

ELÓSEGUI ITXASO, María: *La transexualidad. Jurisprudencia y argumentación jurídica*, Granada 1999, Ed. Comares, 379 pp.

La transexualidad. Jurisprudencia y argumentación jurídica constituye el contenido de este volumen que recensamos.

La transexualidad, como define la Recomendación del Consejo de Europa (Rec.1117, de 29 de septiembre de 1989), es un síndrome que se caracteriza por la existencia de una doble personalidad, una física y otra psicológica, y por una convicción tan profunda de pertenecer al otro sexo que la persona transexual se ve impelida a pedir que se le practique la correspondiente «transformación» corporal.

La autora se adentra en la problemática de esta materia que precisa conocimiento y especialización, a pesar de no revestir importancia significativa en términos estadísticos. Con tal motivo, comienza en la introducción de la monografía por señalar los planteamientos diferentes entre biología y cultura que inciden en la institución del matrimonio. Para su adecuada regulación jurídica, los conocimientos científicos y biológicos se requieren para entender los modelos de relaciones entre los sexos que están en el centro de los debates contemporáneos, como la regulación del matrimonio entre personas heterosexuales u homosexuales, la inclusión o no de la orientación sexual como posible situación de discriminación en las Declaraciones de derechos, y la regulación de la situación legal de los transexuales.

La obra se estructura en cuatro capítulos, cuyos títulos son los siguientes: El primero, *Los aspectos jurídico-médicos en torno a la orientación sexual*; el segundo, *Jurisprudencia del Tribunal Supremo español sobre el cambio de sexo en el Registro Civil*; el tercero, *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*; y, el cuarto y último capítulo, *La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la discriminación por razón de sexo y discriminación por orientación sexual*.

El primer capítulo se divide en dos partes con una extensión de 119 páginas. La primera lleva por título: *Los aspectos jurídicos de la transexualidad. Derecho a la vida privada y derecho al matrimonio. El caso español a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos*. La segunda parte se titula: *Sexo, género, orientación sexual, identidad sexual y sus patologías*.

En el estudio de los aspectos jurídicos de la transexualidad, la autora demuestra a través de la referencia a la jurisprudencia, la importancia que adquieren las decisiones judiciales al dirimir problemas que afectan a la esencia de los derechos fundamentales, y a la definición de conceptos antropológicos esenciales como el sexo, matrimonio y familia. Su cometido es poner de relieve algunos de los razonamientos utilizados en la jurisprudencia reciente, referente al cambio del sexo en el Registro Civil y a la polémica sobre el matrimonio de

los transexuales, estableciendo un paralelismo en algunos razonamientos entre las sentencias del Tribunal Supremo español y Tribunal Europeo de Derechos Humanos con los correspondientes informes de la Comisión. La autora asume como punto de partida los presupuestos y comentarios sobre la jurisprudencia de ilustres civilistas, y muestra la divergencia en la argumentación de los Tribunales en demanda de cambio de sexo en el Registro Civil. Seguidamente, se manifiesta una cuestión capital de interpretación jurídica que consiste en cómo interpretar y atribuir contenidos valorativos a los derechos constitucionales y a las Declaraciones universales de derechos humanos, a la que añade la cuestión referente a los límites de competencia del TEDH con respecto a los Estados que han ratificado el Convenio. Bajo el epígrafe *La definición del sexo. El matrimonio de los transexuales*, se plantea qué rasgo sexual es el esencial para la definición del sexo. Salvo excepciones, todas las sentencias del TEDH, de nuestra jurisprudencia y de la estadounidense, entienden que el término sexo se refiere al sexo biológico, cromosómico. A la cuestión de los límites del TEDH en su injerencia en los asuntos internos de los Estados y de las competencias de los propios Tribunales, la autora añade la cuestión sobre los límites del derecho a la intimidad hecha por el TEDH y los límites del derecho a la personalidad alegados por nuestro Tribunal Supremo. En la definición del matrimonio y de la heterosexualidad como propiedad del mismo, se analizan dos cuestiones: la primera, cómo ha analizado la Comisión Europea de los Derechos Humanos el artículo 12 del Convenio y la opinión de sus oponentes; la segunda cuestión se refiere a las consecuencias jurídicas que lleva consigo la rectificación del sexo a efectos matrimoniales, como la incidencia de la concesión en la definición del matrimonio y la función social de la familia. La autora muestra su opinión guiándose de las observaciones de expertos en la materia, como el profesor R. Navarro Vallls o el profesor P.J. Viladrich, a los que sigue en sus matizaciones.

Seguidamente, se manifiesta la influencia posterior que ha tenido la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al interpretar éste el artículo 119 del Tratado de la Unión Europea, sobre el principio de igualdad y no discriminación, a la luz de la Convención de Roma.

A continuación, la autora —partícipe como experta académica en reuniones internacionales— nos pone de relieve el claro enfrentamiento en las últimas conferencias de la ONU en la consideración sobre la definición de la familia y el tema de orientación sexual. La ética mediterránea y la ética anglosajona están presentes en las discusiones referentes al derecho de familia en todos los organismos internacionales, con sus consecuentes propuestas legislativas y sus correspondientes apoyos económicos.

Finaliza la primera parte del primer capítulo con la consideración de *Los distintos proyectos europeos de contratos de uniones civiles y la legislación vigen-*

te. El punto de partida son las Resoluciones del Parlamento Europeo de 1994, sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Comunidad europea o sobre la protección de las familias y unidades familiares al final del Año Internacional de la familia. Constituyen los primeros documentos que tratan sobre la discriminación basada en la orientación sexual y coincidentes en el tiempo con la revisión sobre algunos puntos del Derecho de familia que se estaban realizando en algunos países, como Holanda, Francia y España, que aunque mayoritariamente solucionan problemas económicos entre convivientes también resuelven cuestiones que suscitan las relaciones entre un transexual y su pareja. Por ello, la autora cree en la conveniencia de una referencia expresa a las nuevas propuestas, que creo realiza de forma bien documentada cronológicamente. De este modo, se expone el contenido de la Ley holandesa, primer país en aprobar un contrato de convivencia registrada; el entonces proyecto de Pacto Civil de Solidaridad francés, que como ya es sabido su tramitación en el Parlamento francés revistió no pocas dificultades hasta terminar con la Ley de 15 de noviembre de 1999 relativa al Pacto Civil de Solidaridad; y, la Ley catalana de uniones estables de parejas aprobada en el Parlamento catalán el 30 de junio de 1998.

En esta exposición de los proyectos europeos de contratos de uniones civiles, creemos que hubiera sido el lugar adecuado para mencionar las iniciativas parlamentarias presentadas en el Parlamento español. Sin embargo la autora opta por su referencia en la introducción del libro. Como también hubiera sido ilustrativo al menos citar que en las enmiendas, aunque rechazadas, a la totalidad con texto alternativo a la Proposición del contrato de unión civil presentadas por distintos grupos parlamentarios (BOCG de 30 de marzo de 1998), se insistía que el contrato se estableciera por razón de *relación sentimental, independiente de su orientación sexual*. Términos que se repiten, por otra parte, en las Proposiciones de Ley presentadas por los mismos grupos parlamentarios del Congreso (BOCG de 8 de mayo de 2000).

En una referencia a la realidad estadística de las uniones de hecho en España, la autora se cuestiona a quien beneficiará una ley de uniones de hecho entre convivientes sin relación de parentesco y denuncia el contrasentido que el Estado social no destine más ayudas económicas a personas con cargas familiares, tanto monoparentales como matrimonios con hijos, y destine parte de sus presupuesto a personas que porque no son fértiles nunca van a tener descendencia.

La segunda parte de este primer capítulo, *Sexo, género, orientación sexual y sus patologías*, es escrita conjuntamente con una especialista en ginecología. Se presentan y se analizan cuatro posibles modelos de las relaciones entre sexo y género, definiendo previamente algunos términos para evitar la falta de rigor y la confusión de los planos biológicos y cultural. Esta parte reviste interés por su originalidad y concreción. Las ventajas e implicaciones de la adopción del últi-

mo modelo, basado en la relación entre sexo-género pero no identidad y en la interdependencia-corresponsabilidad, explica el largo camino todavía por recorrer hacia un modelo social donde se refuerce la propia identidad, la propia condición de persona masculina/persona femenina.

El segundo capítulo con una extensión de 79 páginas recoge la jurisprudencia del Tribunal Supremo español sobre el cambio de sexo en el Registro Civil. La autora hace referencia a la sentencia de 2 de julio de 1987, primera en un reconocimiento jurisprudencial al mas alto nivel; a la sentencia de 15 de julio de 1988; y, a la sentencia de 3 de marzo de 1989. El análisis abarca los textos completos de las referidas sentencias con descripción de doctrina, hechos y fundamentos de derecho; sus votos particulares y comentarios. Nos parece original, aunque excesivamente esquemático, el análisis de la argumentación jurídica utilizada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 2 de julio de 1987 –extensible a las otras dos sentencias posteriores que continúan y completan la argumentación expuesta– que María Elósegui realiza siguiendo el esquema propuesto por Manuel Atienza. También nos parece acertado que la autora recoga el comentario crítico al bloque jurisprudencial del profesor civilista Antonio Gordillo, por su gran utilidad al esclarecer en gran medida la línea de nuestro Tribunal Supremo en la problemática jurídica de la transexualidad, poniendo de relieve el avance de cada una de las sentencias, idénticas en su orientación: «la primera únicamente atendió a la determinación del sentido del fallo, la admisión del cambio del sexo del transexual mediante el recurso al expediente jurídico de la ficción; en la segunda destaca el intento por encajar en nuestro sistema de Fuentes del Derecho la admisión del cambio ficticio del sexo sin norma legal que lo permita y en pura función de complementación judicial del ordenamiento, mediante la aplicación del principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE); en la tercera, finalmente, la argumentación pasa ya a centrarse en el criterio jurídico de determinación del sexo».

El tercer capítulo, con una extensión de 124 páginas, recoge la jurisprudencia del Tribunal Supremo Europeo de Derechos Humanos sobre el problema. La cuestión de la transexualidad se aborda desde un doble prisma: la violación del derecho al respeto de la vida privada (art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales) y del derecho a casarse con arreglo a las leyes (art. 12 CEDH). El pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la presunta violación de los citados artículos por parte del Reino Unido fue el siguiente: en el caso Rees, sentencia de 17 de octubre de 1986, el Tribunal manifestó que «debe dejarse al Estado demandado libertad para determinar en qué medida puede acoger las reivindicaciones de los transexuales. No obstante, el Tribunal es consciente de la seriedad de los problemas que afectan a estas personas y de su sufrimiento. El Convenio debe interpretarse y aplicarse a la luz de las circuns-

tancias que concurren.... Las medidas legales apropiadas deben ser objeto de revisión constante en función, especialmente del desarrollo científico y social». Este mismo criterio se sigue en el caso Cossey, sentencia de 27 de septiembre de 1990.

En el caso Botella contra Francia de 25 de mayo del 92, la recurrente invita al Tribunal a impulsar su análisis más allá que en los casos anteriores: desea ver estatuido que un Estado contratante infringe el artículo 8 si niega de manera general la realidad del sexo psicosocial de los transexuales. Sin embargo, el Tribunal, a pesar de considerar innegable la evolución del progreso de la ciencia y de la importancia creciente que se atribuye a la transexualidad, opina que no existe entre los Estados miembros del Consejo de Europa un consenso lo suficientemente amplio para llevar al Tribunal a conclusiones opuestas a las de las sentencias Rees y Cossey.

El caso Rees se expone a través del texto completo de la sentencia que comprende: procedimiento, hechos, derecho interno aplicable en el Reino Unido (tratamiento médico, cambio de nombre, documentos de identidad, registros de nacimientos, matrimonios), fundamentos de derecho (sobre la alegada violación del artículo 8 y 12 del Convenio), voto particular de los jueces señora Bindstedler-Robert y señores Russo y Gersing, y un anexo que recoge la opinión de la Comisión Europea de Derechos Humanos sobre las cuestiones litigiosas. Se incorpora al estudio del Caso Rees un comentario de Jose María Tejera Victory, encargado también de la traducción.

El Caso Cossey, se presenta con los hechos, fundamentos de derecho y votos particulares conjuntos particularmente disidentes y, finalmente, el voto particular del juez Martens, que aborda cuestiones generales que le permiten definir su posición sobre los aspectos del problema de la transexualidad que resultan relevantes para los derechos humanos, y las razones por las cuales opina que el Tribunal debería haber tomado una decisión diferente en el caso Rees junto a una argumentación a favor de un cambio en la jurisprudencia.

En el Caso Botella contra Francia, sentencia de 25 de mayo de 1992, se hace referencia a los antecedentes de hecho, fundamentos de derecho y opiniones, concordantes y disidentes del fallo.

El último capítulo de la monografía se destina a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la discriminación por razón del sexo y discriminación por orientación sexual. Con una extensión de 46 páginas, se presenta el texto completo de la sentencia de 30 de abril de 1996 y la sentencia de 17 de febrero de 1998, ambas del Tribunal de Justicia, junto a la sentencia de 28 de enero de 1999 del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas.

En la sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de abril de 1996, como señala en conclusiones el abogado general Sr. Giuseppe Tesaurò, lo que resulta nove-

doso es el hecho de que un transexual que ha sido despedido intente ampararse en una Directiva del Consejo (76/207/CEE), relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres. Las cuestiones planteadas dirigen la atención del Tribunal de Justicia hacia la transexualidad desde el punto de vista de la prohibición de toda la discriminación por razón del sexo. A juicio del Tribunal, el ámbito de aplicación Directiva no puede reducirse únicamente a las discriminaciones que se derivan de la pertenencia a uno u otro sexo. En atención a su objeto y a los derechos que pretende proteger, la Directiva debe aplicarse igualmente a las discriminaciones que tiene lugar, como en el presente caso, a consecuencia del cambio del sexo.

En sentencia de 17 de febrero de 1998, el Tribunal pronunciándose sobre las cuestiones planteadas declara que la denegación, por parte de un empresario, de una reducción en el precio de los transportes a favor de la persona, del mismo sexo, con la que un trabajador mantiene una relación estable, cuando tal reducción se concede a favor del cónyuge del trabajador o de la persona, de distinto sexo, con la que éste mantiene una relación estable sin vínculo matrimonial, no constituye una discriminación prohibida por el artículo 119 del Tratado CE o por la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación de los principios de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos.

La monografía termina con la referencia a la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 28 de enero de 1999. Nos parece relevante señalar, como recuerda el Tribunal, que a partir del 16 de abril de 1998 el Reglamento núm. 781/98 del Consejo, de 7 de abril 1998, de modificación del estatuto y del régimen aplicable a los agentes de las Comunidades en materia de igualdad de trato se garantiza, por una parte, a los funcionarios, la igualdad de trato sin referencia, directa o indirecta, a su orientación sexual; y, por otra parte se refuerza la garantía en la elección de los funcionarios sin distinción de su orientación sexual e independientemente de su estado civil o de su situación familiar.

Como apunte final, nos encontramos con una monografía donde la autora, profesora Titular de Filosofía del Derecho, nos pone de manifiesto la problemática de la transexualidad con un contenido que responde al título del libro: *jurisprudencia y argumentación jurídica*. El conjunto del libro nos ofrece, desde el acertado enfoque elegido, una panorámica jurisprudencial acompañada de aportaciones doctrinales altamente relevante en la clarificación de la transexualidad, objeto de discusión en ámbitos científicos y legales, principalmente, desde la óptica de los derechos humanos fundamentales.