



Roj: **STS 5818/2007 - ECLI:ES:TS:2007:5818**

Id Cendoj: **28079110012007100929**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/09/2007**

Nº de Recurso: **1506/2003**

Nº de Resolución: **929/2007**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **VICENTE LUIS MONTES PENADES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 3134/2003,**
STS 5818/2007

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Septiembre de dos mil siete.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto el presente recurso de casación interpuesto por la Procuradora D^a. Aranzazu Bravo García, en nombre y representación de D. Luis Andrés , contra la Sentencia dictada en siete de abril de dos mil tres por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona en el Recurso de Apelación nº 200/02 dimanante de los autos de procedimiento ordinario nº 54/01 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Sant Feliu de Llobregat. Ha sido parte recurrida Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito de fecha 22 de enero de 2001, que el siguiente día 29 se turnó al Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Sant Feliu de Llobregat, la representación causídica de D. Luis Andrés formuló demanda de juicio ordinario postulando sentencia en la que se declarara que debe rectificarse la inscripción de nacimiento del actor en el Registro civil, en el sentido de figurar en ella, "en lugar del nombre de Luis Andrés , el de María Rosa , y en vez del sexo varón el de hembra". Solicitaba que se emplazara al Ministerio Fiscal, e interesaba que se diera a los Autos tramitación preferente, por imperativo de lo dispuesto en los artículos 10.1 de la Constitución y 249.2º LEC.

SEGUNDO.- En la demanda, el actor manifiesta que desde los 7 u 8 años se identifica como niña, y es rechazado por los demás, dado que en el aspecto externo no es como las niñas ni en el interno como los niños, por lo que pasa la infancia en soledad, bajo un rechazo social que aumenta al llegar a la adolescencia. A los 12 años se plantea ya el cambio de sexo, y cuando llega a la madurez (28 años al presentar la demanda) ha decidido asumir completamente su condición femenina, y desde hace cinco años decide ser tratado como mujer, y elige el nombre de " María Rosa ", desterrando el que figura en la inscripción. Con la sentencia que postula espera desarrollar su trabajo con respeto y dignidad y que le sea respetada su personalidad.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal, al contestar la demanda, se opuso a la declaración interesada "en tanto no queden cumplidamente probados en autos los requisitos legales"

CUARTO.- Tras los trámites de audiencia previa y juicio, con la práctica de las pruebas que fueron admitidas, el Juzgado de Primera Instancia de Sant Feliu de Llobregat nº 1 dictó Sentencia en 3 de septiembre de 2001 : desestimó la demanda y, con ella, la pretensión de modificación de sexo y nombre postuladas, sin imposición de costas.

QUINTO.- La Sentencia fue apelada por la parte actora, señalando que la discrepancia se encuentra en que la sentencia de primera instancia considera esencial la operación quirúrgica de cambio de sexo, que la parte



recurrente estima tratarse de una amputación, "sin que en ningún modo técnicamente por medios quirúrgicos se pueda adquirir la condición biológica del otro sexo, sino su ficción o simulación". El Ministerio Fiscal, evacuando el trámite del artículo 461.1 LEC, interesó la confirmación de la sentencia apelada, señalando que la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha estimado el cambio de sexo exige para la modificación de la inscripción registral la adecuación del sexo anatómico del interesado a su comportamiento sexual psíquico y social mediante la correspondiente intervención quirúrgica y el tratamiento hormonal correspondiente y, en el caso, según consta de la prueba médico-forense practicada, se ha recibido por parte del actor el tratamiento hormonal, pero no se ha realizado la intervención quirúrgica requerida.

SEXTO.- La Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona, que conoció de la alzada, Recurso de Apelación n.º 200/02, dictó en 7 de abril de 2003 Sentencia por la que desestimó el recurso y confirmó la sentencia apelada, sin imposición de costas.

SÉPTIMO.- Contra la expresada Sentencia preparó y después interpuso Recurso de Casación la representación de la parte actora. El recurso alega la infracción de los artículos 18.1, 14, 9.1, 9.2, 10 de la Constitución, 17 del Convenio de Roma para la protección de los Derechos humanos y de las Libertades públicas y 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. VICENTE LUIS MONTÉS PENADÉS

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- El Juzgado de Primera Instancia, después de señalar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido el cambio social de sexo, estimando que viene exigido por el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la Constitución), en la medida en que nadie puede ser obligado a permanecer dentro de los márgenes de un sexo que psíquicamente no le corresponde, lo que debe tener su reflejo en la inscripción de nacimiento del interesado en el Registro Civil, destaca que esa misma jurisprudencia viene exigiendo que para hacer constar, como sería en el caso, el sexo femenino en lugar del masculino, se haya producido la adecuación del sexo anatómico del interesado a su comportamiento sexual psíquico y social mediante la correspondiente intervención quirúrgica y el tratamiento hormonal subsiguiente. El actor ha demostrado que desde su infancia sus reacciones psíquicas y sentimentales han sido las propias del sexo femenino, y también ha probado que su comportamiento social presenta caracteres de índole femenina, se ha sometido a tratamiento hormonal, su forma de expresión corporal es femenina, pero no se ha sometido, por motivos económicos, a la intervención quirúrgica que la jurisprudencia exige para estimar la pretensión de cambio de sexo.

2.- La Sala de Apelación ha puesto de relieve, en primer lugar, que el solicitante manifiesta sentirse mujer desde la pubertad, ha aceptado esa condición y desarrolla las actividades de la vida siguiendo pautas conductuales femeninas, con sometimiento a tratamiento hormonal, si bien todavía no se ha sometido a intervención quirúrgica que propicie su transformación sexual completa, manteniendo sus caracteres primarios, esto es, genitales externos masculinos, aunque los secundarios sean femeninos. En segundo lugar, se refiere a la Sentencia del Tribunal Supremo "de 6 de junio de 2002" (sic, pero debe ser 6 de septiembre), a propósito de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 11 de julio de 2002, pronunciamientos de los que extrae la doctrina según la cual "si bien el dato cromosómico no es decisivo para el reconocimiento de la identidad sexual de una persona, tampoco pueden considerarse suficientes los factores puramente psicológicos para conceder relevancia jurídica a las demandas de admisión de cambio de sexo, resultando imprescindible que las personas transexuales que las formulan se hayan sometido a los tratamientos hormonales y quirúrgicos precisos para la supresión no solo de sus caracteres sexuales secundarios...sino también y fundamentalmente para la extirpación de los primarios y la dotación a los solicitantes de órganos sexuales semejantes, al menos en apariencia, a los correspondientes al sexo que emocionalmente sienten como propio."

3.- El Recurso de casación se formula sobre la base de unas "Alegaciones" de las que se señalan la primera y la cuarta, pero no la segunda ni la tercera. En la primera (que debe contener la segunda y la tercera, sin solución de continuidad ni indicación al respecto) se sostiene que la sentencia recurrida vulnera los derechos reconocidos por el artículo 18.1 de la Constitución cuando se obliga al recurrente "a someterse a una intervención de rotura y expulsión del tejido carnal sin finalidad médica o de curación, con el simple propósito de que guarde cierto parecido, que no función...con el órgano femenino de reproducción" Se estima también que "por faltarle esa cercenación" se le ha negado por dos veces su derecho, con lo que se produciría la vulneración "del derecho al honor de vivir con la identidad que le corresponde", que no sería otro que la propia personalidad, en relación con los derechos que reconoce el artículo 10.1 CE, y el derecho a la intimidad personal, pues "se están divulgando aspectos de la vida íntima de la persona que debieran quedar limitados por las leyes al uso que cada persona reserve para sí misma o su familia" (datos confidenciales sobre patologías clínicas, etc), doctrina que se recoge



en las SSTEDH de 11 de julio de 2002. Y también el derecho a la imagen, que tiene como punto de referencia la dignidad de la persona, y se configura como un derecho de la personalidad dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que "atribuye a su titular un derecho a determinar sus rasgos físicos personales y característicos", derecho que se configura como un derecho autónomo. Se produciría, además, en el caso de que la decisión de la Sala, que se apoya en la falta de una intervención quirúrgica de reasignación de sexo, se mantuviera, una infracción del derecho de igualdad proclamado por el artículo 14 CE, ya que tal cirugía (que el recurrente califica como "castración"), no produce por sí el cambio de sexo, y no puede, por ello, ser entendida como un requisito. En la llamada alegación cuarta, finalmente, se invocan el artículo 17 del Convenio de Roma y el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en cuanto dispone que todos los seres humanos -dice- tienen derecho al reconocimiento "de su propia personalidad jurídica" y, al entender que la identidad sexual de la persona es uno de los factores más vitales y decisivos en la personalidad, se infringiría tal derecho en el supuesto de exigir la intervención quirúrgica.

4.- El Ministerio Fiscal, que se había opuesto a la pretensión deducida por la parte actora en primera instancia y en apelación, emite ahora informe a favor de la estimación del recurso, y por ende de la pretensión actora.

A este efecto toma como punto de partida la constatación de que el transexualismo es "un trastorno heterogéneo de identidad sexual" que consiste en un "sentimiento persistente de malestar e inadecuación respecto del propio sexo anatómico y un deseo también persistente de liberarse de los propios genitales y de vivir como miembro del otro sexo". El diagnóstico - sigue diciendo - se efectúa sólo si la alteración ha sido persistente al menos durante dos años, no limitada a periodos de stress, no debida a "otro trastorno mental tipo esquizofrenia" y no se halla asociada a otra anormalidad intersexual física o genética. Señala a continuación que "la reasignación sexual quirúrgica que recientemente se practica todavía no ha mostrado sus resultados a largo plazo", sino que los avances de la cirugía plástica sólo han producido el efecto de "dotar al transexual de instrumento para la práctica de una conducta sexual distinta de la propia de su genuino sexo".

Describe a continuación los elementos que condicionan y permiten el desarrollo de la conducta sexual, conjunto del que los órganos anatómicos sexuales humanos son solo una parte, para subrayar que es doctrina reiterada de esta Sala que la modificación de los caracteres sexuales externos y la rectificación registral del nombre y del sexo se fundamenta en el papel predominante del sexo psicológico sobre el biológico (SSTS 2 de julio de 1987, 15 de julio de 1988, 3 de marzo de 1989 y 19 de abril de 1991), teniendo que predominar, sobre el factor cromosómico o gonadal, el fenotípico, que atiende al desarrollo corporal, y, con mayor fuerza aún, al psicológico, que determina el comportamiento caracterial y social del individuo, y ello, fundamentalmente, "porque en los factores anímicos anida el centro del desarrollo de la personalidad" y, por tanto, "el problema que se plantea consiste en coherencia la afirmación de la supremacía del sexo psicológico sobre el cromosómico o biológico, en base al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 de la Constitución española)".

A partir de estas premisas, afirma que la situación en que se encuentra el solicitante no permite apreciar un riesgo de labilidad del estado civil en que pudiera prevalecer el arbitrio de un particular en una materia de orden público, sino que se prueba una seriedad en la petición de rectificación registral, así como se ha acreditado plenamente que el interesado se siente psicológicamente perteneciente al sexo distinto al que le corresponde biológicamente, datos a los que hay que añadir que no se ha sometido a la cirugía de reasignación por falta de medios, de modo que durante el tiempo en que tarde a realizarse tal intervención "se va a prolongar innecesariamente el sufrimiento" del solicitante, "por mor de la discordancia entre lo real y lo registral" en cada acto que exija una identificación.

Concluye así el Ministerio Fiscal que, en una ponderación de los intereses que se hallan en juego, han de prevalecer los valores de respeto y protección a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad (artículos 10, 15 y 18 CE), "como ya se anuncia en la modificación legal que se presenta con el Proyecto de Ley regulador de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas", en cuyo texto la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre se dirigen a constatar como un hecho cierto el cambio ya producido de la identidad de género.

5.- En 17 de marzo de 2007 ha entrado en vigor la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas (BOE 16 de marzo), cuyo artículo 1 declara que toda persona de nacionalidad española y con capacidad suficiente para ello podrá solicitar la rectificación de la mención registral de sexo, que conllevará el cambio del nombre propio. Esta solicitud (artículo 2.1) "se tramitará y acordará con sujeción a las disposiciones de esta Ley, de acuerdo con las normas establecidas en la Ley del Registro Civil, de 8 de junio de 1957, para los expedientes gubernativos" (No se aplican la regla 1ª del artículo 97 LRC, ni los artículos 218 II y 349 III y IV del RRC). La rectificación solicitada se acordará una vez que la persona solicitante pruebe:



(a) Que se le ha diagnosticado disforia de género, lo que ha de acreditarse mediante informe de médico o de psicólogo clínico, en el que se hará referencia (1) a la existencia de disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante o sexo psico-social, así como la estabilidad y persistencia de esta disonancia, y (2) a la ausencia de trastornos de la personalidad que pudieran influir, de forma determinante, en la existencia de la disonancia indicada.

(b) Que ha sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado, lo que se ha de acreditar mediante informe del médico colegiado bajo cuya dirección se haya realizado el tratamiento o, en su defecto, por informe de un médico forense especializado. No es necesario (artículo 4.2) que el tratamiento médico haya incluido cirugía de reasignación sexual. Los tratamientos médicos no son tampoco requisito necesario cuando concurren razones de salud o edad que imposibiliten su seguimiento y se aporte certificación médica de tal circunstancia.

A tenor de cuanto dispone el artículo 5, la resolución que acuerde la rectificación tendrá efectos constitutivos a partir de su inscripción en el Registro Civil (5.1), permitirá a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición (5.2) y "no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio" (5.3).

SEGUNDO.- 1.- Se trata, pues, de una pretensión de cambio de la mención de sexo y de nombre que, formulada antes de la vigencia de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, ha sido denegada sucesivamente en las dos sentencias de instancia, dictadas ambas también antes de que entrara en vigor la mencionada Ley, por razón de no haberse producido la cirugía de reasignación de sexo que hasta la vigencia de la expresada norma se entendía como requisito necesario, al menos en el sentir de la jurisprudencia española, que, por otra parte, se mostraba coherente con la doctrina que cabía extraer del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

2.- La jurisprudencia de esta Sala, en efecto, había decidido acceder al cambio de sexo, y consiguiente cambio de nombre, en supuestos en los que ya se había producido la cirugía de reasignación, descrita de diversos modos. Así, según se resume en la Sentencia de 6 de septiembre de 2002, la Sentencia de 2 de julio de 1987 indicaba que el postulante "había extirpado y suprimido sus caracteres primarios y secundarios (de varón) y presentaba vagina artificial reconstruida"; la de 15 de julio de 1998 se refería a otro varón cuya apariencia femenina calificaba de completa, por haber suprimido quirúrgicamente los atributos de su sexo genético o cromosómico; la de 3 de marzo de 1989 consideraba relevante que el actor no tenía ni pene ni escroto... y presentaba vagina artificial; la de 19 de abril de 1991 tomaba en consideración que el recurrente se había sometido a operación quirúrgica de vaginoplastia; y la propia Sentencia de 6 de septiembre de 2002 no accede al cambio solicitado (de mujer a varón, en el caso) porque el solicitante "ha llevado a cabo únicamente uno de los tres pasos o gestos quirúrgicos secuenciales del proceso de reasignación sexual según se describen en el Informe elaborado en noviembre de 2001 por el panel de expertos sobre identidad de género que ha coordinado la Agencia de Evaluación de Tecnologías Sanitarias del Instituto de Salud Carlos III del Ministerio de Sanidad y Consumo, respondiendo a la moción del Pleno del Senado que instaba al Gobierno a elaborar un protocolo que contemplase actuaciones homogéneas sobre intervención a personas transexuales", ya que no se había llegado, en el caso, ni a la resección del útero y los ovarios, ni a la reconstrucción del pene.

Las Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado (8 y 31 de enero de 2001) en tema de autorización para el matrimonio por parte de transexuales, desde luego antes de la vigencia de la Ley 13/2005, de 1 de julio, así como la Nota doctrinal de 21 de marzo de 2001, habían de tomar también como referencia los supuestos de transexuales que, para adecuar su sexo biológico y anatómico a su comportamiento sexual psíquico y social "han sufrido una intervención quirúrgica de cirugía transexual y a continuación han obtenido sentencia firme" sobre cambio de sexo.

Cierto es, sin embargo, que algunas decisiones Judiciales, no revisadas por esta Sala, habían ya admitido un cambio de sexo sin llegar a realizarse una cirugía de reasignación, como ocurre en el caso de un cambio de varón a mujer que resolvió la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Valladolid en 23 de mayo de 2005, Rollo 13/2005, confirmando una Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valladolid nº 1, de fecha 13 de diciembre de 2004, en Autos de procedimiento ordinario 898/2004, a la que cabe añadir Audiencia Provincial Barcelona, 17 febrero 2004; Audiencia Provincial Cádiz, 20 abril 2005; Audiencia Provincial Madrid, 15 julio 2004; Audiencia Provincial Valencia, 30 diciembre 2004, aunque la posición dista de ser unánime (SSAP Toledo, 10 abril 2002, Audiencia Provincial Baleares, 1 septiembre 2006, Audiencia Provincial Asturias 30 septiembre 2003, Audiencia Provincial Valencia, 24 febrero 2004, etc.).

3.- Esta posición de la Sala era coherente con la que se deduce de las diversas Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en las que, si bien se ha producido un giro importante en la apreciación de que la falta de reconocimiento del cambio de sexo puede implicar la vulneración de los derechos reconocidos en los artículos 8 y 12 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales



(4 de noviembre de 1950) o Convenio de Roma, a partir de las Sentencias de 11 de junio de 2002 (casos I contra el Reino Unido y Christine Goodwin contra el Reino Unido), se estaba resolviendo sobre transexuales que se habían sometido a cirugía de reasignación, cirugía que, por otra parte, corría, en Inglaterra, a cargo del Servicio Nacional de Salud. La posición del TEDH significa un cambio importante respecto de la doctrina sentada anteriormente en los casos Rees contra el Reino Unido, Sentencia de 17 de octubre de 1986 , Cossey contra el Reino Unido, Sentencia 27 de septiembre de 1990 ,una doctrina que se había sostenido también en el caso Sheffield y Horsham contra el Reino Unido, Sentencia de 30 de julio de 1997 , si bien apuntando que el Estado demandado ya no podía invocar su margen de apreciación para defender su persistente negativa a reconocer jurídicamente el nuevo sexo de los transexuales operados, además de constatar el creciente reconocimiento de los problemas a que deben enfrentarse los transexuales operados, lo que habría de dar lugar a un examen permanente por parte de los Estados, pero aceptando que no era irrazonable la posición del Estado que sostiene que el sexo cerebral de un individuo no constituye determinación esencial del sexo, dado que una operación de cambio de sexo no lleva consigo la adquisición de todos los caracteres biológicos del sexo opuesto. Aunque es cierto que en el caso B. contra Francia, Sentencia de 25 de marzo de 1992, el Tribunal Europeo condenó a dicho Estado por demanda de la Srta. B., un transexual hombre convertido en mujer, porque el Derecho francés, al exigir una revelación constante de su sexo oficial, colocaba constantemente a la solicitante en una situación global incompatible con su respeto a la vida privada (artículo 8 del Convenio de Roma). En las Sentencias de 11 de julio de 2002 , caso I. contra el Reino Unido, la demandante (denominada "I") es una transexual operada que pasó del sexo masculino al femenino, y ve en el no reconocimiento de su nueva identidad sexual tras la operación de cambio de sexo una violación de su derecho al respeto de su vida privada, y el Tribunal así lo estima, teniendo en cuenta que la dignidad y la libertad del hombre son la esencia misma del Convenio (de Roma) y que, en concreto, en el terreno del artículo 8 de dicho Convenio , la noción de autonomía personal refleja un principio importante que subyace en la interpretación de las garantías de dicha norma; la esfera personal de cada individuo está protegida, incluido el derecho de cada uno a establecer los detalles de su identidad de ser humano. Establece así una doctrina que también se contiene en otras decisiones, como en los casos Pretty contra el Reino Unido, Sentencia 2346/2002, de 29 de abril de 2002 , y Mikulic contra Croacia, Sentencia 53176/1999, de 7 de febrero de 2002. El TEDH se refiere (nº 72) a la "situación insatisfactoria de los transexuales operados, que viven entre dos mundos porque no pertenecen verdaderamente a un sexo ni a otro" y dice que "no puede durar más". La demandante en el otro caso resuelto en la misma fecha, Christine Goodwin contra el Reino Unido, era también transexual operada, que había pasado del sexo masculino al femenino. Destaca aquí el Tribunal Europeo que no parece lógico que un Estado que autoriza el tratamiento y la intervención quirúrgica que permitan a una persona cambiar de sexo, y hasta financie en todo o en parte tales operaciones, rehuse después reconocer las implicaciones jurídicas resultantes de ello. El Tribunal apunta a un concepto de sexo en el que no son los cromosomas el factor esencial, pero sí se hace necesario que "se realice plenamente la conversión en el sexo que se reclama". Con ello, aplica a continuación la misma doctrina de la otra Sentencia de 11 de julio de 2002 . Esa misma doctrina se sostiene en el caso Grant contra el Reino Unido, Sentencia de 23 de mayo de 2006 , a demanda de un hombre transformado en mujer transexual que afirma ser víctima de la violación de su derecho al respeto de su vida privada, en contra del artículo 8 del Convenio de Roma, debido a la falta de reconocimiento legal de su cambio de género. El Tribunal constata que se dan en la solicitante las mismas condiciones que en el caso Christine Goodwin, y decide que la negativa a concederle una pensión según los parámetros aplicables a las mujeres de origen biológico constituye una violación del derecho de la demandante al respeto de su vida privada que protege el artículo 8 del Convenio de Roma.

4.- También se ocupa de la transexualidad, y sostiene la necesidad de reconocer al transexual (en el caso, operado) el cambio de sexo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 7 de enero de 2004 , asunto C-117/2001, cuestión prejudicial planteada por la Court of Appeal (England & Wales), Civil Division, que se refiere a la normativa nacional que deniega a un transexual el derecho a beneficiarse de una pensión de supervivencia reservada al cónyuge supérstite, al exigir el requisito previo del matrimonio, que no se admite en el Estado correspondiente por cuanto la demandante es una mujer que mantiene una relación afectiva y convive con una persona nacida mujer e inscrita como tal en el Registro Civil pero que, a raíz de una operación de cambio de sexo, pasó a ser un hombre, sin poder, no obstante, modificar su partida de nacimiento para inscribir dicho cambio de sexo. El TJCE entiende que el artículo 141 CE se opone, en principio, a una legislación contraria al Convenio de Roma, que impida a una pareja como la del caso cumplir el requisito del matrimonio, necesario para que uno de ellos pueda disfrutar de un elemento de la retribución del otro.

TERCERO.- 1.- La discriminación hacia los transexuales preocupa hace tiempo a los países de nuestro entorno cultural y político. Motivó la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 1989 (DOCE 9 de octubre) y la Recomendación 1117 (29 de septiembre de 1989) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en que se presentaba el transexualismo como un síndrome caracterizado por una personalidad doble, una física y otra psíquica, pues la persona transexual tiene la convicción profunda de pertenecer al otro sexo, lo que la lleva a pedir que su cuerpo sea corregido, y en la que se recomendaba al Comité de Ministros elaborar



una recomendación invitando a los Estados a regular la materia mediante un texto legislativo según el cual, en el caso del transexualismo irreversible, pudiera ser rectificada la mención concerniente al sexo en el registro de nacimientos, así como en los documentos de identidad, autorizando el cambio de nombre y debiendo quedar protegida la vida privada, así como quedando prohibidas todas las discriminaciones en el goce de los derechos fundamentales conforme al artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos del Hombre. Esta recomendación ha influido, ciertamente, en las legislaciones de los países miembros, pero hay que decir que algunos de ellos ya se habían adelantado, como ocurre en los casos de Suecia, Alemania, Italia y Holanda. La ley danesa, por otra parte, se produce casi simultáneamente.

2.- La Ley sueca, de 21 de abril de 1972 prevé el cambio jurídico de sexo como consecuencia de una intervención quirúrgica destinada a este fin, y se fija en la probabilidad de que el cambio tenga continuidad.

3.- La Ley alemana, de 11 de agosto de 1980 , impulsada por la decisiva Sentencia del Bundesverfassungsgericht de 11 de octubre de 1978 , exige dictamen médico sobre la irrevocabilidad y que se haya realizado una operación quirúrgica de adaptación sexual. Propone la ley dos soluciones, una grande o pesada (*grosse Lösung*) para los supuestos en que el transexual no esté casado, esté afectado por una incapacidad continua para la procreación y se haya sometido a una intervención quirúrgica que haya modificado sus caracteres sexuales externos, de modo que su apariencia sea la correspondiente al otro sexo. La otra, pequeña o ligera (*kleine Lösung*) no requiere incapacidad de procrear ni intervención quirúrgica, sino petición del interesado, tres años en situación de transexualidad, que la situación sea irreversible, que tenga 25 años cumplidos y que sea alemán, apátrida con residencia habitual o refugiado extranjero domiciliado. Pero sólo la primera de las soluciones implica el tratamiento del transexual, a todos los efectos, como persona del sexo deseado, a partir de la firmeza de la sentencia y sin que ello afecte a las relaciones del transexual con sus padres o hijos. La fórmula ligera se traduce en el cambio de nombre. Pero, en todo caso, cabe un "decisión previa o prejudicial" (*Vorabentscheidung*), con fuerza de cosa juzgada, para el caso de que el transexual pueda obtener el cambio una vez que haya cumplido las condiciones que en el momento no cumple, con lo que el transexual puede vivir menos mal el largo y doloroso periodo de reasignación de sexo (art. 9.1). Y cabe también un arrepentimiento (art. 9.3), con anulación de la decisión, sin más requisitos que el nuevo sentimiento de pertenecer al sexo inicial.

De la citada sentencia del Tribunal Constitucional federal conviene destacar que, a su juicio, la dignidad de la persona, tal y como ésta se concibe a sí misma en su individualidad y se hace consciente de sí misma, y el libre desarrollo de la personalidad, entendido como desarrollo de capacidades y fuerzas, exigen que el estado civil se corresponda, en cuanto al sexo, con la constitución psicofísica de la persona.

4.- La ley italiana de 14 de abril de 1982 nº 164 , que dicta "normas en materia de rectificación de atribución de sexo", de alguna manera completada por la Ley de 6 de marzo de 1987 nº 74 sobre "nuevas normas sobre la disciplina de los casos de disolución del matrimonio", establece que cabe la rectificación del estado civil en base a una sentencia firme que atribuya a una persona sexo diverso del enunciado en el acta de nacimiento como consecuencia de modificaciones producidas en sus caracteres sexuales. Esta ley exige que se presente demanda de rectificación, y previene que, si resulta necesario un tratamiento médico quirúrgico, para adecuar los caracteres sexuales, lo ha de autorizar el tribunal, en cuyo caso, comprobada la práctica del tratamiento, dispondrá el tribunal la rectificación. La Sentencia no tiene efecto retroactivo y provoca la disolución del matrimonio o la cesación de efectos civiles del matrimonio celebrado bajo rito religioso. La ley (artículo 6) dispone, para el caso de que en el momento de entrar en vigor el actor no se haya sometido al tratamiento médico-quirúrgico de adecuación de sexo, que pueda hacerlo en el plazo de un año.

El Tribunal de Casación promovió cuestión de constitucionalidad sobre diversos preceptos de esta ley, que fue resuelta en sentido negativo (respecto de los artículos 2, 3, 29, 30 y 32 de la Constitución italiana) por el Tribunal Constitucional mediante Sentencia de 6 de mayo de 1985 , en la que se tiene en cuenta la del Tribunal Constitucional alemán antes indicada, se apunta el problema de afecta al transexual, y consiste en la exigencia fundamental de hacer coincidir el soma con la psique, equilibrio que suele recomponerse a través de la intervención quirúrgica, que consiente al transexual gozar de una situación de, al menos, relativo bienestar. El legislador italiano ha escogido, dice la sentencia, un concepto de identidad sexual nuevo y diverso respecto del pasado, en el sentido de que no sólo se confiere relieve a los órganos genitales externos, comprobados en el momento del nacimiento o naturalmente evolucionados, sino a elementos de carácter psicológico y social, ya que es presupuesto de la norma impugnada la concepción del sexo como dato complejo de la personalidad determinado por un conjunto de factores, cuyo equilibrio debe ser intentado, dando preferencia a los dominantes. Considera el alto tribunal que el orden natural no es desordenado por la rectificación anagráfica del cambio de sexo, ni siquiera por la sentencia que lo reconoce, sino por el síndrome transexual que afecta al sujeto interesado, y que el legislador se limita a establecer la disciplina de los efectos jurídicos de una situación de hecho preexistente.



La ley italiana no exige necesariamente una intervención quirúrgica de reasignación de sexo, y la jurisprudencia interpreta la norma en el sentido de exigir un dictamen que explique en qué medida ha tenido lugar una adaptación corporal, pero la intervención puede ser indicio de que existe la convicción o el propósito irreversible de pertenecer al otro sexo.

5.- La jurisprudencia francesa, que había sostenido la indisponibilidad del estado civil y el respeto del orden público (Sentencias de la Cass., Ch. civ., 1ère, de 21 de mayo de 1990, con varios precedentes) ha cambiado, después de la Sentencia del TEDH de 25 de marzo de 1992, antes señalada, a partir de las Sentencias del Tribunal de Casación (Assemblée Plénière de la Cour de Cassation) de 11 de diciembre de 1992 num. 361 y 362, y ahora admite la modificación del acta de nacimiento después de un cambio de sexo en nombre del respeto debido a la vida privada, a cuyo efecto se exigen varias condiciones: (a) Que el transexual esté afecto por el síndrome, constatado médicamente por un equipo interdisciplinar compuesto por médicos, psiquiatras, psicólogos y endocrinólogos y cirujanos, y averado judicialmente por pericia judicial; (b) Que haya sufrido una operación de conversión sexual. Un "tratamiento médico-quirúrgico sufrido con finalidad terapéutica y realización previa de operaciones de conversión" (Sentencia de 29 de septiembre de 2004, Cass. Chamb. 1ère); (c) Que el transexual haya adoptado, además de la apariencia física del sexo reivindicado, el comportamiento social que es propio de tal sexo. La acción dirigida a la modificación de la mención de sexo se entiende como una acción de reclamación de estado, da lugar a una sentencia constitutiva, carece de efecto retroactivo, y por tanto no afecta a los actos y situaciones jurídicos anteriores, y el nuevo estado se aplica inmediatamente.

6.- En el Reino Unido, la Gender Recognition Act, sancionada en 1 de julio de 2004 permite el cambio de sexo a quienes, habiendo cumplido 18 años, estén viviendo como miembros del otro sexo o hayan cambiado de sexo de acuerdo con el Derecho de otro país, cuando así se determine por un Gender Recognition Panel que, en el caso de cambio de sexo por hallarse viviendo como de otro sexo, ha de constatar la disforia de género, así como que el cambio se ha producido al menos dos años y que el interesado se propone vivir como persona del sexo adquirido, además del cumplimiento de los requisitos que se establecen en la section 3: informes médico y psicológico sobre la disforia de género y sobre que el solicitante se ha sometido o se está sometiendo a tratamiento para la modificación de los caracteres sexuales, o que tal tratamiento le ha sido prescrito o planificado. Se sigue de este modo el camino señalado en el caso Bellinger contra Bellinger, después de la Sentencia que la Cámara de los Lores dictó en 10 de abril de 2003, en la que se entendió que el reconocimiento del cambio de sexo, y la subsiguiente declaración de validez del matrimonio contraído tras una operación de cambio de sexo, exigía una consideración detallada por parte del poder legislativo.

7.- La Ley holandesa de 24 de abril de 1985, que modifica el artículo 29 del Código civil, exige dictamen de facultativo en que conste la convicción del transexual de pertenecer a un sexo distinto al que legalmente consta en el acta de nacimiento. En tal informe se ha de explicar en qué medida ha tenido lugar una adaptación corporal, que no se describe necesariamente como una intervención quirúrgica, pero en todo caso permitirá al juez obtener el convencimiento de que existe el serio propósito de permanecer viviendo como miembro del sexo adquirido.

CUARTO.- En el Recurso de Casación se denuncia la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 18 de la Constitución, que se ponen en relación con el principio de libre desarrollo de la personalidad a que se refiere el artículo 10.1 CE, así como con el de seguridad jurídica que se declara en el artículo 9.3 CE y con el derecho a la igualdad del artículo 14 CE, y con el deber de promover hasta la eficacia los valores de libertad y de igualdad que establece para los poderes públicos el artículo 9.2 CE. Se citan también, pero sin un desarrollo argumental suficiente, los artículos 17 del Convenio de Roma y 6 de la Declaración Universal de 1948. El núcleo temático se encuentra, al hilo de la jurisprudencia del TEDH, después de las Sentencias de 11 de julio de 2002, especialmente, en la apuntada vulneración de los derechos a la intimidad personal y familiar y la propia imagen (artículos 18.1 10.1 CE y 8 del Convenio de Roma).

Por su parte, el Ministerio Fiscal, que postula la estimación del recurso, toma como punto de partida de su argumentación el papel predominante del elemento psicológico en la determinación del sexo, que considera doctrina de esta Sala, y la estimación de que no existe en el caso riesgo de labilidad del estado civil, por lo que entiende que, en la ponderación de los intereses en juego, han de prevalecer los valores de respeto y protección a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad (artículos 10,15 y 18 de la Constitución).

No se ha de olvidar que las Sentencias de instancia adveran que, en el caso del solicitante de que estamos tratando, se ha producido un cambio en su aspecto, en sus hábitos e incluso en los factores psicológicos y sociales que influyen en la determinación del sexo, y que ha sido sometido a tratamiento, después del correspondiente diagnóstico, lo que implicaría un cumplimiento sustancial de los requisitos que ahora establece la Ley 3/2007, pero no entienden que sea suficiente para producir la modificación, y, en consecuencia, la rectificación de la mención registral de sexo y del nombre, porque no se ha sometido a la cirugía de reasignación de sexo.



Hay que preguntarse cual es la ratio del tal exigencia, para evaluar hasta qué punto puede ser decisivo, en un sistema en que se protegen y garantizan los derechos fundamentales, la falta de la intervención quirúrgica que determine la denegación en la instancia. De la conclusión a que se pueda llegar en este punto derivará un dato crucial para discernir si se está vulnerando alguno de los derechos fundamentales que se invocan.

La práctica de la intervención quirúrgica señalada venía siendo exigida por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por la legislación de varios países de nuestro entorno (Alemania, Francia, Reino Unido hasta 2004, etc.) como condicio sine qua non porque supone, ante todo, la manifestación de un propósito, de una intentio firme del transexual en el sentido de adaptarse y de seguir viviendo como persona del sexo deseado, para evitar de este modo una labilidad, es decir una variabilidad del sexo que lo pusiera a total disposición del libre arbitrio del interesado. De este modo, partiendo del dato - presente en la tradición jurídica común europea - que tiene al sexo como un estado civil de importancia trascendente para determinar la posición y - hasta hace poco- la capacidad de la persona, y que por ello se presenta como indisponible, inmerso como está en el terreno del orden público, la práctica de la intervención quirúrgica, dolorosa, costosa y traumática, asegura una permanencia, una estabilidad de la situación que, por otra parte, se predica como propia y característica del "estado civil". Pero, además, la práctica de la cirugía de reasignación de sexo implica una transformación corporal que aproxima la apariencia somática a la psique, pues, aunque predominen los factores anímicos o psíquicos entre los elementos determinantes del sexo, hay que buscar, en lo posible, una coincidencia -o la máxima posible- entre la apariencia y la realidad registral tratando de que se llegue a un estado coherente con la apariencia, de modo que, como se ha dicho, " puesto que parece, es". La jurisprudencia de esta Sala, aún cuando calificó, en principio, de "ficción" el cambio, subrayó siempre este dato (el de la apariencia, después de la intervención) como importante, cuando no como decisivo.

Pero es cierto que tal operación no consigue cambiar otros factores, ni determina la total conversión del sexo, pues subsisten los caracteres genotípicos y fenotípicos, ya que, como había dicho la Sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 6 de mayo de 1985, anteriormente citada, transexual, según la doctrina médico-legal, es el sujeto que, presentando los caracteres genotípicos y fenotípicos de un determinado sexo (o "género") siente de modo profundo pertenecer al otro sexo, del cual ha asumido el aspecto exterior y ha adoptado los comportamientos y en el cual, por tanto, quiere ser asumido a todos los efectos y bajo cualquier sacrificio, lo que sólo podría conseguir, a juicio de tal sentencia, que se apoya en la del Tribunal Constitucional alemán de 11 de abril de 1978 (también citada antes) la operación "demolitoria constructiva" del sexo anterior.

Como es cierto que esta concepción del sexo, que no obstante dar primacía a los elementos psíquicos y sociales (el rol socialmente asumido), sigue anclada en una exigencia somática de base, parece retroceder en los últimos tiempos ante varias mutaciones sociales y jurídicas:

a) En primer lugar, la influencia del sexo en los comportamientos sociales y en las valoraciones jurídicas disminuye a ojos vistas. Desde la Ley 2 de mayo de 1975, varias disposiciones reducen sensiblemente la importancia del sexo como factor determinante del trato de la persona en las relaciones sociales. No sólo el artículo 14 de la Constitución considera una acepción inadmisibles de personas la discriminación por sexo, que sólo valdrá en cuanto responde a una deferencia razonable, con base en condiciones naturales imprescindibles (que llegan incluso a sustentar ciertas discriminaciones positivas), sino que progresivamente (Leyes de 13 de mayo y 7 de junio de 1981; Ley 11/1990, de 15 de octubre ; Ley 13/2005, de 1 de julio , etc.) se va disponiendo la irrelevancia del sexo en el tráfico jurídico, salvo para conductas en que irremediamente sea significativo.

b) En segundo lugar, la asunción de las pautas y del rol de un determinado sexo va significativamente diluyendo diferencias radicales y tiende hacia una cierta uniformidad, que sólo se rompe en concretos aspectos, por más que subsistan perceptibles y hasta muy notables diferencias, mientras que, por otra parte, incluso en los niveles de las más profundas relaciones familiares, la asignación de roles sociales (como el de padre o madre) se desconectan de la identidad sexual, o al menos de una identidad sexual basada en los cromosomas.

Así, la concepción del sexo como estado civil se debilita, y abundan ya los tratamientos científicos de la cuestión en los que se sostiene que el sexo no es un estado civil, sin perjuicio de señalar la relevancia jurídica que todavía tiene.

Desde esta perspectiva, sobre todo teniendo en cuenta la última legislación, no podría ampararse en la determinación del sexo por razón de la aplicación de los caracteres del estado civil (orden público, inoperatividad, indisponibilidad, peculiaridades procesales) una respuesta negativa a la cuestión que nos ocupa ni cabría ver en la acción de modificación una "acción de estado", en sentido propio, por más que el sexo forme parte de la identificación de la persona, conste en el Registro civil (donde no sólo se inscriben estados civiles) y las acciones dirigidas a la modificación o a la rectificación adquieren ciertas peculiaridades (artículo 222. 3 II LEC)



La necesidad de una intervención quirúrgica de reasignación, pues, no parece justificada como presupuesto de una modificación del tratamiento de la persona interesada que, ciertamente, se presenta como afectada por un síndrome, por un estado patológico que exige un tratamiento que, obsérvese, no se dirige a corregir la tendencia hacia el sexo fenotípico o genotípico, sino hacia el psíquico o anímico, tratando de aproximar el soma hacia la psique, y no a la inversa.

Hay, en la base, una "disforia de genero" que, diagnosticada, ha de ser tratada, durante al menos dos años (dice ahora la ley española) "para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado", pero no necesariamente ha de llegarse a la cirugía de reasignación sexual. Lo que tampoco significa, pues, que la mutación sexual se acepta como hecho voluntario, libérrimo, de una persona que haya decidido cambiar su pauta de comportamiento.

Desde esta perspectiva, nos hemos de preguntar, después de la vigencia de la Ley 3/2007, a la que se ha de dar valor como ampliación del ámbito de libre desarrollo de la personalidad, si la imposición de la intervención quirúrgica vulnera los derechos fundamentales a la intimidad privada y a la propia imagen que tutelan y amparan los artículos 18.1 y 10.1 CE. Pero hay que aceptar iuxta modo una respuesta positiva a esta cuestión. Ciertamente, la posición del TEDH, especialmente en las Sentencias de 11 de julio de 2002 (I contra Reino Unido y C. Goodwin contra Reino Unido) y 23 de mayo de 2006 (Grant contra Reino Unido) acude al Tribunal al artículo 8 del Convenio de Roma, que declara la vulneración del derecho a la intimidad privada, que vincula a la dignidad de la persona, como la reiteradamente citada Sentencia de 11 de octubre de 1978, del Tribunal Constitucional alemán, que anclaba su decisión en la dignidad de la persona y en el libre desarrollo de la personalidad (artículos 1 y 2.1 de la Ley Fundamental alemana), pero hay que señalar, en primer lugar, que el artículo 8 del Convenio de Roma impone al respeto a la vida privada y familiar y prohíbe la injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, salvo que esté previsto en la ley y constituya una medida necesaria para determinados bienes o valores. Parece, pues, un derecho de contenido más amplio que el derecho a la intimidad personal y familiar que se tutela en el artículo 18.1 CE. Además, en los casos resueltos por el TEDH la infracción se produce porque, aún cuando se haya verificado la totalidad del tratamiento, incluida la intervención quirúrgica de reasignación de sexo, no se reconoce el cambio del sexo, porque el Estado demandado, aún así, hace primar el factor biológico y, con ello, desconoce el cambio. Pero, si bien se piensa, el resultado, de aceptar la posición que hasta ahora se ha venido sosteniendo en la jurisprudencia, sería el mismo: no aceptar el cambio por falta de la operación quirúrgica significa, en el fondo, hacer primar el factor fenotípico o cromosomático, que la operación, por otra parte, no puede corregir, con lo que no se da valor a las mutaciones psíquicas o los cambios en el rol socialmente asumido, no obstante hallarse el interesado en situación patológica.. haber sido diagnóstico y haber sido sometido a tratamiento.

No hay, en puridad, una vulneración de los derechos a la intimidad o la propia imagen, pero hay un freno al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) que se proyecta en una lesión de la dignidad humana, en una falta de tutela de la salud (art. 43.1 CE), al respeto a la intimidad y a la propia imagen (art. 18.1 CE) y a la protección de la integridad física y moral (artículo 15 CE), pues parece que el libre desarrollo de la personalidad (aceptado como soporte y justificación del cambio por las Sentencias de esta Sala de 15 de julio de 1988, 3 de marzo de 1989, 19 de abril de 1991 y 6 de septiembre de 2002) implica, dada la prevalencia de los factores psico-sociales en la determinación del sexo, que han de primar en los supuestos de disforia de género, un derecho de sostener la identidad sexual como expresión de la identidad personal, que es un bien de la personalidad.

No se trata sólo de una injerencia o de una intromisión en el ámbito propio y reservado que caracteriza el derecho a la intimidad ("un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana", STC 231/88, de 2 de diciembre; 143/94, de 9 de mayo) aunque también se produce esa invasión, pese a que la persona desee excluir ese ámbito del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros (STC 292/00, de 30 de noviembre) ya que el derecho a la intimidad garantiza el individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o su familia" (STC 144/99, de 22 de julio), dentro de los límites que impone el respeto a los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos protegidos (SSTC 73/1982; 110/1984, 151/1997, etc.), un derecho que no es absoluto, y está ligado al respeto a la dignidad (STC 134/99 de 15 de julio), sino que tal invasión es sólo uno de los aspectos de la cuestión. De la intimidad personal forma parte la intimidad corporal frente a toda indagación o pesquisa que sobre el propio cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona (STC 57/94, de 28 de febrero), con lo que queda protegido el sentimiento de pudor personal, en tanto responde a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad (SSTC 37/1989; 120/1990; 137/1990, etc).

Como no puede verse en casos como éste una intromisión o una injerencia o una vulneración de la propia imagen, por más que se trate de trascender el concepto de este derecho como facultad de evitar la difusión incondicionada del aspecto físico de la persona, puesto que constituye el primer elemento



configurador de la esfera personal de toda persona, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual (SSTC 231/1988; 99/1994,81/2001;83/2002; SSTC 18 de mayo de 2007, 25 de abril de 1994, 23 de marzo de 1993, 21 de octubre de 1996, 19 de octubre de 1992 , etc). No parece que la exigencia de una intervención quirúrgica, considerada en sí misma como elemento que condiciona el reconocimiento del cambio de sexo pueda ser entendida como una invasión en la esfera de la propia imagen, pues, como ha dicho la STC 81/2001, de 26 de marzo (en doctrina que cabe seguir, entre otras, en las SSTC 156/2001, de 2 de julio; 83/2002, de 22 de abril; 14/2003, de 28 de enero) "en su dimensión constitucional, el derecho a la propia imagen consagrado en el artículo 18.1 CE se configura como un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana, y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública. La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad - informativa, comercial, científica, cultural, etc. - perseguida por quien la capta o difunde".

Al apuntar hacia la vulneración de tales derechos quiere, probablemente, significarse es que hay que reconocer al individuo que sufre la patología denominada disforia de género, la facultad de conformar su identidad sexual de acuerdo con sus sentimientos profundos, con sus convicciones de pertenecer a otro sexo, pues de otro modo ni se protege su integridad, ni se le concede la protección a la salud, ni se trata adecuadamente el derecho a la imagen y a la intimidad familiar. Se trata, en una palabra, de dejar que el libre desarrollo de la personalidad se proyecte en su imagen y se desarrolle dentro de un ámbito de privacidad, sin invasiones ni injerencias.

Desde esta perspectiva, ha de estimarse el Recurso de casación, aceptando el fondo de la alegación formulada por el recurrente y la argumentación del Ministerio Fiscal.

QUINTO.- En nuestro Derecho, sea cual fuere la posición que sobre los problemas anteriormente suscitados se quiera adoptar, se ha pronunciado el legislador, y es claro que este Tribunal está sometido a la Ley (artículos 117.1 y 120.3 CE). De modo que, a partir de la vigencia de la Ley 3/2007, de 15 de marzo , los transexuales pueden obtener, cumpliendo los requisitos que la ley establece y por las vías que la propia ley señala, el cambio de la mención de sexo, y de nombre, y el tratamiento como persona del sexo deseado, sin requerir el tratamiento quirúrgico que, de acuerdo con la jurisprudencia anterior a la ley 3/2007 , era condicio sine qua non del cambio. Pero esta constatación, tan obvia, por sí misma no resuelve el problema planteado, toda vez que la indicada Ley dispone que la rectificación "se tramitará y acordará con sujeción a las disposiciones de esta Ley, de acuerdo con las normas establecidas en la Ley del Registro Civil para los expedientes gubernativos" (artículo 2.1) y, además, que la aplicación de la ley requiere la constatación de determinados extremos y circunstancias que ahora se señalan de modo preciso en el artículo 4 , como antes se ha apuntado, pero no siempre son coincidentes con los que la jurisprudencia anterior había establecido. La nueva ley concede un derecho que se extiende a supuestos y por tanto alcanza a personas que se encuentran en situaciones diversas de aquéllas en las que, antes de su vigencia, se podía conceder la rectificación que respecto del sexo y del nombre se solicita en el caso. Tal es el supuesto de una persona que no se ha sometido a la cirugía de reasignación de sexo que esta Sala venía exigiendo, en coherencia, como se ha visto, con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en el contexto de las legislaciones de los países del área cultural y política en que se encuentra España, respecto de las que no ofrece grave discordancia. Ahora la nueva Ley permite que se consiga el cambio de sexo y de nombre sin necesidad de tal exigencia, pero señala que ha de acudir al expediente gubernativo. La Ley no contiene una previsión sobre el caso de los solicitantes cuyo asunto se encuentra en curso. Sólo una Disposición Transitoria prevé la exoneración de la acreditación de los requisitos que señala el artículo 4.1 cuando mediante informe de médico colegiado o del Médico del Registro Civil "acredite haber sido sometida a cirugía de reasignación sexual".

No se introdujo una previsión sobre los asuntos judiciales en curso, a pesar de que se había solicitado en las enmiendas 20 (Grupo Mixto, Sr. Labordeta), 43 (Grupo P. IU-Iniciativa per Catalunya-Verds), 51 (G.P. Vasco EAJ-PNV), 73 (GP Esquerra Republicana ERC) y 94 (GP Catalán, CiU). Las enmiendas tenían el mismo texto, pues procedían, al parecer, de los colectivos transexuales (Diario de Sesiones del Congreso. Comisiones, 2006, VIII Legislatura, nº 696, pag. 17; BOCG, VIII Leg., A, num. 89-7, pag. 45). Se trataba de introducir una Disposición Transitoria Segunda , referida a los juicios ordinarios sobre rectificación del sexo registral incoados con anterioridad a la entrada en vigor de la ley. Se decía que el demandante podría desistir unilateralmente en cualquier momento de la instancia o de los recursos, y que el desistimiento no habría de impedir la presentación de la solicitud prevista en el artículo 2 de la Ley . La justificación, reiterada, decía . "Al producirse un cambio legislativo, y en este caso, además, un cambio de procedimiento, hay que regular qué ocurre con los procedimientos abiertos y no concluidos a la entrada en vigor de la ley". Se defendió en nombre de la seguridad jurídica, incluso frente a quienes arguyeron que la vía procedente para la rectificación del asiento era la resolución judicial.



La aplicación a los procedimientos en curso, suscitados antes de la entrada en vigor de la ley por personas que sólo en función de los criterios que ahora establece la nueva regulación pueden obtener el efecto que persiguen (la rectificación de sexo y nombre que constan en el Registro Civil) puede subsumirse en las previsiones de las Disposiciones Transitorias del Código civil, que constituyen el Derecho común y general en esta materia. La duda posible en torno a si cabría calificar la posición del transexual solicitante como un supuesto de acto o contrato que, nacido nulo e ineficaz bajo el Derecho anterior, no puede ser sanado por la nueva ley, como ha dicho esta Sala (Sentencias de 14 de mayo de 1903, 18 de enero de 1910, 30 de junio de 1914, 17 de marzo de 1922, 8 de marzo de 1996, etc.) carece de sentido en este caso. El supuesto de hecho de la norma atiende a una situación de hecho que tiene una connotación de permanencia en un tiempo determinado. Si con anterioridad se hubiera solicitado, y hubiera sido denegada por las razones que ahora se expresan en las sentencias de instancia, el cambio que ahora se postula, nos volveríamos a encontrar ante una persona que, cumpliendo los requisitos que ahora establece la nueva ley, habría de poder solicitar de nuevo la tutela judicial para la viabilidad de la pretensión deducida. No hay, en el objeto del proceso entablado, una cuestión de validez o de eficacia de un determinado acto o comportamiento, sino el ejercicio de un derecho potestativo o de configuración jurídica cuya viabilidad estaba impedida por un obstáculo que la nueva ley ha removido. Por otra parte, se ha de hacer notar que, en puridad, no hay en el Código civil previsión expresa sobre el régimen aplicable a los actos o contratos que fueran nulos bajo el Derecho anterior, pero que serían válidos y eficaces según el Derecho nuevo, ya que de la Disposición Transitoria Segunda sólo se deduce la regla relativa al régimen de actos y contratos celebrados bajo la legislación anterior y que sean válidos con arreglo a ella. Aunque es claro que un acto nulo (según el Derecho anterior) no puede quedar sanado por el mero efecto del cambio legislativo, salvo previsión expresa de la norma, y siempre con respeto a las reglas de la cosa juzgada, pero permitirá la reproducción o la renovación del acto, con los efectos que le concede la nueva ley. A menos que cupiere entender la nulidad como sanción, y en tal caso cupiera la aplicación de la Disposición Transitoria 3º, II. Conclusión a la que a veces hay que llegar, en materia tan delicada, pues bien puede ser exigido por la ponderación de los intereses en juego, como ocurrió en la Sentencia de 24 de abril de 1991. Finalmente, en cuanto a este punto, no hay una disposición en el Derecho anterior de la que pueda deducirse la nulidad o la ineficacia, pues no tiene sentido la referencia a la validez o la nulidad de la pretensión deducida, sino a su viabilidad o no, de acuerdo con las reglas del Derecho aplicables al supuesto de hecho, según el principio cardinal *tempus regit factum* que tiene excepción en la Disposición Transitoria Primera, segundo inciso, cuando se dispone que valga y tenga efecto el derecho nacido bajo la ley nueva aunque los hechos que tiene en cuenta se hayan producido bajo la legislación anterior.

Se trata, pues, de un supuesto incardinable en el segundo inciso de la Disposición Transitoria Primera, de acuerdo con la aplicación que se ha venido haciendo de este precepto (Sentencias de 15 de febrero de 1983, 6 de octubre de 1993, 22 de marzo de 1994, 26 de septiembre de 1996, Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado de 17 de septiembre y 28 de noviembre de 1994) según cuyo texto "si el derecho apareciere declarado por primera vez en el Código, tendrá efecto desde luego, aunque el hecho que lo origine se verificara bajo la legislación anterior, siempre que no perjudique a otro derecho adquirido del mismo origen". Lo que, en coherencia con cuanto se establece en la Disposición Transitoria Cuarta, segundo inciso (o segunda proposición), significa que habrá de aplicarse el régimen de ejercicio (ejercicio, duración y procedimiento) a las reglas del Derecho nuevo, que, según ya se ha dicho, prevén que la modificación solicitada se realice a través del expediente gubernativo.

Es más, de las tres proposiciones en que se proyecta la DT 4ª CC (Sentencias de 8 de noviembre de 1995, 26 de mayo de 2000, etc) la primera viene a reproducir el primer inciso de la DT 1ª, añadiendo "acciones" a "derechos", la segunda dispone la aplicación de la nueva ley al "ejercicio, duración y procedimientos para hacer valer (los derechos nacidos y no ejercitados bajo la ley antigua), lo que fue justificado por el RD de 29 de julio de 1889, que ordenó llevar a efecto la 2ª edición del Código Civil, en el sentido de que ninguna consideración de justicia impelía a respetar en estos puntos, que estimaba de "carácter adjetivo", los derechos adquiridos. No cabe duda de que se ha de aplicar la nueva ley para "hacer valer" los derechos nacidos bajo la antigua ley y no ejercitados y, con mayor razón, se habrá de aplicar a los derechos nacidos por efecto de la nueva ley. Pero, fuera el supuesto de que tal derecho ya se está solicitando o postulando conforme a la ley anterior, la DT 4ª CC contiene una tercera proposición, que determina que "si el ejercicio del derecho o de la acción se hallara pendiente de procedimientos oficiales empezados bajo la legislación anterior, y éstos fuesen diferentes de los establecidos por el Código, podrán optar los interesados por unos o por otros". Ciertamente, la expresión "procedimiento oficial" no equivale a "procedimiento judicial", pero parece comprenderla. El criterio de ambivalencia del procedimiento ha sido utilizado por alguna Sentencia, como la de 16 de mayo de 1996, y ha sido especialmente aplicado por las Sentencias de 8 de junio de 1984 y 1 de abril de 1985, en las que esta Sala entendió que no debía darse efecto retroactivo a las normas de procedimiento precisamente en punto al ejercicio de derechos potestativos como eran derechos de retracto.



El derecho nacido ex novo por efecto del cambio legislativo (derecho a producir una modificación del sexo por hallarse en la situación de haber sufrido la mutación, pero sin cirugía de reasignación), que venía siendo solicitado por vía judicial, como tantas veces había exigido la jurisprudencia, y era doctrina constante de la Dirección General de Registros y del Notariado (Resoluciones de 17 de marzo de 1982, 17 de abril de 1983, 26 de abril de 1984, 6 de mayo de 1987, 14 de mayo de 1991, 29 de diciembre de 1994, etc.) puede ahora ejercitarse por vía de expediente gubernativo. Pero ello no impide que esta Sala se pronuncie sobre la pretensión deducida, en vista de que a fortiori, en base a la DT 4ª, inciso 3º, correspondería una opción al interesado entre uno y otro procedimiento en caso de ejercicio de derecho nacido y no ejercitado bajo la legislación anterior, pero poderosas razones de analogía impelen a la aplicación de esta misma regla cuando se trata de un derecho solicitado conforme a la ley antigua, que ahora ha de reconocerse después de haberse producido la mutación legislativa.

A lo que se podría añadir que, en definitiva, el Registro civil se halla bajo el control del orden jurisdiccional civil y la Sentencia habría de tener eficacia en orden a la inscripción (artículos 25 LRC, 82 RRC , etc.)

SEXTO.- Al tratarse de un Recurso de Casación comprendido en el artículo 477.2.1ª LEC , siendo de estimar alguno de los motivos formulados, procede declarar la casación en todo de la sentencia recurrida (artículo 487.2 LEC).

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

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

FALLAMOS

HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la Procuradora Dª Aránzazu Bravo García en nombre y representación de D. Luis Andrés , contra la Sentencia dictada en por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona en el Recurso de Apelación nº 200/02 , que casamos y anulamos, en su integridad, sustituyéndola por otra en la que, estimando el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Sant Feliu de Llobregat nº 1, en 3 de septiembre de 2001 , en Autos de Procedimiento Ordinario nº 54/01 , se declare haber lugar a la rectificación de nombre y de sexo solicitada por la parte actora, en el sentido de que pase a llamarse María Rosa , y conste como sexo el de mujer, procediendo a su inscripción en el Registro Civil en tal sentido, con rectificación de las anteriores. Todo ello sin imposición de costas ni en la instancia ni en el Recurso de Casación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Juan Antonio Xiol Ríos.- Román García Varela.- Xavier O'Callaghan Muñoz Jesús Corbal Fernández.- Francisco Marín Castán.- José Ramón Ferrándiz Gabriel.- José Antonio Seijas Quintana.-Antonio Salas Carceller.- Vicente Luis Montés Penadés.- Encarnación Roca Trías.- Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Vicente Luis Montés Penadés, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.