendo coyunturalmente la existencia de tales discriminaciones en tanto que sean útiles para igualar los planos de tal tradicional desigualdad. En este sentido, como ha expresado HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR ³¹, la discriminación negativa supondrá el tratamiento desigual de situaciones de hecho que son iguales o, en otras palabras, que el Ordenamiento establece que han de ser consideradas iguales, bien expresa o tácitamente, al no atender a sus elementos diferenciadores.

Como expone con agudeza Javier SANTAMARÍA IBEAS ³², desde el punto de vista histórico, la discriminación negativa se puede concretar también en otros dos planos de actuación: La desigualdad en la Ley y la desigualdad ante la Ley, entendiendo que la primera es la desigualdad que se produce ya en la misma redacción de la norma, al aparecer normativamente diferenciados supuestos que no merecen tal diferenciación, y la segunda acontece cuando la desigualdad se produce en la aplicación de la norma, cuando en aquélla *a priori* no está previsto tratamiento desigual alguno.

Con respecto a la discriminación positiva, la doctrina también ha diferenciado entre la discriminación en la Ley y la discriminación ante la Ley, consciente, no obstante, de la dificultad de elaborar unos parámetros definitivos.

Fue nuestro Tribunal Constitucional, en Sentencia de 2 de julio de 1981, el que estableció el punto esencial sobre el que, posteriormente, había de descansar la interpretación de la igualdad contenida en la propia Constitución. El Alto Tribunal declaró que no toda discriminación supone una vulneración del principio de igualdad, al entender que pueden darse discriminaciones no sólo que no violen la Constitución, sino que además vengan exigidas por ésta. El Tribunal Constitucional apeló, en este sentido, a las dos características que han de tener los tratamientos desigualitarios para no vulnerar el principio de igualdad: De un lado, habrán de tener una justificación objetiva y razonable y, de otro, tal justificación habrá de ser hecha precisamente conforme a los fines que persiga la norma en la que se prevea la desigualdad, de modo que exista una relación razonable de proporcionalidad entre dicha finalidad y los medios empleados.

En definitiva, lo que el Alto Tribunal vino a decir es que el Ordenamiento Jurídico tiene como finalidad el tratamiento igualitario de sus destinatarios y, a un tiempo, el tratamiento diferenciado o no igualitario de determinadas situaciones que lo merezcan. Estimo que una de estas situaciones es, precisamente, el fenómeno de la transexualidad. También es importante resaltar que la determinación de las situaciones fácticas que merecen tratamiento jurídico diferenciado no es una decisión jurídica, sino extrajurídica, que debe ser llevada a cabo por el legislador ordinario, aunque siempre

³¹ HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, Liborio: «Las huellas de la desigualdad en la Constitución», en MATER RUPÉREZ, Manuel, *Pensar la igualdad y la diferencia (una reflexión filosófica)*, Madrid, Fundación Argentaria, 1996.

³² SANTAMARÍA IBEAS, Javier: *Los valores superiores...*, citado en nota 30.

contando con los límites impuestos por el legislador constitucional, a través del respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales y al mismo principio de igualdad.

La alegación de la Resolución que estoy comentando al artículo 14 de nuestra Constitución, a la vista de las premisas expuestas, no me parece tampoco la más acertada.

Por fin, la Resolución cita el artículo 32 de nuestra Constitución, que declara lo siguiente: «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica» (apdo. 1).

Este precepto se ha esgrimido, por algunos sectores doctrinales, para interpretar que abría la vía al matrimonio de los transexuales, ya que no se adoptó la expresión «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio entre sí con plena igualdad jurídica». Efectivamente, ya ALBALADEJO y GARCÍA CANTERO expresaban que no hubiera estado de más que tanto la Constitución como el Código Civil hubieran dicho que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio civil³³.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de enero de 1988 reconoció la necesaria diferencia de sexo en el matrimonio y rechazó la pretensión, en esta ocasión, de dos homosexuales que querían contraerlo, al entender que el artículo 32 de la Constitución, y el artículo 44 del Código Civil exigen que tenga que ser entre un hombre y una mujer.

Una problemática importante aborda la resolución que está siendo objeto de comentario. En efecto; su antecedente de hecho cuarto mantuvo que «(...) ante la falta de legislación sobre el tema hay que acudir a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la cual si bien admite el cambio de sexo niega una total equiparación del transexual, así diversas sentencias de los años 1987, 1988 y 1989 admiten el cambio de sexo, pero niegan la equiparación total con la mujer, admitiendo que el varón operado transexualmente no pasa a ser hembra, sino que ha de ser tenido por tal, observando que la última frase "ha de ser tenido por tal" constituye precisamente el efecto que le otorga al transexual el hecho de poder ser inscrito como mujer en el Registro Civil; dichas sentencias confieren al transexual el derecho a cambiar el nombre de varón por el de hembra, pero sin que tal modificación registral suponga una equiparación absoluta con la del sexo femenino para poder realizar determinados actos o negocios jurídicos, toda vez que cada uno de éstos exigiría la plena capacidad y aptitud en cada supuesto, así la Sentencia de 15 de julio de 1988 prevé que la rectificación de sexo no surte efectos respecto de futuros matrimonios, *porque en la actualidad y por virtud de lo dispuesto en el artículo 73.4 del Código Civil tales matrimonios serían nulos*, y la Sentencia de 19 de abril de 1991, más explícita, recoge una declaración sobre la limitación del transexual para acceder al *ius connubii* con persona de su mismo sexo originario, ya que a juicio del Tribunal no puede sobrepasarse el principio constitucional del derecho al libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 10.1 (...)».

³³ ALBALADEJO, Manuel: *Derecho Civil*, Tomo I, obra citada en nota 20; GARCÍA CANTERO, Gabriel: «La crisis de la sexualidad y su reflejo en el derecho de familia», en *Homenaje al profesor Lacruz Berdejo*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 1992.

El artículo 73.4 del Código Civil contempla un supuesto de nulidad matrimonial: es nulo el matrimonio contraído por error en la identidad del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento (matrimonial). Estimo que la alegación de este precepto civilista puede dar lugar a erróneas interpretaciones. Hay que tener en cuenta que el error en la identidad del otro contrayente se producirá en muy pocos supuestos. Estamos ante auténticos supuestos «de laboratorio». Así, cuando una persona contrae matrimonio con un hermano gemelo, idéntico absolutamente, de aquel con quien, en realidad, quería contraer. Son supuestos extraños, pero estimo que, en todo caso, extender la interpretación al fenómeno de la transexualidad sólo sería factible cuando se ha producido un error de gran calado y la persona que contrae matrimonio desconoce que su consorte ha tenido, con anterioridad, un sexo originario distinto al de la actualidad. Estimo, además, que, en este supuesto, habría un engaño claro, merecedor de la sanción más dura del Ordenamiento Jurídico, cual es la de nulidad.

Un sector doctrinal ha estimado que el matrimonio contraído con un transexual es radicalmente nulo, pero no porque afecte a las cualidades personales del otro contrayente, sino por no respetar el requisito de la diversidad de sexos, pues, en nuestro país, sólo está regulado, actualmente, el matrimonio entre un hombre y una mujer. Resulta palmario, como ya expuse en otra ocasión ³⁴, que una intervención quirúrgica no puede modificar el sexo cromosómico de esa persona, por lo que no se cumple el requisito de la diversidad de sexos que, en principio, otorga el artículo 32 de nuestra Constitución, precepto al que ya, con anterioridad, he hecho referencia. No obstante, si admitimos, forzando mucho la teoría, que hay que dar preponderancia al componente psicológico –sería algo así como defender la idea de que el sexo de toda persona está, en realidad, en su mente, en su cabeza y no sólo ni exclusivamente en su apariencia genital externa–, habría que concluir que la transexualidad puede operar un cambio real de sexo, siendo entonces inevitable reconocer el derecho del transexual a contraer matrimonio con persona de sexo cromosómico idéntico. En este supuesto, el matrimonio así contraído sería válido, lo cual no impide, lógicamente, que, si uno de los contrayentes contrajo matrimonio ignorando la condición de transexual del otro, pudiera instar la nulidad por error al amparo del artículo 73.4 del Código Civil, ya que, en este supuesto, si estaríamos ante un error en las cualidades personales del otro contrayente, de entidad objetiva relevante –esencial, diría yo– a todos los efectos en el sentir común de la sociedad. La contraargumentación a esta teoría, al afirmar que, hoy en día, la procreación no es el fin principal del matrimonio, no convence para nada, pues ya no se trata de tener descendencia o no tenerla, sino de cualidades personales tan inherentes como lo es, sin duda alguna, el sexo de una persona.

El Fundamento de Derecho Segundo de la Resolución objeto de estudio se plantea, abiertamente, la cuestión –problemática– de si pueden contraer matrimonio entre sí un varón y un transexual masculino puro, el cual, para adecuar su sexo biológico y anatómico a su comportamiento sexual psíquico y social, ha sufrido una intervención quirúrgica de cirugía transexual y, a continuación, ha obtenido una sentencia firme dictada por un Juez de Primera Instancia, por la cual se modifica su

³⁴ ROMERO COLOMA, Aurelia María: «Las uniones homosexuales en España: evolución histórica y situación jurídica actual», en *La Ley*, número 4272, 21 de abril de 1997.

inscripción de nacimiento para hacer constar su sexo femenino en lugar del masculino que figuraba en el asiento registral.

El Fundamento de Derecho Tercero de la citada Resolución apela al artículo 10.1 de la Constitución y, en concreto, al principio de libre desarrollo de la personalidad, si bien declara, a un tiempo, que la situación jurídica del transexual no está aún contemplada en el ámbito civil por la legislación española, aunque esta laguna ha quedado resuelta por la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo, la cual admite la constancia en el Registro Civil de un sexo distinto por consideraciones de tipo psíquico y social.

La dignidad, desde luego, no es un derecho más, tal como aparece configurado en nuestra Constitución. Según SÁNCHEZ AGESTA³⁵, es lo que se debe a la persona por su calidad de tal y también lo que es adecuado a la naturaleza misma del hombre como ser personal.

Habría que complementar este último pensamiento del ilustre jurista citado afirmando que el derecho a contraer matrimonio –a casarse, el *ius connubii*– se le debe a la persona por su calidad de tal y quizás no tanto por el sexo que tiene o que, en apariencia, posee. En este sentido, si cabría hablar de un derecho del transexual a contraer matrimonio, aunque la barrera infranqueable siempre la constituye la diversidad de sexos que se exige como requisito imprescindible, teniendo en cuenta que el sexo cromosómico –como ya ha quedado expuesto– es inalterable, surge con la concepción de la persona y perdura hasta el final de la existencia. Este hecho, científico, no se puede refutar.

La dignidad es razón de ser, fin y límite de los derechos, pues está situada en un plano superior a los mismos. Ya GONZÁLEZ PÉREZ manifestaba que había que plantearse si la vida sin dignidad tenía sentido, si merecía la pena vivir si no se vive como persona humana³⁶.

La actuación de los poderes públicos, como ha resultado ALEGRE MARTÍNEZ³⁷, puede generar vulneraciones de derechos inherentes a la dignidad de la persona, en cuanto que a ellos corresponde dirigir los destinos de la comunidad, ejerciendo la dirección política del Estado. En este orden de cosas, parece que vulneraría el derecho a la dignidad de la persona transexual o, en otras palabras, se produciría una transgresión del libre desarrollo de su personalidad, si se le negara la posibilidad de contraer matrimonio, en definitiva, si no se le reconociera su fundamental derecho a casarse, el *ius connubii*.

El Fundamento de Derecho Cuarto de la Resolución comentada admite que «es cierto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha mostrado contraria a reconocer al transexual aptitud para con-

³⁵ SÁNCHEZ AGESTA, Luis: «La justicia constitucional», en *Revista de Derecho Público*, número 16, 1982-1983.

³⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, 1980.

³⁷ ALEGRE MARTÍNEZ, M.A.: «El artículo 10.1 de la Constitución como deber genérico de respetar la dignidad y los derechos de la persona», en *Revista General de Derecho*, enero-febrero 1995.

traer matrimonio, apuntando que la diferencia biológica de sexos es esencial y que en otro caso el matrimonio sería nulo por ausencia de consentimiento matrimonial (arts. 45 y 73.1 y 4 CC). Ahora bien, estas afirmaciones jurisprudenciales no constituyen la *ratio decidendi* de los respectivos fallos, en los que se ordena la rectificación en el Registro Civil del dato sobre el sexo y, lo que es más importante, en la Sentencia de 3 de marzo de 1989 se deja a salvo que la extensión de los efectos a producir por los cambios de sexo judicialmente acordados pueda ser precisada por los órganos jurisdiccionales, bien en ejecución de sentencia, bien en otra litis diferente. Se deja, pues, abierta la puerta para que una decisión judicial declare la capacidad del transexual para contraer matrimonio, como han señalado, por cierto, las Resoluciones de este Centro Directivo que han tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión».

A la vista de este Fundamento de Derecho Cuarto de la Resolución de 8 de enero de 2001, parece evidente que la problemática que abordo se ha de dilucidar en relación con la capacidad del transexual para contraer matrimonio. Esta capacidad, sin embargo, no queda suficientemente explicada ni, por tanto, aclarada. ¿Se trata de una aptitud de tipo físico? ¿Es una aptitud de carácter psicológico? ¿O quizá ambos elementos o factores, lo físico y lo psicológico, han de estar unidos, a los efectos de declarar si, efectivamente, el transexual tiene derecho —o no— a contraer matrimonio? El Fundamento de Derecho Quinto de la Resolución admite que «(...) la sentencia de cambio de sexo no contiene en el supuesto una declaración sobre la falta de capacidad matrimonial, no hay realmente obstáculos legales que impidan al transexual contraer matrimonio con persona perteneciente en realidad a otro sexo, aunque coincidan los sexos biológicos invariables de ambos contrayentes. Desde el momento que una sentencia judicial firme ha ordenado sin limitaciones el cambio de sexo, hay que estimar que este cambio se ha producido a todos los efectos. Si el principio constitucional de desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 de la Constitución justifica, tras el síndrome transexual, la correspondiente operación quirúrgica y el tratamiento médico oportuno, el cambio de sexo judicialmente declarado, sería dejar las cosas a medio camino, creando una situación ambigua al modo del reconocimiento de un tercer sexo, si no se entendiera que ese cambio de sexo habría de ser efectivo en todos los ámbitos».

Aborda esta Resolución la problemática relativa a la ausencia de consentimiento matrimonial, que pudiera ser objetable, efectivamente, si tenemos en cuenta que la Constitución para nada se refiere al derecho que dos personas de sexo biológico-cromosómico idéntico puedan tener en orden a contraer matrimonio civil y, en el mismo sentido, parece, en una primera aproximación, coherente la invocación a los artículos 45 y 73.4 del CC. Sin embargo, a poco que se profundice en esta cuestión se observa que un matrimonio entre un transexual y otra persona sólo podría ser declarado nulo en el supuesto de que ese otro consorte no hubiera conocido, como ya dije antes, la circunstancia de la transexualidad de la persona con la que va a contraer matrimonio. Si esta circunstancia es conocida, no se puede alegar que no existió o no hubo en ningún sentido consentimiento matrimonial, ya que es un argumento que no resiste la más mínima crítica. Así parece entenderlo, igualmente, la Resolución en su Fundamento de Derecho Sexto, «no puede defenderse que el matrimonio entre un varón y un transexual que pasado a ser mujer sea, por este solo motivo, nulo por ausencia de consentimiento matrimonial. Si el cambio de sexo se ha producido, los sexos de ambos contrayentes son

distintos y cada uno de ellos, al prestar el consentimiento, ha tenido en cuenta el diferente sexo del otro. Por lo demás, si ese matrimonio pudiera ser declarado nulo por error en las cualidades personales esenciales del otro contrayente (art. 73.4 CC), no ocurre así en este caso, en el que el varón conoce el proceso sexual de la otra parte, aparte de que la nulidad por error sólo puede ser invocada por el cónyuge que hubiera sufrido el vicio (art. 76 CC)».

Por último, la Resolución de la Dirección, en su Fundamento de Derecho Séptimo, alude a la tendencia generalizada a la admisión de estos matrimonios en el Derecho Comparado, afirmando que «no debe olvidarse, por último, que la solución de permitir al transexual contraer matrimonio con persona de su mismo sexo biológico es la generalizada en Derecho Comparado; tiene claro apoyo en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950, y es una posibilidad que se está admitiendo en la práctica registral».

III. REFERENCIA A ALGUNOS ASPECTOS PRÁCTICOS DE LA TRANSEXUALIDAD

Me parece oportuno e interesante apuntar ahora, llegados a este punto, unas consideraciones sobre algunos aspectos problemáticos que plantea este tema del matrimonio de los transexuales.

El primer aspecto que voy a considerar brevemente es el de la impotencia. La impotencia, como impedimento para el matrimonio civil, desapareció del Código Civil español en la Reforma de 7 de julio de 1981. No obstante, sería motivo de nulidad si se oculta este hecho a la otra parte, por error en la persona o en las cualidades generales de la persona. No existe, a este respecto, un criterio jurisprudencial claro, pero puede admitirse que el denominado *ius coeundi* es una cualidad general que redundan en la identidad de la persona, cuya ocultación da lugar a un error en la identidad de ésta. La redacción del artículo 73.4 de nuestro Código Civil hace pensar en que es razonable que se pueda sustentar una causa de nulidad matrimonial alegando la impotencia e incluso la esterilidad del otro cónyuge, siempre que esta condición hubiese sido ocultada y la ignorancia de la misma hubiera sido determinante de la prestación del consentimiento.

Desde el punto de vista médico se discute, en el caso del transexualismo, hasta qué punto existe impotencia o no. En el caso del transexual de varón a mujer, es mayoritaria la opinión de que se da impotencia. En todo caso, un sector doctrinal considera que, en todos estos supuestos, las relaciones son homosexuales.

Como expresa María ELOSEGUI ITSASO³⁸, un sector doctrinal intenta desvincular el matrimonio de sus aspectos biológicos o sexuales, interpretando la vida familiar de un modo más amplio.

³⁸ ELOSEGUI ITSASO, María: «Transexualidad, derecho a la vida privada y derecho al matrimonio. El caso español a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Estadounidense», en *Actualidad Civil*, número 10, 7 a 13 de marzo de 1994.

Así, se habla de una interpretación moderna, abierta y programática del concepto de «vida familiar», teniendo en cuenta las condiciones fácticas de la vida moderna. De todas formas, entre los partidarios de esta interpretación hay, asimismo, diferencias. Algunos aún mantienen, como requisito para el matrimonio, la característica de heterosexualidad de un modo amplio, que incluiría a los transeuados. Para otros autores, esa propiedad dejaría de ser esencial y permitiría que se considerara como un derecho legal el matrimonio de homosexuales. Esta demanda está siendo bastante frecuente en Estados Unidos, lo que conduce a la petición de beneficios jurídicos de uniones que, hasta ahora, no se han considerado matrimoniales. En estos casos, se está consiguiendo, por vía judicial, lo que se deniega por vía legislativa. En nuestro país, la Dirección General de los Registros ha denegado autorización para inscribir en el Registro Civil una unión entre homosexuales.

Otro aspecto a considerar es el concepto de sexo, basado en el sexo cromosómico, que, como sabemos, es invariable, siendo esto un hecho científicamente probado e irrefutable. Para esta tesis, la admisión del matrimonio de los transexuales implicaría el reconocer, como matrimonio, las relaciones homosexuales. A los transexuales, de este modo, no se les niega el derecho a casarse según su sexo cromosómico. En consecuencia, no se les niega el derecho al matrimonio. Pero si a éstos se les admite el derecho a contraer matrimonio según el nuevo sexo, también tendrían derecho a pedir su reconocimiento como matrimonio dos personas del mismo sexo que convivieran y tuvieran lazos afectivos y relaciones sexuales diferentes a la cópula propiamente dicha.

El tercer aspecto que voy a considerar es el relativo a la intervención quirúrgica. La cirugía, tal como ha puesto de manifiesto MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ ³⁹, no opera milagros y, al igual que el resto de la actividad médica, sólo pretende aliviar y ayudar, en lo posible, según los avances y el estado de la Ciencia, a los pacientes, corrigiendo defectos, aumentando posibilidades y eliminando dolores y persistentes molestias en otros casos y, desde luego, no puede convertir al transexual totalmente en un ser del otro sexo, si bien ha eliminado toda manifestación externa del mismo, es decir, del sexo sentido como aborrecido y extraño y ha conformado, lo más posible, al individuo y a su organismo, el sexo sentido y deseado o pretendido. Tras la intervención quirúrgica, el sexo morfológico ha desaparecido en su casi totalidad, pero queda el cromosomático, pues el anatómico ha sido modificado con dicha intervención y con el tratamiento hormonal, en armonía con el sexo psicológico.

IV. CONCLUSIONES

Como claramente se observa, el escollo insalvable siempre estará referido a la persistencia del sexo cromosómico del transexual.

³⁹ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M.: artículo citado en nota 25.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ afirmaba rotundamente que de la consideración del sexo como algo complejo y no monolítico, de la transformación anatómica del sujeto tras el oportuno tratamiento y su aproximación al sexo psicológico y a su intimidad subjetiva y personal, debe llevar al Tribunal a estimar que el sexo social, una de cuyas facetas y la más importante es la del sexo legal, recogido en el acta de nacimiento del interesado y reproducido en una variadísima documentación oficial y administrativa, debe ser, en puridad, un reflejo, una consecuencia del sexo personal y, ante la complejidad de tal noción o de ambivalencias en la persona, ha de ser preferido el más preponderante en orden a la plenitud del individuo, por lo que, a juicio de este jurista, cuando el Tribunal se encuentre ante un transexualizado cuyo síndrome aparezca claramente tras los oportunos dictámenes de psiquiatras, endocrinólogos y médicos en general, que demande este cambio de estado, ha de acordarlo así a la luz de los principios que han quedado expuestos.

A la vista de la tesis mantenida por MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, me pregunto si no se estará abriendo una vía fácil y expedita al capricho, a las veleidades y a la inmadurez de algunos sujetos que, en un momento determinado de su existencia, se plantean la posibilidad de cambiar su sexo. Cabe cuestionarse si el Ordenamiento Jurídico patrio, hoy por hoy, está en condiciones de ofrecer y otorgar una respuesta satisfactoria a este tipo de situaciones. Hay que tener en cuenta, asimismo, que el estado civil de una persona no es totalmente inmutable, pero sí es de orden público y existe un interés de la sociedad en general en conocerlo, por lo que, como puede comprenderse, la importancia y, más aún, la trascendencia de esta problemática es inmensa y, no cabe duda, que el Derecho ha de afrontarla y dar soluciones jurídicas adecuadas.