



Roj: **STS 4665/1987 - ECLI:ES:TS:1987:4665**

Id Cendoj: **28079110011987100844**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/07/1987**

Nº de Recurso:

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JUAN LATOUR BROTONS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

. 436.-Sentencia de 2 de julio de 1987

PONENTE: Presidente Excmo. Sr. don Juan Latour Brotóns.

PROCEDIMIENTO: Juicio declarativo ordinario de mayor cuantía. MATERIA: Transexualidad. Error en la apreciación de la prueba.

NORMAS APLICADAS: Artículos 1, apartados 6 y 7, 29, 124, 357, 440 y 446 del Código Civil y 92 de la Ley de Registro Civil.

JURISPRUDENCIA CITADA: Sentencias de 18 y 20 de noviembre de 1986 y 26 de marzo de 1987.

DOCTRINA: Los supuestos de ficción que contempla el ordenamiento jurídico privado han de aceptarse para la transexualidad, de manera que el varón operado transexualmente no pasa a ser **hembra**, sino que se le ha de tener por tal por haber dejado de ser varón por extirpación y supresión de los caracteres primarios y secundarios y presentar unos órganos sexuales similares a los femeninos y caracteríología psíquica y emocional propias de ese sexo, debiendo corresponderse en la inscripción con la realidad en lo referente al sexo y sus posibles modificaciones y rectificaciones.

En la villa de Madrid, a dos de julio de mil novecientos ochenta y siete.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados del margen, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Las Palmas de Gran Canaria, como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número uno de Las Palmas de Gran Canaria, sobre rectificación de sexo en el Registro Civil, cuyo recurso fue interpuesto por don David , representado por el Procurador de los Tribunales don José Manuel de Dorremochea y Aramburu, asistido de la Letrada doña Soledad Quesada Burón, en el que es parte recurrida el Ministerio Fiscal, representado por el excelentísimo señor don Francisco Hernández Gil.

Antecedentes de hecho

Primero: El Procurador don Francisco de Bethancourt y Manrique de Lara, en representación de don David , formuló ante el Juzgado de Primera Instancia número uno de Las Palmas de Gran Canaria, demanda de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía, con la intervención del Ministerio Fiscal, sobre rectificación de sexo, estableciendo en síntesis los siguientes hechos: 1.º Que su representado, don David , fue inscrito como varón, figurando como tal inscrito en el Tomo NUM000 , página NUM001 del Registro Civil de esta ciudad. 2.º Que su representado, en el mes de enero del pasado año fue sometido en Londres a una intervención quirúrgica de cambio de sexo, resultado de la cual su sexo actual es el femenino. Se acompañaba certificado médico oficial del ginecólogo colegiado con el número 652 del Colegio de Las Palmas don Rafael Vernetta Comínguez,



en donde se hacía constar que por intervención quirúrgica le fue cambiado el sexo a su representado. Que igualmente se acompañaba certificado de la psicóloga doña Carmela , de la Administración, Institución de la Sanidad Nacional del Ministerio de Sanidad y Consumo, donde se hacía constar el cambio de sexo de su representado así como desde la infancia tenía asumido un rol sexual y emocional femenino. Que se acompañaba certificado médico expedido por el psiquiatra don Enrique , donde se hacía constar el pleno uso de las facultades mentales de su representado. Terminó suplicando se dictara sentencia en la que se declarara que su representado, por cambio ulterior, tiene en la actualidad el sexo femenino, ordenando la rectificación del sexo en la inscripción de su representado. Admitida la demanda y emplazado el Ministerio Fiscal en la calidad que ostenta, contestó a la demanda, oponiendo a la misma en síntesis el siguiente hecho: Que negaba lisa y llanamente los hechos objeto de la demanda, y en cuanto a los documentos negaba su autenticidad. Por providencia dictada en enero de 1986, se tuvo por contestada la demanda, se señaló día y hora para la comparecencia prevista en el artículo 691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la que tuvo lugar en su día, sin acuerdo, abriéndose en dicho acto el término de proposición de prueba, practicándose después las que propuestas por las partes fueron declaradas pertinentes. Unidas a los autos las pruebas practicadas, se pusieron las mismas de manifiesto en Secretaría, convocando a las partes para que en el término de diez días presentaran escrito con resumen de las pruebas, y no habiéndose solicitado por ellas, en tiempo hábil, la sustitución del escrito de conclusiones para la celebración de vista pública, se unieron a los autos los escritos correspondientes y se ordenó traerlos a la vista para sentencia, con citación de las partes. El señor Juez de Primera Instancia de Las Palmas de Gran Canaria número uno, don Rafael Lis Estévez dictó sentencia con fecha 28 de julio de 1986 , cuyo fallo es como sigue: Que estimo la demanda formulada por el Procurador don Francisco de Bethancourt y Manrique de Lara, a nombre de don David , teniendo por parte al Ministerio Fiscal, y declaro que el actor, por cambio ulterior, tiene en la actualidad el sexo femenino, ordenando la rectificación del sexo en la inscripción de nacimiento del citado actor.

Segundo: Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de Primera Instancia por el Ministerio Fiscal, en la calidad que ostenta, y tramitado el recurso con arreglo a derecho, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia con fecha 13 de enero de 1987 , con la siguiente parte dispositiva: Fallamos: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de instancia, debemos revocar y revocamos la misma, sin costas en esta alzada.

Tercero: El día 16 de marzo de 1987, el Procurador don José Manuel de Dorremochea y Aramburu, en representación de don David , formalizó recurso de casación contra la sentencia pronunciada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Las Palmas de Gran Canaria, con apoyo en los siguientes motivos: Primer motivo: Al amparo del número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por cuanto en la sentencia de la Audiencia ha existido error en la apreciación de la prueba que basamos en documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación de la misma, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. Existe error en la apreciación de la prueba al estimar la sentencia que don David sigue teniendo sexo masculino, y por tanto sigue siendo varón, error que resulta de los particulares, que después señalaremos. Estos documentos demuestran la equivocación de la Audiencia, que ha entendido en la sentencia recurrida que mi representado don David , no ha cambiado el sexo masculino que originariamente tenía. El documento básico y demostrativo del error de la sentencia que recurrimos es el informe pericial del Médico Forense don Jesús Ángel , emitido a presencia judicial, que, además, está reforzado y complementado por el certificado de la psicóloga del Centro de Diagnóstico del Ministerio de Sanidad de Las Palmas y por el certificado de don Gaspar , médico de la Dirección Provincial de la Salud, que conoce desde hace muchos años a mi representado. Y las conclusiones periciales son tan determinantes y contundentes, que el desconocimiento de su valor y certeza implica una arbitraria decisión, según tiene reconocido la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Entendemos que el Tribunal debe aceptar las conclusiones que los técnicos y peritos le han proporcionado, no siendo legal contradecirlas por prejuicios y repugnancias sin fundamento, ya que se trata de un hecho cuyo esclarecimiento corresponde a la técnica. Por tanto debe ser acogido este motivo de casación, dando plena validez a los dictámenes que hemos referenciado y declarar, en consecuencia, que don David ha cambiado su sexo, teniendo actualmente el femenino. Segundo motivo: Al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por cuanto la sentencia infringe normas de la Ley del Registro Civil y del Código Civil, que son aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. La sentencia infringe, por interpretación errónea, los artículos 41, 42 y 44 de la Ley del Registro Civil, y artículo 328 del Código Civil , que contienen el auténtico concepto «legal y jurídico», de sexo, consistente en que la diferencia de sexos radica en aspectos externos del cuerpo humano, no exigiendo tales normas jurídicas, para la diferenciación, exámenes y análisis médicos de alta ciencia, bastando el concepto y sentir de la mayoría de la gente, apreciable casi a simple vista. Aunque el título del estado civil de las personas esencialmente radica en la posesión de dicho estado, los actos concernientes al mismo han de hacerse constar al Registro Civil. Nunca en nuestro Derecho ha constituido el sexo un estado civil, sino simplemente un atributo o una circunstancia de la persona. Sin embargo antes de las últimas reformas del Código Civil el sexo constituía un elemento limitativo de ciertos derechos en el caso de la



mujer, limitación que bien es verdad radicaba más que en el sexo en el matrimonio. En ese momento histórico del derecho de la persona existían razones más poderosas que en el derecho vigente, para hacer constar la diferenciación de sexos, al objeto de que el Estado salvaguardara los derechos de uno y otro sexo. Hoy ya no existe discriminación alguna, e incluso está totalmente prohibida por el artículo 14 de nuestra Constitución. La Ley del Registro Civil nace precisamente en la época en que la discriminación de los sexos era más acusada y, sin embargo, cuando se trata de inscribir el nacimiento de un niño, aquella Ley y aquella época no exigía pruebas o análisis médicos para determinar el sexo del nacido. Bastaba simplemente la declaración de quien tuviere conocimiento del nacimiento estando obligados en primer lugar los padres a declarar el hecho y las circunstancias del nacimiento debiendo también el médico o la comadrona dar parte por escrito al Encargado del Registro, no siendo, en absoluto «...necesaria la presentación del recién nacido al funcionario encargado del Registro para la inscripción del nacimiento, bastando la declaración de la persona obligada a hacerla». No se exigían ni se exigen análisis de hormonas o de cromosomas para asignar un sexo u otro al recién nacido. Basta la declaración de los padres. Es evidente que la declaración exigida por la Ley del Registro y por el Código Civil la puede hacer cualquier persona sin conocimientos técnicos, por lo que sólo basta observar los órganos genitales externos, es decir, el pene o la vagina. Incluso la declaración del médico o comadrona que asisten al parto, tampoco se exige que hagan un análisis clínico. Por tanto el concepto legal, el concepto jurídico, del artículo 41 de la Ley del Registro Civil, del artículo 328 del Código Civil y de los otros artículos que hemos citado, es un concepto aparential del cuerpo humano, no es un concepto de alta ciencia. La sentencia que recurrimos, basada totalmente en la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1986, se opone a reconocer el cambio de sexo, basándose en que los machos difieren de las **hembras** por sus distintos órganos de reproducción, y añade que no se puede prescindir del sexo genético ni del cromosomático. En cuanto a la reproducción o generación, todos sabemos que muchas **hembras** no pueden concebir y generar hijos por tener atrofiados sus órganos reproductores o incluso por falta de alguno de ellos, pese a disponer de los restantes órganos genitales femeninos. Luego estos elementos diferenciadores no son esenciales para determinar el sexo, pues en algunas ocasiones fallan. La sentencia está vertiendo un concepto materialista del sexo, olvidando que dentro de nuestro ordenamiento jurídico, encuadrado en la cultura occidental, el alma, el espíritu, informa al cuerpo y es primordial en el ser humano, por lo que si el alma, el espíritu, el sentir de la persona es femenino y tiene además órganos externos femeninos, por qué no va a tener el sexo femenino. Por tanto mantenemos que el sexo legal y jurídico es semejante al que entiende por sexo el vulgo, es decir, es lo que se dice el sexo anatómico o morfológico, el sexo psicológico y el sexo social. La sentencia que recurrimos se rasga las vestiduras al creer que el cambio de sexo va contra las normas del orden público, exponiendo las consecuencias a que ello podría conducir, tales como que si se admitiera el referido cambio de sexo, el varón inscrito de nacimiento podría después contraer matrimonio con otro varón, podría convertirse en madre adoptiva, podría ser considerado heredero «ab intestato» de su cónyuge, etcétera. Evidentemente la sentencia está anclada en conceptos muy anticuados, pues hoy con el artículo 14 de la Constitución española, entendemos que llegará a admitirse el matrimonio con otro varón, y desde luego lo que no se puede sostener es que adopten sólo las madres, pues va en contra de dicho artículo 14, y es totalmente irrelevante que puedan ser herederos, pues no va en contra de ninguna norma jurídica. El legislador también ha previsto el cambio de sexo y así el artículo 428 del Código Penal ha despenalizado totalmente las operaciones de cambio de sexo. También la reforma del Registro Civil llevada a cabo por Real Decreto de 29 de agosto de 1986, ha introducido una modificación en el artículo 21 del Reglamento, prohibiendo dar publicidad a la rectificación del sexo, prohibición que no existía anteriormente en nuestro derecho. En definitiva, entendemos que el concepto de sexo que tiene nuestro ordenamiento jurídico es un concepto vulgar. En consecuencia, debe ser acogido favorablemente este motivo de casación. Tercer motivo: Al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto la sentencia infringe normas de la Constitución Española, que son aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. La sentencia infringe, por inaplicación, el artículo 10.1 de la Constitución española de 1978, por cuanto al negar y no admitir el cambio de sexo de don David, está impidiendo el libre desarrollo de su personalidad, ya que uno de los atributos fundamentales de la persona es el sexo que tiene, infringiendo la sentencia el referido artículo al no reconocerle el sexo actual. Como un derecho fundamental de la persona humana viene concebido el libre desarrollo de la personalidad en el artículo 10.1 de la Constitución española, constituyendo este derecho uno de los fundamentos del orden político y de la paz social, por lo que todas las instancias del Estado deben defender este derecho y crear las condiciones necesarias para que el mismo se mantenga a todos los niveles. ¿Qué se entiende, en la Constitución, por personalidad? La personalidad es lo más propio de cada ser humano, aquello que le caracteriza como un ser único, individuo irrepetible, distinto a todos los demás **seres** humanos. La personalidad es lo que caracteriza a cada uno de nosotros, que nos vamos definiendo y haciéndonos a través de la vida. Una de las cualidades de la personalidad es el sexo, es decir, sentirme hombre o mujer, desarrollar la propia personalidad, masculinidad o femineidad, ser yo mismo. Por ello, entendemos que se conculca abiertamente el artículo 10 de la Constitución española, si no se me permite ser y manifestarme como me siento, si todo mi sentir y toda mi apariencia es de mujer y sin embargo mi tarjeta de identidad, mi pasaporte, manifiesta a todos que soy varón. Esta falta de reconocimiento de mi propio sexo aunque el mismo



hubiere evolucionado y no fuera así originariamente, estaría impidiendo a todas luces el libre desarrollo de mi personalidad. Si, como afirma el dictamen psicológico, la naturaleza de mi representado es femenina, su rol, su papel, es el de mujer, el no reconocimiento legal de esta personalidad femenina puede incluso conducir a un desequilibrio mental, destructor de la propia personalidad, al estar viviendo continuamente el contraste de su ser, de su apariencia, con la titulación oficial de varón. Otros ordenamientos jurídicos así lo vienen reconociendo. Francia, Inglaterra, etc., tienen ya abiertamente reconocido y legalizado el cambio de sexo. Por todo ello ha de ser también acogido favorablemente este motivo de casación. Cuarto motivo: Al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que la sentencia infringe normas de la Constitución española, que son aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. La sentencia infringe, por inaplicación, el artículo 14 de la Constitución española de 1978, por cuanto al no reconocer el cambio de sexo de don David, está cometiendo una discriminación basada en el sexo. Los españoles somos iguales ante la Ley, y no puede prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, ni por razón del sexo, según el artículo 14 de la Constitución. Si el sexo no tiene relevancia ninguna en nuestro ordenamiento jurídico, de forma que el varón y la mujer tienen los mismos derechos y las mismas obligaciones, el título legal de varón o **hembra**, como una circunstancia del estado civil de la persona, tampoco debe tener relevancia alguna. Entendemos que la máxima discriminación es no permitir, no reconocer el cambio de sexo, pues se está impidiendo la igualdad ante la Ley. Asimismo el nacimiento como varón estaría condicionando y discriminando al ser humano, ya que éste no puede en un momento ulterior adquirir o pronunciarse por un sexo determinado, y ha de quedar fijado para siempre en el sexo originario. Supone una máxima discriminación, aparecer ante todo el mundo como mujer, y mantener en sus papeles identificatorios, por la inscripción registral, otro sexo distinto, el de varón. Por estas razones ha de ser admitido el cambio de sexo, pues en virtud al sexo legal o registral estamos impidiendo el sexo posterior, el sexo real. En definitiva estamos discriminando a una persona por razón de su nacimiento y por razón de su sexo, razones por las cuales debe ser acogido este motivo de casación.

Cuarto: Admitido el recurso y evacuado el trámite de instrucción, se señaló para la celebración de la vista el día veinticinco de junio del presente año.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. don Juan Latour Brotóns.

Fundamentos de Derecho

Primero: 1. La transexualidad es un problema de nuestro tiempo que ha sido posible gracias a los insospechados avances de la cirugía plástica. Esta realidad comporta un fenómeno sociológico que el Derecho no puede ignorar y que obliga a tomar posturas.

2. Así, en el Derecho comparado, y dentro de nuestra misma área cultural, abordan este problema la ley sueca de 21 de abril de 1972, la alemana de 11 de agosto de 1980, la italiana de 14 de abril de 1982 y la holandesa de 1 de agosto de 1985. En nuestra patria, en cambio, no hay ley civil que aborde el problema de la transexualidad.

Sin embargo, justo es destacar que con motivo de la reforma llevada a cabo en el Código Penal por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, se estimó propicio el momento para abordar tal problema, hasta el punto que la Exposición de Motivos justifica su postura acerca de la despenalización de las lesiones cuando mediere el consentimiento. Entiende el legislador en dicha exposición que, sin perjuicio de futuras consideraciones en una regulación de las lesiones, si «ha estimado de urgencia» introducir un nuevo párrafo al artículo 428 del vigente, de forma que, el consentimiento libre y expresamente manifestado, exime de responsabilidad en los supuestos de trasplante de órganos, esterilizaciones y «cirugía transexual», efectuados legalmente y por facultativos.

3. En cambio, en la práctica judicial ya se han producido diversos fallos abordando el problema y 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, porque toda persona tiene derecho a un sexo bien determinado, por lo menos en lo que respecta a sus atributos psicológicos y características sexuales.

Este criterio se ha seguido por la Comisión Europea de Derechos Humanos, en relación con el informe emitido por la misma que junto con el Reino de Bélgica instaron el conocimiento del Tribunal de Estrasburgo con ocasión de la sentencia de 4 de octubre de 1980 proferida en el «affaire Van Oosterwijck», siquiera el Tribunal no entrara a conocer del fondo del asunto por motivos puramente formales.

La misma Comisión ha reiterado su criterio favorable en el informe emitido el 12 de diciembre de 1984 en el denominado «affaire Rees», aun cuando no se haya hecho pública la sentencia hasta ahora.

4. En nuestra patria existen algunos antecedentes que merecen ser citados.



Ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Sevilla un transexual interpuso demanda contra el Ministerio Fiscal alegando 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 una mujer y que tras someterse en Holanda a una operación de transexualización para armonizar su forma genital física con la mental dio lugar a la estimación de la demanda. Impugnada la sentencia por el Ministerio Fiscal fue revocada por la de la Audiencia. Interpuesto recurso de casación por el demandante, esta misma Sala, en sentencia de 7 de marzo de 1980, desestimó el recurso por motivos puramente formales y sin entrar en el fondo del asunto.

Sin embargo, y con anterioridad, es curioso destacar la prosperabilidad de la transexualidad por avatares puramente procesales. Así, según se desprende de la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 15 de septiembre de 1980, un Juez de Primera Instancia de Málaga dictó sentencia el 29 de septiembre de 1979 favorable al transexual. En el supuesto enjuiciado en dicha resolución se trataba de una persona inscrita en el Registro Civil como varón, operada del síndrome de transexualidad en Londres, presentando, además, caracteres netamente psicológicos de índole femenina. El fallo quedó firme al no haber sido impugnada la sentencia por el Ministerio Fiscal. Las pruebas médicas demostraban que la dotación cromosómica era normal del varón. Esa misma Memoria apunta que el fundamento de la sentencia está en relación 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 repele.

En la misma línea y con iguales avatares, ha de inscribirse una sentencia dictada en supuesto análogo por uno de los Jueces de Primera Instancia de Instrucción de Madrid.

Otro caso enjuiciado en nuestra patria es el de una persona, inscrita como varón en el Registro Civil, que a lo largo de su vida mostró una psiquis femenina, con una necesidad psíquica y física hacia el otro sexo y, en orden a evitar su deterioro mental, se sometió en Londres a una operación de transexualidad, asumiendo así el fenotipo del sexo femenino. El Juez de Primera Instancia de Zamora dictó sentencia el 8 de noviembre de 1984 desestimando la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia de Valladolid lo estimó y dio lugar a la demanda por sentencia de 10 de mayo de 1986. Al consentir el Ministerio Fiscal el fallo, la transexualidad quedó legalizada.

5. En el ámbito gubernativo, la resolución de la Dirección General de los Registros dio por supuesto que el expediente de rectificación de error en cuanto al sexo que posibilitaba el artículo 93.2.º, de la Ley del Registro Civil era aplicable a situaciones de transexualidad, doctrina seguida y ampliada por las posteriores resoluciones de 2 de marzo y 12 de junio de 1971.

Esta corriente fue abandonada por la resolución de 17 de marzo de 1982, que rechaza la tesis de que la transexualidad pueda ser viable para la rectificación del asiento del Registro Civil y que se mantiene en las siguientes del mismo Centro de 17 de febrero de 1983 y 26 de abril de 1984, señalando todas ellas que la vía judicial es la apropiada para el cambio de sexo de un transexual.

Segundo: 1. Ya en tema de recurso, el primero de los motivos se articula por el cauce formal del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando error de hecho en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en actos y que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, citando a tal efecto un informe pericial emitido por un médico forense y complementado por dos certificaciones, una emitida por la psicóloga del Centro de Diagnóstico del Ministerio de Sanidad de Las Palmas y, otra, por el médico de la Dirección Provincial de la Salud de la misma ciudad, que no dejan de ser pruebas pseudopericiales y que no pueden incluirse en el precepto procesal que se invoca, conforme a la doctrina de esta Sala que viene entendiendo por documentos tan sólo los catalogados en los artículos 1.216 y 1.225 del Código Civil y 596 a 605 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (sentencias de 23 de marzo, 17 de julio y 15 de septiembre de 1985, 30 de abril, 10 de junio y 25 de noviembre de 1986 y 15 de junio último).

2. Sin embargo, la desestimación de este motivo no debe conducir de por sí a una tesis negativa para el recurrente en cuanto al material probatorio que accede a la casación y que ha de destacarse en aras de un principio elemental de justicia y despojándolos de aquellos llamados juicios de valor, que son los que emite el Tribunal de Instancia al valorar determinados hechos y que pueden ser revisables en casación.

Así, de la sentencia de la Audiencia se deducen como hechos, entre otros, los siguientes probados: que el recurrente fue inscrito en el Registro Civil como varón y que se sometió en Londres el 21 de enero de 1985 a una operación quirúrgica para cambiar su sexo por el femenino, presentando una vagina artificial reconstituida con piel de los escrotos (sic), practicable y con una profundidad de diecisiete centímetros, terminando en forma de saco; que ha sufrido una transformación total de sus caracteres sexuales, tanto primarios como secundarios; que ha asumido un rol sexual y emocional femeninos prácticamente desde la infancia y que, socialmente,



se comporta como una mujer y que el tono y contenido de la conversación son femeninos; que tiene meato unitario femenino, que los cabellos del pubis y del cráneo son femeninos, careciendo de pelo en la cara y teniendo mamas y que se inyecta hormonas femeninas.

Estos hechos pueden enriquecerse, además, con aquellos otros que pertenecen al acervo cultural y que pueden aceptarse por la vía de reglas de la experiencia, como aquellos que caracterizan al transexual por el irresistible sentimiento de pertenencia al sexo contrario, rechazo del propio y deseo obsesivo de cambiar la morfología genital.

Tercero: 1. Hay que tener en cuenta que las leyes positivas pueden subsistir intactas en el tiempo; pero hay que convenir también en que, bajo la presión de los hechos y de las necesidades prácticas, se presentan, las más de las veces, situaciones nuevas imprevistas por el legislador que demandan una solución. Tal ocurre con la transexualidad: un problema de nuestros días, una realidad evidente que demanda una solución jurídica.

En una primera aproximación al problema justo es convenir que la solución que se adopte ha de ser netamente jurídica, pues la puramente biológica no puede aceptarse en tanto en cuanto a ésta no puede haber cambio de sexo, ya que continúan inmutables los cromosomas masculinos.

En este orden de ideas cabría preguntarse si el recurrente ha cambiado de sexo. Atendiendo a las llamadas máximas de experiencia y a lo que entiende el común sentir de nuestras próximas áreas culturales, es evidente que sí ha habido un cambio. Así se reconoce en la sentencia impugnada y se han recogido los hechos que allí se dan por probados en esta misma casación, siquiera el juicio de valor sentado por la Audiencia sea el que no ha habido cambio de sexo.

En este mismo orden cabría preguntarse sobre la posible legalización, según algunos, de la despenalización, según otros, y de la permisibilidad de los más, de la transexualidad, resulta hoy en día en nuestro ordenamiento jurídico por el párrafo segundo del artículo 428 del Código Penal conforme a la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/ 1983, de 25 de junio y cuya introducción en nuestro sistema positivo es justificado por el legislador como de urgencia en la propia Exposición de Motivos.

La transexualidad, en el caso que ahora se enjuicia, supone una operación quirúrgica que ha dado como resultado una morfología sexual artificial de órganos externos e internos practicables similares a los femeninos, unidos a una serie de caracteres de que ya se hizo mérito anteriormente.

Será una ficción de **hembra** si se **quiere**; pero el Derecho también tiende su protección a las ficciones. Porque la ficción desempeña en el Derecho un papel tan importante como el de la hipótesis en las ciencias exactas. Una y otra son meras suposiciones que hay que admitir para legitimar determinadas consecuencias en orden a la verdad científica o de la justicia o utilidad social. Sólo partiendo de una hipótesis es posible establecer en ocasiones principios y fundamentar teorías que expliquen todo un orden de hechos o fenómenos demostrados por la experiencia; y sólo aceptando una ficción se hace viable en ciertos casos establecer derechos que de otra suerte carecerían de base racional o jurídica en que apoyarse.

Así, y solamente en el ordenamiento jurídico privado, cabría recordar los supuestos de ficción establecidos en los artículos 29, 124, 357. 440 y 466 del Código Civil .

Esta ficción ha de aceptarse para la transexualidad; porque el varón operado transexualmente no pasa a ser **hembra**, sino que se le ha de tener por tal por haber dejado de ser varón por extirpación y supresión de los caracteres primarios y secundarios y presentar unos órganos sexuales similares a los femeninos y caracteriologías psíquica y emocional propias de este sexo.

2. En tesis de recurso y de planteamiento de la problemática procesal se postula una sentencia - que ha de calificarse de constitutiva en la que se declare que el actor, por cambio ulterior de sexo, tiene en la actualidad el femenino, ordenando la rectificación del sexo en la inscripción de nacimiento.

La primera consecuencia, y habida cuenta los principios que rigen nuestro sistema registral civil, sería la que el transexual tiene un primigenio derecho a cambiar el nombre de varón por el de **hembra**; pero sin que tal modificación registral suponga una equiparación absoluta con la del sexo femenino para realizar determinados actos o negocios jurídicos, toda vez que cada uno de éstos exigiría la plena capacidad y aptitud en cada supuesto.

Si se tiene en cuenta que la transexualidad es un hecho reciente, pronto se advertirá que tanto la Ley del Registro Civil como su Reglamento no regularán la posibilidad de rectificación de la inscripción por supuesto cambio de sexo por operación quirúrgica posterior.

Evidentemente no pueden entrar en juego los artículos relativos al error en la inscripción; pero también hay que convenir en que la inscripción no se corresponde con la realidad y el artículo 92 de la Ley ha 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 para, por vía de analogía de derecho y arbitrándose por el cauce establecido en el artículo 1, apartados 6 y 7, del Código Civil, porque en el supuesto que se estudia y enjuicia el transexual operado es morfológicamente una **hembra**, caracteriológicamente es femenina y se comporta social e individualmente como una mujer.

Cuarto: En consecuencia, procede acoger el segundo de los motivos del recurso, sin necesidad de estudiar los restantes, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial (sentencias de 18 y 20 de noviembre de 1986 y 26 de marzo último), casando la sentencia impugnada y confirmando el fallo de la de primera instancia, sin hacer pronunciamiento alguno sobre las costas en aquellas instancias ni en la de casación.

Por todo lo expuesto en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS:

Que, estimando el recurso de casación interpuesto por el Procurador de los Tribunales don José Manuel de Dorremocha Aramburu, en nombre y representación de don David, ha lugar a la casación y anulación de la sentencia dictada con fecha trece de enero del corriente año por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Las Palmas de Gran Canaria, confirmando el fallo de la dictada por el Juzgado de Primera Instancia número uno de dicha capital con fecha veintiocho de julio de mil novecientos ochenta y seis, y sin hacer especial declaración sobre las costas causadas en ambas instancias ni en la casación. Líbrese a la citada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala remitidos.

Así, por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Juan Latour Brotóns.- Rafael Casares Córdoba.- Cecilio Serena Velloso.- Mariano Martín Granizo y Fernández.- Rafael Pérez Gimeno.- José Luis Albacar López.- Matías Malpica y González Elipe.- Antonio Carretero Pérez.- Ramón López Vilas.- Eduardo Fernández Cid de Temes.- Alfonso Barcala y Trillo Figueroa.- Gumersindo Burgos y Pérez de Andrade.

Voto particular

Que se formula, haciendo uso del artículo 260.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Excmos. señores don Jaime Santos Briz, don Cecilio Serena Velloso, don Rafael Pérez Gimeno, don Matías Malpica y González Elipe.

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la sentencia disidentida.

Fundamentos de Derecho

Primero: Al examinar el contenido de las pretensiones objeto del juicio se constata que no se ha ejercitado una acción de rectificación del Registro Civil sino una acción sobre el estado civil a través de una petición que tiene por contenido la declaración, a todos los efectos legales, de que se ha cambiado o transmutado el sexo del demandante, cambiándose el sexo originario, reconocidamente masculino, al contrario sexo femenino. El escrito de la demanda habla, con efecto, de «cambio ulterior» y pide sentencia «en la que se declare que mi representado (dice) por cambio ulterior tiene en la actualidad el sexo femenino». La modificación del Registro Civil sería una simple consecuencia de la declaración básica pretendida, que, al cambiar el estado preexistente para introducir otro, nuevo y en cierta manera opuesto al antecedente, atrae el haberse de calificar tal pretensión como verdaderamente constitutiva. El actor demandante acciona a partir del reconocimiento implícito de su originaria condición de varón, y el contenido de su pretensión es el de que, con la base suministrada por la operación quirúrgica a que fue sometido y que ha consistido sustancialmente en la ablación de los órganos reproductores masculinos y el establecimiento de una vagina artificial fabricada del modo dicho, se le constituya en el opuesto estado de **hembra**. No puede llegarse a otro planteamiento aun tomando en consideración las referencias que se hacen a que, ya con anterioridad a la operación quirúrgica, «el papel asumido en plenitud era el femenino» o, como hace el recurso en el primero de sus motivos, que el actor tiene asumido desde la infancia un rol sexual y emocional femenino, o que ha tenido hábitos femeninos, tanto en sus formas de expresión y trato como en su indumentaria. Fuera de ese rol, que en la lectura más favorable al intento se identifica con una creencia fija del actor de que pertenece o le conviene el sexo femenino, nada más se aduce sobre que hormonal, genética, gonádica o morfológicamente correspondiese al sexo femenino. Se trata, por lo tanto, de un sujeto de constitución sexual resueltamente masculina y en el cual no existieron nunca estigmas físicos o funcionales de los dos sexos que permitieran clasificarlo como intersexual y acreedor al discernimiento del sexo predominante sino (siempre en el mejor de los casos) de una a la manera de falta de coherencia plena entre el sexo orgánico y funcional, absolutamente masculino, y un sexo psicológico que le



condujo a desear el sexo femenino y, en esa línea, a la práctica de la operación quirúrgica y a un tratamiento hormonal a que dice estar sujeto, con éxito. Se trata, en suma, de un transexual, entendido dicho término como expresivo de una incongruencia entre lo psíquico y lo orgánico y, en definitiva, en una determinación de su voluntad consistente en el cambio del sexo atribuido por la naturaleza por el que pretende agenciarse sobre la base, aparte los efectos de la operación quirúrgica, de una invocada manera femenina de concebir su personalidad.

Tal «ius variandi», desde un sexo «a quo» masculino al sexo «ad quem» femenino, que se alcanzaría por el resultado de su ejercicio y la estimación de la pretensión constitutiva acogida en la sentencia del Juzgado que confirma la que se disiente, no existe, por la imposibilidad de su objeto.

El estado de la cuestión en la Ciencia es el de que, biológica y hasta ontológicamente, la diferencia del hombre respecto de la mujer (macho y **hembra** de la especie humana) radica fundamentalmente en el sexo que en semántica pura es la condición orgánica que distingue al uno de la otra, lo que viene determinado específicamente por los genes que están formados por secciones de moléculas de ácido desoxirribonucleico, constituyente principal de la cromatina y cuya denominación X o Y se proyecta en la mujer en pared de cromosomas XX, en tanto que en el hombre los pares son XY, es decir, en aquella son homocromosomas en tanto que en éste son heterocromosomas. De aquí, cabe partir con seguridad, que si bien hasta determinada edad del individuo puede no aparecer bien definida su personalidad en orden al sexo predominante en él, muchas veces influido por la educación y el entorno en que se desarrolla, está ya en edad adulta bien cristalizada en cuanto que el examen cromosómico del ser humano nos da la pauta de su individualidad sexual hombre o mujer. Estructuralmente, ello es lo que enmarca su condición de varón o **hembra** y los demás caracteres como son los primarios (órganos sexuales) o secundarios (estatura, color, pilosidad, mamas, voz, etc.), no son sino simples coadyuvantes anatómicos, morfológicos o de hábito e incluso de comportamiento, que, por poder venir mezclados los de distinto signo, o de apariencia externa confusa o equívoca, no pueden estimarse como elementos paradigmáticos para la definición del ser en que se hallan y que los demás observamos y analizamos. En conclusión, el sexo es cualidad inmanente del ser humano, en tanto que la sexualidad, por referirse al comportamiento o conducta del individuo con relación a él, es contingente y versátil, no pudiendo constituir este último, por consiguiente, factor adecuado para cambiar aquél, pues el sexo, aun con componentes psicosomáticos tiene, incuestionablemente, un ingrediente de carácter físico- biológico, de trascendencia infinitamente mayor que el elemento psíquico que lo complementa y adorna.

Segundo: Entrando en el particularizado examen de los motivos ha de rechazarse el primero, que, al amparo del número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia error de hecho basado en los documentos que señala. Se acepta sustancialmente el «fundamento» segundo de la sentencia que se disiente y, abundando en el razonamiento que ofrece, consignamos que: a) conforme a la doctrina de esta Sala los informes periciales no tienen la cualidad jurídico- procesal de tales, que sólo la revisten los citados en los artículos 1.216 y 1.225 del Código Civil, porque dichos informes, aunque vayan insertos obviamente en documentos de orden procesal, se rigen por las normas específicas de la condición que viene requerida en el artículo 1.242 del mixto texto legal, b) Los informes periciales están sometidos a la soberana valoración del Tribunal de instancia (artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) por cuanto no existen normas legales que contengan las reglas de la sana crítica, por lo que, no incidiendo en ilogicidad o irracionalidad, ha de estarse a las declaraciones fácticas resultantes de la ponderación por la Sala «a quo» de dichos informes.

Tercero: El motivo segundo del recurso, por el cauce del número 5.º del mismo artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega la infracción de los artículos 41, 42 y 44 de la Ley del Registro Civil y del 328 del Código Civil. En el fundamento de derecho primero se reveló que no es el objeto del juicio de que el recurso dimana el rectificar directamente el Registro Civil sino que, primordialmente se insta la declaración con efectos constitutivos de estado civil, de que el demandante es mujer y, por vía de consecuencia, la toma de razón del cambio de sexo operado, en el Registro Civil. Los preceptos invocados no autorizan, como parece se pretende, la rectificación de la mención del sexo según «un concepto aparential del cuerpo humano» conforme al cual «sólo basta observar los órganos genitales externos, es decir, el pene o la vagina», sin la exigencia de «análisis de hormonas o de cromosomas». Tal «concepto vulgar de sexo» es el que, según el motivo, debe prevalecer, determinando, por los efectos (al parecer) de la operación quirúrgica efectuada, la asignación del sexo femenino. En el fundamento primero se deja razonado lo bastante a la desestimación de este motivo segundo.

Cuarto: El motivo tercero, es por infracción del artículo 10.1 de la Constitución, por cuanto la sentencia impugnada está impidiendo al recurrente «el libre desarrollo de su personalidad». «Si todo mi ser se siente mujer (se lee en su desarrollo), en el cuerpo, en la tendencia, en el espíritu, porque, hipotéticamente, mis cromosomas sean masculinos, no podemos consentir el fraude a la propia personalidad.» Se hace así referencia al pasaje de la sentencia de la Audiencia en el que se consigna «que no se ha probado



científicamente que su sexo sea el femenino, mediante la determinación del grupo de cromosomas, que, como es sabido, los del hombre se denominan "46 XY" y los de la mujer "46 XX", siendo impropio hablar de cambio de sexo, pues si éste está en todas las células del organismo no se puede cambiar y si alguno consiguiera, mediante un tratamiento hormonal y una intervención quirúrgica, una apariencia de mujer no por eso adquiriría el sexo femenino, ya que no se puede confundir sexo con sexualidad».

La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad, están consagrados efectivamente en el número uno del artículo 10 de la Constitución. Entre las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, merece destacarse el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 y que España ratificó el 4 de octubre de 1979. En la perspectiva de dicho Convenio, aludido en el número dos del mismo artículo, ha sido invocado en los foros europeos el derecho del transexual a la mutación del sexo, con cita de sus artículos 8 y 12, si bien no nos consta que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya reconocido ese derecho. Sorprende la cita de la sentencia de dicho Tribunal de fecha 6 de noviembre de 1980, número 40 (Van Oosterwijck contra Bélgica) ya que en la misma se decidió, por 13 votos contra 4, «que no podía entrarse a examinar el fondo del asunto por falta de agotamiento de los recursos internos». En cuanto al otro asunto a que se alude, por ser el informado por la Comisión Europea de Derechos Humanos el 12 de diciembre de 1984 (asunto Rees), debe advertirse que corresponde, no a un transexual, sino a un intersexual, según el informe médico, por lo cual el caso varía sustancialmente respecto del aquí justiciable.

Debe partirse, pues, de que, conforme a la dignidad de la persona y sus derechos inviolables, todas las cosas se orientan al hombre. Justamente por ello no debe, sin embargo, perderse de vista la índole social del asunto por cuanto el provecho de la persona y el crecimiento de la sociedad, se hallan ligados en relación de interdependencia. Firme el que el principio, el sujeto y el fin de todas las instituciones sociales es y debe seguir siéndolo la persona humana, plena de dignidad, debe añadirse que la vida social del hombre no es algo accidental sino que necesita en absoluto de la vida social. El estado de cada hombre en el todo en que necesariamente ha de estar, no es algo que arbitrariamente puedan fijar el mismo sujeto o el legislador, sino que se impone por las condiciones y características de cada individuo, que deben ser respetadas por imperativo del bien común que debe ser conseguido. El hombre recibe, al nacer, unas aptitudes en perspectiva de posibilidades que tiene el deber de realizar y sólo así su personalidad individual se podrá entender plenamente desarrollada. No es, pues, enteramente cierto el afirmar, como lo hizo el prudente e ilustrado dictamen fiscal y recoge ahora la sentencia que se disiente, que se esté ante un hueco normativo. Los valores suprayacentes a la Constitución, en armonía con su texto, del que forma parte el precepto invocado por el motivo en examen, y el Convenio circunstanciado, que tiene entre nosotros la autoridad que le resulta del número uno del artículo 96 de la Constitución formando parte de nuestro ordenamiento jurídico, fundamentan la denegación de la pretensión de que se declare haberse operado el cambio de sexo y el reconocimiento de la condición de mujer. Ni el número uno del artículo 8 del Convenio según el cual toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, ni el 12 donde más próximamente, establece que «A partir de la edad nubil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho», conducen al éxito de la pretensión. Justamente demuestra el texto transcrito que el derecho a casarse se reconoce a la pareja heterosexual verdadera («el hombre y la mujer») y no a una pareja ficticia. No está de más volver sobre el verdadero contenido de la pretensión del recurrente quien, al reclamar la condición de mujer que le reconoce la sentencia del Juzgado cuyo fallo se confirma por la que se disiente, conlleva el «ius nubendi» (cualesquiera sean los fundamentos de derecho, sin trascendencia al fallo), derecho si no explícitamente negado sí claramente reñido con los textos aquí citados.

El fallo del Juzgado de Primera Instancia de Las Palmas número 1, emanado el 28 de julio de 1986, que se confirma por la sentencia disentida, pronuncia (literalmente) «que el actor, por cambio ulterior, tiene en la actualidad el sexo femenino»; y ello lo declara, constituyendo al varón en **hembra**, sin limitaciones, ni matizaciones, temperamentos u otras cortapisas, absolutamente, excediendo, a juicio de este voto particular, los límites de la autoridad humana. El actor, a partir de la firmeza de tal pronunciamiento del Juzgado, podrá reclamar cuanto sea inherente a la condición de mujer. Tales consecuencias no pueden fundarse en el precepto constitucional que el motivo invoca.

Quinto: Denuncia el motivo 4 «la inaplicación del artículo 14 de la Constitución Española », por cuanto «al no reconocer el cambio de sexo» del actor «está cometiendo una discriminación basada en el sexo». Se alega en el desarrollo del motivo que «el sexo no tiene relevancia ninguna en nuestro ordenamiento jurídico, de forma que el varón y la mujer tienen los mismos derechos y las mismas obligaciones» por lo cual «el título legal de varón o **hembra**, como una circunstancia del estado civil de la persona, tampoco debe tener relevancia alguna».



Se trata de un razonamiento inatendible ya que lo que el precepto constitucional invocado proclama es la igualdad de derechos entre los individuos de los dos sexos, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por causa de la diferencia de sexo; pero, obviamente, no establece criterio alguno para la atribución de uno u otro de los dos sexos conocidos por la naturaleza.

Por otra parte, en manera alguna es cierto que la atribución de uno u otro sexo carezca de toda relevancia en el orden jurídico ya que es uno de los datos caracterizadores o conformadores del estado civil. El recurso pretende desconocer la trascendencia jurídica del reconocimiento del cambio de sexo como hecho distinguible de la constatación de que el sexo se asignó erróneamente atribuyendo al sujeto otro que el sexo real. En otro lugar del recurso se atisba, sin embargo, no estar el recurrente ajeno a cuanto conllevará la tesis permisiva que la sentencia disentida comporta, pues, en efecto, abarca y comprende la adquisición de cuantas expectativas, facultades y derechos pudieran asistirle desde la sobrevenida condición de mujer. Se pugna así por ganar un nuevo «status» a partir del cual no podría menos que serle reconocido al actor calidad de mujer, el «ius nubendi», pues tal es la consecuencia más propia que se sigue del cambio de sexo que se alega y pretende. «Evidentemente (se lee en el desarrollo del motivo segundo) la sentencia está anclada en conceptos muy anticuados, pues hoy con el artículo 14 de la Constitución española, entendemos que llegará a admitirse el matrimonio con otro varón.» Por ello no es ocioso, al efecto de enjuiciar tal pretensión, el traer a consideración los efectos que apareja. El matrimonio a calidad de mujer, y aparte la nulidad por error en las cualidades esenciales en que podría incurrir el otro contrayente (73.4.º) sería con toda probabilidad nulo por ser el sujeto incapaz para prestar verdadero consentimiento matrimonial en el sentido de los artículos 44 y 45 del Código Civil, con la secuela de nulidad que señala el 73.1.º En la hipótesis de que hubiera estado casado (en la que hubiera sido indispensable demandar al cónyuge y a los descendientes) la declaración de sexo y reconocimiento del femenino, aparejaría la disolución del matrimonio y el trastrueque de la relación paterno-filial antecedente por la materno-filial, alcanzándose así una situación familiar de hijos con dos madres, con la consiguiente incidencia en el régimen de la patria potestad.

Acogida indiscriminadamente la facultad de cambiar de sexo, no quedan excluidas ulteriores opciones pues nada se dice sobre que el primer cambio sea de efectos consuntivos. Piénsese, en este aspecto de la inseguridad jurídica, en el despliegue temporal de los efectos de una declaración constitutiva del contenido de la que se combate; pues queda en aporía si tendrá efectos a partir del momento en que se emana («ex nunc») o desde el nacimiento del transexual («ex tunc»), con incidencia, en esta hipótesis, sobre otras relaciones jurídicas atinentes al estado civil. Se abre así un amplio horizonte de labilidad en que primaría el arbitrio de los particulares, siendo que el estado civil ha estado siempre presidido por la indisponibilidad. No puede el sexo ser, dentro del estado civil, un dato proteico y cambiante.

Desde la óptica del motivo del recurso que se juzga, esto es, como se deja consignado en el comienzo, el de la irrelevancia del cambio de sexo y el principio de la igualdad entre ellos, ha de considerarse, por último, el fundamento de la sentencia disentida (sin trascendencia al fallo) de que no sobrevendrá (por efecto de la confirmada, emanada del Juzgado) «una equiparación absoluta» y que en el nuevo estado o con el nuevo sexo todavía para realizar determinados actos o negocios jurídicos «precisará la plena capacidad y aptitud en cada supuesto». Si la sentencia del Juzgado que se confirma, declara que el actor «por cambio ulterior, tiene en la actualidad el sexo femenino», dentro de tal declaración constitutiva no es viable introducir limitaciones, las cuales, en presencia del invocado precepto constitucional, habrían de ser tachadas de discriminatorias por razón de sexo: si, principalmente, se negara a la parte actora el derecho de contraer matrimonio con varón. Esta consecuencia, a juicio del presente voto, se contiene en el fallo del Juzgado que la sentencia disentida confirma, sin acudir a remediar consecuencia alguna. Más aún: sin posibilidad de preverlo ni de instalar, ni la especialmente considerada ni otras limitaciones que representarían, de hacerse, una desestimación parcial de la demanda y hasta vicio de incongruencia, dando otra cosa que la solicitada que es (dígase otra vez) el más pleno reconocimiento de la condición femenina en el orden del derecho.

Sexto: El recurso, por todo lo razonado, debe ser desestimado, quedando en pie la sentencia de la Audiencia por sus propios y acertados fundamentos, coincidentes sustancialmente con los aquí desarrollados, imponiéndosele las costas al recurrente, por aplicación del párrafo penúltimo del artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo expuesto en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS:

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Procurador don José Manuel de Dorremochea Aramburu en nombre y representación de don David, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Las Palmas de Gran Canaria con fecha 13 de enero de 1987, que se mantiene en su integridad, imponiéndose a citado recurrente las costas de esta instancia.



ASI, por este nuestro voto particular lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Julio Santos.- Cecilio Serena Velloso.- Rafael Pérez Gimeno.- Matías Malpica y González Elipe.

El Magistrado de esta Sala Primera que suscribe, don Rafael Pérez Gimeno, se adhiere al voto particular encabezado por don Cecilio Serena Velloso, con las siguientes matizaciones en cuanto a su fundamentación:

Primero: Como dice la sentencia recurrida, los machos difieren de las **hembras** por sus distintos órganos de reproducción que constituyen los caracteres sexuales primarios, así en el hombre se distinguen el pene y los testículos y en la mujer la vagina, el útero y los ovarios, distinguiéndose, también, por los llamados caracteres sexuales secundarios que no están directamente relacionados con la reproducción y que generalmente no inciden en ella, como la estatura, pelosidad, voz, etc.

Segundo: También cabe destacar de la sentencia impugnada las siguientes afirmaciones básicas a los efectos que aquí interesan: Primera: La apariencia de vagina y mamas que presenta el recurrente son artificiales, formada aquélla por bolsas escrotales introducidas en el interior de la pelvis que termina en fondo de saco; Segunda: No se han encontrado en su anatomía los órganos que distinguen a la mujer del hombre, es decir, útero y ovarios; Tercera: Su estructura interna y el sexo genético y cromosómico son masculinos; y Cuarta: Tiene asumido un papel o rol sexual y emocional femenino, prácticamente desde la infancia.

Tercero: Para la adecuada solución del tema debatido en el campo judicial, cambio de sexo, debe tenerse en cuenta en primer lugar, que como dice unos de los informes emitidos en primera instancia, la intervención tuvo por finalidad «... situar la anatomía externa más cerca del sexo femenino...», lo que implica que si bien se aproximó a este sexo en cuanto a su morfología externa, no en la interna, ni en el componente cromosómico y genético, ni siquiera llegó a ella (ni si) en esa apariencia exterior, lo que por sí solo llevaría, como consecuencia la negación del cambio pretendido. El simple componente psíquico, es decir, el hecho de haber asumido el rol femenino, sintiéndose emocionalmente mujer desde la infancia, unido a la aproximación de la anatomía externa producida por la extirpación del pene y testículos, no modifica tal conclusión, pues ni aquel rol femenino asumido altera los componentes determinantes del sexo, que, como dice la sentencia recurrida, se encuentra en todas las células del cuerpo, no siendo tal rol más que una forma irregular de vivir su propia sexualidad, ni en tal hipótesis el desarrollo de los derechos de la personalidad puede llevar al cambio del sexo de naturaleza por el deseado, pues al ser el sexo una cualidad de la persona y pertenecer, como todo lo relativo a ella, al campo del derecho imperativo con importantes componentes de derecho público, sus manifestaciones están fuera de la esfera del derecho dispositivo de la parte cuando, como aquí ocurre, sólo se ha producido una simple apariencia de cambio de sexo; sin que por mucha amplitud que se quiera dar al derecho de la persona sobre su cuerpo, le sea lícito al Tribunal decidir la cuestión planteada sobre la base de admitir la ficción del cambio de hombre a mujer, pues tal conclusión no tiene amparo en nuestro vigente derecho positivo que es el que debe aplicar esta Sala, aparte de llevar consigo tal fricción, aplicada por el órgano jurisdiccional, un posible atentado al principio constitucional de seguridad jurídica.

Cuarto: Por otra parte, si lo que se pretende es elevar a suprema categoría definidora del sexo el «sentirse», el asumir sexual y emocionalmente el rol femenino, se debería llegar a la conclusión de la innecesariedad de la amputación de los órganos masculinos en cuanto, según se afirma, su rol femenino fue asumido desde la infancia, es decir con mucha antelación a dicha extirpación, y a «contrario sensu», se debería autorizar el cambio de sexo femenino por el masculino cuando una mujer se «sienta» hombre y asuma emocionalmente dicho papel masculino. Consecuencias todas ellas inadmisibles que debieron determinar la desestimación del recurso interpuesto frente a la sentencia denegatoria del cambio interesado. Esta fue, en términos generales, la decisión de los Tribunales de Casación de nuestro entorno europeo. Sin embargo, como el problema de estas personas existe y debe dársele solución, esta solución no puede venir más que por vía legislativa, como hicieron las naciones europeas en su mayoría, que crearon la ficción legal de considerarles, a ciertos efectos como del sexo psicológico asumido, disponiendo minuciosamente quiénes pueden y quiénes no pueden solicitar el cambio y qué efectos de todo orden lleva aparejadas la ficción en lo relativo a matrimonios existentes o futuros, a la paternidad o maternidad existente, y a todas las relaciones jurídicas en que el sexo de la persona haya sido determinante de su celebración. La sentencia de mayoría al dejar incontestadas todas estas cuestiones va a crear más problemas que los que resuelve.

En los expuestos términos dejo formalizadas mis matizaciones al voto particular que encabeza el compañero señor Cecilio Serena Velloso y en cuya conclusión desestimatoria del recurso coincido plenamente.

Publicación: Leída y publicada que fue la anterior sentencia y voto particular por el Excmo. Sr. Presidente don Juan Latour Brotóns, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia pública la Sala en Pleno de lo Civil del Tribunal Supremo en el día de hoy; de lo que, como Secretario de la misma, certifico.- Madrid, a dos de julio de mil novecientos ochenta y siete.