

CAMBIO DE SEXO Y SISTEMA JURÍDICO.

DR. ROGELIO BARBA ÁLVAREZ
PROFESOR INVESTIGADOR UDG.

SUMARIO: Introducción. 2. definición de cambio de sexo y los problemas jurídico – civiles que plantea. 3. el cambio de sexo y la discriminación laboral. 4. consecuencias jurídico – penales del cambio de sexo. 5. el criterio jurisprudencial. 6. los matrimonios ilegales y el matrimonio transexual. Conclusiones.

Resumen. El presente trabajo, presenta el alto relieve que cobra por la complejidad del tema, pues mientras una persona cambia su sexo por medio de la intervención médica, su situación civil no se altera, y al contraer matrimonio puede incurrir en un matrimonios ilegal, así lo estima el Capítulo II del título XI art. 217 y ss del Código Penal español; especialmente en los delitos de bigamia, art. 217 y del Juez que autoriza matrimonios prohibidos por la ley, art. 33.

Palabras claves. Matrimonio transexual, cambio de sexo, derecho, penal civil, bigamia.

1. INTRODUCCIÓN.

El fenómeno del cambio de sexo, conocido como transexualismo, está adquiriendo especial importancia en la actualidad, como consecuencia de la liberación de las costumbres. El tema no deja de ser llamativo y las apariciones en los medios de comunicación causan sensación. Pero el problema esta en que se subraya en exceso su importancia desde un plano puramente sexual, sin tener en cuenta toda la problemática que va a conllevar desde un punto de vista jurídico y legal.

No existen disposiciones de carácter civil que aborden el tema, cuando es en esta disciplina donde se plantean los mayores problemas legales. La mención del sexo es un dato obligado en la inscripción del nacimiento que se practica en el Registro Civil, por lo que van a surgir discordancias entre el sexo subjetivamente admitido e incluso cambiado a través de las operaciones quirúrgicas ya admitidas, con el que proclaman los asientos del Registro Civil y la documentación oficial.¹ Pero aún admitiéndose que se llegue oficialmente a esta constatación el cambio

¹ Según el artículo 41 LRC. “La inscripción hace fe del hecho, hora y lugar de nacimiento, del sexo y, en su caso, de la filiación del inscrito.” La inscripción se practica en virtud de declaración de quien tenga conocimiento del nacimiento. Esta declaración se formulará entre las 24 horas y los ocho días siguientes al nacimiento, salvo los casos en que el reglamento señale un plazo superior (artículo 42 LRC y 166 RRC)

de sexo con la consiguiente modificación del propio nombre², queda aún la cuestión de decidir si el interesado tendrá actitud para ejercitar todos los derechos derivados del nuevo sexo (matrimonio, paternidad...), e incluso en qué situación quedan los antiguos.

Dada la falta de legislación en la materia se comprende cómo este fenómeno deba de afrontarse teniendo en cuenta las opiniones doctrinales y las jurisprudenciales, que apoyándose en una interpretación conjunta y de coexistencia de los principios constitucionales (dignidad de la persona, respeto a su libertad, pleno desarrollo de la personalidad y no discriminación por razón de sexo, entre otros) con el propio ordenamiento jurídico y legislación civil, trate de solucionar todos los problemas que se van a plantear. De hecho, en la práctica judicial española ya se han producido diversos fallos abordando el problema de la transexualidad y algunos de ellos con solución favorable al cambio de sexo desde el punto de vista legal, previa la correspondiente operación quirúrgica y el tratamiento hormonal subsiguiente, catalogándolo entre los derechos de la personalidad.

A continuación vamos a ocuparnos de los problemas jurídicos que se plantean, precedido de una breve definición de lo que se entiende por el cambio de sexo o transexualismo. No obstante, es menester advertir que la finalidad de este trabajo es ofrecer un material de reflexión sobre esta delicada cuestión.

2. DEFINICIÓN DE CAMBIO DE SEXO Y LOS PROBLEMAS JURÍDICO – CIVILES QUE PLANTEA.

El síndrome transexual se caracteriza por sentimiento de pertenencia al otro sexo, pese a su constitución física inequívoca, lo que lleva a una situación de aborrecimiento hacia sus atributos, de tal modo que se estima que la única solución para evitar el conflicto sociológico del interesado es acudir a la operación de cirugía transexual, la cual, completada con un tratamiento hormonal oportuno, da por resultado una aproximación casi total a los caracteres físicos propios del nuevo sexo al que se desea pertenecer.³

En cuanto a los problemas jurídicos que se plantean, un problema previo era el de la licitud o no de estas intervenciones quirúrgicas, pero tras la modificación producida en el artículo 428 del Antiguo Código Penal (ahora, artículo 156 nuevo Código Penal) por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de Junio de Reforma urgente y parcial del Código Penal, han dejado fuera de toda duda la atipicidad de esta cirugía, cuando el consentimiento fuera libre y expresamente emitido y siempre que no se hubiera obtenida viciadamente o mediante precio o recompensa, o el

² En Derecho Español, el cambio del nombre propio se admite con cierta amplitud en la legislación del Registro Civil.

³ ARRENDO DÍAZ, J Y DE PEDRO CUESTA, P se han ocupado de toda esta problemática en su trabajo: "El fenómeno transexual".

otorgante fuera menor o incapaz, en cuyo caso no es válido tampoco el otorgado por sus representantes.

Otro problema es relativo a decidir si el transexual operado puede obtener o no la confirmación oficial del cambio de sexo y es que si, la reforma del artículo 428 del antiguo Código Penal (ahora, artículo 156 nuevo Código Penal) del libre desarrollo de la personalidad y la prohibición de la discriminación por razón de sexo regulada en el artículo 14 C.E., han hecho posible que nuestro ordenamiento jurídico posibilite tal transmutación física, como se puede obligar a quien ha sufrido este cambio a exhibir una documentación que le atribuye un sexo que no esta en consonancia, no ya con sus propios sentimientos, sino incluso con su propia apariencia física.

Desde el punto de vista del Derecho civil. Debe tenerse presente que la mención de sexo, es un dato obligado en toda inscripción de nacimiento que se practica en Registro Civil español y del cual la inscripción da fe (artículo 41 LRC). Por otro lado la regla general en Derecho Civil, según el artículo 92 LRC., solo pueden obtenerse por sentencia firme recaída en juicio ordinario. La demanda se dirigirá contra el Ministerio Fiscal y aquellos a que se refiere el asiento que no fueran demandantes. La acción será cuestión de estado civil (acción de reclamación de estado) lo que producirá tras la sentencia firme, y si procede, la consiguiente rectificación del acta de nacimiento del interesado en el registro civil.

El primer caso de transexualismo llegado hasta el T. S. Lo fue por la vía de la acción de declaración de estado. El caso era el siguiente: en el Juzgado de primera instancia, nº 1 de Sevilla, un transexual interpuso demanda contra el Ministerio Fiscal y alegaba que desde su infancia venía padeciendo un grave desequilibrio hormonal, que derivó en manifestaciones de desarrollo propios de una hembra y que siempre sus reacciones psíquicas y sentimentales habían sido las de la de una mujer porque decidió someterse en Holanda a una operación de transexualismo. La demanda fue estimada en primera instancia pero impugnada por el Ministerio Fiscal, fue revocada con posterioridad en la Audiencia. Interpuso recurso de casación fue desestimada por sentencia de 7 de Marzo de 1980, aunque por motivos puramente formales, y no se llegó al fondo del asunto.

La primera sentencia favorable a un caso de transexualismo es de un Juez de Primera Instancia de Málaga dictada el 29 de Septiembre de 1979 (el fallo quedó firme al no haber sido impugnada la sentencia por el Ministerio Fiscal), y en la misma línea, con posterioridad, se interpuso de nuevo demanda ante el Juez de Primera Instancia de Zamora que por sentencia de 8 de Noviembre de 1984 fue desestimada. Recurrida en apelación, la Audiencia de Valladolid lo estimó por sentencia de 10 de Mayo de 1986. Al consentir el Ministerio Fiscal el fallo, la transexualidad quedó legalizada.

Otras sentencias favorables al transexualismo se fueron sucediendo. Mención especial merece la sentencia del T.S. de 2 de Julio de 1987.⁴ Que fallo a favor de la correspondiente rectificación del nacimiento en el Registro Civil apoyándose en los siguientes argumentos:

- La solución que se adopta ha de ser netamente jurídica, pues la puramente biológica no puede aceptarse en tanto en cuanto no puede haber cambio de sexo, ya que continúan inmutables los cromosomas masculinos. Para ello parten del hecho de entender que el transexual es una “fricción de hembra” ya que sólo aceptándolo y por la protección que el Derecho otorga a las fricciones, se hace viable establecer que de otra forma carecerían de base racional o jurídica en que apoyarse. Esta fricción, ha de ser aplicada para el transexual ya que el varón operado no pasa a ser hembra, sino que se ha de tener por tal al presentar unos órganos sexuales similares a los femeninos acompañados por unas características propias del sexo.
- La primera consecuencia una vez admitida la posible rectificación del sexo en la inscripción de nacimiento va a ser, el derecho a cambiar el nombre de varón por el de hembra.
- Afirma también la sentencia la no viabilidad de aplicación para este caso de los artículos relativos al error en la inscripción pues como sabemos el artículo 92 y 93 LRC. Esta limitado a los de error evidente en el momento de extenderse el asiento y a las hipótesis de intersexualidad, en las que el verdadero sexo queda definido más tarde, incluso por medio de operaciones quirúrgicas.⁵ Para salvar esta inaplicabilidad, el T.S. afirma como estas inscripciones no se corresponden en muchos casos con la realidad, por lo que el artículo 92 LRC. Habrá de complementarse por vía jurisprudencial teniendo en cuenta los demás preceptos de la misma y de su Reglamento referentes a la inscripción referida al sexo y sus posibles modificaciones y rectificaciones, por vía análoga de derecho y arbitrándola por el cauce establecido por el artículo 92 LRC habrá de complementarse por vía jurisdiccional teniendo en cuenta los demás preceptos de la misma y de su Reglamento referentes a la inscripción referida al sexo y sus posibles

⁴ Sentencia de la que fue ponente el Excmo. Sr. Juan Latour Brotóns, con voto particular por los Excmo. Señores D. Jaime Santos Briz, D Cecilio Serena Veloso, D. Rafael Pérez Gimeno y D. Matías Malpica. Como decía esta sentencia ha sido muy comentada no solo por su trascendencia en el tema de la transexualidad (lo que llevó a que la sala estuviera formada por 13 magistrados), sino que también el voto particular de 4 de ellos ha motivado considerablemente la atención de los comentaristas al disentir del criterio mayoritario de la sala. Interés aumentando por cuanto además uno de los magistrados (Sr. Pérez Gimeno) destacó en su formulación del voto particular cierta matización.

⁵ No es admisible la aplicación del artículo 92 LRC. Pues en los casos de transexualismo lo cierto es que no ha habido error ninguno en el momento de la inscripción que tiene lugar cuando se produce el nacimiento ya que realmente lo que se ha producido es un cambio sobrevenido y esta posibilidad está fuera de las previsiones de la legislación del registro civil. La única solución sería de entender que lo que existiría era un transexualismo congénito. Esta distinción entre las dos acciones está ya consagrada por reiterada doctrina de la DGRN, de 15 de febrero de 1967 afirmaba que el expediente de rectificación de error en cuanto al sexo del artículo LRC, era aplicable a las situaciones de intrasexualidad, además de los casos de equivocación clara en el momento de extenderse la inscripción de nacimiento.

modificaciones y rectificaciones, por vía análoga de derecho y arbitrándola por el cauce establecido por el artículo 1, apartados 6 y 7 del Código Civil.

- Finalmente alude la sentencia a argumentos de tipo social.

Los fundamentos alegados para disentir del fallo fueron los siguientes:

- Entendían que el “ius variandi” desde un sexo “a quo” masculino al sexo “ad quem” femenino, no existe posibilidad de su objeto. Se apoyan para ello en argumentos de tipo genético; son los genes los que diferencian el hombre de la mujer, de forma que los demás caracteres como lo son los primarios (órganos sexuales) o secundarios (estatura, color, pilosidad, voz ...), son sólo coadyuvantes anatómicos, morfológicos, de hábito o incluso de comportamiento.
- En cuanto a la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad consagrados en el n° 1 del artículo 10 C.E. que alegaba el recurrente, no son aplicables por cuanto entienden estos magistrados que el hombre recibe al nacer unas aptitudes en perspectiva de posibilidades que tiene el deber de realizar y solo así su personalidad individual se podría entender plenamente desarrollada.
- Igualmente entienden que no es de aplicación el artículo 14 C.E. ya que lo que el precepto constitucional invocado proclama es la igualdad de derechos entre los individuos de los dos sexos, pero, no establece criterio alguno para la atribución de uno u otro de los sexos conocidos por la naturaleza.
- Alude también a todos los efectos que la nueva condición de mujer conllevaría (matrimonio, patria potestad...)
- Finalmente, se refiere a la inseguridad jurídica que se produciría pues queda en duda si tendrá efectos a partir del momento en que se dicta la sentencia o desde el nacimiento del transexual con incidencia, en esta hipótesis, sobre relaciones jurídicas atinentes a su estado civil.

De manera que la transexualidad, como realidad de nuestros días, exige una solución jurídica; tal solución se concibe por la sentencia en términos positivos estableciendo una cierta forma de reconocimiento y admisión. Partiendo jurídicamente de una ficción, el transexual podrá obtener el cambio de nombre y rectificación de la indicación de su sexo en la inscripción de nacimiento. Pero, añade sin que ello implique, no obstante, la posibilidad de su equiparación absoluta al sexo elegido para realizar en Derecho los actos o los contratos en los que el sexo pueda ser presupuesto necesario de aptitud. A nuestro parecer, si admitimos el cambio de sexo dentro de tal declaración constitutiva no es viable introducir limitaciones las cuales, invocando el precepto constitucional citado (artículo 14 C.E.), habrían de ser tachadas de discriminatorias por razón de sexo. Pero por otro lado si admitimos una posible equiparación absoluta, otros problemas se añaden:

- El matrimonio en calidad ahora de mujer, sería sin duda nulo basado en la nulidad por errores las cualidades esenciales en que podría incurrir el otro contrayente (artículo 73.4 Código Civil)

- Además sería nulo por ser el sujeto incapaz para prestar el verdadero consentimiento matrimonial en el sentido de los artículos 44 y 45 del Código Civil.
- En la hipótesis de que hubiera estado casado, la declaración de sexo y reconocimiento del sexo femenino aparejaría la disolución del matrimonio y el cambio de la relación paterno-filial, alcanzándose una situación de hijos con dos madres, con la consiguiente incidencia en el régimen de la patria potestad, sin contar los problemas que incluso a nivel personal pueden producirse los hijos.
- Toda problemática, que conlleva la adopción.

La sentencia del T.S. de 2 de Julio de 1987 que por primera vez le da reconocimiento jurisprudencial al más alto nivel⁶, no puede considerarse como decisiva pues como hemos visto muchos problemas quedan todavía en el aire. Debería por ello establecerse, dada la evolución que este fenómeno esta adquiriendo, criterios definitivos que fijarán de una forma clara el tratamiento de la transexualidad en la legislación española, considerando el derecho europeo⁷.

3. EL CAMBIO DE SEXO Y LA DISCRIMINACIÓN LABORAL

La no discriminación por razón de sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, constituye uno de los derechos fundamentales de la persona por el hecho de serlo y está recogido en todas las declaraciones básicas de los derechos fundamentales. Así lo reconocen expresamente la Declaración de 1948 (artículo 2) y la CE de 1978 (artículo 14). Complemento de este derecho es el principio de igualdad que impide cualquier tipo de discriminación, ya que ni la raza, ni el nacimiento, ni el sexo, ni la orientación sexual, etc. Pueden determinar diferente trato en las personas. La condición humana aparece, pues, como un todo invisible ante el Ordenamiento Jurídico.

⁶ Otras sentencias posteriores han sido igualmente favorables al cambio de sexo con la consiguiente constatación registral; así la S. T.S. de 15 de Julio de 1988 que destaca el intento por encajar en nuestro sistema de fuentes la admisión del cambio de sexo ficticio, sin norma legal que lo permita, mediante la aplicación del artículo 10. 1 CE. En esta sentencia la unanimidad tampoco fue posible con voto particular del Excmo. Sr. D. Antonio Sánchez Jáuregui; y la S. TS de 3 de Marzo de 1989 que se centra ya en el criterio jurídico de determinación del sexo y con voto particular, igualmente, del Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo.

⁷ Para resolver estos problemas algunos países han dictado leyes concretas sobre esta materia. Así la ley sueca de 21 de Abril de 1972; esta ley prevé el cambio de sexo como consecuencia de intervenciones quirúrgicas y exige en su artículo 1º como requisitos especiales: a) que el interesado tenga 18 años b) sea incapaz para la procreación y c) ser soltero y de nacionalidad sueca. La ley alemana de 11 de agosto de 1980 establece dos soluciones posibles. Una sería simplemente el cambio de nombre propio y la 2º es la referente a la constatación oficial del nuevo sexo en el acta de nacimiento con los siguientes requisitos: a) no este casado b) sea incapaz de procrear y c) se haya sometido a operación que modifique sus caracteres sexuales externos. Con posterioridad se han dictado la Ley italiana de 14 de Abril de 1982 y la Ley holandesa de 1 de agosto de 1985.

La Ley Orgánica 4/1995, consideró conveniente la tipificación expresa de la apología en relación con el delito de genocidio y la provocación a la discriminación por motivos racistas, de religión, de opinión política, por razón de sexo, etc. Con ello se refuerza, al mismo tiempo, penalmente el principio de igualdad, reconocido en el artículo 14.

El Código penal tipifica en el artículo 314 estos delitos contra los derechos de los trabajadores, las formas más graves de discriminación en el trabajo contempladas ya como infracciones en el estatuto de los trabajadores y en la ley de infracciones y sanciones en el orden social.

El artículo 314 del Código Penal castiga, los casos de discriminación más graves. Las discriminaciones tipificadas en los artículos 511 y 512 del Código Penal hacen de este delito más un delito de desobediencia que un delito de discriminación. La propia naturaleza irrenunciable del derecho a no ser discriminado, excluye cualquier eficacia justificante del consentimiento del afectado por la discriminación. La acción discriminatoria puede revestir las más diversas formas disimuladas, cuya finalidad discriminatoria debe deducirse claramente de los hechos.

4. CONSECUENCIAS JURÍDICO – PENALES DEL CAMBIO DE SEXO

En sentencia del tribunal supremo, sala 1º del 19 de abril de 1991, consolida el alto tribunal su doctrina jurisprudencial sobre la transexualidad iniciada en la sentencia 2 de julio de 1987.⁸ En ambas se reconoce la posibilidad del cambio de sexo y de nombre e inscripción en el registro de los transexuales, en virtud del derecho fundamental, reconocido en nuestra constitución del libre desarrollo de la personalidad, con la peculiaridad de que se le niega la posibilidad de contraer matrimonio al declarar que el mismo sería nulo por inexistente.

Esta declaración de nulidad del matrimonio del transexual, si en verdad es aceptable, pudiera tener trascendencia en la esfera jurídico –penal. En supuesto de concurrir los elementos típicos de los matrimonios ilegales, en el matrimonio de un transexual, recogidos en el Capítulo II del título XI art. 217 y ss del Código Penal español; especialmente en los delitos de bigamia, art. 217 y del Juez que autoriza matrimonios prohibidos por la ley, art. 33.

En la sentencia se sigue el desarrollo de esta doctrina de la posibilidad de inscripción del cambio de sexo en el registro civil, desde dos perspectivas,

⁸ T.S. sala 1º 2 julio 1987, P. Sr. Latour Brotons. Actualidad Civil 691/187; el transexual que, por consecuencia de una operación quirúrgica y de un tratamiento hormonal, ha pasado de ser varón a adquirir los caracteres anatómicos, psicológicos y sociales del sexo femenino tiene derecho a que, como resultado de una sentencia judicial se rectifique el dato de aquel sexo en la inscripción de su nacimiento en el Registro Civil.

la primera que consistiría en fundamentar jurídicamente la posibilidad del cambio de sexo y esta se hará conforme al art. 10.1 de la C.E.⁹, que proclama el libre desarrollo de la personalidad del sujeto, siguiendo lo establecido en el convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y ratificado por España el 4 de Octubre de 1974, que en los artículos 8 y 12 se establece respectivamente que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar y a partir de edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia.

Es en virtud de tal desarrollo de la personalidad, por lo que se autoriza a incluir los cambios físicos del ser humano, siempre y cuando no supongan ni un ilícito civil, hecho que no ocurre. Al no ser típico, como ya hemos referido, dichas mutilaciones dado su encuadre en el artículo 22 de Código penal al otorgársele relevancia al consentimiento del sujeto en estas lesiones, el bien jurídico de integridad corporal o por considerar la posibilidad de un conflicto de intereses, salud o integridad corporal y otro bien jurídico determinable en cada caso concreto, resolviendo este a favor del de la salud. El consentimiento debería desplegar toda su eficacia, en cuanto a la integridad corporal, siempre que no se atente la dignidad humana ni el interés del Estado en la salud.

Siguiendo esta idea es por lo que se establece que el consentimiento en la cirugía transexual, opera como causa de justificación y no como causa de atipicidad. En estos supuestos estaríamos ante la intervención quirúrgica curativa, que lejos de lesionar el bien jurídico, la salud, lo que se hace es beneficiarlo. El consentimiento legitima el ejercicio de la profesión del médico y se incluiría dentro de la *lex artis* que todo facultativo debe tener en sus intervenciones, al no dañar la libertad de disposición del sustrato ni el sustrato en sí mismo. Pero al producirse una colisión de intereses entre éste bien jurídico, integridad física y otros es por lo que estamos ante una causa de justificación y no de atipicidad. Hay un conflicto de intereses, por un lado las cuestiones de estado civil, y por otro la disponibilidad del titular de su integridad corporal. Esta colisión se resuelve a favor de la disponibilidad de la salud, bien de mayor identidad que el menoscabo, justificando la conducta el consentimiento y eximiendo la responsabilidad penal del sujeto.

Estos cambios de sexo no son tampoco un ilícito civil al no encuadrarse en los supuestos de culpa del artículo 1902 del Código Civil.

Se da mayor valor al sexo psicológico que al sexo biológico, ya que se tiene derecho a un sexo bien determinado, por lo menos en lo que se respecta a sus atributos psicológicos y caracteres sexuales; que es lo que determina que al sentirse el sujeto del sexo opuesto al de sus cromosomas y órganos genitales originario, operarse de sus órganos genitales, produce el cambio de sexo físico para estar acorde con su sentir, siendo la sexualidad una cualidad de la personalidad, al limitar su desarrollo sexual y emocional; que opinar lo contrario vulneraría el artículo 10.1 de C.E.

⁹ Art. 10.1 de la CE la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto de la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

Esta solución al problema de la transexualidad es criticada por la doctrina civil y por algunos magistrados del tribunal Supremo, como se observa en la S.T.S. de 2-VII.1987; 15-VII-1988 y 3-III-1989. Esta solución de la doctrina jurisprudencial podía equipararse a los casos de reconocimientos de las parejas de hecho por algunos ayuntamientos de nuestro país, salvando las diferencias entre una decisión judicial y una normativa interna de un Ayuntamiento¹⁰, que solo serviría a efectos internos y en este caso para acreditar la convivencia. Tanto la jurisprudencia como el ayuntamiento lo que intentan es dar soluciones acudiendo a los derechos fundamentales reconocidos por la constitución a problemas que no tienen cabida.

Hay un reconocimiento judicial del cambio de sexo de la persona que lo incita, se inscribe en el registro, pudiendo desplegar los derechos inherentes a la persona y en calidad de perteneciente al sexo que se establezca, lo cual podría encontrar problemas con los matrimonios celebrados por estas personas al incidir en la vía penal, al poder incurrir en un patrimonio ilegal.

5. EL CRITERIO JURISPRUDENCIAL.

1° Tanto la doctrina civil como la jurisprudencia coinciden en que el transexual se caracteriza por el sentimiento de pertenencia a otro sexo. Se siente del otro sexo pese a su constitución equivocada y pide su transformación corporal a fin de que el cuerpo este en consonancia con su sentimiento. Si bien como establece la doctrina civil la sentencia del tribunal supremo de 2 de julio de 1987¹¹, no podemos confundirlo con un intersexual, que son aquellos sujetos cuyo sexo es ambiguo, en el cual las características anatómicas y hormonales no están bien definidas, ni el sentido masculino ni el sentido femenino, y su operación lo que efectúa es la determinación de uno de ellos, a elección del sujeto.

2° Para la jurisprudencia se ha producido un cambio de sexo, tanto psicológico como social y familiar, que destronan al sexo biológico. Sentimiento que nace a raíz de que se produce una coincidencia social sobre el problema plasmado en la penalización de tales operaciones tras la reforma de 1983, de 25 de Junio, con el artículo 22. Como recoge la sentencia del tribunal supremo de 19 de abril de 1991; “La supresión o extirpación de los caracteres primarios y secundarios característicos del varón convierten a este en persona del sexo femenino”.

La doctrina estima que el transexual no nace con la operación quirúrgica, o nos encontraríamos ante el verdadero transexual, puesto que esta es una consecuencia de la transexualidad de sujeto; la solución se encuadra distinguir el genuino transexualismo del falso, para el primero se ha de autorizar el cambio de

¹⁰ El primer Ayuntamiento que lo reconoce fue el de Vitoria en febrero de 1994.

¹¹ A la hora de comentar el criterio de la comisión europea de los derechos humanos el 12 de diciembre de 1984, en el “affaire rees”, que correspondía a un intersexual

sexo, para el otro basta con el cambio de nombre y no debe de olvidarse que la intervención quirúrgica nunca debe de ser causa del cambio sino consecuencia de este.

3° El criterio jurisprudencial para la vía civil empleada para la rectificación en el Registro Civil de este cambio de nombre y de sexo, fue establecido por las Resoluciones de la Dirección General del Registro Civil y asumido por la jurisprudencia. En un principio se utilizó la vía administrativa del error en la inscripción en el registro, recogido en el artículo 93.

2° de la Ley de Registro Civil, igual que en los supuestos de intersexualidad, al considerar que estamos en los casos de error equiparable al de duda de identidad del nacido¹². Este criterio lo modificó el uso de la vía Judicial¹³, siendo la jurisprudencia complementadora, conforme a lo establecido al sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico art. 1 párrafo 6 y 7 del Código Civil y del art. 92 de la Ley del Registro Civil, que regula la inscripción del sexo y sus posibles modificaciones y rectificaciones.

La interpretación que ha de valerse de lo establecido en el artículo 10 de la C.E al cual recoge como derechos fundamentales el libre desarrollo de la personalidad, que según la sentencia del 19 de abril del año 1991 del Tribunal Supremo, implica una proyección hermenéutica amplia que autoriza para incluir en tal desarrollo los cambios físicos de forma del ser humano.

4° Con la función de la jurisprudencia, como fuente indirecta o complementadora del derecho, el libre desarrollo de la personalidad del transexual tiene como límite aparte de las propias limitaciones de la naturaleza, la de no poder contraer matrimonio, ya que esos matrimonios serían nulos, por inexistentes como se deduce de los artículos 44 y 73.4 del Código Civil y el artículo 32.1 de la Constitución.

El criterio generalizado en la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de Julio de 1988 y de 19 de Abril de 1991, olvidando la doctrina jurisprudencial de la ficción sobre la transexualidad que criticaban ampliamente los teóricos del derecho. Si bien nos encontramos ante la ficción de la hembra como que dentro del libre desarrollo de la personalidad está el derecho de cambiarse de sexo, se llega a la conclusión de la sentencia de 3-III-1988, la teoría de la ficción permite atribuir a un objeto o sujeto de derecho un tratamiento jurídico que se reputa necesario o simplemente justo; con la peculiaridad de que sus actos deben limitarse, pues no pertenecen realmente al sexo que se inscriben, lo que conlleva que no puede desplegar los mismos derechos que los sujetos pertenecientes a uno de los dos sexos legalmente reconocidos.

¹² *Criterio Seguido por las "Resoluciones de la Dirección General del Registro de 2 de Marzo y de 12 de Junio de 1971."*

¹³ Resoluciones de la Dirección General del Registro de 17-III 1982, de 17-II 1983 y 26 IV 1994

5° El Fundamento de que el matrimonio de un transexual es nulo, es que no existe un consentimiento matrimonial, por lo que sería nulo. La nulidad en el art. 73.4 del Código Civil, por error en las cualidades de la persona, por la jurisprudencia, error que viciaría el consentimiento matrimonial; parte de la doctrina considera que la causa de nulidad del matrimonio es la nulidad del consentimiento, ya que no puede haber consentimiento matrimonial entre personas del mismo sexo.

Podría existir la causa cuarta del artículo 73, pues perfectamente el otro contrayente puede conocer el hecho de que su <partenaire> es transexual por lo cual dicha causa no tendría efecto. Y sin el consentimiento es expresado libremente por personas que registralmente son de distintos sexo, el requisito de unión entre dos personas de distintos sexo se cumple. Pero si se impide que un transexual pueda contraer matrimonio por la razón de que no pueda procrear, tampoco las personas estériles podrían contraer matrimonio.

El matrimonio de un transexual es un tema que no se puede solucionar de manera fácil, pues habría que conjugar una serie de materias interdisciplinarias como la medicina, la psicología, etc., para llegar a una adecuada valoración. Si el transexual se ha cambiado de sexo, tanto psicológico como quirúrgicamente, y clínica y jurídicamente, se puede considerar como tal no le podríamos negar el derecho al matrimonio.

Nos debemos de centrar en el ámbito legal del transexual, ya que hay un reconocimiento judicial del cambio de sexo y del nombre, que será inscrito en el Registro Civil. Hay una limitación en estas personas de contraer matrimonio, que no se encuentra recogida en el fallo de las sentencias mencionadas, por lo que será inscrita esta en el Registro automáticamente, pudiendo celebrarse matrimonio sin perjuicio posterior de una declaración de nulidad en el procedimiento.

6. LOS MATRIMONIOS ILEGALES Y EL MATRIMONIO TRANSEXUAL.

Partiendo de la base de la declaración de nulidad del posible matrimonio que contraiga el sujeto que haya cambiado de sexo, se puede analizar el capítulo II del Título XI del Código Penal.

Se encuentran tres tipos de matrimonios ilegales, dos de conductas típicas en las cuales el contrayente, bigamo o con impedimento dirimente no dispensable, sería el sujeto activo de la bigamia y de contraer matrimonio bajo un impedimento no dispensable, Art. 217 y 218 del Código Penal. Y una tercera en la que el sujeto activo es especial, es el juez el que autorizare cualquier matrimonio prohibido por la ley.

El bien jurídico protegido en estos delitos es muy discutido por la doctrina; los que se inclinan por considerar que sería la familia y dentro de ella el matrimonio, al considerar que es el estado civil de la persona, derivado del matrimonio, al establecer que nos encontramos ante una dicotomía de género y de especie, el

estado civil, genero y circunscribiéndolo a la esfera familiar y concretamente al matrimonio, especie. La jurisprudencia que es el orden jurídico-matrimonial establecido por el Estado; opinión criticada pues de este modo no podría ser considerado como sujeto pasivo a un particular, al contrayente de buena fe, en los casos de impedimentos, o al cónyuge del matrimonio en los de bigamia.

Se considera que el bien jurídico protegido en el estado civil derivado del matrimonio, extendiéndose a la familia, al castigar la lesión del carácter monogámico y su no disolución por vías jurídicas.

Los elementos objetivos de cada matrimonio ilegal para delimitar su concurrencia o no en la celebración de matrimonios por los sujetos cuyo cambio de sexo ha sido reconocido por los tribunales e inscritos en el Registro Civil:

1° La bigamia:

El tipo esta reconocido en el artículo 217 del Código Penal, en contraer segundo ulterior matrimonio sin hallarse legalmente disuelto el anterior.

Serian los supuestos de la unión matrimonial ulterior del transexual, con su nuevo sexo inscrito en el Registro, sin haber disuelto su matrimonio anterior.

Los requisitos que se exigen para el primer matrimonio no disuelto como para el ulterior; es la apariencia de validez, la posibilidad de la existencia de un delito de bigamia ante dos matrimonios que podían ser nulos.

El razonamiento de la jurisprudencia; es que en relación al primer matrimonio es que no se halle legalmente disuelto, debiendo acudir a la normativa civil para poder establecer cuando un matrimonio esta o no legalmente disuelto por muerte o por divorcio, articulo 85 del Código Civil, y por declaración de nulidad, articulo 73 del Código Civil. Por muy nulo que sea el matrimonio no se procede a declararlo, va a surtir efectos civiles, y es valido hasta su declaración de nulidad, siendo aparentemente legitimo.

Lleva a la conclusión de que por el solo hecho de ser un transexual no influiría en la existencia o no de un delito de bigamia, si no se discute la posible nulidad sobrevinida por el cambio de sexo de su matrimonio anterior, esta no solo se delimitara la existencia o no del delito.

En el segundo matrimonio, la doctrina se divide; por un lado, no se podría hablar de delito de bigamia, si el matrimonio es nulo, dado que lo característico de este delito es su validez si no subsistiese el matrimonio anterior; por otro lado, la nulidad del matrimonio solo tiene lugar cuando esta se declare, mientras tiene el reconocimiento jurídico y produce la lesión al principio monogámico ulterior siempre será nulo y ello no quita para producir el delito de bigamia.

Esta interpretación es fundamental para el tema, pues considerar o no la exigencia de la validez del matrimonio ulterior, determinara la posibilidad o no de la concurrencia en el tipo del matrimonio del transexual. Si se mantiene la necesidad

de que el ulterior matrimonio ha de ser valido, no se podría hablar de delito de bigamia. Si se considera la doctrina que considera que el bien jurídico protegido es el carácter monogámico del matrimonio, es concluyente que no es necesaria la validez del ulterior matrimonio, así como la del primero, pues con la celebración se inculca el mismo y el estado civil derivado del matrimonio; validez que subsistirá hasta el momento en que se resuelva el procedimiento de nulidad correspondiente, y se estará atacando el bien jurídico por este tipo delictivo.

La declaración de nulidad del matrimonio del transexual, por incurrir en la causa 4º del Artículo 73 del Código Civil, no se realiza en el fallo de las sentencias estudiadas, sino en fundamentos de derecho, lo que determina su fuerza no ejecutiva y su no inscripción en el Registro Civil, haciéndose instalar el procedimiento para su nulidad, teniendo mientras tanto apariencia de validez, con la posibilidad de incurrir en un delito de bigamia.

Si el matrimonio ulterior se realiza con otro nombre, se sigue la interpretación que se realiza ante la celebración del ulterior matrimonio bajo supuestos nombres, salvando que no existe falsedad de documentos. Siguiendo a la jurisprudencia y a la doctrina, es irrelevante el cambio de nombre ya que se habla de (todo aquel), que se refiere a la persona que contrajera ulterior matrimonio, ya que nos encontramos ante una sola persona, aun cuando la decisión judicial le haya cambiado de sexo y de nombre.

Se puede concluir, que si concurren los elementos objetivos y subjetivos del tipo, se podría encuadrar la acción del transexual que contrae nuevo matrimonio sin hallarse disuelto el anterior, en un delito de bigamia.

2º los matrimonios con impedimentos dirimentes no dispensables:

El artículo 218 del Código Penal recoge el tipo del matrimonio ilegal, que consiste en la celebración del matrimonio con la concurrencia de algún impedimento no dispensable.

Si acudimos a la normativa civil para poder delimitar los elementos objetivos del tipo, así como centrar la posibilidad o no de realizar el tipo por el transexual que contrae matrimonio como de que sea nulo; los impedimentos dirimentes para contraer matrimonio se recoge en el artículo 46 y 47 del Código Civil¹⁴, y en el artículo 48 están las dispensas, los no ligados a otro vínculo y los parientes en línea recta.

¹⁴ artículo 46 "no puede contraer matrimonio 1º los menores de edad no emancipados, 2º los que estén ligados con vínculo matrimonial"

artículo 47 "tampoco pueden contraer matrimonio entre si:

1º los parientes en línea recta por consanguinidad o por adopción.

2º los colaterales por consanguinidad o por adopción.

3º los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos."

En cuanto a las normas de derecho canónico, sobre impedimentos no dispensables son las siguientes: la impotencia antecedente y perpetua; el ligamen anterior y el parentesco en consanguinidad en cualquier grado en línea recta y el primero en colateral.

A raíz de la Constitución de 1978 y del acuerdo con la Santa Sede del 3 de Enero de 1979, estos impedimentos no tienen relevancia en el ordenamiento jurídico estatal y no podrá ser causa de tipicidad penal, ya que solo puede fundamentarse la responsabilidad criminal la infracción de impedimentos colaterales.

La doctrina penalista niega la aplicación de este impedimento ya que por un lado se determina que es inadmisibles al considerar que es uno de los impedimentos desde el punto de vista social de menor trascendencia, ya que a nadie le escandaliza un matrimonio de tal naturaleza; por otro lado, bajo el prisma que al no ser impedimento civil su consideración a tal efecto penal vulneraría el principio de igualdad del artículo 14 de la C. E.

La especialidad del matrimonio que nos ocupa no tendría repercusión como tal en este tipo de matrimonio ilegal, por la imposibilidad de aplicar el derecho canónico con la normatividad civil, ya que es indiferente que el impedimento concurra o no en un transexual, y no existe impedimento específico con serlo.

3° la autorización del matrimonio prohibido por la ley por parte del juez.

En el artículo 22 del Código Penal se realiza la regulación de la autorización del juez de matrimonio que no se encuadre en los artículos 217 y 218 del Código penal; la conducta típica consiste en autorizar matrimonios prohibidos por la ley o para los cuales haya un impedimento conocido o denunciado en expediente.

Se trata de elevar a delito una forma de participación, ya que la autorización judicial de un matrimonio bígamo o bajo impedimento no dispensable sería una forma de participación en hechos no punibles.

Se intenta proteger el deber de cuidado que ha de tener el Juez para autorizar los matrimonios. El deber de vigilar la legalidad de los matrimonios. El deber de vigilar la legalidad de los matrimonios que autoriza, debe de vigilar que puede lesionar tanto de forma dolosa que de forma culposa.

La expresión de (matrimonios prohibidos por la ley) ha de entenderse, que el matrimonio no sea causa de algún impedimento por la Ley; de otro modo se conculcaría el principio (NE bis in Idem), pues se castigaría al juez en los artículos 217 y 218 del C. P. Y son dolosos. Serán prohibiciones reconocidas por el derecho civil y no por el canónico.

Los matrimonios entrarían a formar parte del objeto material del delito, que serán los que la Ley prohíba, excluyendo los que se celebran en contra de las normas que rigen este contrato, encuadrándose tanto los nulos, artículo 73 del CC., como que se realicen entre personas de sexo no diferentes, artículo 44 del CC.

Discutir si nos encontramos ante personas de sexo diferente sería reiterar la problemática de la consideración del transexual, que parece innegable que con el reconocimiento judicial de su nuevo sexo, y su inscripción en el Registro Civil de este no podemos dudar de su heterosexualidad legal de los contrayentes.

El poder del Tribunal Supremo, se establece que se debe a su labor de interpretación complementadora de la norma, no como creadora de esta, dado que es fuente indirecta y no directa de derecho; y es por esta función y su consecuencia por lo que nos cabe preguntarnos si estos matrimonios estarán prohibidos por la Ley o no.

Si partimos de la base que no existe consentimiento matrimonial por celebrarse por error en la identidad de la persona, como recoge nuestro Alto Tribunal nos encontraríamos ante un matrimonio nulo y no permitido por las normas; y encuadraría en el tipo delictivo.

La forma de comisión, puede ser tanto culposa como dolosa, incluyendo los supuestos de los artículos 217 y 218 del C. P, en los que el juez no conociera el criterio que establece la nulidad de estos matrimonios, que si bien no es obligatorio acatar si es claro que sirve de directriz.

Es necesario que un tribunal civil conociera que este pronunciase sobre la nulidad o no del matrimonio en concreto que este enjuiciado, y a raíz del pronunciamiento se podría hablar o no de la existencia del delito; pudiendo ocurrir, por un lado, que el Tribunal se pronuncie conforme a la doctrina del Supremo, se haría ante un matrimonio ilegal del artículo 22 del C. P.; y por otro lado que lo declare válido y el hecho sería atípico.

Y al ser la decisión judicial la que decida si existe o no el matrimonio nulo y por tanto ilegal; quedaría al arbitrio judicial si es típico o no; y según un juez el matrimonio transexual es válido.

CONCLUSIONES.

En definitiva la transexualidad es y sigue siendo un tema polémico. Estas notas no tienen otro propósito que añadir un punto de vista al debate sobre este delicado tema que tan de actualidad está entre nuestros días.

Todo lo expuesto nos lleva a la conclusión de que la laguna legal que existe sobre la transexualidad debe de ser subsanada cuanto antes.

En España ya son múltiples las sentencias de Juzgados de 1ª instancia que reconocen al cambio de sexo y nombre, sin ninguna restricción a contraer matrimonio, lo que deja a total arbitrio mantener la nulidad o no de los posibles matrimonios consecuentes de este cambio.

La inclusión de los artículos del C.P. nos lleva a que este tipo no conllevaría a ninguna sanción al contrayente transexual, sino solo el juez que lo autorice, siempre que por un juzgado civil se declare nulo el matrimonio en controversia.

Hoy por hoy, la celebración de un matrimonio por un transexual no determina la incurrencia de este, como sujeto activo, en un matrimonio ilegal. Solo en los supuestos que concurren los elementos típicos del delito de bigamia o de impedimento dirimente no dispensable, será el sujeto activo de un delito de matrimonio ilegal. Ello confirma la afirmación que hemos estado manteniendo, que mientras no exista una regulación civil específica de la transexualidad, difícilmente el matrimonio de esta persona les acarrearía, por su propia naturaleza, responsabilidad penal alguna.