

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS GOMENTADAS

LA TRANSEXUALIDAD Y EL ESTADO CIVIL

(En torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 7 marzo de 1980):

SUMARIO: 1. El caso llegado al Tribunal Supremo.—2. Concepto de la transexualidad y problemas jurídicos que plantea.—3. Referencia al Derecho comparado.—4. La Sentencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos de 4 de octubre de 1980.—5. La cuestión en Derecho español.

1. Una sentencia del Tribunal Supremo de fecha 7 de marzo de 1980 ha tenido ocasión, aunque sin entrar en el fondo del asunto, de enfrentarse con un problema humano de difíciles consecuencias jurídicas en el campo del estado civil, como es la cuestión de la transexualidad.

En el caso que ha llegado a la casación, se formuló ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Sevilla por la representación de don E. H. A., demanda de mayor cuantía contra el Ministerio Fiscal, sobre declaración de cambio de sexo, alegándose los siguientes hechos básicos: 1.º Que el demandante desde su infancia ha venido padeciendo de un gran desequilibrio hormonal, que derivó incluso en manifestaciones de desarrollo propio de hembra, pues a la edad de doce o trece años experimentó un crecimiento espontáneo del pecho, y, junto a estas manifestaciones físicas, sus reacciones y sentimientos han sido siempre propios de mujer. 2.º Que el demandante visitó en Amsterdam a cierto doctor, dispuesto a someterse a un tratamiento psiquiátrico para solucionar su problema, pero el dictamen de dicho doctor fue que no cabía la posibilidad de ninguna forma de psicoterapia y que la única solución real era una intervención operatoria de los órganos genitales, y 3.º Que con fecha 12 de febrero de 1975 se realizó en Heiloo (Holanda) esa intervención quirúrgica de transexualización, con objeto de armonizar su forma genital física con la mental. Con cita de los pertinentes fundamentos de derecho, la demanda terminaba con la súplica de que se dictase sentencia por la que se declarase el cambio de sexo operado en el demandante y se modificara la inscripción en el Registro Civil (1).

(1) Se trata, pues, de una acción declarativa de estado civil que ha de formularse en juicio ordinario de mayor cuantía, por aplicación del artículo 483.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en armonía con el artículo 92 de la Ley del Registro Civil que sienta la regla general de que la rectificación del Registro ha de obtenerse precisamente por «sentencia firme recaída en juicio ordinario».

Seguidos los trámites oportunos, el Juez de Primera Instancia dictó sentencia, estimando la demanda, pero el Ministerio Fiscal recurrió en apelación, que fue acogida íntegramente por la Audiencia. Contra la sentencia de la Audiencia recurre en casación la representación del interesado con invocación de un único motivo: a los fines prevenidos en el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se señala el párrafo séptimo del artículo 1.692 de la expresada Ley, por considerarse que en la apreciación de la prueba ha existido error de hecho por cuanto no se ha tenido en cuenta el informe del forense, obrante en autos, que constituye un documento especialísimo, habida cuenta de la singularidad del hecho debatido, y que evidencia la equivocación del juzgador.

La sentencia del Tribunal Supremo, de la que fue ponente el magistrado don Antonio Sánchez Jáuregui, desestima el recurso de casación. El considerando fundamental que es el segundo, afirma, en síntesis, que los dictámenes periciales no son documentos ni actos auténticos a efectos de casación, según las numerosas sentencias que se citan; que son ineficaces para la demostración en casación de los errores de hecho, que carece la apreciación personal del perito del concepto de documento o acto auténtico en el sentido de veracidad indiscutible que requiere el número 7.º del artículo 1.692 para utilizarla a los fines de enervar la apreciación de las pruebas hecha por el Juzgador de Instancia (Sentencia de 31 de marzo de 1931) y que, en definitiva, constituye el dictamen de los peritos un medio de prueba cuyo análisis y valoración, según las reglas de la sana crítica, corresponde al Tribunal sentenciador, de conformidad con las facultades que le otorga el artículo 632 de la citada Ley procesal.

Hay un aspecto, sin embargo, que queda en el aire en esa demanda, cual es el relativo al nombre propio que debería figurar en la inscripción de nacimiento, en caso de que prosperase la acción, pues se da además la circunstancia de que el nombre del demandante Eduardo no tiene normal equivalente onomástico femenino. En los casos distintos de indicación equivocada del sexo, en los que es posible acudir a la vía del expediente gubernativo conforme al artículo 93-2.º de la Ley del Registro Civil, una Resolución de la Dirección General de los Registros de 15 de febrero de 1967 declaró que la competencia que corresponde al encargado para resolver este expediente, por aplicación del artículo 343 del Reglamento del Registro Civil, se extiende también a la variación de masculino a femenino del nombre propio, y viceversa, e incluso a la atribución de otro nombre cuando el impuesto no admita como usual la variante correspondiente al otro sexo. Esta doctrina ha sido completada por dos Resoluciones posteriores de 2 de marzo y de 12 de junio de 1971, las cuales, sobre la base de que esa competencia del encargado se extiende sí a la fijación del nuevo nombre propio, aclaran que esta fijación no implica un verdadero caso de cambio de nombre, sino que se trata de colmar un vacío registral en cuanto al nombre del mismo modo que si no se hubiera hecho constar nombre propio en la inscripción de nacimiento; y este vacío ha de completarse por las normas contenidas al efecto en los artículos 213 y 212 del Reglamento del Registro Civil, de las que resulta que habrá que mantener el nombre propio que hubiere venido usando el interesado, traduciéndolo en su caso a alguna de las lenguas españolas; y que si no consta esta utilización de un nombre propio, habrá de atribuirse el impuesto canónicamente; en su defecto, el elegido por el interesado o su representante legal y, en último término, uno impuesto de oficio por el propio encargado.

Es decir, por el enfoque exclusivamente procesal del recurso entablado nuestro más alto Tribunal no ha podido entrar a examinar las cuestiones de fondo que planteaba el caso debatido.

2. Pero ¿qué es la transexualidad? y ¿cuáles son los principales problemas jurídicos que suscita? (2).

El síndrome transexual se caracteriza esencialmente por el deseo obsesivo de cambiar de sexo, como consecuencia de un sentimiento íntimo y auténtico de pertenencia al sexo opuesto y de un verdadero disgusto hacia los propios órganos genitales. En el individuo existe un conflicto dramático por la divergencia entre su sexo aparente, masculino o femenino, y el sentimiento profundo e inexplicable que tiene de su género femenino o masculino.

La profunda anomalía del transexualismo permanece limitada al campo sexual y no se extiende a las actividades intelectuales, profesionales y sociales del transexual, de modo que no puede ser considerado como un enfermo mental. Pero tampoco es un homosexual, pues mientras éste busca deliberadamente la ambigüedad sexual, el transexual quiere huir de tal ambigüedad.

El transexual es, por el contrario, casi siempre un travesti, lo que no significa, sin embargo, que todo travesti sea transexual. Para el travesti llevar los vestidos del otro sexo es en sí mismo una fuente de satisfacciones eróticas, mientras que para el transexual el travestismo no es más que la consecuencia lógica de su pertenencia al otro sexo. Pero si el travestismo puede bastar al principio al transexual, éste experimenta después la necesidad de poseer igualmente las características físicas del otro sexo y a ello sólo puede llegarse por medio de una intervención quirúrgica. Y claro está que la posibilidad de que una operación de este tipo envuelva un verdadero cambio de sexo, sólo puede admitirse sobre la base de entender que el sexo es una realidad compleja y que no está determinado de una manera definitiva en el momento del nacimiento.

Para los partidarios del transexualismo el sexo de un individuo resulta de un conjunto de elementos muy variados: genéticos, cromosómicos, cromatínicos, gonádicos, gaméticos, gonofóricos, hormonales, somáticos, psíquicos, sociales... La desarmonía entre algunos de estos elementos puede dar origen a diferentes anomalías sexuales, entre ellas la del estado de transexualidad.

El tratamiento del síndrome transexual puede intentarse a través de una hormonoterapia destinada a corregir el comportamiento psíquico y a permitir la transformación anatómica. Y como los resultados de este tratamiento no son siempre positivos, se puede recurrir a la psicoterapia. Ahora bien, como tampoco ésta asegura el éxito, se dice que el único tratamiento verdadero es, al menos en el estado actual de la ciencia médica, el tratamiento quirúrgico completado por el tratamiento hormonal.

La intervención quirúrgica que parte siempre de la extirpación de los

(2) En la exposición que sigue me he servido fundamentalmente del excelente informe que M. Delvaux, presidente de la Sección Nacional de Luxemburgo, presentó al Bureau de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC), celebrado en Nantes en marzo de 1980.

órganos sexuales es extraordinariamente delicada y puede dar lugar a sucesivas operaciones, especialmente en el caso de cambio de mujer a hombre. Hay que reconocer, además, que los resultados de este tratamiento quirúrgico, verdaderamente radical, no parecen ser todo lo satisfactorios que se pensaba.

En todo caso lo cierto es que existe un buen número de transexuales operados y que hay que clarificar su especialísima situación desde el punto de vista jurídico. En este campo las cuestiones fundamentales que se plantean parecen ser las siguientes:

1.º Un problema penal previo: la licitud de la intervención quirúrgica.

2.º Una cuestión de identificación. Al transexual le trastorna llevar un nombre propio que no se corresponde con el sexo a que ha pasado o quiere pasar, sino con el sexo opuesto aborrecible. Sin otra modificación del Registro Civil, el cambio del nombre propio puede ser una solución, aunque sea parcial, a algunos de sus problemas (3).

3.º El problema fundamental de decidir si el transexual operado puede obtener la confirmación oficial del cambio de sexo. Normalmente se tratará de ejercitar una acción declarativa de estado civil, dirigida específicamente a constatar la modificación del sexo. Pero también puede estimarse posible una acción exclusivamente registral de rectificación de error en cuanto al sexo (4).

4.º Aun admitido que se llegue oficialmente a esta constatación del cambio de sexo, queda aún la cuestión muy importante de decidir si el interesado tendrá aptitud para ejercitar todos los derechos derivados de su nuevo sexo (5). La cuestión es especialmente vidriosa con respecto al «ius nubendi» y habrá de resolverse según el concepto que de la institución matrimonial se tenga en cada país. Es obvio que todo transexual intervenido quirúrgicamente, pase al sexo masculino o al femenino, deviene impotente y que esta impotencia para el matrimonio está públicamente reconocida. Permitir las nupcias al transexual con persona del sexo opuesto, pero que a su vez es el sexo originario de aquél, puede repugnar a la concepción tradicional del matrimonio, especialmente si se tiene en cuenta que hay ciertos elementos constitutivos del sexo, como los cromosomas, de imposible variación.

(3) Claro que esta solución únicamente puede estimarse totalmente útil en aquellos países en que los documentos oficiales de identificación de las personas no mencionan el sexo originario. En España el Documento Nacional de Identidad, a diferencia del pasaporte, menciona el sexo, si no explícitamente, sí implícitamente a través de las expresiones «hijo de» e «hija de».

(4) La posibilidad teórica de esta segunda acción estará ligada al concepto que se tenga en cada legislación sobre el error registral. Lógicamente y a no ser que la medicina llegue a admitir un transexualismo congénito, no habrá habido error ninguno inicial en el momento de la inscripción de nacimiento. Pero aún así puede entenderse que el error sobrevenido entra también en la noción de error registral.

(5) Lo que, en cambio, es indudable es que la transexualidad declarada oficialmente no podrá tener eficacia retroactiva con respecto a las situaciones jurídicas anteriores a la operación. El padre seguirá siendo «padre» de sus hijos, aunque haya pasado al sexo femenino...

3. Para revolver estos problemas algunos países como Suecia y Alemania Federal han dictado leyes específicas sobre la materia.

La Ley sueca es de 21 de abril de 1972 y prevé el cambio jurídico de sexo como consecuencia de una intervención quirúrgica destinada a este fin. Su artículo 1.º señala que «el que, desde su juventud, experimente que pertenece a sexo distinto del que aparece inscrito en el Registro parroquial y se comporta en consecuencia y, según toda probabilidad, se seguirá comportando del mismo modo, puede a petición propia obtener la constatación de que pertenece al otro sexo». Se exigen como requisitos especiales que el interesado tenga 18 años, que sea incapaz para la procreación y que sea soltero y de nacionalidad sueca. Se establece que la intervención quirúrgica requiere una autorización administrativa especial que sólo se concede si se cumplen determinadas condiciones legales y contra la cual cabe recurso ante un Tribunal administrativo. Se prevén, en fin, sanciones penales para los que infrinjan las prescripciones de la ley o violen el secreto médico.

La Ley alemana de 11 de agosto de 1980 tiene su antecedente inmediato en una decisión del Tribunal constitucional alemán de 11 de octubre de 1978. Esta decisión estimó que la dignidad humana y el derecho fundamental de libre desenvolvimiento de la personalidad exigen que sea cambiada la indicación del sexo masculino en la inscripción de nacimiento, siempre que, según dictamen médico, se esté en presencia de un caso irreversible de transexualismo y haya sido realizada una operación quirúrgica de adaptación sexual. La sentencia decidió que los Tribunales alemanes están obligados constitucionalmente a decretar el cambio de sexo en la inscripción de nacimiento, basándose en el concepto de rectificación de error previsto en la ley sobre el estado civil de la persona, es decir, que la rectificación alcanza a las indicaciones que han llegado a ser falsas con posterioridad a la extensión del acta. El propio Tribunal constitucional señalaba la conveniencia de que el legislador alemán regulara los problemas relativos al cambio de sexo y sus consecuencias.

Siguiendo esta indicación, la Ley citada establece dos soluciones posibles a las cuestiones sobre transexualidad. Una primera solución es simplemente el cambio de nombre propio. La segunda solución es ya la constatación oficial de que una persona pertenece a sexo distinto del que figura en el acta de nacimiento.

El primer camino —que la doctrina viene llamando pequeña solución— (kleine Lösung)— no requiere ni incapacidad de procrear ni que se haya realizado operación quirúrgica, sino que bastan los siguientes requisitos sustantivos: 1) petición del propio interesado; 2) que lleve tres años en situación de transexualidad; 3) que esta situación sea irreversible; 4) que sea de nacionalidad alemana, apátrida con residencia habitual en Alemania o refugiado extranjero domiciliado en esta nación, y 5) que tenga veinticinco años cumplidos.

La segunda vía —que viene designándose gran solución (grosse Lösung)— requiere, además de estas condiciones, que el interesado no esté casado, que esté afectado por una incapacidad continua para la procreación y que se haya sometido a una intervención quirúrgica que haya modificado sus caracteres sexuales externos, de modo que su apariencia sea la correspon-

diente al otro sexo. Se establece expresamente que, a partir de que la decisión judicial sea firme, los derechos y deberes de las personas son, en principio, los correspondientes a su nuevo sexo, pero que ello no afecta a las relaciones jurídicas existentes entre el transexual y sus padres o sus hijos.

En los países sin leyes especiales sobre la transexualidad subsiste como previo el problema penal de la ilicitud de la operación. Hay que reconocer, sin embargo, que se va extendiendo un ambiente generalizado de tolerancia, por el que no se persiguen «de facto» este tipo de operaciones y, en ocasiones, se aprovechan ciertas disposiciones sobre castración o esterilización o se invoca un estado de necesidad (6). Desde luego es evidente desde un punto de vista teórico que la persona humana está fuera del comercio y que el consentimiento del transexual está afectado de una nulidad de orden público, de modo que no es suficiente para eliminar el carácter antijurídico de la intervención.

En todo caso es indudable que el número de transexuales aumenta y ello explica que sean bastantes numerosas las resoluciones jurisprudenciales que en los últimos años han tenido que enfrentarse con el problema. Caso especial constituye el de Suiza debido a las amplias facultades concedidas a los Jueces por el artículo 1-2 del Código civil suizo, los cuales, como es sabido, a falta de disposición legal aplicable, deciden según las reglas que establecerían si tuvieran que actuar como legisladores. Prevaliéndose de esta facultad, los Tribunales suizos han resuelto afirmativamente en varios casos demandas intentadas por transexuales. En cuanto a la naturaleza de la acción, el Tribunal federal ha afirmado que no se trata de una acción de rectificación del Registro, pues el sexo indicado en la inscripción correspondía perfectamente a la realidad del momento, sino de una acción de estado civil, para el éxito de la cual se viene exigiendo una intervención quirúrgica y un dictamen médico conforme.

En varios países, como Francia y Bélgica, es relativamente frecuente el cambio del nombre propio, justificado por un síndrome de transexualidad, acudiéndose en ocasiones a un nombre ambiguo, indiferentemente empleado para hombre o para mujer, como Dominique, por ejemplo.

En relación con la acción de estado, la jurisprudencia francesa ha apuntado la noción compleja del sexo, no determinado exclusivamente por los cromosomas, aunque, atendiendo al principio de la indisponibilidad del estado civil, dos sentencias del Tribunal de casación de 16 de diciembre de 1975, no accedieron a la modificación verificada por la sola voluntad del interesado. Se cita, sin embargo, que los tribunales inferiores parecen haber ido más lejos y admitido cambios de sexo, cuando por la naturaleza del interesado y otros elementos exteriores, el transexual se ha visto constreñido a transformar su apariencia externa, lo que priva a la operación de su carácter ilícito o artificial (sentencia del Tribunal de Gran Instancia de Rouen de 22 de mayo de 1978 y sentencia del Tribunal de Apelación de Toulouse de 11 de octubre de 1978).

(6) No tengo datos de que operaciones de esta clase se hayan realizado alguna vez en España. Todos los casos que se han publicado oficialmente se referían siempre a intervenciones quirúrgicas efectuadas en el extranjero.

4. Este rápido repaso a la situación del Derecho europeo sobre el tema resultaría incompleto, sin agregar una referencia a la sentencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo de 4 de octubre de 1980, que implica un nuevo y quizá peligroso enfoque sobre la cuestión, puesto que tuvo que examinar la cuestión («affaire Van-Oosterwijck») de si la negativa de un Tribunal belga de rectificar el dato del sexo masculino en la inscripción de nacimiento de un transexual de esta nación, que había pasado al sexo opuesto quirúrgicamente, constituía violación de los derechos humanos reconocidos por el Convenio de Roma. Ciertamente que la decisión antes citada del Tribunal constitucional alemán ya apuntaba a este camino dentro del territorio de un Estado, pero aquí se trata del ámbito internacional europeo en el que se desenvuelven el Convenio de Roma de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, firmado con fecha de 4 de noviembre de 1950, y el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, creado por los artículos 38 y siguientes de dicho Convenio, cuyas sentencias se sobreponen de modo absoluto al Derecho interno de cada Estado contratante en los términos que resultan de los artículos 53 y 54 del Convenio. (7).

El «affaire Van Oosterwijck» pasó a conocimiento del Tribunal de Estrasburgo a instancia del Reino de Bélgica y de la Comisión europea de Derechos Humanos. Su origen se encuentra en una demanda individual, amparada en el artículo 25 del Convenio y dirigida a la Comisión por ese transexual que denunciaba la resolución de un Tribunal belga que había denegado la rectificación del sexo en su inscripción de nacimiento. Concretamente el Tribunal debía pronunciarse sobre la cuestión de si el Estado belga había incumplido sus obligaciones respecto de los artículos 8 y 12 del Convenio de Roma, en cuanto el primero establece que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar y el segundo determina que, a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia. En el sentir del interesado la violación del artículo 8 estribaba en el hecho de que la aplicación de la ley belga le obligaría a utilizar documentación no conforme con su identidad real, y la vulneración del artículo 12 resultaba de que la decisión judicial, al permitir que subsistiera una diversidad entre su ser legal y su ser físico, le impediría casarse y fundar una familia.

La sentencia de 4 de octubre de 1980 no entra, sin embargo, a conocer del fondo del asunto, por estimar, por trece votos contra cuatro, que el

(7) Conviene recordar que España ha ratificado este Convenio por Instrumento de 26 de septiembre de 1979 («Boletín Oficial del Estado de 10 de octubre siguiente») y que también ha hecho la declaración prevista en su artículo 25 en el sentido de admitir la competencia del Tribunal para conocer recursos individuales a partir del día 1 de julio de 1981, lo que significa que un transexual español, si estima que una decisión española vulnera sus derechos humanos, podrá solicitar la tutela del Tribunal de Estrasburgo, con independencia de que pueda acudir, en el ámbito interno, a los recursos de amparo ordinario y de amparo constitucional (artículos 53-2 y 161-1 b de la Constitución, Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, de 26 de diciembre de 1978 y disposiciones que la desarrollan, y Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1979).

interesado no había agotado las vías de recurso previstas en el Derecho belga contra la decisión discutida, por las razones que no es del caso examinar aquí. Pero es sintomático, no ya el hecho de los cuatro votos disidentes de los Magistrados del Tribunal, sino que previamente la Comisión de Derechos Humanos, en su informe de 1 de marzo de 1979, había entendido que se habían violado el artículo 8 del Convenio (por unanimidad), y el artículo 12 del mismo (por siete votos contra tres).

No puedo por menos de mostrar mi extrañeza y mi repulsa contra esta opinión de los expertos en Derechos Humanos de toda Europa. Parece que han olvidado la antijuricidad penal de la operación quirúrgica, según el criterio existente en muchos países y también en Bélgica; y aunque la operación en sí no esté castigada por la ley, no me cabe duda de que en el plano moral objetivo, salvando todo lo que haya que salvar en el campo personal, una operación de ese tipo es ilícita y más aún un acto «contra natura», que dudosamente puede verse justificado por motivaciones psicológicas individuales que pretenden se trata más bien de un error de la naturaleza que hay que procurar corregir.

Entender que un acto contra naturaleza puede ser el origen de derechos humanos es, a mi juicio, inconcebible. Aparte de que si el particular se ve con problemas de identificación y de acceder al matrimonio, ello no es sino una consecuencia de su libre voluntad. Antes de la operación quirúrgica nadie le había negado sus derechos fundamentales.

No debe olvidarse, en fin, que médicamente no es nada claro que la operación suponga verdadero cambio de sexo; el sujeto sigue en una situación de ambigüedad sexual o de intersexualidad, pues los elementos internos del sexo no han variado, lo que explica que no es nada seguro estadísticamente el éxito meramente externo de la operación, aparte de su indudable peligrosidad.

Todo lo anterior no significa que no haya que buscar vías de solución al problema de la transexualidad, pero, repito, pretender que esta situación sea una nueva fuente de Derechos Humanos creo que es un verdadero abuso de su concepto, sólo explicable en un ambiente exagerado de individualismo y de subjetivismo, con olvido absoluto de toda norma objetiva de moral o de ética superior. Y es que si el concepto de derecho subjetivo se desliga de la noción previa fundamental del deber jurídico, algo falla en el sistema positivo y los excesos a que puede llegarse bien están a la vista (8).

5. Hay que partir de la base de que, desde el punto de vista penal y como la operación quirúrgica supone siempre mutilación de la persona, constituye un delito, conforme el artículo 418 del Código penal vigente, que debe ser perseguido siempre que la intervención se haya realizado dentro del territorio español.

Desde el punto de vista del Derecho civil, que es el que especialmente nos interesa aquí, el cambio de sexo de una persona, derivado de una operación quirúrgica de transexualidad, es indudablemente una cuestión de

(8) Sobre la primacía del concepto del deber jurídico sobre el de derecho subjetivo, puede consultarse DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, tomo I, págs. 552 y ss., Madrid, 1949.

estado civil, que podrá ser objeto de una demanda judicial por la vía de una acción de reclamación de estado, la cual producirá también, si la sentencia es firme, la rectificación del acta de nacimiento del interesado en el Registro Civil.

La acción en cuestión seguirá los trámites del juicio declarativo ordinario de mayor cuantía, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 483-3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el artículo 92 de la Ley del Registro Civil. Este último precepto precisa que «la demanda se dirigirá contra el Ministerio Fiscal y aquellos a quienes se refiere el asiento que no fueren demandantes» (9).

Hay que tener en cuenta, además, que el artículo 93-2.º de la Ley del Registro Civil permite también que el Juez Encargado del Registro Civil (cfr. art. 343-1.º Reglamento Registro Civil) ordene la rectificación por la vía de un simple expediente gubernativo de «la indicación equivocada del sexo cuando igualmente no haya duda sobre la identidad del nacido por las demás circunstancias». Desde luego este camino será posible cuando, por un motivo cualquiera, se haya cometido un error en la consignación del sexo en el momento de extenderse el asiento del nacimiento, y también será viable el expediente cuando, por una especial situación de intersexualidad aparente, el sexo de la persona no queda claramente determinado hasta la edad de la pubertad, como reconoce implícitamente una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de febrero de 1967. Es, en cambio, discutible —y así se dice expresamente en otra Resolución de 9 de junio de 1979— que sea factible la vía del expediente gubernativo para un error en cuanto al sexo que pudiéramos llamar «sobvenido» por consecuencia de la operación médica de transexualidad. En el momento de extenderse el asiento no hubo error alguno al concretar el sexo y, como se vio antes, la jurisprudencia suiza señala este mismo argumento para rechazar la vía de la rectificación de errores registrales.

Independientemente de esta cuestión procedimental, el problema fundamental es, claro está, determinar si será posible en España por la vía judicial ordinaria la constatación oficial del cambio de sexo del transexual operado.

La Memoria de la Fiscalía General del Estado de 15 de septiembre de 1980 hace referencia a este caso que llegó al Tribunal Supremo, y también a una sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Málaga, iniciada por virtud de demanda del mes de diciembre de 1978 y dictada al año siguiente en fecha que no se concreta. Se trataba también de una persona inscrita como varón con *síndrome transexual femenino*, operada quirúrgicamente en Londres y que solicitaba la rectificación de su sexo masculino oficial. La sentencia del Juzgado acogió la demanda, atendiendo a este hecho y a la psicología netamente femenina del demandante, a pesar de que las pruebas médicas demostraban que la dotación cromosómica del interesado era la normal de varón. La Memoria de la Fiscalía General del Estado hace referencia a que el fundamento de la sentencia está en relación

(9) Consiguientemente, pues, los padres del nacido, a pesar de que esta exigencia procesal no se tuvo en cuenta para nada en la Sentencia del Tribunal Supremo que he venido comentando.

con los derechos de la personalidad, consagrados en la Constitución, que pueden llevar a la consecuencia de que nadie puede ser obligado a mantenerse dentro de los márgenes de un sexo que psíquicamente no le corresponde o que, incluso, le repele, citando algunas sentencias italianas que han seguido, al parecer, esta tesis.

La sentencia del Juzgado de Málaga no fue objeto de apelación y, en consecuencia, se rectificó en el acta de nacimiento del demandante el dato sobre su sexo, con todos los efectos jurídicos que pueden derivarse de tal alteración.

Este es, pues, el único caso de que en España hay noticia en el que el síndrome del transexual operado recibe consagración oficial. Pero he de insistir en que, por lo antes dicho, buscar el fundamento del fallo en los Derechos del hombre o en los derechos de la personalidad me parece un camino equivocado y peligroso. Debo aclarar que, en teoría, que la situación especial del transexual intervenido quirúrgicamente llegue, de un modo, u otro, a tener acceso al Registro Civil, me parece deseable y lógico, pues tal situación tiene relación directa con el estado civil de la persona y, más concretamente, con su identificación ante sí mismo y ante los demás. Lo que ocurre es que, mientras no se dicten disposiciones legales sobre la cuestión, rectificar el dato del sexo parece una medida total y exagerada, tanto en cuanto a la realidad del cambio mismo como en cuanto a sus consecuencias jurídicas, pues no puedo creer que el transexual sea capaz de contraer un auténtico matrimonio, al menos en el sentido tradicional de esta institución que es de esperar no se desvirtúe.

He de referirme, por último, a la posible aplicación en España de «la pequeña solución» del Derecho alemán, es decir, al cambio del nombre propio del transexual como camino indirecto para resolver exclusivamente el problema de su identificación. Dos Resoluciones de la Dirección General de los Registros, de 9 de junio de 1979 y de 22 de mayo de 1981, dictadas ambas por delegación del Ministro de Justicia, aclaran suficientemente esta cuestión.

La primera de estas Resoluciones trataba del caso de un español residente en el extranjero que ante el Consulado de España correspondiente a su domicilio inició el expediente gubernativo oportuno de cambio de nombre para que se le concediera el de Asunción en lugar del de varón que figuraba en su inscripción de nacimiento. En la instancia el interesado exponía los siguientes hechos: 1.º Que, aunque fue inscrito su nacimiento como varón y más tarde contrajo matrimonio del que ha tenido dos hijas, lo cierto es que desde que empezaron a mostrarse los primeros signos diferenciadores de su personalidad, en su fuero interno se sintió inclinado a todo lo femenino, con cuyos rasgos característicos se identificó, pensando y sintiendo en mujer. 2.º Que, no obstante, por la educación recibida y el medio que le rodeaba, se sintió obligado a comportarse como hombre y así lo hizo, hasta el punto de constituir una familia, y 3.º Que, cuando sus hijas fueron mayores, consideró que podía empezar a desarrollar su vida con arreglo a su propio sentir y a su verdadera identidad, por lo que decidió intervenirle quirúrgicamente, operación tras la cual ha quedado totalmente definido su sexo femenino (lo que probaba con la certificación

médica que acompañaba), por lo que en su deseo de fundirse totalmente con su verdadera personalidad, empezó a identificarse ante terceras personas con el nombre de Asunción, que es con el que, actualmente es conocido y que eligió, además de por su gusto personal, por ser un hombre que indistintamente es usado tanto por varones como por mujeres, de modo que su petición no es caprichosa, ya que desea vivir en armonía con su real personalidad.

Este caso tan singular fue decidido negativamente por la Resolución citada de 9 de junio de 1979, atendiendo a estos dos argumentos: «Que, con arreglo a los artículos 54 de la Ley del Registro Civil y 192 de su Reglamento, están prohibidos los nombres propios que hagan confusa la identificación o que induzcan a error en cuanto al sexo» y «que, por lo tanto, habrá de rechazarse la atribución del nombre de «Asunción» a una persona cuyo sexo, según la inscripción de nacimiento, es el masculino, mientras no se rectifique este dato por los procedimientos oportunos». Se deja, finalmente, a salvo el derecho del interesado para pedir la rectificación del sexo en juicio declarativo ordinario de mayor cuantía y se indica que es discutible que esta rectificación pueda ser lograda en expediente gubernativo.

Una matización de esta doctrina se contiene, sin embargo, en la otra Resolución citada de 22 de mayo de 1981, dictada de conformidad con el Consejo consultivo de la Dirección General. Se trataba ahora precisamente del mismo transexual recurrente en la repetida sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1980, que acudía en esta ocasión a la vía del expediente gubernativo para solicitar el cambio de su nombre, Eduardo, propio de varón, por el de Trinidad. Los antecedentes de hecho han quedado antes reflejados y no hay por qué repetirlos. Sólo conviene indicar que el interesado alegaba y probaba por declaración de testigos que desde su adolescencia venía siendo conocido habitualmente por el nombre propio solicitado o en sus formas de «Trini» o de «La Trini» y que este nombre es uno de los pocos que existen en castellano utilizados indistintamente por hombres y por mujeres. El Ministerio Fiscal, en su dictamen, y el Juez Encargado, en su auto-propuesta, se mostraron favorables a la solicitud, atendiendo a las especiales circunstancias del caso y al carácter ambiguo del nombre propio pretendido.

La Resolución acepta estos argumentos y autoriza, en consecuencia, el cambio del nombre Eduardo por el de Trinidad, desarrollando aquéllos del modo siguiente: «que, como cuestión previa, debe decidirse si está prohibido, para el inscrito como varón, el nombre propio pretendido Trinidad, puesto que si así lo fuera por aplicación de las reglas sobre imposición de nombres propios de los artículos 54 de la Ley y 192 del Reglamento, es obvio que no podría obtenerse por esta vía del cambio gubernativo aquel nombre prohibido»; «que por aplicación de los artículos citados hay que rechazar los nombres propios que hagan confusa la designación por inducir a error en cuanto al sexo, pero esta prohibición —que como todas en esta materia ha de interpretarse restrictivamente para no coartar sin fundados motivos la libertad de que deben gozar los particulares (cfr. Circular de 2 de julio de 1980)— ha de entenderse referida a aquellos nombres que inequívocamente designan el sexo opuesto, como si se pretendiera atribuir

a un varón el nombre de Juana o a una hembra el de Juan, pues éstos son los que inducirían a confusión a la entera sociedad española, pero no hay motivos suficientes para extenderla a aquellos nombres que en el uso social de numerosas regiones españolas se emplean indistintamente para hombre o mujer, como es el caso de Trinidad, pues, cuando esto ocurre, no queda en el sentir popular claramente identificado por consecuencia del nombre propio el sexo de la persona, ni tampoco hay razones para proscribir vocablos existentes o de fantasía, que resulten ambiguos para uno y otro género»; y «que, por lo demás y a la vista de las circunstancias del caso, hay que concluir que la petición tiene justa causa y no aparece perjuicio de tercero, de modo que se cumplen los requisitos exigidos para el cambio por el artículo 206 del Reglamento».

JESÚS DÍEZ DEL CORRAL RIVAS

*Letrado de la Dirección General de los Registros
y del Notariado*