

## LA TRANSEXUALIDAD Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL

**Arantza Campos**  
**Profesora de Filosofía del Derecho**  
**de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea**

### **INTRODUCCIÓN:**

Varias son las cuestiones que me planteo tratar en este trabajo en relación al reconocimiento del derecho a la “identidad sexual” y concretamente al derecho a la “identidad sexual” de los transexuales a la luz de las aportaciones iusfeministas en el análisis del Derecho y de su aplicación. Para ello en una primera parte y de un modo prácticamente informativo señalaré el estado de la cuestión sobre el “derecho a la identidad sexual” desde una perspectiva legislativa. Es decir, aquello que actualmente encontramos en los discursos que aspiran a convertirse en Derecho positivo (discursos médico-jurídicos estrechamente relacionados, diríamos que se retroalimentan ) y que sobre el reciente y novedoso “derecho a la identidad sexual” de ese “fenómeno” que el discurso médico denomina “síndrome transexual”. Discursos que se centran en la llamada rectificación registral del sexo y que conlleva cierto tipo de repercusiones jurídicas en distintos ámbitos del Derecho.

En una segunda parte señalaré, también de forma expositiva, cuáles han sido las corrientes jurisprudenciales y doctrinales tendentes al reconocimiento del derecho a la identidad sexual, así como el proceso que se ha producido para construir jurídicamente dicho derecho tanto a nivel estatal como internacional.

En un tercer apartado pretendo problematizar las categorías que acríticamente asume el Derecho de una buena parte del discurso pretendidamente científico, en el sentido de discurso sobre la “verdad” desde las mencionadas aportaciones iusfeministas.

Es cierto que el Derecho ha mostrado una consistente impermeabilidad a las propuestas teóricas feministas. Mientras que en otras disciplinas se ha conseguido con éxito reescribir su discurso incorporando a las mujeres, como es el caso de la Historia, en el caso del Derecho no ha ocurrido lo mismo quizás porque es más difícil reescribir “*el sexo de la ley*”<sup>1</sup>. Mientras se considera que la Historia es una disciplina social revisable, parece que existir una creencia, compartida por insignes juristas, según la cual el Derecho sería una Ciencia libre de sesgos ideológicos, sean estos sexuales, raciales, étnicos o de clase. Desde mi punto de vista, la respuesta es que el Derecho está al igual que la historia atravesado por todos y cada uno de estos sesgos.

Contrariamente a la Historia, el Derecho *normativiza* lo social en la práctica. A través de Códigos, Legislaciones, Normas, Disposiciones, se establece idealmente -y se impone prácticamente- una manera de entender los diferentes tipos de relaciones sociales que estructuran una sociedad en un momento histórico determinado. Fue con el *Derecho Natural* y no con la Historia -a pesar de que sus versiones androcéntricas también fueron utilizadas para legitimar que las mujeres no tuvieran determinados derechos-, con el que tuvieron que lidiar las primeras feministas de nuestra modernidad. Se puede afirmar que históricamente el feminismo emergió cuando “*filósofos y hombres políticos utilizaron la noción de “diferencia sexual” para justificar los límites que imponían a la universalidad de los derechos individuales*”<sup>2</sup>. Dicho de otra manera, surgió con nuestra modernidad, de la mano, entre otras, de una Olympe de Gouges que, a finales del siglo XVIII se creía y se pensaba como ciudadana poseedora de derechos civiles y políticos y que constataba empíricamente que éstos se le negaban única y exclusivamente por su sexo “*la diferencia de sexo suponía a las mujeres incapaces de ejercer derechos(...) reputados naturales para la humanidad. El universalismo de la diferencia sexual prevaleció sobre el de los derechos naturales y, en consecuencia, el individuo abstracto no ha sido neutro, sino indudablemente masculino*”<sup>3</sup>. Convertirse

---

<sup>1</sup> P. Legendre: “Le sexe de la loi. Remarques sur la division des sexes d’après le mythe chrétien”, en: *La Sexualité dans les Institutions*, Payot, Paris, 1976, pp. 3-63.

<sup>2</sup> J. W. Scott: *La Citoyenne Paradoxale*, Albin Michel, Paris, 1998, p. 29.

<sup>3</sup> J. W. Scott: *Op. Cit.* p. 10.

en sujetos del derecho y no en meros objetos de él, tener derechos para poder ejercerlos ( derechos civiles o político), ha sido lo que las mujeres occidentales los a través de luchas a menudo prolongadas (recuérdese el largo camino hasta conseguir el derecho al voto) y ferozmente combatidas por los defensores del orden moral pero también, y es lo que aquí interesa, por los encargados de aplicar e interpretar un ordenamiento jurídico en el que se hace carne un Derecho que pocos osaron conceptualizar como un potente aparato ideológico de los Estados democráticos modernos<sup>4</sup> y que menos aun, y más tardíamente, pocas -y muy pocos- tildarán de sexista.<sup>5</sup>

Las aportaciones iusfeministas se caracterizan porque están atravesadas por una tensión constante entre la necesidad epistemológica de reelaborar los conceptos que enmascaran el hecho de que el Derecho sea "sexista" <sup>6</sup> sea "masculino" <sup>7</sup> tenga "género"<sup>8</sup> y la voluntad de combatir una praxis jurídica androcéntrica. Al igual que otras teóricas feministas, las del derecho han optado metodológicamente 1) por combatir las lecturas de *sentido común* <sup>9</sup>( sobre las relaciones sociales entre los sexos, lecturas que -asumiendo un naturalismo esencialista- legitiman el orden sexual dominante puesto que se entiende que éste “siempre ha sido así al ser ‘naturalmente diferentes’ hombres y mujeres” y, 2) por ser deudoras de las *teorías de la práctica*, es decir por situar en el centro de sus preocupaciones a los sujetos y a sus prácticas. Desde los denominados *enfoques prácticos* se asume que los sistemas sociales son sistemas de desigualdad y dominación que tienen poderosos efectos sobre las acciones desarrolladas por las personas, condicionando sus posibilidades reales de actuación<sup>10</sup>. En este sentido, los enfoques prácticos optan por analizar “*las ‘relaciones objetivas’ que no pueden ni*

---

<sup>4</sup> L. Althusser “Idéologie et appareils idéologiques de l’ Etat”, *La Pensée* (151):3-38, 1970.

<sup>5</sup> A.Sachs y J.H.Wilson, *Sexism and Law*,, Martin Robertson, Oxford, 1978.

<sup>6</sup> A. Sachs & J.H. Wilson, *Op. Cit.* 1978.

<sup>7</sup> C.A. Mackinnon, *Hacia una Teoría Feminista del Estado*, Cátedra, Madrid, 1995.

<sup>8</sup> C. Smart, "La mujer del discurso jurídico", en *Mujeres, Derecho penal y criminología*, S.XXI, Madrid, 1994, pp. 167-189.

<sup>9</sup> P. Bourdieu & J.C. Chamboredon & J.C. Passeron, *Le Métier de Sociologue*, Mouton, Paris, 1973.

<sup>10</sup> J.F. Collier & S. J. Yanagisako: "Theory in anthropology since feminist practice", *Critique of Anthropology*, vol. 9 (2): 27-37.1989.

*mostrarse ni tocarse con los dedos y que hace falta conquistar, construir y validar mediante el trabajo científico (...) (y no) por 'realidades' sustanciales"* <sup>11</sup>.

Es fundamental señalar que las reconstrucciones feministas del discurso jurídico 'sobre la mujer', comparten ciertos presupuestos básicos propios de lo que podríamos denominar "teoría feminista general" que fueron formulados en las dos obras pioneras de la llamada "segunda ola del feminismo": *El Segundo Sexo* (1949) de Simone de Beauvoir y *La Mística de la Femenidad* (1963) de Betty Friedan. Dichos presupuestos - a) la construcción social de la mujer; b) la situación de subordinación de la mujer respecto al hombre; c) la necesidad de cambiar la situación de subordinación en todos los ámbitos- permiten plantear la teoría feminista<sup>12</sup> como producto crítico de la radicalización de los ideales ilustrados de la modernidad<sup>13</sup>.

No pretendo decir que medicina y sexología no sean ciencias, pero si hemos de considerar que, en la actualidad como en el pasado, parte de los discursos de estas ciencias están impregnados de postulados ideológicos que se subsumen en ciertas pretensiones sobre la verdadera naturaleza de las cosas que no responden tanto a intereses legítimos de avanzar en el conocimiento de la realidad, sino más bien en el control y en el encasillamiento de esa realidad en dichos supuestos ideológicos.

---

<sup>11</sup> P. Bourdieu, *Raisons pratiques. Sur la théorie de l'action*,s, Seuil, Paris, 1994, p. 9.

<sup>12</sup> Véase, C. Amorós (coord.), *Historia de la Teoría feminista*, Dirección General de la Mujer, Madrid, 1994, pp.109-149.

<sup>13</sup> No consideraremos a las autoras que se inscriben en la corriente del pensamiento postmoderno ("postfeministas", "pensamiento de la diferencia") entendido en sentido fuerte; el que no acepta ningún compromiso con la coherencia interna del paradigma de la modernidad y se desmarca de él (Lyotard,1979) (Rorty,1989). El compromiso de estas autoras (Cigarini, 1993; Muraro, 1996...) con la negación de las categorías de **objetividad y universalidad**, así como con un sujeto cognoscente subjetivo, concreto y particular, construido a través de las experiencias vividas, hacen inútil cualquier pretensión teórica y formulan como incorrectas las teorías feministas que limitan su enfoque al partir de un elemento "esencial" común a las mujeres, sea éste la maternidad del feminismo cultural (Gilligan, 1985) o la subordinación del feminismo radical (Mackinnon, 1995). En ambos casos se parte de una supuesta identidad de experiencias de las mujeres. Desde esta perspectiva cualquier intento de construir una teoría global a partir de una idea común sobre la mujer está condenada al fracaso. Ahora bien, se puede considerar con sentido a las autoras que forman parte de un feminismo postmoderno, entendido como una crítica de la modernidad, como una ilustración de la Ilustración (Amorós, 1997). Asumir acríticamente la Ilustración es un contrasentido, así que si entendemos la postmodernidad como una dialéctica con la modernidad dudamos de que existan feministas que no sean de algún modo postmodernas. Pero en la medida en que la ambigüedad no se disipa del todo, no sobran en absoluto las precisiones acerca de en qué coordenadas teóricas y políticas se está, y cuáles son sus implicaciones. Desde nuestro punto de vista el feminismo es un proyecto si cabe hiperracionalista ya que reclama la igualdad en base a una irracionalización del poder patriarcal y una deslegitimización de la división sexual de los roles. El feminismo puede ser considerado como un test de grados de decencia o desvergüenza epistemológica. (universalidad, igualdad y sujeto) (Amorós,1997).

Señalando los problemas que no sólo para los transexuales, sino para toda la sociedad y para las aspiraciones nomativizadoras del derecho se producen en dichos discursos<sup>14</sup>.

Al señalar desde el principio desde qué perspectiva y supuestos epistemológicos me planteo el acercamiento a esta cuestión, espero que quede claro que por mi parte no hay ninguna voluntad de defender una posición de neutralidad. Y por último, también quiero decir en esta introducción, que mi pretensión no es hablar sobre las personas, sino sobre los discursos tanto jurídico como médico que hablan sobre lo que las personas son o sienten y por lo tanto sobre lo que desde un punto de vista médico y jurídico se les puede permitir o prohibir, ya que el discurso médico incide especialmente en el carácter normativo del discurso jurídico. En más de una ocasión el análisis de los argumentos de los discursos médico-jurídicos nos muestra que más que de cuestiones de ciencia o de ley, se habla de la problemática de la construcción social del sexo, aunque se obvie, o incluso se niegue bajo una falsa neutralidad científica, sobre un discurso que apela a la naturaleza, y reivindica lo natural. Discurso que como dice Weeks<sup>15</sup> *“Nos fija en el mundo de la solidez y aparente verdad, y nos ofrecen una afirmación de nuestro yo verdadero, el punto de referencia para nuestra resistencia ante lo corrupto, lo “no natural”. Desafortunadamente el significado de “naturaleza”, no es transparente. Su verdad ha sido utilizada para justificar nuestra violencia y nuestra agresión innatas, así como nuestra sociabilidad fundamental. Ha sido esgrimida para legitimizar nuestra maldad elemental y celebrar nuestra bondad esencial. Al parecer hay tantas naturalezas como valores opuestos”*. Pretendo referirme a las dificultades con las que se encuentran dichos discursos en nuestra sociedad dada su limitada producción conceptual a la hora de dar cuenta de una realidad como es “la diversidad sexual”, ya que parece que más que explicar la realidad lo que pretenden es que dicha realidad se acomode a sus construcciones descaradamente esencialistas. Ni la medicina actual ni el actual derecho positivo se reivindican de ningún tipo de esencialismo, sin embargo los argumentos que utilizan con relación a esta cuestión, claramente los son.

---

<sup>14</sup> La necesidad de encontrar una causa fisiológica que señale en que parte del cerebro o que sustancia es la que desarrolla nuestra “identidad sexual”. Sacar conclusiones de las deficitarias investigaciones científicas sobre el cerebro en relación a esta cuestión producen sonrojo intelectual.

<sup>15</sup> J.Weeks, *el malestar de la sexualidad*, Talasa, Madrid, 1985, pag.108.

## I: SITUACIÓN LEGISLATIVA

Desde que la pionera Suecia decidió en 1972 legislar sobre transexualidad en la Ley de 21 de abril de 1972<sup>16</sup> bajo la rúbrica “la determinación del sexo en casos establecidos”, son pocos los países que han decidido seguir su ejemplo. Pocos los que han decidido dar algún tipo de solución legal a las distintas cuestiones jurídicas que plantea el novedoso “derecho a la identidad sexual”.

Los países que han legislado son: Alemania en 1980 (Ley de 10 de septiembre de 1980); Italia en 1982 (ley núm.164 de 14 de abril de 1982); Holanda en 1985 (Ley 24 de abril de 1985); Turquía en 1988 (Ley 11 de mayo de 1988); en EEUU la situación es dispar según el Estado al que nos refiramos: (texto legislativo) Illinois(1961), Arizona (1967), Louisiana (1968), California (1977), (reglamentos) Alabama, Carolina del Norte, Nueva York, Colorado, Hawai, Pensilvania...); en Canada, Quebecq (1977); Sudáfrica (1974); Australia Meridional (1988). Panamá más recientemente.

En el Estado español la situación legislativa ante la que nos encontramos después de que hayan transcurrido más de 30 años de la primera legislación es la siguiente:

a .- El 16 de febrero de 1999, el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida presenta una **“Proposición no de ley por la que se insta al Gobierno a dictar disposiciones legales sobre el derecho de los transexuales a un cambio de sexo”** a la Mesa del Congreso de los Diputados que acuerda:

*“Considerando que solicita el debate de la iniciativa ante el Pleno, admitirla a trámite como Proposición no de Ley, conforme con el art.194 del Reglamento; disponer su conocimiento por el Pleno de la Cámara, dando traslado al Gobierno, y publicarla en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, así como notificarlo al Grupo proponente.”*

No hacemos comentarios sobre el contenido de esta proposición no de ley, pues no consiguió abrirse camino, además de que en lo sustancial (a parte de ciertas medidas asistenciales) no varía de las siguientes Propuestas de Ley .

---

<sup>16</sup> Ley que ha sido reformada en dos ocasiones, en el año 1980, y en el año 1993.

b.- Durante la VI legislatura el 22 de julio de 1999 se produce un segundo intento en el Senado para legislar sobre esta materia. Esta vez es el Grupo Parlamentario Socialista, que a diferencia de la anterior Proposición no de ley es, el que plantea una **“Proposición de Ley<sup>17</sup> Sobre el derecho a la identidad sexual”**.

*“En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 108.2 del Reglamento del Senado, se ordena la publicación en el BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES de la Proposición de Ley, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, sobre el derecho a la identidad sexual.*

*El plazo para la presentación de otras proposiciones de ley sobre el mismo objeto y materia, por analogía con lo dispuesto en el artículo 106.2 del Reglamento del Senado, finalizará el próximo 17 de septiembre de 1999, viernes.*

*Lo que se publica...”*.

Proposición de Ley que tampoco consigue convertirse en Ley, con lo que la realidad de la aplicación del derecho sigue siendo una jurisprudencia y doctrina erráticas, que pone en cuestión entre otras la “seguridad jurídica”.

c.- Otro intento se produce por el mismo grupo y con las mismas características formales y materiales (el mismo contenido bajo la forma de proposición de ley), el 20 de octubre de 1999, que tampoco consigue salir adelante.

d.- El miércoles 7 de julio de 2000, ya en la VII legislatura, vuelven a presentar el mismo texto. El día 21 de diciembre de 2000 aparece publicado en el BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENRALES<sup>18</sup>. **“El plazo para la presentación de otras proposiciones de ley sobre el mismo objeto y materia, por analogía con lo dispuesto en el artículo 106.2 del Reglamento del Senado, finalizará el próximo 9 de Febrero de 2001, viernes.**

*Lo que se publica...”*.

---

<sup>17</sup> Proposición de ley 622/000017. Que se publica en el Boletín Oficial de las Cortes Generales del Senado, VI Legislatura, Serie III A, número 17 (a) de fecha 27 de Julio de 1999.

<sup>18</sup> Proposición de ley 622/000006. Que se publica en el Boletín Oficial de las Cortes Generales del Senado, VII Legislatura, Serie III A, número 8 (a) de fecha 21 de Diciembre de 2000.

En esta ocasión la proposición de ley es debatida y aprobada. Con el reconocimiento de la iniciativa legislativa que le otorga el art.87.1 de la C.E. el siguiente paso que debe dar el Senado es cumplir con el art.89.2 de la C.E. *“Las proposiciones de ley que, de acuerdo con el art.87, tome en consideración el Senado, se remitirán al Congreso para su trámite en éste, como tal proposición”*.

Bien, la Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, ya ha sido enviada al Congreso de los Diputados.

En el BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES<sup>19</sup> Congreso de los Diputados de fecha **23 de marzo de 2001** aparece publicada la Proposición de Ley, que consta de una exposición de motivos, 8 artículos, una disposición adicional y una final.

Esto no significa que ya se haya legislado sobre el “Derecho a la identidad sexual”. Ya que según el art. 90.1 de la C.E. *“Aprobado un proyecto de ley ordinaria<sup>20</sup> u orgánica<sup>21</sup> por el Congreso de los Diputados, su Presidente dará inmediata cuenta del mismo al Presidente del Senado, el cual lo someterá a la deliberación de éste”*.

Según el art.90.2 de la C.E., el Congreso debe redactar una Ley que una vez debatida y aprobada por el Congreso de los Diputados y llegue al Senado, éste *“El Senado en el plazo de dos meses<sup>22</sup>, a partir del día de la recepción del texto, puede, mediante mensaje motivado, oponer su veto o introducir enmiendas al mismo. El veto, deberá ser aprobado por mayoría absoluta. El proyecto no podrá ser sometido al Rey para sanción sin que el Congreso ratifique por mayoría absoluta, en caso de veto, el*

---

<sup>19</sup> Proposición de ley 124/000001. Que se publica en el Boletín Oficial de las Cortes Generales del Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie B, número 124-1 de fecha 23 de Marzo de 2001.

<sup>20</sup> Las leyes ordinarias no están definidas en la norma máxima (C.E.), se concretan por deducción excluyente, la no ser las orgánicas ni las otras modalidades legislativas a las que también se alude en la C.E.. Las leyes ordinarias son así la expresión ordinaria del poder legislativo, quedando sujetas, como las restantes, a la promulgación y publicación

<sup>21</sup> Las leyes orgánicas, cuya especificidad deriva de su materia y del régimen de aprobación. Deben regularse por ley Orgánica las materias “relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas, las que aprueban los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución(art.81.1, C.E). su aprobación, modificación o derogación reclama una mayoría absoluta del Congreso de los Diputados “en una votación final sobre el conjunto del proyecto” (art.81.2, C.E.).

<sup>22</sup> Según el art.90.3 de la C.E. *“El plazo de dos meses de que el Senado dispone para vetar o enmendar el proyecto se reducirá al de veinte días naturales en los proyectos declarados urgentes por el Gobierno o por el Congreso de los Diputados”*.(por fin el Rey debe sancionar la ley, art.91.C.E.)

*texto inicial, o por mayoría simple, una vez transcurridos dos meses desde de la interposición del mismo, o se pronuncie sobre las enmiendas, aceptándolas o no por mayoría simple.”*

Con esto sólo quiero señalar que desde una perspectiva político- legislativa todavía nos encontramos bastante lejos de tener una legislación sobre esta cuestión. Es muy probable, que las dilaciones que se han producido hasta la actualidad se sigan produciendo. Tanto es así que viendo las demoras que obstaculizan la creación de algún tipo de disposición normativa de ámbito estatal, el Colectivo de Transexuales de Catalunya ha decidido presentar un proyecto no de ley sobre transexualidad a todos los grupos del Parlament de Catalunya<sup>23</sup>, con el objetivo de que sea esta Comunidad Autónoma la que tome la iniciativa legislativa.

Pero no podemos zanjar la cuestión legislativa sin referiremos al contenido de la Proposición de Ley sobre “El derecho a la identidad sexual” (parece ser sólo de los transexuales) que en sucesivas ocasiones ha presentado el Grupo Parlamentario Socialista y que varia desde su primera redacción(22-7-99) hasta la que actualmente ha sido remitida por el Senado al Congreso de los Diputados (23-3-01), debido a algunas de las indicaciones que se propusieron en la Resolución del CTC (Colectivo de Transexuales de Catalunya) en su reunión de la asamblea extraordinaria, celebrada el 22-07-99.

La proposición de ley cuenta con una exposición de motivos, 8 artículos, una disposición adicional sobre la reforma del artículo 484.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la disposición final. *art.484.2 Ley de Enjuiciamiento Civil “Se decidirán en juicio de menor cuantía (+ de 800.000 y -160 millones), las relativas a filiación, paternidad, maternidad, capacidad y estado civil de las personas”.*

En resumen, el contenido de la ley remitida por el Senado, que tiene como único objetivo la consecución de una ley que regule los aspectos jurídicos de la transexualidad<sup>24</sup>, es el siguiente:

---

<sup>23</sup> Justifican esta iniciativa por “*la falta de una normativa específica a nivel estatal que clarifique la situación que genera la existencia de los fenómenos de los fenómenos transexuales, junto con algunas rémoras a nivel legislativo que obstaculizan el normal desarrollo de la vida de los miembros de dicho colectivo, consagra una situación que confunde al conjunto de la sociedad y que puede acabar amparando conductas y situaciones que son contrarias al marco Constitucional y de respeto de las libertades individuales en los que se ha definido nuestra convivencia democrática*”.

<sup>24</sup> Como se afirma en la misma exposición de motivos se señala la necesidad de contar con una legislación específica sobre transexualidad, de la misma manera que Suecia(1972), Alemania(1980),

En primer lugar que se marquen los requisitos para acceder al cambio registral de sexo, protegiendo a la vez los intereses de terceras personas. (En el tercer apartado entraremos en esta cuestión)<<1>>

Como veremos más adelante y debido a la disparidad de las resoluciones judiciales sobre esta misma cuestión, esta propuesta legislativa pretende poner fin al “arbitrio” judicial en la solución de los problemas que plantea el llamado “derecho a la identidad sexual”, buscando la necesaria seguridad jurídica en la regulación de un derecho que es expresión del libre desarrollo de la personalidad y su dignidad. Así lo plantea el CTC cuando hace referencia a cómo la C.E. define los principios que deben orientar a todo el ordenamiento jurídico como es el que se recoge en el art.10.1C.E. que dice: *“la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”*.

En el primer artículo de la Proposición se establece que el “transexual” tiene derecho a adaptar *irreversiblemente*<<2>> su anatomía a la identidad sexual que siente y vive, así como a rectificar la mención registral de sexo. Se exige que la transexualidad de cualquier persona sea diagnosticada por una Unidad de Identidad de Género dependiente de la Seguridad Social, y que sea el Juez de Primera Instancia al que le compete conocer de la demanda de rectificación registral; ésta se acordará según el art.3 de la Proposición de Ley *“...por sentencia, una vez que se pruebe que el demandante: a) Ha sido suficientemente diagnosticado como transexual durante un periodo entre uno y dos años; b) Ha logrado, tras el tratamiento médico autorizado, una apariencia anatómico-genital externa lo más próxima posible al sexo reclamado. Excepcionalmente, por razones....podrá ser concedido el cambio registral de sexo sin que el tratamiento médico se haya completado con la cirugía transexual genital; c) no está ligado por vínculo matrimonial alguno; d)Es estéril; e) acompaña solicitud para que le sea impuesto un nuevo nombre acorde al sexo que reclama”*. La Proposición de Ley también contempla la posibilidad de que el transexual no sometido a un tratamiento médico irreversible pueda presentar demanda judicial solicitando sólo la rectificación

---

Italia(1982), Holanda(1985)..., que de cobertura y seguridad jurídica a la inaplazable necesidad del transexual diagnosticado de ver corregida, además de su anatomía, la inicial asignación registral de sexo...Y como han recomendado algunos Organismos Internacionales –Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 1989, <<sobre la discriminación de los transexuales>>(punto2.º); y la Recomendación del Consejo de Europa <<relativa a la condición de los transexuales>> de 29 de septiembre de 1989 (punto11.0)- la existencia de una Ley que regule los aspectos jurídicos de la transexualidad.

registral del nombre para concordarlo con el sexo que sienta, cambio de nombre que según y en que circunstancias podrá quedar automáticamente sin efecto. Circunstancias todas ellas vinculadas a la institución matrimonial y a la descendencia. Por último en la Proposición de Ley se prevé que el juez comunique de oficio al juez encargado del Registro Civil la rectificación registral de sexo y nombre o sólo este último, a efectos de modificar las menciones registrales correspondientes.

Teniendo en cuenta que una de las cuestiones sobre la que más se insiste es la rectificación registral del sexo, veamos según la Proposición de Ley, remitida al Congreso de los Diputados, cuáles serían algunas de las “repercusiones jurídicas”<sup>25</sup> o de los cambios que deberían efectuarse en el ordenamiento jurídico español.

### **Repercusiones Jurídicas:**

1.- Según el art. 5 de la Proposición de Ley *“La sentencia que acuerda el cambio registral de sexo o, en su caso, de nombre, tendrá efectos constitutivos <<ex nunc>>, quedando, pues, inalterables todos los derechos, obligaciones y relaciones existentes hasta la fecha de dictarse aquella”*.

Este artículo nos remite directamente a los efectos que se producirían en un ámbito del derecho como es el registral.

Se debe producir la rectificación del asiento registral (art.306 RRC y art.310 RRC).

Otra de las consecuencias en este ámbito del derecho, tras la aprobación de esta ley, tendría que ver con el momento temporal a partir del cual el Derecho considerará a la persona que ha logrado la rectificación registral del sexo por sentencia, como persona del nuevo sexo, con lo que nos encontramos que para el Derecho una misma persona hasta un día determinado debe ser tratada como perteneciente a un sexo y a partir de ese día como perteneciente a otro. (Ejemplo una herencia. Si la condición para heredar es ser varón o mujer y el día que se hace el testamento eres lo que se te exige, el cambio posterior de sexo no impedirá que logres esa herencia. Una cuestión hipotética sería que ocurriría, si un príncipe heredero de una corona donde existe una clara preferencia por el varón, ley sálica, se sometiera a una rectificación de sexo o a la inversa si una de sus hermanas mayores se sometiera a tal transformación?).

---

<sup>25</sup> Me remito a la clasificación establecida en el Cap.V del libro de Javier López-Galiacho Perona, *La problemática jurídica de la transexualidad*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, pp.277 y ss.

En el Derecho español, en el que tradicionalmente la asignación del sexo legal se hace en base a los genitales del recién nacido, nos encontramos con que si la asignación del sexo legal queda refutada por la propia naturaleza al evolucionar biológicamente el cuerpo que esa persona (intersexualidad) presentando en una actualidad determinada un sexo distinto al legalmente registrado, entonces doctrina y jurisprudencia no perciben ningún problema jurídico, ni de ninguna otra naturaleza, coincidiendo absolutamente (no hay legislación) en imponer la rectificación registral de la mención de sexo en el acta de nacimiento <<ex tunc>>, es decir, que los efectos constitutivos de la rectificación registral de sexo se retrotraerían a la fecha de nacimiento.

La consideración de la Proposición de Ley de que los efectos constitutivos de la sentencia de rectificación registral de sexo sea <<ex nunc>>, es decir, a partir de la declaración judicial de pertenencia al nuevo sexo, coincide con leyes vigentes en otros países (Ley alemana de 10 de septiembre de 1980, art.4 Ley Italiana de 14 de abril de 1982, art.29 Ley holandesa de 1 de agosto de 1985, Ley sueca de 21 de abril de 1972, Ley turca de 12 de mayo de 1988, Ley Quebecq de 31 de diciembre de 1977).

Otra consecuencia es la irreversibilidad de la rectificación registral de sexo.

Por último otra de las cuestiones que abría que afrontar es la de la publicidad de la rectificación de sexo del transexual ya que quedaría por resolver el modo de conciliar por una parte el derecho del transexual a su confidencialidad (derecho a la dignidad, intimidad, y libre desarrollo de la personalidad) con el derecho de toda persona interesada en conocer la verdad oficial publicada por el Registro. (arts.6 LRC<sup>26</sup>, y 17 y ss RRc<sup>27</sup>

2.- El art.6 de la propuesta de Ley dice: *“Firme la Sentencia, el transexual gozará de todos los derechos inherentes a su nuevo sexo legal.”*

Si el artículo anterior hacía referencia a una cuestión formal, el momento temporal desde el que se debe considerar el nuevo sexo asignado legalmente, este artículo entra de lleno en una cuestión sustancial, es decir, determina cuáles son las repercusiones jurídicas de la rectificación registral de sexo. El artículo no deja dudas, todas las que se derivan de pertenecer a un determinado sexo. Hay que señalar que

---

<sup>26</sup> LRC. Ley de Registro Civil.

<sup>27</sup> RRc. Reglamento del Registro Civil.

mientras la doctrina y la jurisprudencia han sido coincidentes en cuanto a que la rectificación deba producirse cuándo sea decretada por sentencia, siendo el Encargado del Registro Civil el que debe modificar el asiento referido al Acta de Nacimiento. En esta cuestión sustancial no hay acuerdo, y la Proposición de ley se decanta, sin ningún lugar a dudas, por una de las dos líneas jurisprudenciales y doctrinales que se han producido hasta la este momento.

**3.- Derecho de la persona.** Respecto a todos aquellos derechos que están relacionados con “la persona” (“personalidad”), cuando se produzca el cambio registral de sexo, éste sólo afecta al “derecho al nombre”. (290-294)

**4.- Derecho de obligaciones y contratos.** Se puede decir que el cambio registral de sexo prácticamente no tiene ninguna repercusión de calado en esta parte del Derecho civil. Debido a la desaparición de las distintas restricciones que el Derecho imponía a la capacidad de obrar de las mujeres. En la actualidad según el ordenamiento jurídico español el que una persona quede obligada o contrate perteneciendo a uno u otro sexo, no tiene en principio ningún tipo de repercusiones jurídico-civiles diferentes. Salvo en dos supuestos. 1) Error en la persona del otro contratante art.1266 párrafo 2º Cc. (como vicio del consentimiento contractual, o como donaciones por razón de matrimonio); 2) En relación a las compañías de seguros, que cuando realizan seguros de vida imponen una menor prima a las mujeres (habría que pensar en los seguros de coche), art.1116 C.c “sobre la condición ilícita”. (295-297)

**5.- El derecho de familia.** No nos debe extrañar que una de las partes del derecho que quedaría más afecta por el contenido de esta Proposición de Ley en lo que se refiere a sus artículos 5 y 6 sería aquellas que se refiere a las relaciones familiares.

Javier López-Galiacho<sup>28</sup> nos habla de la conveniencia de señalar 4 grandes apartados.

- A.- Cambio registral de sexo y filiación. (298-308)
- B.- Las relaciones paterno-filiales. (309-313)
- C.- Transexualidad e instituciones tutelares. (313-314)
- D.- Transexualidad y matrimonio. (314-346)

---

<sup>28</sup> Op.cit. pag 297 y ss..

## **A.- Respecto al cambio registral de sexo y la filiación**

Muchas y variadas son las posibilidades. La primera línea divisoría la sitúa en el hecho de que el “transexual” tenga descendencia antes del cambio de sexo y el correspondiente cambio de la mención registral de sexo<sup>29</sup>. En este caso nos podemos encontrar que existe filiación con anterioridad al CX y correspondiente cambio de la MRS, en cualquiera de las distintas posibilidades (naturales o no: generación, reproducción asistida, adopción) y en cualquiera de las fórmulas legales (matrimonio, extramatrimonial, soltera/o, pareja de hecho).

298 a.- FN. Generada antes de la RRX, pero no Determinada.

**1.- La filiación por naturaleza.** 299 b.- FN. Determinada antes de la RRX.

299 c.- FN. Generada y Determinada después de la RRX.

300a.-Tr (H>M) soltero, que antes de la RRX, dona esperma.

**2.- La filiación mediante** 301b.-Tr (M>H) soltera, que antes de la RRX, dona óvulos

**técnicas de reproducción asistida** 301c.- Tr (H>M) casado/ unión de hecho, dona esperma a la mujer para ser fecundada después de su muerte.

302 d.- Tr (H>M) que después de la RRX se casa o convive con un hombre.

302 e.-Tr (M>H) que después de la RRX se casa o convive con una mujer.

1.- Que la esposa o conviviente sea fecundada por un tercero, con consentimiento del Tr..

2.- Que la esposa o conviviente sea fecundada por un tercero , sin consentimiento del Tr.

3.- Tr(M>H) y una mujer. Gestación por sustitución. El óvulo de Tr(M>H) (fecundado por un tercer donante) para que sea implantado en el útero de la mujer que ahora es su esposa tras la RRX.

---

<sup>29</sup> A partir de ahora: CX =Cambio de sexo; MRS = Mención registral de sexo; Tr (H>M) = Transexual que cambia de Hombre a Mujer; Tr (M>H) = Transexual que cambia de Mujer a Hombre; RRX = Rectificación Registral de Sexo; FN = Filiación por Naturaleza.

Nos encontraríamos con una maternidad genética(Tr), una maternidad gestante (esposa o conviviente). Y la norma que dice que el parto da la maternidad y la filiación:

Filiación del hijo:      Matrimonial materna<sup>305</sup>  
                                 Matrimonial paterna <sup>305</sup>  
                                 No matrimonial materna  
                                 No matrimonial paterna.

f.- Tr (M>V) que se casa o convive con un Tr (H>M)

En este caso no hay posibilidad de constituir una relación de filiación por técnicas de reproducción asistida puesto que ninguna de las dos personas, (al estar esterilizadas, según el art.3 d de la Proposición de Ley) podrían concebir un hijo. En este caso la filiación sólo puede producirse por adopción.

### **3.- La filiación por adopción. 305-308**

Según el artículo 6 de la Proposición de la Ley después de RRX el Tr gozará de todos los derechos inherentes a su nuevo sexo registral con lo cuál le ampararía el derecho a constituir una relación paterno-filial por medio de la técnica jurídica de la adopción.

### **B.- Las relaciones paterno-filiales 309-313**

Las relaciones paterno-filiales entre el Tr. y su descendencia se mantendrán de la misma manera después de la RRX. Es decir que un Tr (H>M) seguirá siendo el padre de la descendencia previa a su RRX, y viceversa.

Otra cuestión es que como se exige no estar casado para que se produzca la RRX, el juez a quién otorga la patria potestad y que régimen de visitas y contactos establece en la sentencia de separación o divorcio.

### **C.- Transexualidad e instituciones tutelares. 313-314**

Según la Proposición de Ley (por lege ferenda) el Tr. podría adoptar siempre que el juez lo considere conveniente y que sea adecuado el transexual. Es decir, el juez decide.

### **D.- Transexualidad y matrimonio. 314-347**

Pueden darse distintas situaciones.

a.- Que el transexual esté casado antes de la RRX

b.- Que el transexual una vez que se haya producido la RRX desee casarse con una persona de sexo registral contrario (sexo psicológico, anatómico y legal distinto, pero de sexo biológico idéntico).

En el primer caso (si está casado con un no transexual) el matrimonio podría ser disuelto por :

.- sentencia de nulidad a instancia del cónyuge no transexual (art.74 Cc) (art.73.4°C.c).

.- por petición de divorcio (at.86 Cc, art.86.3ªb Cc, art.82.4°Cc, art.82.1°Cc).

También en el primer caso (si está casado con un transexual), debido a la exigencia de no estar casado para la RRX habría que dar los siguientes pasos:

.- Disolver el matrimonio

.- Realizar la rectificación registral del sexo por ambas partes.

.- Volver a contraer matrimonio.

En el segundo caso y según el art.6 de la Proposición de Ley habría de reconocerse el derecho de lege ferenda de todo transexual a contraer matrimonio con una persona de sexo psicológico, anatómico y legal distinto, pero de sexo biológico idéntico.

Su defensa jurídica se basaría en el argumento de que “el derecho a contraer matrimonio de toda persona con otra de sexo (registral) opuesto es un derecho inviolable que pertenece a su ámbito de dignidad y libre desarrollo de la personalidad” y que se apoya en las siguientes disposiciones jurídicas.

art.32.1 CE; art.12 Convención Europea para la protección de los DDHH y libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950; art.44 Cc).

El requisito de que los contrayentes pertenezcan a un sexo registral distinto parece ser indiscutible en el momento actual de la regulación jurídica. Más que discutible. (art.66,67,1344Cc), RDGRN de 21 de enero de 1988, derecho canónico...)

En contra STS de 2 de julio de 1987(un argumento), Dinamarca la Ley de 1 de octubre de 1989, Noruega la Ley de 1 de agosto de 1993, Resolución del Parlamento Europeo 28/1994 d 8 de febrero.

En concreto en la actualidad como se encuentra la cuestión del matrimonio del transexual.

1.- Si nos referimos a la jurisprudencia española veremos:

a.- La jurisprudencia del Ts desfavorable, negando el ius nubendi del transexual.

b.- La jurisprudencia de instancia favorable al matrimonio del transexual.

c.- El auto del Encargado del Registro Civil de Alicante autorizando el matrimonio civil a un transexual.

d.- La posición contraria de la Resolución de la DGRN de 2 de octubre de 1991 al matrimonio de un transexual.

2.- Si nos referimos a la jurisprudencia del TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos)

a.- Nos encontramos con que la Comisión TEDH y el Pleno del TEDH se posicionan de forma diferente sobre el derecho del transexual a contraer matrimonio no existiendo unanimidad sobre la denegación de este derecho del transexual.

b.- Por otra parte si tenemos en cuenta el art.12 del Convenio de Roma hemos de señalar que en el se advierte expresamente que el ius nubendi del hombre y la mujer debe ser interpretado desde la ley nacional de cada país signatario, por lo que se puede mantener que el hecho de que no exista unanimidad en la interpretación realizada por el TEDH en dos casos<sup>30</sup> que le fueron presentados puede hacer que su decisión no se haga extensiva a otros Ordenamientos jurídicos, como podría ser el caso del español.

3.- Considerando los Ordenamientos jurídicos en los que existe legislación específica sobre el derecho al matrimonio de los transexuales, así como las Recomendaciones de los Organismos Europeos.

Ninguno de los Ordenamientos que han regulado cuáles han de ser los requisitos para que se produzca una rectificación registral de sexo, así como los efectos de dicha rectificación, han limitado de ninguna manera la capacidad de obrar del transexual conforme a su nuevo sexo. Entienden que los efectos ex nunc de la sentencia que les reconoce su nuevo sexo así como la rectificación registral de sexo, les capacita plenamente para realizar aquellos actos o negocios propios del nuevo sexo que el Derecho les ha reconocido, lo que incluye el matrimonio.

4.- En cuanto a la evolución doctrinal que se ha producido sobre el derecho de los transexuales a contraer matrimonio una vez producida la rectificación registral de sexo,

---

<sup>30</sup> El caso Rees contra el Reino Unido (Comisión que no hay vulneración, el Pleno que no); El caso Cossey contra el Reino Unido (Comisión que si hay vulneración , el Pleno que no).

y que ha ido desde la negativa más rotunda a que el hecho de que el derecho accediera a la rectificación registral de sexo significara algo más que un simple cambio de nombre, con lo que se argumentaba en contra de que se permitiera al transexual contraer matrimonio. Hasta la actual línea doctrinal favorable al total reconocimiento de los derechos del transexual desde su nuevo sexo, incluido por supuesto, el derecho a contraer matrimonio.

a.- La rectificación registral se limita meramente a un cambio de nombre.

b.- El derecho al matrimonio del transexual como consecuencia de su pertenencia al nuevo sexo registral.

## **6.- Derecho sucesorio. 347**

Tres posibles casos.

### **7.- Otros campos o ramas jurídicas.**

1.- Cuestiones de derecho internacional. 349

2.- Derecho Laboral. 351

3.- Derecho canónico. 355

4.- Derecho nobiliario (preferencia masculina STC 3 de julio de 1997)

5.- Derecho Constitucional (Herencia de la Corona)

6.- Legislación penitenciaria.

7.- Régimen sanitario

8.- Servicio militar.

9.- Ámbito deportivo. (importantes los datos científicos)

10.- Seguros

## II: EL DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL

Desde una perspectiva jurídica la necesidad de reconocer lo que se ha denominado el “derecho a la identidad sexual”, tiene su origen en la necesidad de redefinir el “sexo”, pero no desde los supuestos y planteamientos de las ciencias sociales o desde las aportaciones de las teorías sobre el sistema de sexo-género de las sociedades patriarcales, sino más bien desde la medicina y la sexología que se replantean el concepto y la diagnóstico del sexo. El Derecho no puede mantenerse ajeno a esta realidad ya que la asignación del sexo legal se basa en la diagnosis del sexo que establecen los médicos. Tanto el discurso médico como el discurso jurídico a la hora de enfrentarse a la llamada “identidad sexual” en el primer caso, como al “derecho a la identidad sexual” en el segundo, no ponen en cuestión *“la inmovilidad y universalización de marcos cerrados de polos opuestos: hombre-mujer, masculino-femenino y , por extensión homosexual-heterosexual”*<sup>31</sup> ni tampoco *“la universalidad taxonómica de un principio que siguiendo pautas de elementos binarios opuestos, rígidamente duales, presentan la bipolaridad hombre-mujer de forma exclusiva, excluyente y radical, sin solución de continuidad”*<sup>32</sup>.

El derecho se ha enfrentado, resolviendo de forma nada traumática, al hecho de que en ciertos casos la asignación legal del sexo en base a los genitales del recién nacido (que ha sido la forma histórica y tradicional de asignar el sexo legal) quedaba posteriormente contestada por la propia naturaleza al evolucionar biológicamente en sentido contrario (intersexualidad). Ni en el primer caso, ni en el segundo se tenían en cuenta ni el género, ni el dato cromosomático sobre el sexo. En estos casos y en casos de amputación de penes en hemafroditas ( la imagen de la mujer como ser humano incompleto al ser comparada con el genuino ser humano el varón), el derecho (tanto la doctrina como la jurisprudencia, pues no hay legislación) no tenía ningún inconveniente en ordenar la rectificación registral del sexo.

El problema desde el punto de vista jurídico surge cuando la transformación no la opera la Naturaleza (Dios), sino que quién la opera es el hombre. Es decir cuando el cambio no ha sido biológico, sino psíquico y artificial, cuando la asignación del sexo

---

<sup>31</sup> José Antonio Nieto, “Transgénero/Transexualidad: de la crisis a la reafirmación del deseo”, en José Antonio Nieto (compilador), *Transexualidad, transgenerismo y cultura: Antropología, identidad y género*, Talasa, Madrid, 1998, pag. 16.

<sup>32</sup> J.A. Nieto, op.cit. pag 16.

legal fué “correcta”, ya que el individuo presentaba unos órganos genitales normales<sup>33</sup>. Lo que se produce no es una evolución biológica hacia el otro sexo, sino que se produce una falta de identificación con el sexo registral y desde el que se le ha educado. En esta ocasión nos encontramos ante una persona que desarrolla un sentimiento íntimo de pertenencia al otro sexo. El discurso médico dice que es en este caso donde nos encontramos ante una quiebra de la identidad sexual del individuo que se expresa en forma de disociación entre el factor biológico o genético de su sexo y la realidad sexual psico-social que vive y siente. El derecho se debe enfrentar ante lo que la medicina y sexología oficial<sup>34</sup> califica de “síndrome transexual o disphoria de género<sup>35</sup>”.

Como más tarde veremos el derecho sólo puede aceptar el concepto de “transexual verdadero”<sup>36</sup> (o irreversible) (aunque en la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Socialista el término haya desaparecido por las indicaciones del CTC, no ha desaparecido el concepto y sus consecuencias), ya que la aspiración, desde el punto de vista jurídico, como hemos visto es la modificación de la mención registral del sexo, para que se adecue al sexo “realmente” sentido y vivido. Las repercusiones socio-jurídicas (matrimonio, adopción, relaciones familiares, ejército, centros penitenciarios, usos sociales...) deben producirse como hemos dicho anteriormente dentro de un ordenamiento jurídico que sólo reconoce la existencia de dos sexos, y que no permite ni el matrimonio ni la adopción cuando se trata de personas del mismo sexo registral.<sup>37</sup>

---

<sup>33</sup> Aunque es fundamental no es el momento de hablar sobre normalidad o anormalidad. De todas formas en el pleno convencimiento de que el término normalidad tiene que ver más con los discursos prescriptivos que descriptivos, es decir que pertenecen más al ámbito de la moral y la política que al de las ciencias de la naturaleza, les remito al interesante artículo de Anne Fausto-Sterling, “ Los cinco sexos”, en José Antonio Nieto (compilador) *op.cit.* pag.79-89.

<sup>34</sup> Ver D.B. Billings y T.Urban, “La construcción socio-médica de la transexualidad: interpretación y crítica”, en J.A. Nieto (compilador) *op.cit.* pag.91-123.

<sup>35</sup> Según J.Carbonnier, *Droit civil*, 18 ed., tomo I., PUF, París, 1992. Es mayor el número de hombres que se sienten mujeres que el de mujeres que se sienten hombres.

<sup>36</sup> Javier López-Galiacho define el concepto de transexual “Desde el punto de vista estrictamente jurídico, entiendo por transexualidad el síndrome psicosexual sufrido por quien presenta una discordancia entre el sexo que psicológicamente siente como propio y el que anatómicamente 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 sexual psicossomática cobre carta de naturaleza en el Registro Civil” *op.cit.* pag.200.

<sup>37</sup> En el caso de que al transexual se le negara la posibilidad de contraer matrimonio con una persona de sexo registral diferente (en base al argumento del sexo biológico), entonces se le debiera permitir el matrimonio con una persona del mismo sexo registral (si lo que impera es el argumento biológico), pues de lo contrario se le estaría negando el derecho constitucional al matrimonio. Hecho que este derecho no puede admitir pues estaría admitiendo el matrimonio Homosexual. Este tipo de matrimonio se autorizó en Inglaterra el 28 de junio de 1995. “Los contrayentes eran una mujer y un marinero mercante (casado dos

Por otra parte el derecho se ha enfrentado a esta cuestión (debido a las demandas judiciales que se han producido en los tribunales de los países europeos y norteamericanos) con un desconocimiento absoluto del fenómeno, aunque se ha decantado rápidamente por explicaciones de tipo clínico, (medicina, psicología, sexología....aquellas que hablan de ciertas identidades sexuales como patologías de la supuesta identidad sexual correcta, que es aquella que hace coincidir sin fisuras el sexo biológico, el psicológico y el social, y que tiene como modelo de orientación sexual correcta la heterosexualidad<sup>38</sup>). El hecho de optar por explicaciones de tipo clínico no puede hacernos olvidar (en honor a la “verdad” científica) que las ciencias implicadas en esta cuestión como la medicina, psiquiatría, sexología, psicología, biología no se ponen de acuerdo, o si se quiere, no dan una única explicación sobre las complejas cuestiones que tienen que ver con la “identidad sexual”<sup>39</sup>. Pero como hemos dicho el derecho se ha enfrentado a esta situación legislando en muy pocos países, despenalizando las operaciones de “cambio de sexo” y regulando los casos en los que se acepta una rectificación registral del sexo así como determinando cuál es el alcance

---

*veces y con tres hijos) que se había sometido a una operación de “cambio de sexo” a mujer, pero que registralmente seguía siendo un varón al no ser posible modificar la inscripción registral de sexo en el Reino Unido”. Ver J.López-Galiacho op.cit. pag.346..*

<sup>38</sup> La certitud de este modelo es puesto en cuestión por un importante número de investigadores de distintas disciplinas sobre todo del ámbito de la ciencias sociales, pero también del de las ciencias naturales. Véase E.Coleman, L.Gooren y Michael Ross, “Teorías sobre la transposición de género” en J.A.Nieto, *op.cit.*, pag 249-269, y también T.Laqueur, *La construcción del sexo: Cuerpo y género desde los griegos hasta Freud*, Cátedra, Madrid, 1994.

<sup>39</sup> El discurso médico-jurídico oficial habla de una “identidad sexual estática”, la que considera normal y por ende correcta y adecuada. Por ejemplo J.López-Galiacho dice: “Normalmente la identidad sexual o de género (sólo acepta dos sexos y dos géneros) de la persona desde que nace hasta que muere no presenta problemas (salvo la homosexualidad y el travestismo). La persona se suele identificar-en cuanto al sexo- por aquél que a la vista de sus genitales, le fue legalmente asignado y desde el que fue educado (se habla aquí de identidad sexual estática). En este supuesto, la identidad sexual de la persona no presenta problema alguno, pues los diversos componentes del sexo (objetivos y subjetivos) están equilibrados”*op.cit.* pag 98; y una identidad sexual dinámica, identidad sexual dinámica que como veremos termina siendo estática, debe adaptarse a la norma. Ésta se produce cuando “ el sujeto que presenta unos órganos genitales normales y un sexo legal acorde con los mismos, no se siente identificado con el sexo registrado y desde el que se le intentó educar, sino que evoluciona hacia el sentimiento íntimo de pertenencia al sexo contrario (en este caso se habla de identidad sexual dinámica). Por otra parte los discursos desde las ciencias sociales son menos normativistas y nada naturalistas, autores como J.Weeks interpretan de otra manera el hecho de la existencia de la “identidad sexual” y afirman que “ Sin embargo , sabemos al mismo tiempo, y frecuentemente merced a las mismas personas que tan apasionadamente afirman su identidad sexual, que esa identidad es provisional, siempre precaria, dependiente y constantemente enfrentada con una relación inestable de fuerzas inconscientes, con significados sociales y personales cambiantes, y con las contingencias históricas”, J.Weeks, *El malestar de la sexualidad : significados, mitos y sexualidades modernas*, Talasa, Madrid, 1993, pag. 295.

jurídico de dicha modificación. En otros países, la mayoría, no ha legislado y nos encontramos con distintas posiciones dentro de la doctrina y la jurisprudencia.

Cuando dentro del derecho se plantea la cuestión de la transexualidad<sup>40</sup> lo que jurídicamente se plantea es si lo que se llama “identidad sexual”, como una de las cuestiones que forman parte del más genérico derecho a la “identidad de la persona”<sup>41</sup>, tiene o no tiene la importancia necesaria para que pueda considerarse un derecho inherente a la persona y por lo tanto para que el derecho plantee ciertos mecanismos orientados al reconocimiento, tutela y garantía de dicho derecho, como puede ser la rectificación registral del sexo y las consecuencias jurídicas de esta rectificación.

### **a: Los argumentos en contra del reconocimiento del derecho a la identidad sexual.**

Cuando hablamos de argumentos en contra, son aquellos dirigidos, a no reconocer que en el transexual después de producirse la operación quirúrgica se ha producido un “cambio de sexo”, y por lo tanto el derecho no debe acceder a la rectificación registral de sexo y a sus consiguientes repercusiones jurídicas.

Como vemos depende de que es lo que se entienda por sexo, y como no existe una definición jurídica de sexo, los juristas recurren a las definiciones que ofrecen otras ciencias, sobre todo la medicina. De esta forma nos encontramos con que el sexo se ha convertido en una realidad múltiple configurada por varios factores: El componente genético o cromosomático, ( XX para la mujer, XY para el hombre); el componente morfológico, (los órganos genitales que el niño y la niña muestran al nacer); y por último el componente psico-social (el género: masculino o femenino).

El argumento en contra del reconocimiento del cambio se produce porque sólo se considera que se produce un auténtico cambio de sexo si se produce el cambio cromosomático, y siendo esto hoy por hoy imposible, no reconocen que los otros dos cambios, el morfológico y el genérico, suponga un verdadero cambio de sexo. De lo que

---

<sup>40</sup> Pocos son los juristas que tratan la cuestión de la transexualidad sin presuponer que sólo se habla de la “transexualidad verdadera”, y muchos menos los que ponen en cuestión el modelo de ordenamiento jurídico basado en la convicción de la existencia natural sólo de dos sexos, la existencia de dos esencias, la feminidad y la masculinidad y de la heterosexualidad como la relación sexual natural. Sólo he visto alguna referencia en el libro de C. Chiland, *Cambiar de sexo*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1999, pag. 183 ss.

<sup>41</sup> “Se define el derecho a la identidad personal como el derecho que tiene toda persona a ser uno mismo, en la propia conciencia, y en la opinión de los otros.” J.López-Galiacho, *op.cit.* nota 14, pag.100.

se deduce que el sexo es para estos juristas algo que no se puede tocar, una especie de cualidad innata, ahistórica, y esencial de la persona, donde lo básico y fundamental es el componente cromosomático.

Resulta curioso que estos juristas no soliciten una prueba cromosomática para la asignación del sexo legal del bebe, además en un tiempo no muy remoto, esto hubiera sido totalmente imposible. Tampoco dicen nada de los intersexuales, ni de los hemafroditas.

El fundamento de este argumento lo podemos encontrar ideológico-religiosamente fundado en el siguiente texto recogido por Javier López-Galiacho<sup>42</sup> de García Cantero: *“el sexo no es algo accesorio, accidental o secundario en el sujeto, ni mucho menos transitorio o transeúnte. si eliminamos el sexo puede decirse que abolimos el matrimonio y renunciemos al modo normal de supervivencia de la humanidad. Los casos –menos frecuentes de lo que pueda parecer- de sexo dudoso o incierto no dejan de ser supuestos patológicos que, como tales, han de ser tratados por los especialistas. El hombre y la mujer son seres esencialmente sexuados y además, de modo permanente e inmutable....el sexo es algo inalterable y acompaña a la persona desde el nacimiento hasta la muerte, constituyendo una cualidad que identifica a la persona y sirve, al mismo tiempo, para diferenciarla de los demás; es un dato biológico que aparece ya en las primeras fases de la diferenciación celular y que queda excluido de la autonomía de la voluntad; no puede reconocerse un sexo “a la carta” por servir de fundamento a las relaciones permanentes destinadas a durar toda la vida humana (a todos los efectos legales la identidad de la persona debe mantenerse inalterada para el sujeto y la sociedad”*

Además de los argumentos de tipo biológico hay otros de tipo más jurídico, aunque tengan la misma base ideológica, como el desarrollado por un sector de la jurisprudencia y la doctrina francesa. Collette Chilan<sup>43</sup> cuándo trata la cuestión del cambio de estado civil en Francia hace referencia al argumento de la indisponibilidad del estado de las personas e indisponibilidad del cuerpo humano. El argumento consiste en afirmar que al ser el sexo uno de los datos que forman parte del estado civil, este es indisponible, pero se podría objetar que el hecho de que no sea disponible no significa que sea inmutable (la cuestión de la nacionalidad, por ejemplo). Francia seguirá

---

<sup>42</sup> Op.Cit. pag.103.

<sup>43</sup> Op.Cit. pag.183-219. También hace referencia a doctrinas y jurisprudencia de otros países.

negando la posibilidad de la rectificación de la mención registral de sexo, ya no en base al argumento de la indisponibilidad del estado civil, sino a la voluntariedad del cambio (fecha de nacimiento, edad, y cirugía estética). La Corte de Casación francesa dará un giro tras ser condenada por la Corte Europea en 1992.

En base a estos argumentos niegan la existencia de un derecho a la “identidad sexual” que forme parte del derecho al “libre desarrollo de la personalidad”.

### **b.- Los argumentos a favor del reconocimiento al derecho a la identidad sexual.**

Dentro de la jurisprudencia y doctrina han ido apareciendo tendencias que se alejan de la inicial negativa al reconocimiento del derecho a la “identidad sexual” del transexual, defendiendo abiertamente el derecho del transexual a rectificar registralmente su sexo.

Los argumentos de esta nueva tendencia los encontramos en el discurso medico-legal que varía su concepto de sexo y sobre todo varía la forma de “diagnosticarlo”, es decir, el componente del sexo que debe ser seleccionado para realizar el registro del sexo legal.

Se apoyan en argumentos de Gooren<sup>44</sup>, que una vez señalado que los elementos constitutivos del “sexo” (de los dos sexos) son por lo menos tres: el cromosómico, el genital y el psicológico, cuando este afirma que el sexo de los órganos sexuales externos e incluso el cromosómico sólo tiene un carácter “presuntivo” en el diagnóstico del sexo. Es decir, esos dos elementos presuponen que el individuo desarrollará un sexo psicológico acorde con el que indican sus otros dos elementos constitutivos del sexo. Es en este sentido en que esos factores son pronosticadores, pero como tales, como todo pronóstico no es infalible con lo que el pronóstico puede fallar, como bien lo demuestra la existencia de intersexuales. De lo que se deduce que si el pronóstico no es infalible por causas naturales, bien puede no serlo por causas psicológicas. De todo ello se concluye en sede jurídica que el Derecho debe de prever mediante disposiciones el cambio de la mención registral de sexo para todos aquellos individuos donde el pronóstico ha fallado, en el sentido de que son individuos que no han seguido la línea pronosticada en la evolución de su identidad sexual. (Puro naturalismo).

---

<sup>44</sup> A Gooren se debe la existencia de la primera cátedra de transexualidad en la Universidad Libre de Amsterdam

Bien nos encontramos con que la medicina está proponiendo a la justicia lo que se conoce como la “teoría del sexo psicosocial”. El fundamento básico de esta teoría consiste en considerar la “subjetividad” del sexo como un dato del mismo rango científico que los datos biológicos. ¿Qué deben entender los juristas de esta teoría?. Pues sencillamente que si el sexo morfológico no coincide con el psicológico y como consecuencia de ello, no coincide con el legalmente asignado, entonces prevalece (debe prevalecer) el sexo psicológico.

A modo de paréntesis nos podríamos preguntar si ciertamente el sexo no es estático e inmutable (naturaleza), sino variable (psicosocial) “sentirse, estar convencido) de pertenecer a un determinado sexo (íntima y socialmente), ¿por qué no se puede volver a variar?, ¿por qué ha de ser “irreversible”?. ¿Por qué si de hecho es dinámico y variable, luego debe ser estático e inmutable?. Volveremos sobre ello. La exigencia legal de la irreversibilidad.

La conclusión a la que se llega esta corriente doctrinal y jurisprudencial es que si el sexo no es inmutable desde que queda inscrito en el Registro Civil, entonces, el Derecho debe reconocer que el “verdadero transexual”, que se ha sometido a la cirugía transexual, tiene derecho a que se produzca la rectificación de sexo en el Registro Civil.

Bien estos son los argumentos a favor del reconocimiento del derecho a la “identidad sexual” del transexual, pero a falta de legislación, que como hemos visto es todavía inexistente en el estado español, cuáles son las estrategias jurídicas para defender este derecho. Cuáles son las disposiciones normativas en las que se puede apoyar este derecho, ya que no existe norma explícita que lo reconozca, tutele y garantice su ejercicio. Es lo que se denomina la construcción jurídica del “*derecho a la identidad sexual*”.

### **c.- El derecho a la identidad sexual en el Derecho positivo. Su construcción jurídica. (lege ferenda)**

Ya hemos señalado que se parte de un concepto de sexo “dinámico” constituido por varios elementos, por lo menos tres, y donde en caso de discordancia (según el modelo dualista y esencialista en último extremo) prevalece el sexo psicológico. Por otra parte concepto sobre el que no hay acuerdo científico. El derecho debe enfrentarse a esta situación sin la certeza de la ciencia, sin que otras disciplinas le proporcionen una definición (estableciéndola él de paso, como ha sido históricamente, desde que sexo y

sexualidad dejó de ser una cuestión moral, ética o religiosa, y paso a engrosar las cuestiones sobre las que trata la medicina y el derecho, estas dos disciplinas han terminado más que definiendo el sexo y la sexualidad, construyéndolos, controlándolos y normativizándolos), J.López-Galiacho<sup>45</sup> señala que el derecho a la “identidad sexual” puede pasar a formar parte de un derecho más amplio como es el de la **“identidad personal”**. El derecho a la identidad sexual puede ser uno más de los “derechos de la personalidad” y relacionarse con otros derechos similares como son:

1.- El derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad:

- Tiene acomodo en el art.10.1 CE y en la Sentencia del TS de 15 de julio de 1988, 3 de marzo de 1989, y 19 de abril de 1991. El respeto al derecho fundamental del transexual a resolver su drama (necesidad de la elección de cambio de sexo) eligiendo el sexo que siente, donde se encuentra la razón de incluir el derecho a la “identidad sexual” dentro del art.10 CE.
- Origen en la jurisprudencia y doctrina italiana (desde 1968), nota 49 y en la sentencia del Tribunal Federal de Garantías Constitucionales de 11 de octubre de 1978 (Cambio registral, con dictamen médico de caso irreversible de transexualismo, y operación quirúrgica). También en los arts 1.1 y 2.1 de la Ley fundamental de Bonn. (curiosamente en ellos se hace mención a la ley natural)/ En el primero se recuerda la obligación de los poderes públicos de proteger la dignidad del hombre. En el segundo se afirma el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad de todos, siempre que no se vulneren derechos de otros, ni se atente contra el orden constitucional ni **la ley natural**. (Ambos países ya han legislado sobre la cuestión).
- Hay sectores doctrinales que no admiten que por interpretación del art.10 CE se prevea el derecho a rectificar el sexo registral en el supuesto de transexualidad.

2.- El derecho de toda persona a su salud:

---

<sup>45</sup> Op.Cit. pag.110 ss.

\*art. 43.1 CE. Derecho que protege la salud de toda persona. La norma que expresa el artículo protege la salud como condición para que se produzca el libre desarrollo de la personalidad humana. La salud no consiste únicamente en no padecer enfermedades, sino además en disfrutar de un determinado bienestar general (mental, social...: Constitución de la OMS de 1946). La transexualidad definida como **anomalía de la identidad sexual (no caprichosa <<los verdaderos problemas de identidad sexual escapan a la voluntad del sujeto>>, ni perversa)**, es por lo tanto motivo suficiente para el cambio registral de sexo para que se garantice ese derecho a la salud en sentido de un disfrute de bienestar general (equilibrio.....que antes de la operación no tenía).  
Veamos el tipo de discurso:

*“Piénsese que en el transexual no hay armonía entre lo físico y lo psíquico. Su pugna por desenvarazarse de un cuerpo que le oprime le lleva a poner en juego su propia vida, arrastrando una operación de alto riesgo (por qué se producen más operaciones de hombre a mujer que de mujer a hombre, tiene algo que ver con la mayor complejidad y peores resultados de la operación, o tiene que ver con otro tipo de cuestiones?. Si la transexualidad es un trastorno de la “identidad sexual” y además últimamente se intentan buscar sus bases neuroanatómicas, su biogénesis <<origen en una anómala configuración de la diferenciación sexual del cerebro, por influencia o ausencia de hormonas>><sup>46</sup>, cómo es que no se produce en una proporción similar entre hombres y mujeres. Hablamos que la necesidad del cambio de sexo es irrefrenable que la voluntad del sujeto no participa, que es una necesidad. En fin que me lo expliquen). Hasta que ese momento llega es un ser atormentado. Pero, incluso operado, no puede disfrutar de un bienestar general, si no se le permite hacer coincidir su nuevo aspecto físico con la realidad registral”. De lo que se deduce que para lograr el estado de bienestar general, no sólo deben ser autorizadas las operaciones de cambio de sexo, sino también la rectificación de la mención registral de sexo.*

\*Los que se oponen argumentan que la operación es un atentado contra la salud, y que el derecho carece de dimensión terapéutica. **(Se puede discutir)**. Los juristas no deben dar tan por hecho la forma (sólida y

---

<sup>46</sup> Estas tesis están bien matizadas y desposeídas de su carga ideológica en el artículo de E.Coleman, L.Gooren y M. roos, “ Teorías sobre la trasposición de género: crítica y sugerencias para ahondar en la investigación”, en J.A. Nieto *op.cit.* pag..249-271.

categoría hasta el momento) en la que se establece la asignación del sexo legal.

3.- El derecho a la integridad psicofísica.

- art.15 CE pag.123.

4.- El derecho a la intimidad y a la propia imagen.

- art. 18 CE

5.- El derecho a la igualdad y a la prohibición de discriminación por razón de sexo.

- art.14 CE (se discute), **irrelevancia del sexo para construir la norma./¿Que pasa con el matrimonio?**

Siendo viable construir el derecho a la “identidad sexual” constitucionalmente, falta señalar que de la misma manera que el resto de derechos constitucionales no son ilimitados, éste tampoco lo es. Como cualquier derecho de la personalidad no es ni puede ser ilimitado en cuanto a los requisitos que se deben cumplir para su concesión ni para sus efectos posteriores. El límite son los derechos de los demás y el orden público (**concepto muy interesante**). El hombre (ser humano) es un ser social.

En base a esta sociabilidad humana ciertos autores afirman que *“Al igual que el ser humano está interesado en la afirmación y reconocimiento social de su identidad, lógicamente también la sociedad y el DERECHO están interesados en la identificación de las personas, para así ubicarlas en la vida de relación, proporcionando de paso, certeza en las relaciones jurídicas. (Somos iguales o no, el sexo es indiferente para el Derecho o no, ¿qué significa el art.14?, ya no somos siervos de la gema nuestras marcas de nacimiento no debieran prefijarnos ningún lugar en la sociedad, supuestamente nacemos libres, la cuna (salvo en el caso de las monarquías) ya no predetermina tu lugar en la sociedad, ¿por qué si el sexo?. Quizás por expresiones como las siguientes: El nacer hombre o mujer, además de clasificar binariamente a la sociedad (el hombre, la mujer, lo masculino, lo femenino) va a condicionar indefectiblemente la existencia del sujeto (que así sea no significa que así deba ser, a las aportaciones y luchas feministas me remito) El sexo es una cualidad inmanente a la persona que le asigna un papel definido en la reproducción humana (y los estériles no tienen sexo?, la reproducción es la única tarea de la sociedad?), influye en la personalidad, determina los hábitos y usos sociales (los debe determinar?, las mujeres*

*,que no estudien, no trabajen, no manden, sólo lloren....esposas y amas de casa?), el modo de vestir (una mujer con traje de ejecutivo es un travesti?, lo hace pero lo debe hacer y cuáles son las consecuencias que le deben sobrevenir a las personas que no se amoldan a esos usos y costumbres?), el tipo de educación (qué pasa con la coeducación?), la constitución de los grupos humanos (en la escuela, deporte, asociaciones, alardes.....” Este interés alcanza su cénit con la mención del sexo en el Registro civil<sup>47</sup>, que tiene interesantes atractivos par ala organización social, como puede ser el servicio militar, matrimonio(claro la cuestión del matrimonio entre personas del mismo sexo, queda apartado, quizás porque los juristas asumen acríticamente el enunciado del discurso médico que establece transexualidad, travestismo, homosexualidad.... como trastornos de la identidad sexual. La norma de la construcción social es la heterosexualidad), internamiento penitenciario, relaciones laborales”<sup>48</sup>*

De lo que concluyen que el dejar al arbitrio de las personas la rectificación de su sexo atendería, o sería contrario, al orden público. ¿Y cuáles son los elementos que se le proponen al Derecho para que limite este arbitrio? (para que la arbitrariedad se convierta en discrecionalidad). Pues los siguientes:

Un dictamen interdisciplinar que determine entre los supuestos de irreversibilidad de la crisis de identidad sexual, aquellos que se calificarían como “una verdadera ruptura de la identidad sexual (La identidad sexual pasa de ser la que describe las distintas posibilidades que existen realmente, para convertirse en la concordancia de los distintos elementos que la componen según el modelo binario naturalista. Se comete la falacia naturalista, pasar del ser al deber ser).

La necesidad salvo supuestos excepcionales, de un posterior tratamiento quirúrgico (tratamiento hormonal previo y cirugía que, por lo menos, asegure la esterilización <<la esterilización no tiene nada que ver con el aspecto exterior).

---

<sup>47</sup> “ El sexo es, pues, uno de los datos más importantes en la vida de la persona....cumpliendo una función primordial en la diferenciación de la persona y de la sociedad....el primer signo de identificación en el contexto social....constituyendo uno de los caracteres primarios de la identidad de la personal. Es pues esta función identificadora y clasificadora del sexo (no dato) lo que principalmente interesa la Derecho, que, por eso ordena su inscripción en el acta de nacimiento del Registro Civil (art.41LRC). El derecho se vale del sexo, junto con la edad, nombre, apellidos, fecha y lugar de nacimiento.....para identificarla, para reconocerla junto al resto de la sociedad.(por qué no el color del pelo, hay más que sexos.).

<sup>48</sup> J. López-Galiacho, *op.cit.* pag.126.

La rectificación de la mención registral de sexo con cambio de nombre (la ley obliga a poner distintos nombres según el sexo, en euskara no se produce siempre) y con plenos efectos jurídicos.

**d.- El derecho a la identidad sexual como expresión del derecho a la intimidad personal: interpretación del TEDH<sup>49</sup>**

\*El TEDH (Tratado de Roma 4 de noviembre de 1950, art.8 (vida privada, art.12 derecho al matrimonio, art.3 trato inhumano). Es el tribunal de mayor rango en cuestiones de interpretación de los derechos humanos.

La CDH<sup>50</sup> siempre se ha pronunciado a favor del derecho del transexual a que se produzca el cambio registral de su mención de sexo (salvo en un caso), para no violar el art.8 (respeto a la vida privada) del Tratado de Roma sobre el respeto a la vida privada.

El TEDH en pleno comenzo negando que existiera violación de ese derecho, (intimidad personal) hasta que en 1992 concluyó que si no se producía el cambio registral de sexo se violaba el derecho del transexual a su intimidad personal. (violación del art.8 del Tratado de Roma)

- .- Una demanda contra Alemania(1979) que fue retirada, por que se reconoció en el cantón.
- .- Una de ciudadana belga (M-H). La comisión a favor, el pleno en contra. (Desestimada por razones procesales, no agotar vía administrativa para el cambio de nombre, no entrando en el fondo del asunto).
- .- 38 transexuales contra Italia (1981) rápidamente retirada, por la aprobación de una ley que recogía el derecho al cambio registral de la mención de sexo.
- .- Un transexual (M-H) contra el Reino Unido(1981), la comisión que si, el pleno que no(1986). voto particular de 3 magistrados contra 12. (un empresario

---

<sup>49</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

<sup>50</sup> La Comisión de Derechos Humanos del Tribunal

que quisiera saber si su empleado le engaña, y el engaño es motivo de despido, solicita un certificado registral, en el que consta su antiguo sexo/intromisión arbitraria en su intimidad)/ Argumentos bien enrevesados del Pleno sobre la independencia de cada estado para modificar su ordenamiento jurídico.

.- Un transexual (H-M) británico(1990). (matrimonio). Negó la violación de los art.8, y 12.(voto particular).

.- Un transexual B. contra Francia (1992)./ El pleno 15 votos contra 6. consideran violado el art.8, pero no el art.12 (ius connubii).

Las causas eran diferentes y sobre lo que se tenían que pronunciar también según el procedimiento que se siguiera en cada país, así como la propia legislación sobre el registro civil. Siendo los argumentos humanos parecidos. En la sentencia de B. contra Francia se utilizó el argumento de que el derecho francés al no permitir , a diferencia del inglés, el voluntario cambio de nombre en el registro civil, hace que dicho derecho (el francés vulnera el art.8 ), no así el inglés, que permite el libre cambio de nombre y apellido.

#### **e.- El derecho a la identidad sexual en el derecho comparado.**

Nos encontramos con cuatro tipos de respuesta diferente a la cuestión del reconocimiento al derecho a la identidad sexual.

1.- Las soluciones administrativas (Dinamarca, Austria y Noruega). Ante la petición de cambio de sexo, la persona que lo solicita, es enviada a una institución psiquiátrica que tras dos años de seguimiento dictamina. Envía su recomendación al Ministerio de Justicia, que si autoriza la operación y se practica supone que automáticamente se modifica el sexo registral con todas sus consecuencias jurídicas.

2.- Las soluciones jurisprudenciales (Bélgica, Francia, Luxemburgo, Polonia, Portugal, Argentina, Líbano???, España). Ante la inexistencia de una ley reguladora que de solución a las cuestiones que plantea la cuestión de la “identidad sexual” (de los transexuales), la jurisprudencia es la que ha construido una doctrina que si bien no es homogénea, en los últimos tiempos tiene una clara tendencia al reconocimiento de la rectificación registral de sexo. (Francia ha sido la más difícil, en base al argumento de la indisponibilidad del estado de las personas, pero desde que en 1992 fue condenada por el TEDH (argumento de la vida privada, art.8 el cambio jurisprudencial ha sido evidente). El reconocimiento favorable impone 4 condiciones: a).- que la persona que lo

solicita tenga un diagnóstico médico que reconozca su transexualismo, el reconocimiento debe ser un dictamen médico ordenado por el Juez; b) que las operaciones médicas se realicen previamente a la demanda de rectificación.; c) que el transexual tenga una apariencia física próxima al sexo que reivindica (por qué, a las personas que no queremos cambiar de sexo se nos supone ese aspecto o también se nos exige, ¿qué os parece?); d) que tenga un comportamiento social correspondiente a ese mismo sexo (en qué consiste un comportamiento social como un sexo, no correr, llorar...., quién determina, donde esta la libertad del individuo?).

Portugal nunca ha consentido un cambio registral de sexo (ni los altos tribunales ni los de instancia)

Luxemburgo es errática, ha seguido la jurisprudencia francesa.

Polonia ,los tribunales se han resuelto en dos ocasiones, el mismo caso. En 1989 se enegó, en 1991 se aceptó. El argumento, la importancia del sexo psicológico para determinar el sexo.

Iberoamérica. Sólo Panamá tiene normativa, Argentina ha negado(1989).

Líbano, El Juez Único de Beirut(1992). Deniega, Un Hombre casado dos veces, y que cambia de sexo, denegación del cambio registral.Argumentos:

“habiendo vivido como hombre, aunque ahora se comporte como una mujer, un individuo no puede, sin transformaciones objetivas ( cromosómicas, gametos, hormonas, numerosos signos exteriores...), cifrarse en la mera operación quirúrgica y a sus preferencias para modificar su sexo delante de la ley... Modificar las inscripciones del estado civil sobre la base de la sola voluntad puede dar por resultado violar el estatuto social y legal de la persona humana y el orden público en general... una modificación así permitiría el matrimonio de personas del mismo sexo, privar a los hijos de la doble paternidad, masculina y femenina, y a hacer prevalecer la libertad individual frente al orden social”<sup>51</sup>

3.- Soluciones legales.

**Suecia:** Ley de 21 de abril de 1972. <<sobre la determinación del sexo en casos establecidos.>>. Si a la MRX.

.- A toda persona que desde la juventud advierte que no pertenece al sexo registrado, y que presenta un comportamiento propio del sexo que desea, y que en el futuro vivirá con arreglo a él.

---

<sup>51</sup> J.López-Galiacho, op.cit. pag.151

.- Sueco, soltero, mayor de edad, incapaz de generar (esteril).

**Alemania:** Ley de 10 de septiembre de 1980 <<sobre el cambio de nombre y sobre la determinación de la pertenencia sexual en casos particulares>>. Si a la MRX.

.- Peculiaridad: La gran solución y la pequeña solución. Respecto a la gran solución lo mismo que en el caso de Suecia, mayor, no estar casado, esteril, operación, 3 años demostrando. Consecuencias jurídicas plenas.

.- La pequeña solución supone la posibilidad de cambiar sólo el nombre (registral), **no es necesaria la operación, ni estar soltero.**

**Italia:** Ley núm.164 de 14 de abril de 1982. Es de tendencia bastante liberal.

.- Mediante sentencia se puede acceder MRX (una persona que haya seguido un tratamiento médico de modificación de caracteres sexuales (permitido por sentencia).

.- No se exige ni edad, ni estado de soltería.

.- La MRX conlleva la **disolución automática del matrimonio.**

**Holanda:** Ley de 24 de abril de 1985 (permite a nacionales y extranjeros residentes).

**Turquía:** Ley de 11 de mayo de 1988. La ley cambia el art.29 de Cc turco

<<Si después del nacimiento se produce un cambio de sexo, será procedente la rectificación necesaria en el Registro del estado civil se el cambio de sexo ha sido confirmado por el dictamen de al menos una comisión médica. Si la persona afectada por el cambio de sexo está casada, su cónyuge debe intervenir en las instancias judiciales relativas al mismo y participará delante del tribunal a fin de decidir quién asume la patria potestad de sus hijos comunes; el matrimonio cesa de pleno derecho desde el día en que se inicie el juicio sobre cambio de sexo>>.(sin presión política, el Tribunal de Casación se tenía que pronunciar sobre un caso del entonces presidente de Turquía).Cantante de Estambul Ayvalik.

**EEUU:** Las rectificaciones no se basan en textos legislativos sino en reglamentos.

Canadá desde 1973, Sudáfrica ley de 1974, Australia Meridional 1988, Israel 1986. Finlandia (nunca casado ni haber tenido hijos).

4.- Recomendaciones de los organismos internacionales.

A favor del cambio registral de sexo:

El Parlamento europeo aprobó en 1989 una resolución <<sobre discriminación a los transexuales>>.

- se reconoce el derecho de los transexuales a vivir de acuerdo con su “identidad sexual” (está implicado el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana)

- se condena la discriminación contra los transexuales (criminalización).

- se insta a los estados miembros a que legislen sobre esta materia (el derecho de los transexuales a su reconocimiento jurídico: cambio de nombre, MRX, DNI...)

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en 1989 aprobó una recomendación donde se insta al Comité de Ministros de dicha asamblea a elaborar un documento invitando a los estados miembros a “regular legislativamente en los casos de transexualidad irreversible”.

#### **f.- El derecho a la identidad sexual en la jurisprudencia española.**

Ya sabemos cuál es la situación legal (la Proposición de Ley sobre el “derecho a la identidad sexual” se encuentra en la Cámara de los diputados). Pero el hecho de que no exista legislación no significa necesariamente que el “derecho a la identidad sexual” de los transexuales no esté tutelada de alguna manera en el ordenamiento jurídico español, ya que se han producido algunas reformas legales (1ª) <<Código Penal: Ley Orgánica LO8/1983 de 25 de junio introduce en el art.428 del viejo CP un párrafo despenalizador de la cirugía de cambio de sexo cuando exista consentimiento libre y expreso del afectado..../El nuevo CP , aprobado por LO 10/1995 de 23 de noviembre ha trasladado el casi literalmente el viejo art.428 al nuevo art.156.pár.1º>>, (2ª) Reforma del art.21 RRc (RD1917/1986, de 29 de agosto) <<no se dará publicidad sin autorización especial de la rectificación de sexo>>(para cuando se produzca el posterior reconocimiento legislativo del derecho, anticipadamente el RRc salvaguarda la intimidad del mismo ), y una amplia jurisprudencia que en los últimos años ha sido tendente al reconocimiento del “derecho a la identidad sexual” del transexual.

La falta de legislación nos obliga a considerar la jurisprudencia y nos encontramos con.

#### **1.- Las decisiones judiciales anteriores a 1987.**

El Tribunal Supremo (TS) se pronunció sobre esta cuestión en Sentencia de 2 de julio de 1987: STS de 2 de julio de 1987.

- JPI núm.1 de Sevilla 8 de noviembre de 1976 estimó la demanda.

Apela el Ministerio Fiscal , con éxito, dictó resolución el 4 de julio de 1978.

Contra ella se interpone recurso de casación ante el TS el 7 de marzo de 1980, no aceptó el único motivo del recurso por defecto de forma. No se entra en la cuestión.

.- JPI núm. 3 de Málaga de 29 de septiembre de 1979. Aceptó el cambio registral (no era un transexual, era un intersexual) la sentencia devino firme.

.- **JPI núm.1 de Zamora de 8 de noviembre de 1984.** Desestimada, (MRX) (argumento del sexo cromosomático).

Se apela ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid que en sentencia dictada **el 10 de mayo de 1986** estima el derecho del transexual a la MRX al considerar el sexo psicológico. art.10CE.

.- JPI núm.1 de La Palma del Condado (Huelva) de 2 de noviembre de 1985. Favorable. art.10.1 CE; 14 CE; 24 CE.

.- JPI núm. 2 de Cádiz de 11 de febrero de 1985, 24, 14CE.

.- JPI núm.3 de Mataró, de 4 de noviembre de 1986...

## **2.- Las decisiones judiciales (STS de 2 de Julio de 1987/contra sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Las Palmas de 13 de enero de 1987 que niega frente una anterior a favor) y posteriores.**

Esta sentencia es importante porque por primera vez se enfrentan a la cuestión de fondo.

1.- error en la apreciación de prueba por no haber tenido en cuenta el informe principal del médico forense(había cambio de sexo)

2.- la sentencia infringe una correcta interpretación de los art.41,42 y 44 LRC(Ley de Registro Civil) y art. 328 del Cc (se psicológico)

3.- la sentencia infringe el art. 10.1 de la CE ( el más poderoso argumento)al negar el cambio de sexo se impide el libre desarrollo de la personalidad.

4.- Inaplicación del art.14 CE, al no reconocerse su petición se está produciendo una discriminación por razón de sexo.

Argumentos:

.- Transexualidad hecho de nuestro tiempo

.- Gracias a los avances de la cirugía plástica

.- Derecho a tener un sexo determinado y sólo uno

.- ¿Ha cambiado de sexo? Si (cultura, ciencia, psicología)

.- Pero también dice que el Tr. será un “ficción de hombre si se quiere”, pero el derecho , también protege las ficciones.

.- Luego se acepta la ficción, y como no es hembra, se le reconoce el cambio a efectos de cambio registral (nombre), pero limitando su capacidad de obrar.

.- Define la transexualidad como un “trasvase ficticio”. Los efectos jurídicos del cambio registral de sexo quedan limitados.

.-Pero en el fallo no se hace mención alguna a cuáles son las limitaciones.

.- Hubo votos particulares en contra. (La inmutabilidad del sexo.....) (170)sexo inmanente, sexualidad versátil.....Interesante. Si lo importante es el psicológico, porque se le obliga a operarse quirúrgicamente?. Objeción desde la derecha, pero tiene una vuelta progresista

### **3.- Las decisiones judiciales posteriores a la STS de 15 de Julio de 1988.**

Es la segunda sentencia del TS sobre cambio de sexo. Resuelve favorablemente, recurso de casación presentado por un “intersexual”, inscrito como varón.

### **4.- La STS de 3 de marzo de 1989 y posteriores.**

### **5.- La STS de 19 de abril de 1991 y posteriores**

## I

A lo largo de la historia los diversos ordenamientos jurídicos han considerado que nacer hombre o mujer era determinante de una capacidad de obrar distinta.

Importantes hitos en la evolución de este planteamiento inicial hasta la absoluta equiparación jurídica de sexos (no creo que se haya producido una equiparación absoluta de los sexos, por ejemplo la no posibilidad de matrimonio entre personas del mismo sexo hace una diferencia por razón de sexo. Este hecho conlleva entre otros los problemas de registralidad civil Lo que nos remite a la necesidad de estudiar la historia de la sexualidad y a comprobar un a priori esencialista al respecto )han sido:

.- el Cristianismo

.- la Codificación

- la reivindicación del movimiento feminista
  - la necesidad de incorporar a la mujer al mundo del trabajo
  - el autocontrol de la maternidad
  - las Declaraciones de derechos Humanos y muy fundamentalmente
  - las Constituciones modernas (arts.1.1, 9.2, y 14 CE) que ha vetado, en principio, cualquier discriminación que pueda tener por base el sexo de la persona.
  - Desaparición de la tradicional restricción en la capacidad de la mujer casada.
- Art.32 CE

Lo anterior no obsta para que todavía en nuestra legislación existan algunas diferencias en la condición civil de los dos sexos que están perfectamente justificadas, bien por razón de la distinta conformación biológica de uno y otro, bien por razones de pudor, bien por necesidades de la Nación, bien por razones de tradición histórica. (Aquí bien se ampara el esencialismo sexual de los sexólogos, J.W. Los juristas se amparan en los científicos y los científicos en los juristas y debajo de ello una concepción esencialista del sexo, la sexualidad y una presunción de la heterosexualidad como norma).

## II

Mientras que por razón de su sexo (o por cómo se construyó su sexo) la mujer sufrió restricciones en su capacidad de obrar, éste fue considerado como un estado civil. Sin embargo, la igualdad jurídica entre ambos sexos, y la revisión moderna del concepto de estado civil (Estado civil: el significado etimológico de la palabra estado señala su carácter estable o no fácilmente variable. Y es que responde el estado civil a las líneas fundamentales de la organización civil, así matrimonio, nacionalidad y en cada uno de sus tipos o relaciones de estado se distingue un número determinado de puntos en los que hay que incluir a las personas (por ej.: casado soltero, separado...)). Puede por ello definirse como “ la cualidad de la persona por su especial situación y consiguiente condición de miembro en la organización civil de la comunidad, que determina su dependencia o independencia jurídica y afecta a su capacidad de obrar (general, especial), es decir, el ámbito propio de poder y responsabilidad”.

El concepto de estado civil, constantemente aludido en el Código (arts.9.1, 237,7º, 325, 1252, 1814) y nunca definido, halla su origen en Roma en cuyo derecho la situación, o status, determinaba la condición de la persona, conforme al aforismo

*persona est homo statu civili praeditus*, concretando los textos el relieve de su importancia; si bien de ser estos mismos textos, como resaltó De CASTRO, los que al referir el término status a una diversidad de contenidos carentes de relación con la persona, han confundido a la doctrina.

El Derecho romano hizo girar el estado civil de la persona en torno a tres categorías o situaciones fundamentales: la de libertad, la de ciudadanía, y la de familia, como requisitos que, cumplidos, autorizan la plena capacidad, pues sólo el hombre libre, ciudadano y no sometido a manus es apto de plenitud (*cives romanus sui iuris*). Pero al perder relieve la esclavitud, al afirmarse la igualdad entre nacionales y extranjeros y al no ser causa de restricción el sometimiento al padre, el concepto tradicional deja de tener su significado original, comenzando a llenarse con nociones metajurídicas, sociales, lo que provoca la menos la conveniencia de su precisión por lo menos en el marco estricto del Derecho.

Doctrinalmente, la primera cuestión que pudo plantear el “status” fue desvincularle de toda referencia a consideraciones de casta, como noción que se opone al “contractus”. Momento a partir de cual se planteó en la doctrina qué sentido y alcance podría tener, y si debía tener alguno, la noción de estado civil; que por ejemplo se desconoce en el B.G.B., mientras es llevado a un tratamiento abundante por autores latinos.

En nuestra tradición histórica, las Partidas consideran el estado concibiéndolo como “el modo o manera en que los hombres están”, enumerando una serie de situaciones, que, recogidas y ampliadas en la glosa de Gregorio López, explican la atención que se dio al tema en los diversos proyectos del Código. Bajo tal perspectiva . De Castro considera el “estado civil” – como se ha expuesto- desde la perspectiva íntima y personal de “cualidad de la persona en cada situación que la organización civil de la comunidad considera como fundamental y por ello con efectos jurídicos”.

En nuestro derecho pueden considerarse como situaciones de estado las siguientes: a) Respecto de la independencia personal las situaciones de mayoría y minoría (normal y con emancipación y habilitación de edad o vida independiente); aptitud plena y las que entrañan defecto de legitimación (incapacidad declarada); b) Por consideración al sexo, y sin perjuicio de la igualdad proclamada en el art.14 CE, la condición de hombre o mujer es aún determinante, siquiera sea de modo incidental (art.124 párrafo segundo, CC, servicio militar,etc.); c) Respecto a la situación familiar, se señalan los estados de soltero, casado, jurídicamente separado, divorciado y viudo,

así como los de hijo matrimonial no matrimonial y adoptivo; d) Con referencia al grupo, la condición de vecino, y la de nacional o extranjero; ¿cabe ya hablar de extranjero perteneciente o no a la Comunidad Europea?; e) Respecto a la existencia de la persona, la situación de desaparecido, ausente legal, de declarado fallecido.

Son caracteres del estado civil: a) su personalidad, en el sentido de que toda persona tiene, al menos, un estado civil, como cualidad de la personalidad misma, razón por la cual se ampara de posibles ataques; b) su consideración de orden público, siendo, pues, materia sustraída a la autonomía privada y no puede ser objeto de transacción; c) tiene eficacia erga omnes, lo que explica la intervención del Ministerio Fiscal en los juicios sobre estado civil y que las sentencias recaídas en cuestiones de estado producen el efecto de cosa juzgada, incluso respecto de quienes no han sido parte en el proceso.

El estado civil necesita adquirirse, lo que se produce al estar la persona en la situación que es supuesto de hecho de la norma; a la que puede accederse por un acto de autonomía (matrimonio), o por derivación fáctica (español, extranjero). Disponer de un estado civil autoriza a su ejercicio y consecuencias, de donde se deduce que el estado civil es título de legitimación para el ejercicio de actos, acciones y facultades propios de ese estado. La legitimación del estado se consigue mediante el estado mismo en el Registro Civil, o por su posesión (posesión de estado).

La inscripción del estado civil permite al Registro expedir el acta correspondiente que es la prueba del estado que los asientos registrales declaran. Pero es dable que no exista registro o sea imposible certificar el asiento, en cuya hipótesis se admiten otros medios de prueba de dicho estado, siendo uno de los más relevantes la posesión de estado.(V.incapacitación)

El Tribunal Supremo en sentencia 2-VII-87 ante la pretensión de un transexual de cambiar el nombre de varón por el de mujer, admite el derecho de hacerlo constar así en el Registro Civil, pero “sin que tal modificación registral suponga una equiparación absoluta con la del sexo femenino para realizar determinados actos o negocios jurídicos, pues cada uno de estos exige la plena capacidad y aptitud en cada supuesto” (así, casarse, adoptar...). En esta sentencia cuatro de los magistrados han formulado voto particular disintiendo del fallo, al partir de que la “composición cromosómica masculina del transexual en el caso de la sentencia sigue inalterable, siendo el sexo inmanente al ser humano, mientras que la sexualidad por referirse a la conducta del individuo es contingente y versátil”. (v. derecho civil, incapacitación judicial, sexo, edad, emancipación, minoría de edad, matrimonio, nacionalidad, registro del estado

civil, extranjero, patria potestad, tutela). ha hecho que necesariamente el sexo deje hoy de ser considerado como tal estado.

Ello no implica que el sexo no pueda influir en el estado civil de la persona, pues hay estados que tienen por base la diferencia de sexo (matrimonio) y, otros, que no atribuyen el mismo contenido de derechos y deberes para personas de distinto sexo (ser español impone al varón el deber de prestar servicio militar, pero no a la hembra: Lo siento pero ya no).

Pero cuando la doctrina parecía haber cerrado filas en torno a la no consideración del sexo como estado civil, las demandas de rectificación registral de sexo en supuestos de intersexualidad y, fundamentalmente, de transexualidad han suscitado de nuevo el debate.

Así, con poco acierto, un sector de la doctrina española y francesa ha negado que el transexual pueda rectificar su mención registral de sexo por considerar, erróneamente, que éste es un estado civil y ser, por tanto, indisponible.

Sin embargo las limitaciones impuestas por el TS (SS.de 2 de julio de 1987, 15 de julio de 1988, 3 de marzo de 1989, y 19 de abril de 1991) en cuanto a la capacidad de obrar del transexual, al negarle la posibilidad de que, una vez rectificado el sexo registral, pueda realizar todos los actos y negocios propios del sexo al que accede, sí que introducen incertidumbre en este punto hasta que una ley especial aclare cuál es el alcance jurídico que esa rectificación tiene.

### III

La ley, entendemos que con acierto, nunca ha definido el sexo, pues se trata de un concepto 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 tanto por el criterio monolítico de la fórmula cromosómica XX para la mujer y XY para el hombre (que puede, además, resultar irregular), como por la conformación anatómica de la persona en el nacimiento, pues se entiende que el sexo es el resultado final de una yuxtaposición, normalmente perfecta, entre sus llamados elementos objetivos o biológicos (sexo genético o cromosómico, cromatínico, 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

La asignación al recién nacido de uno de los dos sexos se realiza tras una simple *inspectio corporis* del sexo genital. Esa asignación se presume correcta, ya que, generalmente, suele haber equilibrio o *bilancio sessuale* - como lo llama la doctrina italiana- entre los diversos componentes del sexo. Sin embargo esa armonía puede romperse en dos casos:

1º.- **Intersexualidad**. Se da cuando un elemento objetivo cromosomático es imperfecto. Sus principales manifestaciones son:

- a) una inicial ambigüedad anatómica que hace difícil la asignación al neonato de uno de los dos sexos;
- b) el individuo no presenta al nacer ambigüedad y es, por ello, asignado correctamente a un sexo determinado, pero posteriormente evoluciona anaatómico-genitalmente hacia el otro sexo.

2º.- **Tansexualidad** (o síndrome transexual). Aparece cuando, aún siendo normal la composición cromosomática y anatómico-genital del individuo, y por tanto, correcta la asignación de sexo registral del neonato, posteriormente su verdadera identidad sexual (que se forma en los primeros años de vida, y donde el llamado sexo cerebral juega un papel determinante) hace que se sienta perteneciente a un sexo distinto del suyo biológico, y por tanto, registral.

#### V

Si la inicial inscripción registral del sexo resulta contestada por la posterior evolución anatómico-genital del individuo hacia el otro sexo (estado intersexual), la jurisprudencia y la doctrina se muestran unánimes en reconocer al afectado la posibilidad de rectificar la inscripción registral (para que acceda al Registro su verdadero sexo biológico-genital) mediante el expediente gubernativo que hace referencia el artículo 93.2 LRC, que también es el indicado para corregir los errores

materiales en cuanto a esta mención. Así lo ha mencionado reiteradamente la Dirección General de los Registros y del Notariado.

## VI

Esa 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, normalmente ha adaptado su morfología sexual externa mediante una complicada y arriesgada terapia médica.

Frente a los que niegan tal posibilidad por considerar que el sexo viene exclusivamente determinado de por vida por la composición cromosómica y genital del individuo, entendemos que aquél es una realidad esencialmente compleja en la que – científicamente- los elementos subjetivos (sexo psicológico y sexo psicosocial)son preferentes a los objetivos (cromosómico y genital) que la persona tuvo al nacer; de ahí que el transexual puro tenga derecho a que su verdadera identidad sexual (como expresión de su identidad personal a ser uno mismo en su propia conciencia y en la de los demás) acceda y quede reflejada en el Registro Civil.

## VII

Ante la carencia en nuestro país de una ley reguladora de los efectos jurídicos de la transexualidad, un sector doctrinal y jurisprudencial, al que nos sumamos, ha construido el derecho a la identidad sexual en base a los siguientes asideros constitucionales:

- a) *el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art.10 CE)*
- b) *la protección a la salud (art.43 CE), como derecho de toda persona a su bienestar psicosocial;*
- c) *el derecho a la intimidad personal y a la propia imagen (art.18.1CE), así como a la dignidad personal (art.10.1CE),*
- d) *el derecho a la integridad psicofísica (art.15CE).*

## VIII

Nuestro TS, ante el vacío normativo existente en España sobre esta materia, ha recogido en cuatro importantes sentencias (SS.2 de julio de 1987, 15 de julio de 1988, 3 de marzo de 1989, y 19 de abril de 1991) el derecho al cambio de sexo de las personas afectadas de síndrome transexual, haciendo las siguientes afirmaciones:

- a) Toda persona tiene derecho a un sexo bien determinado en lo que respecta a sus atributos psicológicos y características sexuales.
- b) Entre los diversos elementos del sexo, los componentes psicosocial y morfológico priman sobre el resto.
- c) El libre desarrollo de la personalidad (art.10 CE) 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 anatómico-genital que le aproxime a los caracteres morfológicos típicos del sexo que desea y vive como propio.
- d) Sin embargo, al no ser posible variar la fórmula cromosómica del sexo del nacimiento mediante este 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), ya que cada uno de éstos exigiría la plena capacidad y actitud en cada supuesto.

## IX

Tras un exhaustivo examen de nuestra jurisprudencia de instancia puede decirse que en ella hay práctica unanimidad a la hora de reconocer dicho derecho al transexual, por estimar preferente complemento definitorio del sexo el componente psicosocial frente al biológico. Esta jurisprudencia menor suele ser más avanzada que la de nuestro TS, pues es raro hallar en ella alguna sentencia que limite los cambios jurídicos del cambio de sexo (Cambio registral de sexo).

## X

El TEDH también ha terminado reconociendo el derecho a la identidad sexual. Si en los casos *Van Oosterwijck* contra Bélgica (1980) –por no haber agotado el demandante los recursos internos de ese Estado-, *Rees* contra el Reino Unido (1987) –por entender en ambos casos que cada Estado es soberano para organizar su propio sistema registral-, el Tribunal de Estrasburgo rechazó la pretensión de los demandantes de ver rectificado su sexo registral, sin embargo, la sentencia de 25 de marzo de 1992 (caso B. Contra Francia) supuso un giro histórico, ya que se condenó al Estado galo por no reconocer el sexo psicosocial del demandante y considerar esta negativa un atentado contra el derecho a la intimidad protegido por el artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos humanos de Roma de 1950.

## XI

Dentro de esta tendencia al reconocimiento del derecho a la identidad sexual, son ya varios los Estados que admiten el cambio registral de sexo en supuestos de transexualidad. Así, se han adoptado soluciones administrativas (Austria, Dinamarca, Noruega, Israel, y distintos Estados USA, etc.) legales (como en el caso de Suecia, Alemania, Italia, Holanda, Turquía y Panamá), o bien jurisprudenciales, que han terminado reconociendo la prevalencia del sexo psicosocial sobre el biológico por entender que el mantenimiento de una persona en el sexo que no siente como propio, constituye un atentado contra su intimidad y vida privada (Francia, Polonia, Bélgica, Luxemburgo, etc.).

Así mismo el Parlamento Europeo y el Consejo de Europa, en sendas importantes resoluciones adoptadas en 1989, han consagrado este derecho e instado a los Estados miembros a tomar medidas legislativas tendentes a su reconocimiento.

## XII

Por transexualidad o síndrome transexual entendemos, desde un punto de vista estrictamente jurídico, el síndrome sufrido por quien presenta una discordancia entre el sexo que psicológicamente siente como propio y el que anatómicamente 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.

### XIII

Las importantes consecuencias que se derivan de la transexualidad (adaptación al medio social, transformación somática y rectificación registral de sexo) entendemos que obligan a que la persona no sea diagnosticada hasta que hay alcanzado un grado suficiente de madurez y por un especialista en los problemas de la identidad sexual durante un periodo de entre uno y dos años, durante el cuál deberá, también superar el llamado “*test de la vida real*” que valorará el grado de adaptación al nuevo sexo. Diagnóstico que, en caso de no ser acertado, puede dar lugar a la responsabilidad penal o civil del especialista.

### XIV

El transexual suele, además, experimentar un incontenible deseo de “corregir” su sexo anatómico mediante una terapia hormonal y quirúrgico-estética para adquirir los caracteres fenotípicos o morfológicos de su sexo psicológico.

En España, al igual que se hizo anteriormente en otros muchos países, la cirugía transexual ha sido despenalizada por la reforma del viejo Código Penal de 1983 (art.428, pár.2º) – que el nuevo Código Penal copia casi literalmente en este punto (art.156,pár.1º)- siempre que hubiera mediado el previo consentimiento libre del paciente mayor de edad y capaz.

Entendemos , *de lege ferenda*, que para el tratamiento hormonal y quirúrgico practicado del transexual sea lícito, su consentimiento deberá reunir los siguientes requisitos: a) ser prestado personalísimamente por persona mayor de edad o menor emancipado o de vida independiente; b)ser válida, libre y expresamente emitido, y c) no ser fruto de precio o recompensa..

Asimismo, consideramos que, de lege ferenda, el tratamiento debería ser previamente autorizado por el Juez competente –asesorado por peritos en la materia-

para asegurarse, antes de ser practicado, de que el paciente ha sido diagnosticado de transexualidad, así como de su necesidad y correcta realización.

La responsabilidad civil o penal del facultativo podría tener lugar: a) por no ser especialista en la materia; b) por no exigir el previo dictamen psicológico; c) por no reunir el consentimiento del paciente los requisitos ya señalados; y d) practicar el tratamiento sin exigir la previa autorización judicial.

## XV

El transexual no considera adquirida su verdadera identidad sexual hasta que consigue rectificar la mención registral de su sexo, lo que se ordenará, como ha señalado el TS y la DGRN (dirección general de los registros y del notariado), por medio de una sentencia recaída en juicio ordinario de menor cuantía (arts. 92 LRC y 484.2º LEC), descartando el expediente gubernativo que prevé el artículo 93.2 LRC, el cual queda reservado exclusivamente para supuestos de error material en la inscripción de sexo o error por intersexualidad de la persona. Solución que nos parece acertada por entender que el proceso judicial es el lugar idóneo para que quede demostrada, con todas las garantías necesarias, la autenticidad de la transexualidad alegada por el demandante.

El proceso se inicia mediante lo que entendemos que no es una acción de estado civil, al haber perdido el sexo esta consideración, sino una acción personal de rectificación registral de nacimiento en cuanto al sexo. Esta acción puede ser ejecutada por el transexual mayor de mayor edad, menor emancipado o de vida independiente, y el Ministerio Fiscal. Juez competente será el del domicilio del actor.

## XVI

Dada la trascendencia que la rectificación del sexo tiene, entendemos de lege ferenda, que, para que le sea concedida, el transexual debe reunir probadamente los siguientes requisitos:

1º.- Ser mayor de edad, menor emancipado, o en su caso, con vida independiente. 2º.- Ser plenamente capaz de obrar. 3º No estar ligado por vínculo

matrimonial alguno en el momento de presentar la demanda (requisito que exigen las leyes sueca, alemana, holandesa sobre la transexualidad). 4° Probar los hechos en los que funde su demanda. Así:

- a) Haber sido diagnosticado como transexual durante el periodo ya señalado, y haber superado el “test de la vida real”.
- b) Que ha pasado, con el previo control judicial, por las distintas fases del tratamiento médico para aproximarse a las características anatómicas del sexo que siente. Lo que exige, a su vez, la previa esterilización del transexual (para evitar situaciones como que el varón que ha pasado a mujer tenga hijos como hombre **¿qué pasa con la mujer que ha pasado a varón y puede tener hijos como mujer?**, su hormonización (porque de alguna manera hay que exteriorizar el sexo al que psicológicamente pertenece), y la práctica de la cirugía transexual, salvo en aquellos excepcionales casos en los que por diversas razones (problemas de salud, riesgos por razón de edad, o necesidad justificada de aplazar la intervención) no resulte aconsejable.

5°.- El Juez, antes de autorizar la modificación registral de sexo, debe necesariamente alcanzar la plena convicción de que se trata de un verdadero transexual, tras valorar la realidad del síndrome alegado.

## XVII

Normalmente, el transexual solicita la rectificación registral de su sexo y de su nombre, pero puede ocurrir que, al no estar plenamente convencido de su sentimiento de pertenencia al sexo opuesto, prefiera optar por el momento de cambiar sólo de nombre. Posibilidad que de lege ferenda, cabría admitir al modo en que lo hace la solución “pequeña” prevista por la Ley alemana de 10 de septiembre de 1980, pero que debería estar prohibida para el transexual ya operado u hormonizado, dado el carácter irreversible de estas acciones médicas.

La rectificación registral de sexo pensamos que es irreversible, salvo que, de lege ferenda, el transexual hubiera optado sólo por cambiar su nombre, a quien habría que admitir, como hace la solución “pequeña” alemana, regresar al suyo original, bien por propia voluntad, bien automáticamente si suceden una serie de hechos que

presumiblemente demuestren que su sentimiento de pertenencia al otro sexo no era verdadero.

## XVIII

La rectificación registral de sexo tiene efectos ex nunc porque resulta imposible determinar cuándo aflora naturalmente en el transexual su verdadera identidad sexual, chocando así con la mención registral de su sexo. Por tanto, las relaciones jurídicas anteriores a la rectificación deben quedar inalteradas, entre ellas las paterno-filiales.

De la rectificación de su sexo en el Registro Civil no se dará publicidad a terceros salvo autorización especial que sólo se expedirá cuando el interesado demuestre un interés legítimo como sería, por ejemplo, el pretender contraer matrimonio con la persona a la que afecta la rectificación, pues quiere conocer cuál es la verdadera identidad de quien puede llegar a ser su futuro cónyuge.

## XIX

Una vez decretada por sentencia la rectificación registral de sexo y nombre, y modificados, a su vez, los correspondientes asientos, entendemos, de lege ferenda, que el transexual debería pasar a ser considerado, sin limitación alguna por el derecho, como persona perteneciente al sexo que ahora, tras la rectificación, anuncia el Registro. Lo contrario constituiría una injustificada limitación del derecho al libre desarrollo de la personalidad en el que aquél se fundamenta. Además, podría significar la creación artificial de un tercer sexo, fuente segura de discriminación e inseguridad jurídica.

## XX

Sin embargo, nuestro TS en las cuatro ocasiones en que se ha pronunciado favorablemente por el reconocimiento del derecho a la identidad sexual, ha restringido los efectos jurídicos de la rectificación de sexo, al entender que, por mucho cambio psicológico y social que se haya producido en el transexual, sus cromosomas son de por

vida inalterables. Así, ha señalado que el transexual tan sólo tiene un primigenio derecho a cambiar de nombre para adecuarlo al sexo que siente y vive, sin que la rectificación, por tratarse de una ficción, le autorice a celebrar todos los actos que correspondan a su nueva identidad sexual, especialmente el derecho a contraer matrimonio con persona de sexo registral distinto.

También la DGRN (R. de 2 de octubre de 1991) y el TEDH (casos Rees y Cossey contra el Reino Unido) han negado específicamente el derecho del transexual al que se le ha rectificado su sexo a contraer matrimonio con persona de distinto sexo registral, por entender que la diferencia de sexo que se exige en el matrimonio es biológica y no, como es el caso registral.

Esta jurisprudencia del TS, TEDH y DGRN limitativa del ius nubendi del transexual, no es seguida mayoritariamente por nuestros tribunales de instancia que ya han autorizado algún matrimonio en el que uno de los contrayentes era un transexual.

## XXI

Entendemos que el transexual, aunque ya le ha sido rectificado su sexo y nombre en el Registro, debería, de lege ferenda, tener derecho a contraer matrimonio civil con persona de sexo registral distinto en base a los siguientes razonamientos.

1º - Según la doctrina más autorizada, nuestra Constitución y nuestro C.c permiten que se contraiga entre personas de distinto sexo, pero registral.

2º.- La impotencia generandi que presenta el transexual no es un impedimento para contraer matrimonio, que ha desaparecido como tal de nuestro C.c (viejo art.83.3º)

3º.- Nuestro derecho no exige en ningún momento que el fin primordial del matrimonio sea la procreación o generación de la prole.

4º.- Si se le impide el matrimonio al transexual, se le está negando el ius nubendi como derecho constitucional, ya que no podría contraerlo con persona de distinto sexo registral.

5º.- Rechazamos el argumento de nuestro TS de que el matrimonio entre un transexual y un no transexual sería nulo por error de éste en las cualidades personales del primero (art.73.4º C.c) pues:

- a) el contrayente puede conocer antes de contraerlo la condición de transexual de su cónyuge;
- b) se puede demostrar que, aun desconociéndola, de haberla conocido hubiera prestado el consentimiento matrimonial; y

- c) el matrimonio puede en todo caso convalidarse si llega a transcurrir un año desde que el contrayente no transexual salió del error (art.76, pár.2º C.c)

## XXI

La necesidad de no restringir la capacidad del transexual en su nuevo sexo registral impide que el transexual sea discriminado por el hecho de serlo en el ámbito laboral, sucesorio, deportivo, carcelario, etc.

También entendemos que al transexual se le debería permitir adoptar siempre que cumpla los requisitos señalados legalmente, y que el interés del adoptante lo aconseje.

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 gran parte de la doctrina, jurisprudencia y recomendaciones de algunos organismos internacionales- una intervención del legislador español para regular los aspectos jurídicos de la transexualidad. Rechazamos una solución exclusivamente jurisprudencial, pues además de exceder de sus competencias, entendemos que añadiría incertidumbre en una materia como ésta tan necesitada de seguridad jurídica.