

Consideraciones socio-jurídicas acerca del matrimonio y la familia en la sociedad actual

JOSÉ MANUEL GONZÁLEZ PORRAS
Universidad de Córdoba

A las Promociones de la Facultad de Derecho de Córdoba a las que tuve el honor de comentar el Derecho de Familia.

SUMARIO

1. La sociología del Derecho como una forma de conocer el Ordenamiento jurídico y la sociedad a la que sirve.
2. El matrimonio y la familia en la Constitución española.
3. El matrimonio entre homosexuales o de un transexual con otro de su mismo sexo cromosómico.
4. Las parejas de hecho o unión entre compañeros sentimentales: una manera de enfocar estas uniones no matrimoniales.

1

Son muchas las instituciones del Derecho Privado, en general, y del Derecho Civil, en particular, con viejas raíces en la tradición secular desde el viejo Derecho de Roma que, con el paso de los siglos, han quedado vacías e inadecuadas a los tiempos actuales debido a la rápida transformación de la sociedad contemporánea. El estudio sociológico de algunas de esas instituciones, además de constituir un presupuesto básico para una posible intervención legislativa, sin duda que nos puede conducir a revisiones doctrinales y a una mejor forma de construcción de la sociedad.

En la doctrina española no son muy abundantes los estudios sociológicos en

el campo del Derecho Privado. No así en el llamado Derecho Público y desde hace tiempo contamos con estudios de primera clase en el campo de la Sociología y la Filosofía del Derecho, el Derecho Penal y la Criminología. En cambio y limitándome al Derecho Civil hace ya algunos años —en 1974— el Prof. DIEZ-PICAZO llamaba la atención sobre estas cuestiones y advertía de la conveniencia de una Sociología del Derecho Privado, principalmente en el campo de la familia, de la propiedad, del contrato o del derecho de sucesiones. Citando a CARBONNIER afirmó que el día que se lleve a cabo un estudio sociológico de la novación habremos dado un gran paso. Pienso que es algo exagerado el ejemplo, pero exagerando calificó la situación.

Sobre la propiedad se han hecho ya en España interesantes estudios y sobre el contrato también. Sobre el derecho sucesorio pocos que yo conozca y sobre la familia son ya muchos y buenos los trabajos que aparecen en la doctrina española. Me limitaré a señalar, entre los últimos, a IGLESIAS DE USSEL con su estudio sobre «La familia y el cambio político en España» que parte del principio de que la familia siempre ha sido el centro neurálgico de las transformaciones sociales. Los pensadores revolucionarios —dice— de todo signo, a la hora de proyectar la nueva sociedad,

como cuestión previa abordan el matrimonio, las relaciones familiares, el papel de la mujer dentro y fuera de la familia, la educación y crianza de los hijos, el divorcio, la ilegitimidad de los hijos, la sexualidad, derechos de sucesión, etc. Y lleva más razón que un Santo y no sólo los de mi generación, sino los jóvenes de ahora han visto, con motivo de la transición política, como la familia es uno de los campos sociales y jurídicos en el que se viene librando una batalla —no cruenta— pero sí importante. La razón es que el Derecho de familia es posiblemente una de esas parcelas del sentimiento personal (tal vez también en el de las ideologías políticas y religiosas) en las que difícilmente nadie puede convencer a nadie. Siempre ha sido así.

Pero en los últimos años la sociología del Derecho creo que va tomando cuerpo y son ya muchos los que se adentran en algunos de sus problemas, sin ir más lejos el de la administración de la Justicia que presenta interés no sólo científico, sino también político. Un ejemplo que me gusta citar en ocasiones y que no dudo en recomendar es el ensayo de dos eminentes administrativistas, Alejandro NIETO y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, titulado «El derecho y el revés» que en forma de diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces, pasan revista al comportamiento de legisladores, jueces, abogados y otros servidores del Estado y así se analizan cuestiones tan esenciales como la ética del Abogado frente a los intereses particulares del cliente, la vinculación del Juez a la ley, la utilidad de la técnica jurídica, la discrecionalidad y la arbitrariedad, la justicia, la razón y la sinrazón de estas profesiones y un largo etcétera que no tiene desperdicio ninguno.

Siempre ha sido así y frente al dogmatismo o si se quiere la continuidad de las leyes escritas, como un sol que no se pone nunca (no suele interesar que las leyes cambien y a veces interesa que no dejen de cambiar), la sociología parte de un presupuesto diferente. Es algo relativo y concibe el De-

recho como algo que debe acomodarse al momento de la vida social. Ni lo uno ni lo otro. La experiencia histórica es una evidente experiencia de cambio y de progreso jurídico. Se ha puesto de manifiesto y con certeza que el Derecho romano fue una obra ingente de transformación jurídica a lo largo de su existencia e igualmente ocurrió con el derecho medieval y también con el Derecho actual.

Una postura negativa al cambio jurídico —nos dirá DIEZ-PICAZO— es insostenible lo mismo como experiencia histórica que como posición ontológica. Puede expresar una aspiración o un deseo de un grupo o, incluso, de la comunidad entera, en un momento histórico, pero nada más. El problema entonces, no es si el ordenamiento jurídico cambia o no cambia, sino cómo cambia y qué es preciso que ocurra para que cambie. Y desde luego piensa el citado Autor que una transformación social por sí sola no modifica el orden jurídico.

La razón está en que los cambios jurídicos no pueden verse como simples cambios políticos. Y en España muchos de los cambios legislativos a los que estamos asistiendo, son verdaderos cambios de naturaleza exclusivamente política y aún de motivación electoral.

De lo que llevo dicho fácilmente se comprende que, dentro de mi formación fundamentalmente positivista, me acerco sin lugar a dudas al movimiento intelectual de la Escuela de Tubinga con, posiblemente, su figura más prominente: IHERING y su llamada «jurisprudencia de intereses», pues el Derecho, sus reglas tratan sobre todo de soluciones conflictos de intereses y aún diré que hay algo más: para la jurisprudencia de intereses el intérprete no debe de establecer deducciones lógicas partiendo de dogmas abstractos, sino viendo los intereses en juego, prefiriendo aquel interés que, si es posible, coincida con el que el legislador tuvo en cuenta porque así lo demandaba la realidad social del tiempo en el que se vivía... y aun reconociendo la importancia de la realidad

social para conocer la Ley y su aplicación, pienso que la aplicación de las leyes se hace «caso por caso». En el «caso» es donde socialmente empieza el Derecho. Ese caso como lo ve el Abogado, como lo enjuicia el Juez y raramente como lo norma el Legislador.

2

Son ya muchas las ocasiones en las que con mejor o peor fortuna he tratado de esta cuestión, queriendo ver de manera objetiva e imparcial cómo enjuicia la Constitución española de 1978 a la familia, alejado de criterios personales de orden religioso o de ideologías anti-algo. Desde el prólogo que hice a la traducción de la monografía francesa de Catherine Noir-Masnata sobre «Los efectos patrimoniales del concubinato y su influencia en el deber de sostenimiento entre esposos separados» (1982), o mis «Estudios sobre el matrimonio civil» (1985); «La familia, el derecho y la libertad» (1987); «La familia sin matrimonio» (AC, 1990); la traducción y notas al Derecho español de la monografía de Bernard DEMAIN sobre la «Liquidación de bienes en las uniones de hecho» (1992); «La familia, herencia y sociedad» (1993), y en algunos otros trabajos y comentarios, siempre he mantenido una posición respetuosa con esa resolución de la pareja que decide cohabitar sin celebrar matrimonio, desgraciadamente no siempre bien entendida (cfr. PÉREZ CÁNOVAS, **Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español**, Ed. COMARES, Granada, 1996).

Y en todo caso siempre he mantenido que de los arts. 14, 32 y 39 de la Constitución no es posible llegar a una equiparación entre la familia que tiene su origen en el matrimonio y las familias (pues no son ni con mucho una sola familia) que viven al margen del matrimonio. En el Derecho constitucional español y en el comparado, lo habitual es que la referencia a la familia sea a la familia matrimonial. «La familia —afirmó SÁNCHEZ AGESTA— es, en nues-

tra Constitución, el grupo constituido por un hombre y una mujer que han contraído matrimonio para vivir en comunidad conyugal duradera bajo un mismo techo, en unión de sus hijos y eventualmente de sus ascendientes, para satisfacer en común ciertas necesidades y asistir a los hijos y dirigirles su educación».

Y si es verdad que nuestra Constitución omite —como acertadamente dijo LACRUZ BERDEJO— un juicio de valor sobre la familia hasta el punto de no poder decir que sólo se refiera a la familia «legítima», no menos cierto resulta que ello no impide como consecuencia ineludible equiparar todas las familias, sino que de la propia Constitución se admite que ante situaciones diferentes el tratamiento no puede ser sino también diferente. Y el citado Autor afirma (criterio que glosado por mí en una u otra forma es coincidente con su criterio) que en todo caso, legítima o no, la Constitución contempla exclusivamente el modelo occidental de familia, es decir, la encabezada, en su caso, por una pareja heterosexual. El legislador no ha pensado en la poligamia o la poliandria simultáneas. Y mucho menos se puede llegar a la conclusión de que es admisible el matrimonio entre personas del mismo sexo, sin que sirva de argumento el que en la reforma del Código civil (1981) se eliminó como impedimento para el matrimonio civil la impotencia. El impedimento de impotencia «coheundi» ya no existe, es decir, se ha eliminado como impedimento la imposibilidad de realizar o llevar a efecto las relaciones sexuales. No importa —dice ALBA-JADEJO—, pues, hoy la aptitud sexual de ninguno de los contrayentes, ni siquiera la falta total y absoluta de órganos genitales. Pero eso, pienso yo, no significa admitir el matrimonio entre dos personas del mismo sexo. Son situaciones diferentes. Una cuestión es no poder efectuar la cópula y otra ser los dos hombres o las dos mujeres, puesto que el matrimonio es unión de un hombre y de una mujer, como se desprende de la letra y del espíritu del art. 32,1 de la Constitución y art. 44 del Código civil

con independencia de la procreación. Es verdad que podría haberse dicho que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio entre sí... pero qué necesidad tiene el Legislador de resaltar lo que es obvio y si ya dice hombre y mujer es porque dá por sentado que el matrimonio es entre uno y otra. Los cónyuges en nuestro Ordenamiento son hombre y mujer y así se desprende de todo el Código civil y de otras muchas leyes vigentes.

Y eso es así porque es verdad que el Legislador tiene, ciertamente, libertad en el uso de los mecanismos democráticos de producción legislativa. Pero una cosa es la libertad y otra la anarquía y la arbitrariedad, ya que el Legislador ni puede ir contra el sentido común ni traspasar los límites legales y la estructura inderogable de ciertas instituciones: este es el caso del matrimonio.

3

El posible matrimonio entre homosexuales o el de un transexual con otro de su mismo sexo cromosómico es una cuestión contemporánea. Lo que es tan viejo como la misma Humanidad es la homosexualidad creo que aún antes de Sodoma y Gomorra. Y ni siquiera pienso que sea algo contra la naturaleza y a lo sumo, como ha dicho Cela, es algo que ocurre de espaldas a la naturaleza. Sin embargo no faltan algunos textos —yo creo que meramente simbólicos e inspirados por una cierta crítica a modas en la aristocracia romana— que hablan del matrimonio entre homosexuales. Y así en los Epigramas de Marcial y en algunas narraciones de Suetonio se habla del matrimonio entre «El barbucho Calistrato y el busto de Afro con el mismo rito con el que una virgen toma marido...», pero no deja de ser un pensamiento mordaz o satírico que, seguramente, trataba de criticar ciertas licencias no muy bien vistas. Pero saben bien los romanistas que no es acertado hablar de matrimonio entre homosexuales en Roma con las consecuencias propias del matrimonio heterosexual. [cfr. DALLA, *Ubi Venus mutatur. Omose-*

xualità e diritto nel mondo romano. Milano, 1987 y LÓPEZ-GALLACHO PERONA, *La problemática jurídica de la transexualidad*. Ed. McGraw Hill, 1998, en págs. 6 y ss.].

En nuestra doctrina LÓPEZ-GALLACHO PERONA ha realizado un estudio completo sobre los problemas del sexo y particularmente de la transexualidad («*La problemática jurídica de la transexualidad*», Ed. McGraw Hill, Madrid, 1998) en la que se encuentran datos y puntos de vista muy sugestivos y sobre todo —pienso— objetivos y desapasionados. La bibliografía es ya abundante y sobre todo me interesa llamar la atención sobre lo que se dice en el capítulo V de la citada monografía que trata de las repercusiones jurídicas y problemáticas que plantea la rectificación registral de sexo del transexual, ya que recientemente la Dirección General de los Registros y del Notariado ha reconocido que el transexual, operado quirúrgicamente y que ha obtenido sentencia judicial de cambio de sexo, puede contraer matrimonio con persona de distinto sexo legal, aunque coincide el sexo biológico.

Vayamos por partes. En primer lugar dedicaré unas líneas al matrimonio entre homosexuales y su posibilidad o no en el Ordenamiento jurídico español. En líneas precedentes me he inclinado por la negativa, al amparo de la norma constitucional y del propio Código civil español. El matrimonio en nuestro Ordenamiento jurídico es entre un hombre y una mujer (art. 32,1 de la CE y art. 44 del C.c.). Lo que ocurre es que al ir difuminándose la correspondencia entre matrimonio y familia e ir tomando cierto «cuerpo», es decir, relieve doctrinal y legislativo autonómico las uniones de hecho, incluso entre personas del mismo sexo, siempre sobre el presupuesto del libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad de la persona (arts. 1.1, 9, 2, 10, 1 y 14 de la CE), se trata de igualar toda clase de uniones con el matrimonio. Posiciones sociales que no han encontrado todavía en la legislación española —si hacemos excepción de algunas

Leyes autonómicas— una regulación que prescindida de la diferencia de sexo para celebrar matrimonio. En la doctrina española hay muchos defensores con argumentos variopintos y así el ya citado PÉREZ CÁNOVAS y también es significativa la monografía de BOSWEL, *Las bodas de la semejanza. Uniones entre personas del mismo sexo en la Europa premoderna*, Barcelona, 1996, con traducción de Galamarini.

Desde luego nuestra jurisprudencia se ha manifestado siempre contraria a tal posibilidad y prescindiendo de algunas motivaciones judiciales extravagantes, lo cierto es que el apoyo legal para negar el matrimonio entre homosexuales ha sido siempre —que yo sepa— la norma constitucional y no encontrar desde ese punto de vista principio alguno que permita tales uniones equiparables al matrimonio. Una cosa es que puedan vivir juntos (lo que ocurre con frecuencia y todos lo damos por sabido y a nadie repugna tales uniones) y otra bien diferente que puedan contraer matrimonio civil con iguales efectos, sin que se pueda admitir seriamente que la negativa obedezca a «intrusiones de jueces y magistrados en el derecho al honor e intimidad de los homosexuales», según PÉREZ CÁNOVAS, op. cit., p. 77, nota 60.

Cuestión totalmente diferente y aceptable es que a tales uniones se les concedan ciertos derechos o protecciones sectoriales en cuanto la referida inclinación u orientación sexual es digna de respeto y atención (así me he manifestado yo en algunos de mis trabajos ya citados y en particular en el comentario al art. 16 de la vigente LAU, Ley 29/1994, de 24 de noviembre, en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Ed. Tecnos, 1996, págs. 438 a 503, al tratar de la subrogación en el arrendamiento en caso de muerte del arrendatario por la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge), porque actuar de otra forma habría supuesto una política equivocada desde el

punto de vista social. Igualmente cabe esa equiparación en otras materias como pueden ser de naturaleza fiscal o nuevas normas penales (arts. 23, 424, 443 o 454 C.P.) y en otros marcos y situaciones. Pero eso es otra manera diferente de ver el problema y nada tiene que ver con la equiparación entre vivir juntos sin casarse y decir, al mismo tiempo, que eso es matrimonio.

Pienso que son situaciones muy diferentes y que la unión estable homosexual que seguramente se debe regular con tino, debe permanecer en el ámbito contractual, sin equiparación posible desde el punto de vista institucional con el matrimonio, precisamente en atención a la importancia que tiene el sexo en la vida del matrimonio y ello con o sin posibilidad de tener hijos.

No pretendo entrar en este trabajo en un análisis de las Leyes autonómicas que, además, pienso se exceden de sus competencias legislativas en la materia reservada —a mi juicio— al Parlamento nacional ex art. 149.1, 8º de la Constitución Española que afirma categóricamente sin género de dudas que al Estado corresponde con competencia exclusiva en materia de legislación civil lo relacionado con las formas de matrimonio. Pero algo sí que se debe apuntar. Me voy a referir a la Ley 10/1998 de 15 de julio, de uniones estables de parejas aprobada por el Parlamento de Cataluña. Reconoce en su Preámbulo que el art. 32 de la CE proclama el derecho del **hombre** y de la **mujer** a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica y que también la ley (pero intencionadamente no dice qué Ley) debe regular las formas de matrimonio. Sin embargo se dice que la sociedad catalana de hoy presenta **otras formas de unión en convivencia de carácter estable** (que en diciembre de 1998 llegará a considerar como tales las de ayuda mutua que ya por sí sola merecería un trabajo en exclusiva), las unas formadas por parejas heterosexuales que, pudiendo contraer matrimonio, se abstienen de hacerlo, y aquellas otras integradas por personas del mismo sexo, que constitucionalmente

te tienen vedado el paso a aquella institución. El Preámbulo de la Ley merece su lectura y algunas afirmaciones (que claro está, no es texto legal) las comparto plenamente y otras no. En un momento determinado dice que la pareja heterosexual que vive maritalmente, si no se casa es por voluntad propia. La pareja homosexual no se puede casar aunque lo desee. La primera es capaz de engendrar descendencia biológica, la segunda no. Y aún, dentro de las parejas heterosexuales que conviven **more uxorio**, es posible distinguir a aquellas que rehúsan toda clase de formalismos y que, por razones de seguridad jurídica, son objeto de una mayor exigencia a la hora de hacer valer derechos.

Tales afirmaciones me parecen ciertas, pero no creo que de ellas se pueda extraer relevancia institucional a las uniones estables heterosexuales. Las parejas de hecho no son una institución. Es una manifestación del «no-derecho» que tiene su sede en el campo contractual. Y desde luego la regulación que se hace para Cataluña de las uniones estables homosexuales (art. 19 y ss.) tiene muchos puntos vulnerables (entre otras cuestiones me llama la atención que el art. 20.2 exija que uno de los «gays» deba tener vecindad civil en Cataluña, o su acreditación mediante escritura pública (llamada también «documento de referencia»), que en ningún caso proporcionará el estado civil de casados sino una situación de convivencia que afectará a relaciones personales y patrimoniales. En la Ley catalana se trata de seguir un cierto mimetismo con lo que el C.c. establece en relación con la disposición de la vivienda común (art. 28 de la Ley y art. 9 del Código de familia catalán, pero que duda cabe que se parte de presupuestos diferentes y para ello basta leer el art. 30 en relación con las uniones estables entre homosexuales, etc.

En todo caso la Ley de Cataluña de 15 julio 1999 no permite el matrimonio entre homosexuales a causa de la identidad de sexo y disciplina relaciones personales y patrimoniales al margen del

matrimonio. Una nota de —por el momento— no querer la tan solicitada equiparación con las uniones heterosexuales es el derecho que se le atribuye en la sucesión intestada y en la testada (arts. 34 y 35 de la Ley), pues sólo la falta de descendientes ni ascendientes en línea recta o colaterales dentro del segundo grado de consanguinidad o adopción (aquí hay a mi juicio un fallo que ya se generaliza) o hijos o hijas de estos, si han premuerto, tiene derecho a la mitad de la herencia y a falta de esas personas a la totalidad de la herencia.

Por lo que respecta a la transexualidad y sus problemas, como ya indiqué, la doctrina española y la jurisprudencia se han ocupado del tema. A mi juicio — y en este caso con mayores razones— el plantearse si cabe el matrimonio de transexuales tiene una respuesta negativa al amparo del art. 32.1 de la CE y art. 44 del Código civil, donde se habla de hombre y mujer y tales expresiones no son ni virtuales ni ambiguas. Hombre y mujer son los que tienen derecho a celebrar el matrimonio y ese derecho («*ius connubii*») atiende al sexo biológico real de la persona. La primera vez que tuve ocasión de enfrentarme con estas cuestiones se remonta a 1972 leyendo una sentencia de la Corte de Casación italiana (Cass. de 13 junio 1972, en Foro it., 1972, I, I, c. 2399) en el que el Tribunal se ocupaba de un supuesto de cambio voluntario de sexo, por parte de un hombre, pero que pese a la intervención quirúrgica seguía siendo hombre como se demostraba con las oportunas pruebas forenses y de especialistas «*dal corredo cromosomico con la presenza di cromosomi X (indicativi apurto del sesso maschile)*», lo que llevaba a pensar que la transformación somática, además de limitarse a los órganos sexuales externos con exclusión de los internos, se había llevado a cabo a consecuencia de la intervención quirúrgica de castración ayudada por el correspondiente tratamiento hormonal. Por ello —dijo la Corte Suprema— el cambio legal de sexo no era posible llevarlo al momento del nacimiento y de ahí a una errónea inscripción... sino como

consecuencia de un cambio querido y que voluntariamente modifica los caracteres morfológicos genitales... cuya inscripción no admite el Ordenamiento italiano.

Examinó la Corte italiana uno de los factores que, andando los años, ha sido elemento importante en la defensa del matrimonio entre transexuales o de un transexual con otro de su mismo sexo cromosómico: el problema de la psicosexualidad como elemento que pueda determinar la individualización del sexo. Se dijo que no. El hecho que la «psique» del sujeto se oriente de manera decisiva hacia lo femenino no puede estimarse como argumento determinante del problema, máxime cuando el proceso patológico ha sido favorecido y acentuado por medio de actuaciones médico-quirúrgicas artificiales. El Ordenamiento jurídico una vez que originariamente y de manera cierta establece en el Registro el sexo de una persona, no puede tomar en consideración tales orientaciones.

La evolución de la jurisprudencia de nuestros Jueces y Tribunales ha sido minuciosamente estudiada por LÓPEZ-GALIACHO (op. cit., en las págs. 158 y ss.) y entre otras se hace mención de la del TS de 2 julio 1987 en la que el Supremo aceptó (creo que con error manifiesto) el que se pudiera inscribir como mujer un hombre que había cambiado de sexo, aceptando también la petición del Ministerio Fiscal y siempre sobre los consabidos criterios constitucionales del desarrollo de la personalidad y un concepto del sexo no vulgar (dice) sino social y la sentencia (en Ponencia de LATOUR) ante la imposibilidad de dar una respuesta biológica (que habría sido lo correcto) ya que los cromosomas permanecen inalterables, se ampara en la teoría jurídica de la ficción. Tras la intervención quirúrgica estamos ante una «**ficción de hembra**» —dice el Alto Tribunal— pero el Derecho también tiende su protección a las ficciones... lo que ocurre es que las ficciones a las que alude la citada Sentencia del T.S., las del art. 29 (el concebido

—que es una realidad— se tiene por nacido) y el art. 440 (sobre la posesión de los bienes hereditarios) no creo que fuera muy acertada.

La citada sentencia fue objeto de críticas variadas, tanto a favor como en contra y tanto los fundamentos jurídicos como el fallo contaron con votos particulares contrarios. No puedo entrar en ellos pero recomiendo su lectura. Han seguido otras sentencias como las de 15 julio 1988, 3 marzo 1989, 19 abril 1991 (en ponencia de Santos Briz) que hace hincapié en el **cambio social** del sexo ya que biológicamente no existe cambio posible y, claro está, aunque no se deje de ser varón (o hembra) el desarrollo de la personalidad (art. 10,1 de la CE) ha de permitir ejercitar el derecho a cambiar el nombre de varón por el de hembra. Y añade la sentencia que «... sin que tal modificación en el Registro civil suponga una equiparación absoluta con la del sexo femenino para realizar determinados negocios jurídicos, especialmente contraer matrimonio como tal transexual...» (FJ 3º, e).

No entro en las muchas sentencias de Juzgados y Audiencias con criterios variados, pero fundamentalmente favorables al cambio total y a todos los efectos. Baste, como muestra cuya lectura recomiendo, la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia núm. 51 de los de Madrid de 21 abril 1995. ¿Y qué ha dicho la Dirección General de los Registros? En la mayoría de las Resoluciones o no entra en el fondo y se limita a decir que es cuestión que deben resolver los Jueces o bien llega a aceptar el cambio de nombre (no de sexo) aceptando nombres que suelen usar tanto hombres como mujeres (así Asunción, Trinidad).

En la doctrina hay Autores como LÓPEZ-GALIACHO que defienden que una vez decretada por sentencia la rectificación registral del sexo y modificado, subsiguientemente por el Encargado del Registro civil el asiento referido al acta de nacimiento, entendiendo («**de lege ferenda**») que el transexual debe ser considerado por el Derecho como

¹ Por su interés, me permito trasladar las citadas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, las dos primeras completas y la última algo compendiada para no extralimitarme excesivamente, ya que el lector dispone de las indicadas resoluciones en el Boletín Oficial del Estado.

«RESOLUCIÓN de 8 de enero de 2001, sobre matrimonio de transexual».

El transexual, operado quirúrgicamente y que ha obtenido sentencia judicial de cambio de sexo, puede contraer matrimonio con persona de distinto sexo legal, aunque coincida el sexo biológico.

En el expediente sobre autorización de matrimonio civil remitido a este Centro en trámite de recurso por virtud del estabulado por los promotores contra auto del Juez Encargado del Registro Civil de M.

HECHOS

1. Por escrito presentado en el Registro Civil de M. el 21 de septiembre de 1999 don J.M.F.M., nacido en M. el día 18 de diciembre de 1972, soltero, y doña M.L.P.Z., nacida en M. el día 22 de agosto de 1974, soltera, solicitaron autorización para contraer matrimonio en el Registro Civil de M. Adjuntaban los siguientes documentos: por parte de él, certificado literal de nacimiento en la que figura inscrito como D.F.M., sexo hembra, y por inscripción marginal se rectifica por sentencia de 19 de febrero de 1999 del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de M. haciendo constar que el sexo de la inscrita no es el de hembra sino el de varón y el nombre propio es el de J.M. y no el de D., certificado de estado civil, certificado de empadronamiento y fotocopiado el D.N.I. y, por parte de ella, certificado literal de nacimiento, certificado de empadronamiento, certificado de estado civil y fotocopia del D.N.I.

2. Ratificados los promotores, el Juez

Encargado interesó la remisión del testimonio de la Sentencia dictada con fecha 19 de febrero de 1999, remitida la misma se unió al expediente y el Ministerio Fiscal informó que, si bien la Sentencia de 19 de febrero de 1999 autoriza a la demandante al cambio de sexo y de nombre en el Registro Civil, esas rectificaciones tienen efectos limitados en cuanto a la posibilidad de otorgar ciertos actos o negocios jurídicos como es el matrimonio civil, por lo que no procede la autorización solicitada.

3. El Juez Encargado dictó auto con fecha 23 de diciembre de 1999 denegando la autorización para contraer matrimonio solicitado, por entender que ambos contrayentes son biológicamente de sexo femenino. Argumentando que la situación jurídica del transexual no ha sido contemplada, al menos en el ámbito civil por el legislador español, pero esta laguna se completa con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la cual ha admitido el cambio social de sexo que debe reflejarse en la inscripción de nacimiento en el Registro Civil de la persona interesada, no obstante ya la sentencia de 1987 precisó que la rectificación registral no supone «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». Para el Tribunal Supremo el derecho fundamental del hombre y de la mujer a contraer matrimonio (cfr. art. 32.1 de la Constitución) está limitado a personas de distinto sexo biológico, y aunque ni la sentencia firme de rectificación del Registro ni de la inscripción marginal misma expresan nada sobre la limitación del ius nubendi del inscrito, ello no autoriza a estimar que esa limitación no existe, porque se trata de un cambio de sexo y de nombre que tiene efectos en el ámbito social y que no faculta al interesado, mientras no se decida otra cosa judicialmente, a contraer matrimonio con otra persona de su mismo sexo físico.

4. El auto se notificó al Ministerio Fiscal y a los promotores, estos re-

persona perteneciente al sexo que ahora, tras la rectificación, anuncia el Registro. La rectificación del Registro debe producir todos sus efectos y por lo tanto poderse casar con otra persona de su mismo sexo cromosómico (o biológico) y que el transexual sigue teniendo, pero que socialmente, psicológicamente y en su vida de relación social ya no utiliza. Es ahora un hombre pero «ficción de hembra» o al contrario y así se ha hecho constar en el Registro civil.

En sentido contrario se pueden consultar ALBALADEJO, SERRANO ALONSO, DIEZ-PICAZO, GARCÍA CANTERO y algunos otros. Sin embargo resulta evidente que en la actualidad se está produciendo un cierto giro y ante la resolución judicial favorable al cambio de sexo y a la admisibilidad de su nueva datación en el Registro Civil, se pasa a permitir que se case con persona de sexo registral distinto. No se trata de un simple cambio de nombre, sino que se reconoce el derecho al matrimonio del transexual como consecuencia de su nuevo sexo registralmente aceptado. Y la bibliografía es abundante (véase LÓPEZ-GALIACHO, op. cit., en la págs. 342-343 y en nota 157).

No parece sino que la Dirección General de los Registros haya tenido en cuenta la opinión del Prof. LÓPEZ-GALIACHO y en cuestión de días ha resuelto que el transexual, operado quirúrgicamente y que ha obtenido sentencia judicial de cambio de sexo, puede contraer matrimonio con persona de distinto sexo legal, aunque coincida el sexo biológico. Así en dos Resoluciones de 8 enero 2001 y en una tercera de 31 enero 2001¹.

Creo que la posición que ahora adopta la Dirección General de los Registros no es acertada, por vulnerar, a mi juicio, la norma constitucional que ya he indicado (art. 32.1) y lo dispuesto por el art. 44 del C.c., así como la anterior y reiterada jurisprudencia del TS y del propio Centro. Claro que se puede afirmar que en ningún sitio se dice que el Supremo o la Dirección General no pue-

currieron ante la Dirección General de los Registros y del Notario alegando que, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1989, que para clasificar a un individuo en un género sexual no tiene que ser el factor cromosómico el que predomine sino que se tiene que dar mayor fuerza al psicológico que es el que determina el comportamiento caracterial y social del individuo ya que es el que determina su diferencia esencial con las especies de grado inferior, por lo que no es lógico que se deniegue, al promotor el contraer matrimonio amparando dicha negativa en el factor biológico. Por otro lado para contraer matrimonio se requiere consentimiento matrimonial, artículo 73.1 y 45.1 C.c. en el que cada contrayente ha tenido en cuenta el sexo distinto del otro pero no puede entenderse que sólo se refiera al sexo biológico del otro, distinto sería que una persona pudiera contraer matrimonio con un transexual sin conocer dicha condición, lo que no se da en el presente caso. Una de las bases del matrimonio es la familia pero ésta no puede circunscribirse a la unión para la procreación porque entonces aquellas parejas heterosexuales que por esterilidad de alguno de sus miembros no pudieran tener hijo no constituirían núcleos familiares.

5. En la tramitación del recurso el Ministerio Fiscal interesó la confirmación del auto apelado por sus propios fundamentos. El Juez Encargado elevó el expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO
I. Vistos los artículos 1, 3, 6, 44, 45, 58, 66, 67, 73 y 74 del Código civil; 245 y 247 del Reglamento del Registro Civil; las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1987, 15 de julio de 1988, 3 de marzo de 1989 y 19 de abril de 1991, y las Resoluciones de 21 de enero de 1988 y 2 de octubre de 1991.

II. La cuestión que se plantea en este recurso es la de si pueden contraer matrimonio entre sí una mujer y un transexual femenino puro, el cual, para adecuar su sexo biológico y

anatómico a su comportamiento sexual psíquico y social, ha sufrido una intervención quirúrgica de cirugía transexual y a continuación ha obtenido una sentencia firme dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de M., por la cual se modifica su inscripción de nacimiento para hacer constar su sexo masculino en lugar del femenino que figuraba en el asiento.

III. La situación jurídica del transexual sigue sin estar contemplada, al menos en el ámbito civil, por el legislador español, si bien esta laguna está resuelta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la cual en las sentencias citadas en los vistos admitió la constancia en el Registro Civil de un sexo distinto por consideraciones de tipo psíquico y social y en consonancia con el principio de libre desarrollo de la personalidad recogido en el artículo 10.1 de la Constitución.

IV. Es cierto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha mostrado contraria a reconocer al transexual aptitud para contraer matrimonio, apuntando que la diferencia biológica de sexos es esencial y que en otro caso el matrimonio sería nulo por ausencia de consentimiento matrimonial (cfr. arts. 45 y 73-1º C.c.). Ahora bien, estas afirmaciones jurisprudenciales no constituyen la ratio decidendi de los respectivos fallos en los que se ordena la rectificación en el Registro Civil del dato sobre el sexo y, lo que es más importante, en la Sentencia de 3 de marzo de 1989 se deja a salvo que

la extensión de los efectos a producir por los cambios de sexo judicialmente acordados pueda ser precisada por los órganos jurisdiccionales, bien en ejecución de sentencia, bien en otra litis diferente. Se deja, pues, abierta la puerta para que una decisión judicial declare la capacidad del transexual para contraer matrimonio, como han señalado por cierto, las Resoluciones de este Centro Directivo que han tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión.

V. Siendo esto así y si, como se ha apuntado, la sentencia de cambio de sexo no contiene en el supuesto una

declaración sobre la falta de capacidad matrimonial, no hay realmente obstáculos legales que impidan al transexual contraer matrimonio con persona perteneciente en realidad a otro sexo, aunque coincidan los sexos biológicos invariables de ambos contrayentes. Desde el momento que una sentencia judicial firme ha ordenado sin limitaciones el cambio de sexo, hay que estimar que este cambio se ha producido a todos los efectos. Si el principio constitucional de desarrollo de la personalidad del artículo 10-1 de la Constitución justifica, tras el síndrome transexual, la correspondiente operación quirúrgica y el tratamiento médico oportuno, el cambio de sexo judicialmente declarado, sería dejar las cosas a medio camino, creando una situación ambigua al modo del reconocimiento de un tercer sexo, si no se entendiera que ese cambio de sexo habría de ser efectivo en todos los ámbitos.

VI. No puede defenderse que el matrimonio entre una mujer y un transexual que ha pasado a ser varón sea, por este motivo, nulo por ausencia de consentimiento matrimonial. Si el cambio de sexo se ha producido, los sexos de ambos contrayentes son distintos y cada uno de ellos, al prestar el consentimiento, ha tenido en cuenta el diferente sexo del otro. Por lo demás, si ese matrimonio pudiera ser declarado nulo por error en las cualidades personales esenciales del otro contrayente (cfr. art. 73-4º C.c.), no ocurre así en este caso en el que la mujer conoce el proceso sexual de la otra parte, aparte de que la nulidad por error sólo puede ser invocada por el cónyuge que hubiera sufrido el vicio (cfr. art. 76 C.c.).

VII. No debe olvidarse, por último, que la solución de permitir al transexual contraer matrimonio con persona de su mismo sexo biológico es la generalizada en Derecho com-

rado; tiene claro apoyo en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950, y es una posibilidad que se está admitiendo en la práctica registral.

Esta Dirección General ha acordado, de conformidad con la propuesta reglamentaria, estimar el recurso y declarar que no hay obstáculos para que el Juez Encargado autorice el matrimonio.»

«RESOLUCIÓN de 8 de enero de 2001, sobre matrimonio de transexual.

El transexual, operado quirúrgicamente y que ha obtenido sentencia judicial de cambio de sexo, puede contraer matrimonio con persona de distinto sexo legal, aunque cotizada el sexo biológico.

En el expediente sobre autorización de matrimonio civil remitido a este Centro en trámite de recurso por virtud del entablado por el Ministerio Fiscal contra auto del Juez Encargado del Registro Civil de M.

HECHOS

1. Por escrito presentado en el Registro Civil de M. el 19 de noviembre de 1999 don R.L., nacido en B.K. (Marruecos) el día 25 de abril de 1975, soltero, marroquí y doña A.G.L., nacida en B., el día 4 de enero de 1967, soltera, española, solicitaron autorización para contraer matrimonio civil. Adjuntaron los siguientes documentos: por parte de él, certificado de nacimiento, certificado de residencia, certificado de estado civil, fotocopia del pasaporte y de la carta de identidad, todos los documentos expedidos por autoridad marroquí, y, por parte de ella, certificación literal de nacimiento en la que figura inscrita como A.G.L. sexo varón, y por inscripción marginal se rectifica por Sentencia de 28 de mayo de 1999 del Juzgado de Primera Instancia nº. 35 de M., haciendo constar que el sexo del inscrito

no es el de varón sino el de mujer, y el nombre propio es el de A. y no el de An., certificado de estado civil, certificado de empadronamiento, y fotocopia del D.N.I., y de la Sentencia de 28 de mayo de 1999.

2. Ratificados los promotores, a don R.L. se le informó que el otro contrayente en su día fue del sexo masculino y se llamaba An., a lo que el Sr. L. manifestó que conoce perfectamente los anteriores extremos y expresa su voluntad de contraer matrimonio con la actual A., siendo consciente de las limitaciones que del matrimonio pudieran derivarse. A continuación compareció A.G.L., quien manifestó que había informado al otro contrayente de su transformación de sexo y que ha convivido con ella y conoce perfectamente tal circunstancia, incluso en sus extremos físicos, expresando su voluntad de contraer matrimonio conociendo los derechos y deberes que la institución conlleva. Se realizó la prueba testifical en la que dos testigos afirmaron que los contrayentes no están vinculados por matrimonio alguno y cumplen todos los requisitos para contraer el matrimonio entre sí. El Ministerio Fiscal se opuso a lo solicitado, aunque la situación jurídica del transexual no está contemplada con claridad en la legislación española, se suple con la jurisdicción del Tribunal Supremo que admite que los cambios reconocidos tengan reflejo en el Registro Civil justificando en la inscripción de nacimiento el sexo y el nombre, sin embargo tanto el Tribunal Supremo como la Dirección General de los Registros y del Notariado, advierten que tal reconocimiento no da justificación legal al matrimonio entre varón y transexual, pues el Derecho Fundamental del hombre y la mujer a contraer matrimonio (art. 32.1 C.E.) queda limitado a personas de distinto sexo biológico, por lo que la rectificación registral no implica una equiparación total y absoluta con la del sexo femenino para realizar determinados actos o negocios jurídicos, toda vez que cada uno de ellos exige la plena capacidad y aptitud en cada supuesto (Sentencia Tribunal

Supremo 2 de julio de 1987).

3. El Juez Encargado dictó auto con fecha 10 de enero de 2000 autorizando la celebración del matrimonio civil entre don R.L. y doña A.G.L., argumentando que en estatuto del transexual existe un vacío jurídico siendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo la que llena ese vacío haciendo una interpretación muy avanzada del artículo 10 de la C.E., en beneficio del desarrollo de la transexualidad, aunque existen dos problemas, uno es que no se define cual es la capacidad de estas personas, sino que lo derivan a la fase de ejecución de la Sentencia o a un declarativo posterior; otro es, que se niega la posibilidad de matrimonio en estos casos lo que en vez de contribuir a desarrollar la personalidad lo que produce es el efecto contrario, porque les crea una inseguridad jurídica ya que no se les permite contraer matrimonio con nadie y todo ello va en contra de lo establecido en los artículos 9, 14 y 32 de la Constitución, por lo que no se puede denegar a un transexual al que judicialmente se le ha declarado de sexo femenino, y se le considera mujer, ya que no existe en nuestro ordenamiento jurídico nada que prohíba el matrimonio, incluso la falta de procreación no tendría demasiada trascendencia ya que el C.e. no circunscribe el matrimonio estrictamente al sexo biológico y la procreación no es la finalidad esencial del matrimonio sino uno de los fines subjetivos del mismo.

4. El auto fue notificado a los promotores y al Ministerio Fiscal, éste presentó recurso ante la dirección General de los Registros y del Notariado alegando que ante la falta de legislación sobre el tema hay que acudir a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la cual si bien admite el cambio de sexo niega una total equiparación del transexual, así-diversas Sentencias de los años 1987, 1988 y 1989 admiten el cambio de sexo pero niegan la equiparación total con la mujer, admitiendo que el varón operado transexualmente no pasa a ser hembra, sino que ha de ser tenido por tal, observando que la

última frase «ser tenido por tal» constituye precisamente el efecto que le otorga al transexual el hecho de poder ser inscrito como mujer en el Registro Civil; dichas Sentencias confieren al transexual el 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 poder realizar determinados actos o negocios jurídicos toda vez que cada uno de éstos exigiría la plena capacidad y aptitud en cada supuesto, así la Sentencia de 15 de julio de 1988 prevé que la rectificación de sexo no surte efectos respecto de futuros matrimonios «porque en la actualidad y por virtud de lo dispuesto en el artículo 73.4 C.c., tales matrimonios serían nulos», y la Sentencia de 19 de abril de 1991, más explícita, recoge una declaración sobre la limitación del transexual para acceder al *tus conubi* con persona de su mismo sexo originario, ya que a juicio del Tribunal no puede sobrepasarse el Principio Constitucional del derecho al libre al libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 10.1 De la interposición del recurso se notificó a los promotores. El Juez Encargado remitió el expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado para su resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO
I. Vistos los artículos 1, 3, 6, 44, 45, 58, 66, 67, 73 y 74 del Código Civil; 245 y 247 del Reglamento del Registro Civil; las Sentencias del Tribunal supremo de Derechos Humanos de 27 de septiembre de 1990 y de 25 de marzo de 1992; las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1987, 15 de julio de 1988, 3 de marzo de 1989 y 19 de abril de 1991 y las Resoluciones de 21 de enero de 1988, 2 de octubre de 1991.

II. La cuestión que se plantea en este recurso es la de si pueden contraer matrimonio entre sí un varón y un transexual masculino puro, el cual, para adecuar su sexo biológico y anatómico a su comportamiento sexual psíquico y social, ha sufrido

una intervención quirúrgica de cirugía transexual y a continuación ha obtenido una sentencia firme dictada por un Juez de Primera Instancia, por la cual se modifica su inscripción de nacimiento para hacer constar su sexo femenino en lugar del masculino que figuraba en el asiento.

III. La situación jurídica del transexual sigue sin estar contemplada, al menos en el ámbito civil, por el legislador español, si bien esta laguna está resuelta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la cual en las sentencias citadas en los vistos admitió la constancia en el Registro Civil de un sexo distinto por consideraciones de tipo psíquico y social y en consonancia con el principio de libre desarrollo de la personalidad recogido en el artículo 10.1 de la Constitución.

IV. Es cierto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha mostrado contraria a reconocer al transexual aptitud para contraer matrimonio, apuntando que la diferencia biológica de sexos es esencial y que en otro caso el matrimonio sería nulo por ausencia de consentimiento matrimonial (cfr. arts. 45 y 73-1º C.c.). Ahora bien, estas afirmaciones jurisprudenciales no constituyen la *ratio decidendi* de los respectivos fallos en los que se ordena la rectificación en el Registro Civil del dato sobre el sexo y, lo que es más importante, en la Sentencia de 3 de marzo de 1989 se deja a salvo que la extensión de los efectos a producir por los cambios de sexo judicialmente acordados pueda ser precisada por los órganos jurisdiccionales, bien en ejecución de sentencia, bien en otra litis diferente. Se deja, pues, abierta la puerta para que una decisión judicial declare la capacidad del transexual para contraer matrimonio, como han señalado por cierto, las Resoluciones de este Centro Directivo que han tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión.

V. Siendo esto así y si, como se ha apuntado, la sentencia de cambio de sexo no contiene en el supuesto una declaración sobre la falta de capacidad matrimonial, no hay realmen-

te obstáculos legales que impidan al transexual contraer matrimonio con persona perteneciente en realidad a otro sexo, aunque coincidan los sexos biológicos invariables de ambos contrayentes. Desde el momento que una Sentencia judicial firme ha ordenado sin limitaciones el cambio de sexo, hay que estimar que este cambio se ha producido a todos los efectos. Si el principio constitucional de desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 de la Constitución justifica, tras el síndrome transexual, la correspondiente operación quirúrgica y el tratamiento médico oportuno, el cambio de sexo judicialmente declarado, sería dejar las cosas a medio camino, creando una situación ambigua del modo del reconocimiento de un tercer sexo, si no se entendiera que ese cambio de sexo habría de ser efectivo en todos los ámbitos.

VI. No puede defenderse que el matrimonio entre un varón y un transexual que ha pasado a ser mujer sea, por este solo motivo, nulo por ausencia de consentimiento matrimonial. Si el cambio de sexo se ha producido, los sexos de ambos contrayentes son distintos y cada uno de ellos, al prestar el consentimiento, ha tenido en cuenta el diferente sexo del otro. Por lo demás, si ese matrimonio pudiera ser declarado nulo por error en las cualidades personales esenciales del otro contrayente (cfr. art. 73.4º C.c.), no ocurre así en este caso en el que el varón conoce el proceso sexual de la otra parte, aparte de que la nulidad por error sólo puede ser invocada por el cónyuge que hubiera sufrido el vicio (cfr. art. 76 C.c.).

VII. No debe olvidarse, por último, que la solución de permitir al transexual contraer matrimonio con persona de su mismo sexo biológico es la generalizada en Derecho comparado; tiene claro apoyo en el Convenio europeo para la protec-

ción de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950, y es una posibilidad que se está admitiendo en la práctica registral.

Esta Dirección General ha acordado, de conformidad con la propuesta reglamentaria, desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.»

La última Resolución de la Dirección General es la de fecha 31 de enero 2001 e igualmente autoriza la celebración del matrimonio de un transexual con una persona de su mismo sexo cromosómico o biológico, que tras la intervención quirúrgica y las actuaciones judiciales oportunas obtuvo sentencia firme que ordenaba la rectificación del Registro civil, tanto de su nombre como del anterior sexo. De hombre —registralmente hablando— se pasa a ser mujer.

Esta Resolución, al igual que las anteriores, se apartan de la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo que había negado tal posibilidad (sentencias de 2 julio 1987, 15 julio 1988, 3 marzo 1989, 19 abril 1991) e incluso del criterio de la propia Dirección General en Resolución de 21 de enero de 1988 y 2 de octubre de 1991. En todas estas resoluciones judiciales (que ya he advertido fueron muy criticadas en un sentido y en otro, la verdad es que la idea central era que el matrimonio solo se puede celebrar entre personas de sexo diferente, pero de **sexo biológico**, no de un sexo social o psíquico. Ahora, por el contrario, el cambio voluntario de sexo (seguramente llevados los interesados por patologías psico-somáticas) al determinar el cambio de identidad registral, conlleva necesariamente el no limitar el «ius connubii», o al menos así se deduce del FJ 5°. Y es que según el Centro Directivo «Desde el momento en que una sentencia judicial firme ha ordenado sin limitaciones el cambio de sexo, hay que

dan cambiar de criterio y que incluso es acertado, en ocasiones; y cabe, también, afirmar que las anteriores resoluciones no fueron del todo convincentes, o que lo que se afirmó fue «**ob iter dicta**» y no como «**ratio dicendi**» y todo lo que se quiera. El Derecho es el mundo de la interpretación y el Juez es (¿?) «la boca de la Ley» y que la falta de facultades procreativas no se exigen ya en el Código civil, de donde se puede deducir que el C.c. no circunscribe el matrimonio o no lo liga al sexo biológico, etc.

La solución jurisprudencial española ofrece aspectos muy frágiles que analiza VERDA minuciosamente y con los que estoy totalmente de acuerdo, desde el flojo recurso de acudir a la teoría de la ficción de hembra (o de varón) que —como dice este Autor— si de verdad hay cambio real de sexo ¿para qué acudir a la «**factio iuris**»?; hasta la crítica que se hace al pretendido derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad en nuestra Constitución, que más bien es un principio constitucional que carece de fuerza expansiva en orden a la creación de derechos subjetivos no reconocidos expresamente en la ley. Igualmente comparto con la doctrina anterior el que el transexual se vea obligado a llevar un nombre que no corresponde con su morfología sobrevenida tras la intervención y el correspondiente tratamiento hormonal, porque eso si ataca frontalmente su derecho a la intimidad. Pero la cuestión se centra en lo siguiente: una vez que la sentencia judicial firme falla (en el sentido no de fallo como error; sino en el de sentencia definitiva) que el transexual puede obtener la rectificación registral ¿tal sentencia permite el matrimonio sin más? Yo creo que no.

En varias sentencias de Audiencias Provinciales (así las de la AP de Barcelona de 11 febrero 1994, la de la AP de Lérida de 21 septiembre 1999 o la de la AP de Málaga de 10 enero 2000) se plantea el problema. En la primera no se admite el contraer matrimonio. En la de Lérida se dice que la rectificación de la mención registral de sexo y cambio

de nombre se lleva a cabo «sin más limitaciones que las impuestas por la Ley» según la sentencia de la primera instancia y la Audiencia llega a otro criterio, admitiendo que puede casarse y dice:

«Efectivamente no debe confundirse el que dos hombres no puedan contraer matrimonio o no puedan hacerlo dos mujeres (al menos en España), lo que por otro lado no impide a estas mismas personas contraer matrimonio con otra de sexo distinto, de un caso de alguien que por ser transexual tiene ya prohibido su derecho constitucional a contraer matrimonio. No es tampoco justificación el que el fin último de la institución del matrimonio sea la familia, entendiéndose que ello incluye la «procreación», ya que sería tanto como decir que las parejas heterosexuales que no pueden procrear no pueden realizar el fin del matrimonio o al menos uno de ellos».

Las citadas resoluciones del Centro Directivo pueden ser objeto de críticas en uno y otro sentido. La última —la de 31 enero 2001— cuenta ya con un interesante comentario de VERDA y BEAMONTE en «Actualidad Jurídica Aranzadi», de 17 mayo 2001, núm. 486 mostrándose en total desacuerdo con la doctrina sentada y que es la misma que en las anteriores resoluciones, pues se aparta de la anterior jurisprudencia del Supremo y del propio Centro Directivo (yo creo que no es el argumento más sólido); que parte del presupuesto de que la capacidad nupcial depende de lo que diga la sentencia judicial al ordenar el cambio de sexo (esto si tiene su importancia porque puede que los Jueces opinen de diferente manera ante los casos que enjuician, lo que puede ser fuente de enorme inseguridad); porque el sexo real que es el cromosómico es inalterable, so pena de pretender un concepto diferente y hablar del sexo social o psicológico y desde luego si se opta por el sexo biológico es evidente que no cabe casarse con persona del mismo sexo, aunque sus órganos genitales y anatomo-

mía hayan cambiado. Para permitir el matrimonio es necesario probar que con la intervención quirúrgica han cambiado los cromosomas, lo que parece que la Ciencia no acepta, por tratarse no de una opinión, sino de un hecho. En este caso admitir el matrimonio entre personas del mismo sexo puede ser «una salida jurídica», digo yo, o razones de piedad, o de otra índole, pero nada más².

Ya vemos por donde van «dos tiros» de nuestros Jueces, si bien el Supremo en sus sentencias no dice que se puedan casar ni los homosexuales entre sí ni un transexual con otra persona de su mismo sexo cromosómico y no se puede hacer decir al Supremo lo que no dice. Para el Supremo eso es celebrar matrimonio entre personas del mismo sexo lo que constitucionalmente no es admisible.

Pero las nuevas formas de convivencia alternativas al matrimonio es una realidad social nueva, fuerte y difusa. En España asistimos a ese fenómeno con Leyes autonómicas (o autosuvas) y con Proyectos de Ley variados de modificación del art. 32 de la Constitución y del art. 44 del Código civil³ o Proposición de Ley relativa a la celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo⁴ o Proposición de Ley sobre el derecho a la identidad sexual⁵. Y desde luego uno de los derechos del transexual es contraer matrimonio, pues firme la sentencia judicial gozará de todos los derechos inherentes a su nuevo sexo legal. En efecto, pienso yo, a su sexo legal, porque el real sigue siendo el que tenía desde que nació. Pero no cabe ir contra corriente o al menos resulta difícil. Los legisladores han tomado «partido» ante estos nuevos intereses y nuevas formas de convivencia que conllevará reformas profundas y creo que traumáticas en el régimen patrimonial, derechos sucesorios, acceso a la adopción, fecundación asistida y en tantos otros aspectos de la familia actual. Del ¿por qué casarse? estamos pasando a casarse todos, sea cual sea su sexo en una sociedad que al ir quebrando el modelo tradicional y único de familia,

los modelos alternativos piden protección en nombre de la libertad y de la igualdad y vencido (o casi) el dogma del matrimonio heterosexual, se irá haciendo problemático atender a unos modelos y no a otros, como la bigamia, la poliandria o la poligamia ¿por qué no?.

4

El fenómeno de los que quieren vivir juntos sin casarse lleva años montando sus reivindicaciones y da la sensación «por el ruido» que es algo cada día más generalizado y que en España viven juntas el 80 por ciento de las parejas y el resto se casan conforme a las normas establecidas constitucionalmente y desarrolladas en el Código Civil y en la Ley de Registro Civil, cuando la realidad es precisamente todo lo contrario. Claro está que sería suficiente que en España hubiera una sola pareja que no quiera casarse conforme a la legalidad vigente y vivir juntos, sin más, para que el Estado respete esa decisión. Al «ruido», al agitación y a la confusión de la cuestión ayudan y mucho el «guirigay» de los Parlamentos Autonómicos, señores feudales que se saltan «a la torera» las competencias civiles exclusivas del Estado español en materia de matrimonio (art. 149,1.8º de la Constitución española), sin olvidar que también al Parlamento de la Nación española corresponde velar por la igualdad de todos los españoles y por su dignidad y yo —ni nadie en su sano juicio— puede decir que al elegir cada uno la forma que quiera de vivir juntos, sin igualar ambas situaciones, se ataca la dignidad de nadie. La Justicia, se ha dicho ya cientos de veces, consiste en dar el mismo trato a los iguales. (Autos del T.C. de 24 junio y 11 febrero 1987).

Pero más allá de la realidad de estas uniones de hecho, el punto central del problema está, a mi modesto juicio, en valorar los principios que pueden justificar a la familia de hecho. Se trataría de averiguar dónde está la razón o las razones para que la Ley venga a legitimar precisamente a quienes, por principio, no quieren saber nada de la Ley,

estimar que ese cambio de sexo judicialmente declarado, sería dejar las cosas a medio camino, creando una situación ambigua al modo del reconocimiento de un tercer sexo, si no se entendiera que ese cambio de sexo habría de ser efectivo en todos los ámbitos».

² Cfr. el comentario a la Resolución de 31 enero 2001 de VERDA y BEAMONTE, en Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 486, de 17 de mayo 2001 y el examen que se hace de la jurisprudencia sobre el particular.

³ Cfr. la Proposición de Ley de modificación del C.c. en materia de matrimonio, presentado el día 5 de abril 2001 por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida, en Boletín Oficial de las Cortes Generales (VII Legislatura), núm. 132-I, 122/000117, con una amplia Exposición de Motivos y modificación del art. 44 del C.c., art. 66 y 67, una Disposición derogatoria y otra final. La Proposición presentada el 18 de abril de 2001 por el Grupo Parlamentario Socialista, núm. 135-I, 122/000119, con reforma de los arts. 44, 66 y 67 del C.c. y Proposición del Grupo Parlamentario Mixto, de 19 de abril de 2001, BO de las Cortes Generales, núm. 138-I, 122/000122 con la propuesta de iguales preceptos del C.c., sobre «como siempre» el art. 32 de la CE, la evolución social y las pretensiones de los colectivos «gays» y «lesbianas» del Estado español (será España, digo yo!) que llevan años luchando por el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo y su equiparación con las parejas heterosexuales.

⁴ En este sentido la Proposición de Ley relativa a la celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo, presentada por el Grupo Par-

lamentario Mixto, el 18 abril 2001, en BO de las Cortes Generales, núm. 137-I, VII Legislatura, 27 abril 2001. Se pide la modificación de los arts. 44, 46, 66, 67 del C.c.

³ En el Senado se encuentra la proposición de Ley sobre el derecho a la identidad sexual (124/1), núm. 8 (a), 622/6, presentado por el Grupo Parlamentario Socialista. Es de gran interés y no es posible entrar a estudiar su contenido. Pero desde luego pide la posibilidad de matrimonio de los transexuales.

¿Qué es la unión de hecho? ¿Qué es o en qué consisten las parejas que quieren vivir juntas sin querer casarse? Yo creo que no es posible, o por lo menos no es fácil, dar un concepto «a priori», pues el fenómeno sólo se puede calificar o entrever «a posteriori», una vez que has observado los hechos en los que se basa y en qué consiste.

La denominación «uniones o parejas de hecho» responde a lo que hasta hace unas décadas las Leyes llamaban concubinatio y que ahora no parece bien llamarlo así y acudimos al eufemismo ya que se piensa que llamar a las cosas por su nombre también ofende a la dignidad de la persona y por eso al político que mete las manos «en la Caja pública» no le podemos llamar ladrón, sino alguien que sin querer ha distraído algo o que las ganancias provengan del «cuponazo» o de la ferretería del pariente. Son los tiempos. Las parejas de hecho—sean hetero o incluso homosexuales—suponen una relación relativamente duradera, ni meramente ocasional (como es una aventura) ni con visos de total estabilidad, pues ningún vínculo jurídico ni estado civil liga a esas personas, pero que quieren vivir juntas como o si estuvieran casadas, es más, con todos los derechos (¿qué va a pasar con las obligaciones?) de quienes se casan. Un sí, pero un no.

No estar casados porque no quieren saber nada de la Ley, pero aparecer como si lo estuvieran. No querer quedar sujetos a las muchas obligaciones que impone el matrimonio civil—único que reconoce el Código civil español—pero sí a todos los derechos de los que sí se casan, plantean enormes problemas, porque es evidente que no se trata de una aventura, de una unión precaria (a veces tan precaria como el matrimonio mismo), pero desde luego no es el matrimonio que nace, al menos así lo dice la Ley, como proyecto de vida en común, duradero, sin condición, término o modo puestos al consentimiento de casarse. Porque los que viven unidos, sin más, se pueden ir cada uno por su lado (no sin problemas, por cierto) y los

que después de casados quieren poner término a su matrimonio deben pasar por los cauces, cada vez más fáciles y sencillos, que establece la Ley.

Comprendo que a los que viven un «romance» ni les pase por la cabeza que las leyes entren en su vida íntima. Pero los que viven como casados y así se presentan en sociedad y así quieren vivir, pero sin casarse, sin cumplir con las normas establecidas con pretextos sin mayor solidez es «un sí, pero un no», un «quiero, pero no quiero». El matrimonio es una institución jurídica—que sin entrar en consideraciones religiosas ni morales, pues por supuesto que para los católicos es un sacramento—como la compraventa o la donación, pongo por caso, y aunque en ambos supuestos se transmite la propiedad no son iguales y en cada ocasión, según se actúe, así se regulará por la Ley. En resumen: los que quieren vivir juntos sin casarse piden al Gobierno que su elección subjetiva y privada sea lo mudable y corta que ellos quieran, que no haya constancia oficial en el Registro Civil (de competencia exclusiva del Estado español), pero que tenga el reconocimiento público y todos los derechos que el Ordenamiento jurídico concede al matrimonio. Es demasiado, creo, pues por una parte rechazan con todas sus fuerzas que el Derecho entre en sus vidas y lo estiman como una invasión ilegítima y no constitucional que limita su libertad individual y los diferencia. Pero de otra parte exigen al Gobierno que su unión—sea entre personas de sexo diferente o del mismo sexo—tenga relevancia jurídica y piden la protección del Estado y de sus Leyes; piden eso mismo que rechazan.

Son tiempos en los que se exalta la ambigüedad y la confusión, frente a la claridad que debe presidir la regulación jurídica de las instituciones. Se trata, por todos los medios, de inculcar en la sociedad que la Ley sofoca y limita la libertad individual ¿y si es así por qué pide usted que esa misma Ley le equipare en su elección libre y soberana con los que acatan las normas establecidas? Yo vivo como quiero, pero al mismo

tiempo pido—exijo—que mi elección al margen del Ordenamiento jurídico sea tutelada públicamente en todos sus aspectos y ámbitos. Parece excesivo. En determinadas parcelas del Estado del bienestar, de acuerdo. En todo no estoy de acuerdo. Y no lo estoy, no por intolerancia, sino por formación jurídica, ya que la total equiparación de ambas formas de vivir o la admisión del matrimonio entre homosexuales y no digamos la adopción por estos «como pareja», supone el rechazo de la Ley, del Derecho y dar por bueno que la Ley debe ser esclava de la voluntad individual, señal de una antropología individualista que se niega a reconocer el orden objetivo de la naturaleza y exalta la voluntad arbitraria en lo contingente, de donde han nacido dos corrientes de pensamiento: el liberalismo jurídico y el liberacionismo.

No cabe aceptar los planteamientos ni del liberalismo jurídico ni las tesis liberacionistas, en cuyo análisis no puedo entrar. Y ello porque no se puede sensatamente dar por bueno que el legislador ha de aceptar todas las alternativas posibles porque el individuo ha de ser más libre cada día, ni rechazar la intervención de la Ley que se pospone a la total privacidad de las decisiones individuales. Para estas corrientes de pensamiento—cada una con sus matices—el matrimonio es un asunto privado, pero buscan y quieren su regulación (todas, digo yo, las que el Código civil establece, en lo bueno y en lo malo, en lo benéfico y en lo restrictivo) y de ser así habría que reformar todo el entramado jurídico de la familia en el Código civil, lo que es tarea difícil, no deseable, no conveniente.

Renunciando al Derecho en nombre de la libertad o usando la libertad para excesivamente potenciar lo individual, lo que se hace es colocar a la voluntad individual por encima de la Ley, pues

no cabe hablar de libertades absolutas en un Estado democrático. Incluso esa pretendida parificación del matrimonio con las uniones de hecho sean hetero o bien homosexuales, pueden vulnerar la libertad que se pretender exaltar, pues muchos de los que viven unidos no desean que se les regule su unión. Los que así viven y rechazan que la regulación matrimonial entre en sus vidas y sin querer casarse piden al Parlamento que les regulen y los iguales con los que se casan, piden—creo yo—el respeto a la voluntad de no manifestar su voluntad. Algo perplejo. Cualquier solución debe pensarse seriamente sin concesiones políticas. Lo que haga el Parlamento de la Nación española es fundamental y una de dos: o se acepta el Derecho como servidor formal de la voluntad individual, más o menos arbitraria, o el Derecho como tutela objetiva de las relaciones interpersonales de un hombre y una mujer. El Parlamento no puede equiparar ambas situaciones o formaciones sociales, pues matrimonio y uniones de hecho son diferentes, no están en el mismo plano. Sólo el matrimonio tiene un significado intrínsecamente jurídico, en tanto que las uniones de hecho solo tienen un valor extrínseco y neutro; una manifestación indiferente de la autonomía de la pareja que decide cohabitar, pero que desde luego exige una regulación contractual que coloque a cada cosa en su sitio. Dar a cada uno lo que es suyo es uno de los tres preceptos de toda Justicia desde que los manifestara Ulpiano hace 20 siglos.

En todo caso pienso, sinceramente, como aquél parlamentario inglés que dijo a la Cámara: «No estoy de acuerdo con lo que se ha dicho aquí, pero daría mi vida porque se pueda siempre decir lo que se piensa» (o algo así) y por lo tanto desde la diferencia cabe, en cierto modo, el entendimiento. Eso es la libertad, algo que como dijo PAULO es «un don inestimable».