

M.<sup>a</sup> del Mar CABREJAS GUIJARRO  
Magistrada

• ENUNCIADO:

*Doña Raquel M. solicitó a través de la presentación de la correspondiente demanda se declarara el cambio de su sexo de mujer a varón, con el consiguiente cambio de nombre y de la inscripción del Registro Civil; así, siendo vista por el médico forense, el mismo informó que no presentaba alteraciones mentales y que cumplía los criterios de un síndrome transexual femenino; añadió que había sido intervenida quirúrgicamente, presentando un aspecto sexual masculino, no obstante hallarse pendiente de una nueva intervención, mostrando sus caracteres secundarios masculinos; terminó concluyendo que psicofísicamente, su actitud y comportamiento eran masculinos.*

• CUESTIÓN PLANTEADA:

1. Doctrina jurisprudencial en la materia.

• SOLUCIÓN:

Se plantea en el presente supuesto la viabilidad de un cambio del sexo de las personas, con repercusión directa en la inscripción de nacimiento del Registro Civil, en aplicación de la doctrina elaborada por el Tribunal Supremo (TS) en la que se da prioridad al sexo psicológico sobre el cromosómico.

Así el **TS en Sentencia de 19 de abril de 1991** estableció que:

«Esta preferencia, en efecto, se ha mostrado ya reiteradamente a través de las SS de esta Sala de 2 de julio de 1987, 15 de julio de 1988 y 3 de marzo de 1989, en casos de notoria analogía con el ahora debatido criterio jurisprudencial que, en defecto de norma positiva directamente aplicable, sirve, conforme al art. 1.º 6 del CC, para complementar el ordenamiento jurídico, y es de aplicación, por consiguiente, a este supuesto. En consonancia con tal criterio, que no puede ser eludido, ha de tenerse en cuenta:

a) Que el transexual recurrente puede aceptarse por vía de reglas de experiencia y hechos probados, y se caracteriza por el irresistible sentimiento de pertenencia al sexo contrario, rechazo del propio y deseo obsesivo de cambiar la morfología genital.

b) Por ello, la resolución que ha de adoptarse ha de producir efectos jurídicos, pues el punto de vista puramente biológico no puede aceptarse en tanto en cuanto respecto del mismo no puede haber cambio de sexo, ya que continúan inmutables los cromosomas masculinos.

c) Y en esta dirección puede decirse que en el ambiente en que se mueve el recurrente (tanto social como familiar o personal) es evidente que ha habido un cambio social de sexo, como se deduce de los hechos probados.

d) Tal fenómeno incluso ha trascendido, hasta ahora tímidamente, en el derecho positivo a través de la reforma del Código Penal por LO 3/1983, de 25 de junio, en su art. 428, al excluir del delito de lesiones las operaciones tendentes a la alteración somática del sexo.

e) Todo ello no obsta a que, conforme a la naturaleza de las cosas, la supresión o extirpación de los caracteres primarios y secundarios característicos del varón conviertan a éste en persona de sexo femenino; pero en vías del desarrollo de la personalidad que sanciona el art. 10.1 de la Constitución ha de permitirle al menos ejercitar su derecho a cambiar el nombre de varón por el de hembra, mas sin que tal modificación en el Registro Civil suponga una equiparación absoluta con la del sexo femenino para determinar actos o negocios jurídicos, especialmente contraer matrimonio como tal transexual, toda vez que cada uno de éstos exigiría la plena capacidad y aptitud en cada supuesto.

f) En estos casos no serían aplicables las normas sobre error en la inscripción registral, pero ésta no se correspondería con la realidad, siendo entonces necesario complementar por la jurisprudencia el art. 92 de la Ley del Registro Civil, teniendo en cuenta los demás preceptos de la misma y de su reglamento referentes a la inscripción del sexo y sus posibles modificaciones y rectificaciones para, por vía analógica, atenerse al art. 1.º, apartados 6 y 7, del CC, ya que, aunque de manera un tanto aparente, el transexual operado es morfológicamente una hembra, por su carácter y comportamiento social e individual.

g) En definitiva, el art. 10.1 de la Constitución, al establecer como derecho fundamental el del "libre desarrollo de la personalidad", implica una proyección hermenéutica amplia que autoriza para incluir en tal desarrollo los cambios físicos de forma del ser humano, siempre que ello no suponga acto delictivo o acto ilícito civil como no lo es ni por la despenalización de ciertas mutilaciones, según el citado art. 427 del Código Penal, ni entrando en la esfera del art. 1.902 del código Civil.

h) Sin embargo, como ya se apuntó, 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 naturaleza física humana ya que tales matrimonios serían nulos por inexistentes, como se deduce de los arts. 44 y 73, núm. 4, del CC y 32.1 de la Constitución. Pero la actual inscripción como varón contribuye a los efectos pretendidos en la demanda a no impedir el libre desarrollo de la personalidad del recurrente según las tendencias de su sexo psíquico, que es de mujer, por lo que la resolución en que así no se concrete violaría el art. 10 de la Constitución.»

Por su parte, el **TS en su Sentencia de 3 de marzo de 1989** afirmó que:

«1.º Los modernos descubrimientos de la biología médica han permitido demostrar como si ya en el momento inicial de la formación en el embrión del llamado sexo cromosómico, y junto al proceso normal que comporta la atribución a los gametos masculinos de una fórmula de 46 XY, y para los femeninos de 46 XX, se producen con una cierta frecuencia desviaciones, cuya etiología es en unas ocasiones ya conocida y en otras simplemente entrevista en las que aumenta o disminuye el número de cromosomas, y se duplica el número de los genomas de uno u otro sexo. A ello debemos añadir las desviaciones que, como consecuencia de las anteriores o por causas aparecidas con posterioridad, se producen a la hora de la formación del sexo gonadal, en el que se conforman los órganos sexuales, y en las que la desviación puede conducir a supuestos de un mayor o menor grado de hermafroditismo.

Finalmente, también a la hora de determinación del sexo fenotípico, es decir, de la conformación del cuerpo humano de acuerdo con la morfología del sexo a que pertenece, caben desviaciones, generalmente arrastradas, e imputables a causas cromosómicas y gonadales, pero que, en cualquier caso, acaorean la formación de un fenotipo anómalo que no coincide enteramente con los característicos del sexo masculino o femenino a que pertenece el sujeto. Ni qué decir tiene que muchas de estas desviaciones tienen una decisiva influencia sobre la psique del sujeto que las padece, produciendo en el mismo un sexo psíquico distinto del que, por razón de su biología molecular, le correspondía.

2.º Todas estas situaciones, que desde el punto de vista biológico y médico, pueden encuadrarse en lo que llamaríamos un inter sexo, no alcanzan igual encuadre desde el punto de vista del derecho. De una parte, la relativa inusualidad de su ocurrencia, que no ha atraído aún la atención legislativa, y, de otra, el rechazo social que su conocimiento comporta pese a la evidente inimputabilidad de la situación al sujeto que lo sufre, obligan a su inclusión dentro de uno de los dos únicos sexos que el derecho reconoce. De tal forma que, aun partiendo de la base de que el sujeto en cuestión tiene unas características que no coinciden enteramente con las del resto de los individuos que componen el grupo en el que se encuadra, no tenemos otra solución que otorgarles uno de ambos sexos, para lo cual, no sólo habremos de atender al componente hormonal, así como al precedente que supuso su inscripción en el Registro Civil, a raíz de su nacimiento, como varón o hembra, sino también a los restantes y más importantes elementos que determinan su entera personalidad, somática y psíquica.

3.º Que a la hora de valorar los parámetros que con mayor peso, habrán de influir en nuestra decisión de clasificar al individuo en uno de los dos géneros sexuales que el derecho reconoce *-tertium non licet-* es evidente que no habrá de ser el factor cromosómico el que predomine, aun sin negarle su influencia, ni aun tampoco el gonadal, muchas veces equívoco y, en ocasiones, parcialmente modificado por la técnica quirúrgica y médica, sino el fenotípico, que atiende al desarrollo corporal y, con mayor fuerza aún, al psicológico que determina el comportamiento caracterial y social del individuo. Y ello, no sólo porque son los factores psíquicos los más nobles e importantes de la persona y los que 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, a la que, como ya hemos visto, y como después con mayor énfasis veremos, atiende de manera expresa el mandato constitucional. Ciertamente que, en algunos supuestos, este encuadramiento del sujeto en el grupo jurídico sexual a que por razón de sus características esenciales deba pertenecer, lleva consigo la modificación de un estatus jurídico anterior y se contrapone, además, con sus características cromosómicas. Pero ello no habrá de impedirnos hacerlo, máxime cuando, para cumplir tal función podremos ayudarnos de una institución tan necesaria como tradicionalmente reconocida cual es la de la ficción.

4.º Que ante la posible objeción que, desde el punto de vista de la lógica jurídica, cabría hacer a la inclusión de un individuo en un grupo sexual que no se corresponde con sus características cromosómicas, hemos de decir que, si por un lado, y como ya hemos razonado, cuando hemos atribuido a un individuo o a cualquier objeto jurídico dotado de características heterogéneas que permitirían su inclusión en otro u otros, es obvio que, por razón del principio de accesoriadad, habremos de hacerlo en aquel al que se correspondan las que deban reputarse esenciales. Pero es que además, y con relación a las restantes características que por su cualidad no se compadezcan con la clasificación adoptada hemos de tener en cuenta que, siquiera sea de manera atenuada y parcial estamos operando por medio de una ficción, instituto desde siempre reconocido por la ciencia jurídica *-recuérdese ya la ficción del *nasciturus*, que elaboró el derecho romano-*, y que permiten atribuir a un objeto o sujeto de derecho un tratamiento jurídico que se reputa necesario o simplemente justo, y que, en otro caso, no le correspondería.

5.º Que llegado este momento debemos preguntarnos, si, en los supuestos en que la inclusión de un individuo en un grupo distinto al que sí se atribuyó en el momento de su nacimiento, en virtud de sus primigenias características biológicas, y ante el hecho de la inexistencia de una norma legal que expresamente lo autorice pueden los órganos jurisdiccionales asumir tal función. No cabe duda de que la vigencia de una normativa legal que ordenase o permitiese tal mutación vincularía y justificaría la decisión del órgano jurisdiccional en cuestión. Pero sin embargo, cabe decir que su inexistencia no releva al mismo de sus competencias y funciones. Y es que si ante la inexistencia de una norma de rango legal que regule tal materia, bien sea para permitirlo o prohibirlo, se produce una laguna de ley, que no releva al órgano jurisdiccional de su deber de resolver la cuestión a él sometida -recuérdese el mandato del art. 1.º 7 del CC, que ordena a los Jueces resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes-, en el caso que nos ocupa, obvio es que, por aplicación de la analogía *iuris*, habremos de proceder a resolver la laguna de ley, mediante la aplicación del mandato constitucional del art. 10, que obliga a respetar el libre desarrollo de la personalidad.

6.º Que, por otra parte, esta función integradora del ordenamiento jurídico que el aludido art. 7.º del CC atribuye a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, puede y debe ser llevada a cabo con el mayor de los cuidados, limitando, en la medida de lo posible, los efectos jurídicos de la norma integrada, y, especialmente, cuando se procede, como en el caso presente, en virtud de una presunción, siquiera sea parcial, a los mínimos necesarios para resolver la cuestión planteada. De aquí que si el carácter de ficción que ostenta esta atribución de sexo distinto al que se reconoció en el Registro al individuo en el momento de nacer, por razón de unas características que, como las cromosómicas son inmutables, ha sido reconocido por las dos resoluciones de esta Sala de 2 de julio de 1987 y 8 de julio de 1988, también esta última, reconociendo que la inexistencia de la norma reguladora de estos cambios plantea el problema relativo a la determinación de los efectos de la declaración jurisdiccional, atiende celosamente a la limitación de los mismos al proclamar, en declaración que esta resolución comparte, que los eventuales matrimonios del individuo sujeto al cambio ordenado serían nulos. Concluyendo, además que, hasta tanto que eventualmente una norma legal disponga la extensión de los efectos a producir por los cambios de sexo judicialmente acordados, no cabría estimarlos de mayor alcance que los que fuesen estrictamente necesarios para el cumplimiento de lo solicitado, incumbiendo a los órganos jurisdiccionales, bien sea en ejecución de sentencia o, en su caso, en otra litis diferente, precisar su extensión.»

De lo expuesto procede deducir la procedencia de estimar la petición arbitrada a través de la demanda interpuesta en los Juzgados de Primera Instancia con remisión de tal cambio al Registro Civil para que proceda a la alteración de la inscripción de nacimiento en lo que al sexo de la solicitante se refiere, toda vez que la actual inscripción como mujer contribuye a impedir el libre desarrollo de su personalidad a la que tiende su sexo psíquico, que es de varón, por lo que la resolución en que así no se aprecia viola el artículo 10 de la Constitución Española.

• SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Constitución Española, arts. 10.1 y 32.1.
- Código Civil, arts. 1.º, 44, 73 y 1.902.
- Ley Registro Civil, art. 92.
- SSTS de 2 de julio de 1987, 15 de julio de 1988, 3 de marzo de 1989 y 19 de abril de 1991.