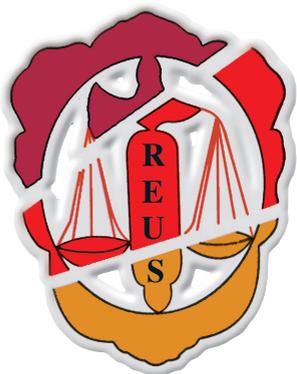


**Colección JURÍDICA GENERAL**



# Transexualidad y tutela civil de la persona

**ISABEL ESPÍN ALBA**  
Titular de Derecho Civil

**Monografías**



# COLECCIÓN JURÍDICA GENERAL

## TÍTULOS PUBLICADOS

- El incumplimiento no esencial de la obligación**, *Susana Navas Navarro* (2004).
- Derecho nobiliario**, *Carlos Rogel Vide (Coord.)* (2005).
- La liberalización del ferrocarril en España. Una aproximación a la Ley 39/2003, del Sector Ferroviario**, *José Antonio Magdalena Anda (Coord.)* (2005).
- Derecho agrario**, *Carlos Vattier Fuenzalida e Isabel Espín Alba* (2005).
- Matrimonio homosexual y adopción. Perspectiva nacional e internacional**, *Susana Navas Navarro (Directora)* (2006).
- Democracia y derechos humanos en Europa y en América**, *Amaya Úbeda de Torres* (2006).
- Derecho de obligaciones y contratos**, *Carlos Rogel Vide* (2007).
- Comentarios breves a la Ley de arbitraje**, *Ernesto Díaz-Bastien (Coord.)* (2007).
- La figura del Abogado General en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas**, *Rosario León Jiménez* (2007).
- Estudios de Derecho Civil**, *Carlos Rogel Vide* (2008).
- Código civil concordado con la legislación de las Comunidades Autónomas de Galicia, País Vasco, Navarra, Aragón, Cataluña y Baleares**, *Carlos Rogel Vide (Coord.)* (2008).
- Los créditos contra la masa en el concurso de acreedores**, *Miguel Navarro Castro* (2008).
- De los derechos de la nieve al derecho de la nieve. Tres estudios jurídicos relacionados con la práctica del esquí**, *Ignacio Arroyo Martínez* (2008).
- Deporte y derecho administrativo sancionador**, *Javier Rodríguez Ten* (2008).
- La interpretación del testamento**, *Antoni Vaquer Aloy* (2008).
- Derecho de la persona**, *Carlos Rogel Vide e Isabel Espín Alba* (2008).
- Derecho de cosas**, *Carlos Rogel Vide* (2008).
- Historia del Derecho**, *José Sánchez-Arcilla Bernal* (2008).
- Código civil concordado con la legislación de las Comunidades Autónomas de Andalucía, Asturias, Canarias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla-León, Ceuta y Melilla, Extremadura, La Rioja, Madrid, Murcia y Valencia**, *Carlos Rogel Vide (Coord.)* (2008).
- Marco jurídico y social de las personas mayores y de las personas con discapacidad**, *M<sup>a</sup> Dolores Díaz Palarea y Dulce M<sup>a</sup> Santana Vega (Coords.)* (2008).
- Transexualidad y tutela civil de la persona**, *Isabel Espín Alba* (2008).

COLECCIÓN JURÍDICA GENERAL  
*Monografías*

Director: CARLOS ROGEL VIDE

Catedrático de Derecho Civil  
Universidad Complutense de Madrid

---

# TRANSEXUALIDAD Y TUTELA CIVIL DE LA PERSONA

Isabel Espín Alba

*Titular de Derecho Civil*

*Universidad de Santiago de Compostela*



Madrid, 2008

© Editorial Reus, S. A.  
Preciados, 23 - 28013 Madrid  
Tfno: (34) 91 521 36 19 - (34) 91 522 30 54  
Fax: (34) 91 531 24 08  
E-mail: reus@editorialreus.es  
<http://www.editorialreus.es>

1.ª edición REUS, S.A. (2008)  
ISBN: 978-84-290-0000-0  
Depósito Legal: Z. 4235-08  
Diseño de portada: María Lapor  
Impreso en España  
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales COMETA, S. A.  
Ctra. Castellón, Km. 3,400 – 50013 Zaragoza

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

## ABREVIATURAS

AC	Actualidad Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOJA	Boletín Oficial de la Junta de Andalucía
<i>BVerfG</i>	<i>Bundesverfassungsgericht</i> (Tribunal Constitucional Federal alemán)
CC	Código Civil
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CP	Código Penal
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DOGC	Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña
FD	Fundamento de Derecho
HaM	Transexual hombre a mujer
JCP	<i>Juris Classeur periodique</i>
LO	Ley Orgánica
LRC	Ley de Registro Civil
LRR	Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas
MaH	Transexual mujer a hombre
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDP	Revista de Derecho Privado
RGD	Revista General de Derecho
RGDE	Revista General de Derecho Europeo
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RRC	Reglamento de la Ley de Registro Civil
RTDC	<i>Revue trimestrelle de droit civil</i>

*Abreviaturas*

SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SEEN	Sociedad Española de Endocrinología y Nutrición
SJPI	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TS	Tribunal Supremo

## NOTA PRELIMINAR

En el verano del año 2001 tuve la oportunidad de realizar una breve intervención sobre la «transexualidad y cambios normativos», en el marco del curso de verano «La situación jurídica de la mujer frente al cambio social a comienzos del siglo XXI», dirigido por la Profesora María Paz García Rubio. En aquel momento, coincidiendo con la entonces reciente RDGRN de 8 de enero de 2001 que reconocía como válida la inscripción del matrimonio de un transexual con una persona de su mismo sexo biológico, la directora del curso tuvo el acierto de incluir en el programa la temática que ya se avecinaba como un revulsivo del concepto mismo de matrimonio en el Código Civil.

Mucho tiempo ha pasado, hasta que las recientes reformas en materia de derecho de familia y muy especialmente la entrada en vigor de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas despertaron mi interés por un estudio más profundo del tema, ahora con la perspectiva de las novedosas reformas de la anterior legislatura. El desencadenante ha sido mi participación en la puesta al día del *Manual de Derecho de la Persona* del Profesor Carlos Rogel Vide, pues en dicha labor me he dado cuenta de que podría ser interesante un estudio de la transexualidad desde la perspectiva de la persona que ostenta la condición de transexual, y de cómo su reconocimiento jurídico afecta a elementos esenciales del derecho de la persona y del derecho de familia.

Por todo ello, presento este trabajo que espero pueda servir al menos de acercamiento al estado de la cuestión, dejando constancia de mi agradecimiento a la Catedrática de Derecho Civil María Paz García Rubio por el tiempo dedicado a discutir algunas de las cuestiones aquí planteadas. Sentimientos de gratitud y afecto que hago extensivos al Catedrático de Derecho Civil Carlos Rogel Vide, por su inestimable apoyo y consideración.



# CAPÍTULO PRIMERO

## SEXO Y GÉNERO

### 1. INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO GENERAL

El punto de partida del presente trabajo es la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas (en adelante LRR)<sup>1</sup>; norma que representa una opción de política legislativa para responder a algunas —no todas— de las cuestiones jurídicas planteadas a partir de la reasignación del sexo de personas diagnosticadas como transexuales<sup>2</sup>. La dimensión que aquí interesa es la tutela civil de la persona transexual.

No se trata tanto de un análisis exegético de la LRR, sino más bien de poner de manifiesto su impacto en el derecho de la persona. A pesar de la relativa simplicidad del sistema de cambio de nombre y mención registral del sexo implantado por la citada reforma, la cuestión es lo suficientemente compleja como para ser objeto de las siguientes reflexiones.

Desde un punto de vista estadístico, la coincidencia entre la asignación del sexo en el momento del nacimiento y su desarrollo posterior no es una cuestión problemática. En su perspectiva social y humana, la transexualidad puede presentarse como un problema poco extendido en la sociedad<sup>3</sup>,

---

<sup>1</sup> BOE de 16 de marzo de 2007.

<sup>2</sup> Son muchas las perspectivas jurídicas del problema de la transexualidad: aspectos registrales, medidas para evitar la discriminación, política penitenciaria, prestaciones de la Seguridad social, etc. Así lo destaca PASCUCCI DE PONTE, E. «Algunas consideraciones en torno a la extensión del derecho a contraer matrimonio a las parejas homosexuales. A propósito de la sentencia Goodridge vs. Department of Public Health (2003) del Tribunal Supremo de Massachusetts (EEUU)», en *Saberes. Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, vol. 2, 2004.

(Consultado en [http://www.uax.es/publicaciones/archivos/SABDER04\\_004.pdf](http://www.uax.es/publicaciones/archivos/SABDER04_004.pdf)).

<sup>3</sup> La estadística ha sido tenida en cuenta en las resoluciones judiciales a nivel comunitario, y

ya que la situación más común es que el sexo de la persona (en su dimensión cromosómica, gonadal y genital) coincida con su sentimiento más íntimo de pertenencia al mismo y su apreciación por su entorno social.

Con todo, los conflictos que surgen cuando no ocurre esa coincidencia entre el plano físico, emocional y jurídico del sexo tienen un fuerte impacto social ya que para el individuo que la padece se trata de una situación extrema que representa una merma considerable de sus posibilidades de desarrollo libre de su personalidad, con la consecuente quiebra en el disfrute y respeto de los derechos que le son inherentes en cuanto persona<sup>4</sup>.

Por mucho que a lo largo de la historia encontremos ejemplos de personas transexuales socialmente integradas —e incluso en el campo de la antropología se dé noticia de la existencia de pueblos que recogen como una situación normalizada el «tercer sexo»<sup>5</sup>— cuando el legislador de nuestra sociedad —y de otras de nuestro entorno cultural y jurídico más próximo— intenta huir del binomio clásico hombre/mujer, provoca una auténtica fractura en los principios que tradicionalmente venían conformando la

---

en más de una ocasión se ha llamado la atención sobre el hecho de que los transexuales conforman un grupo identificable aunque no significativo desde un punto de vista numérico, si bien en todo caso merecían un grado mínimo de protección (Cfr. el análisis del valor numérico de la cuestión en BELL, M., «Shifting conceptions of sexual discrimination at The Court of the Justice from *P v S* to *Grant v SWT*», *European Law Journal*, vol. 5, núm. 1, 1999, pp. 74 y 76).

Asimismo, respecto del número exacto de personas que pertenecen a este colectivo, son acertadas las palabras de BELDA PÉREZ-PEDRERO, E., en el sentido de que «la cifra es poco fiable y se desarrolla en un contexto particularmente reacio a la cuantificación, ya que con una parte de la transexualidad más pujante, adaptada a la sociedad, organizada o integrada, existe una marginalidad derivada de las penosas situaciones psicológicas y el terrible aislamiento que todavía se percibe en el sector, y que se manifiesta variadamente desde el ocultamiento al exhibicionismo (pasando por la absoluta normalidad social de buena parte)» (en «Transexualidad y Derechos Fundamentales: protección integral sin la utilización del factor sexo como diferencia», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 21, 2004, p. 132).

El documento *Trastornos de identidad de género: Guía Clínica para el diagnóstico y tratamiento*, Sociedad Española de Endocrinología y Nutrición, Grupo de trabajo sobre trastornos de identidad de género, mayo de 2002, se refiere a 2.087 transexuales, de los cuales, aproximadamente, 2 de 10 finalizaron el proceso de reasignación sexual. Aunque es cierto que en esas fechas (2002), «la falta de incorporación de esta patología a la red sanitaria pública española ha condicionado en gran medida la escasez de publicaciones que evalúen o comparen resultados» (CANO ONCALA, G. y otros, «La construcción de la identidad de género en pacientes transexuales», en *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, núm. 89, Madrid, enero-marzo, 2004, p. 28409).

<sup>4</sup> No es objeto del presente trabajo, pero evidentemente la condición de transexual ha significado históricamente un factor de exclusión social.

<sup>5</sup> Así la referencia a los hijras de la India y Paquistán, los mahu de la Polinesia, los «dos espíritus» de las culturas indígenas de Norteamérica.

estructura del derecho de la persona y de la familia, construido esencialmente a partir de aquella concepción tradicional del individuo clasificado como hombre o mujer.

Consiguientemente, resulta engañoso concluir, después de observar el reducido número de personas diagnosticadas con el síndrome de disforia sexual en España, que se trata de un problema menor, y erróneamente sentenciar que es una cuestión jurídica de alcance limitado. Todo lo contrario. La trascendencia lograda por las resoluciones judiciales de los últimos treinta años en materia de transexualidad han representado un punto de inflexión en la construcción jurídica de piezas clave del derecho de familia (v.gr. el matrimonio) y del derecho de la persona (v.gr. el derecho al nombre y a la identidad sexual).

Encontrar un encaje jurídico para las expectativas más elementales de estas personas no es tarea sencilla, pues más allá de los tópicos sociales, aun existiendo voluntad social y política de dar salida a sus reivindicaciones, las dificultades técnicas son evidentes en un sistema jurídico construido sobre una base dualista masculino/femenino. De aquí que los avances jurídicos en el reconocimiento de la posibilidad de cambio de sexo, construidos desde el prisma de la libertad del desarrollo personal de los individuos, recogido en el artículo 10.1. de la CE, a pesar del número reducido de casos, han sido de tal calado conceptual que significaron un vuelco en muchos conceptos asentados en nuestra tradición jurídica, alcanzando de lleno la estructura y concepción tradicional del derecho de familia, y del derecho de la persona, acompañando en esa aventura su instrumento de publicidad, el Registro civil.

Me sumo a la palabras de LLOVERAS FERRER cuando entiende que con la entrada en vigor de la LRR «se cumple el objetivo de dar una regulación por Ley a un tema del derecho de la persona que, hasta ahora, quedaba perdido y maltratado en lugares indeterminados de los derechos de la personalidad —entre la integridad física y el denominado modernamente derecho a la identidad sexual»<sup>6</sup>—. Por ello, dedico estas reflexiones a su estudio.

El Derecho en general, y el Derecho civil en particular, es un área de las ciencias sociales que tiene por objeto esencial el ser humano en cuanto capaz de actuar en el proceso histórico y social. DÍEZ PICAZO ya nos

---

<sup>6</sup> LLOVERAS FERRER, M., «Una ley civil para la transexualidad», *inDret*, núm. 1/2008 ([http://www.indret.com/pdf/510\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/510_es.pdf)).

advertía que el sentido y finalidad última del Derecho civil es la persona entendida como ser humano<sup>7</sup>, de tal manera que para poder dar un enfoque coherente con los cambios legislativos de los últimos dos años, es conveniente acudir a conceptos clásicos como el estado civil, y su actual relación con la identidad sexual de los individuos.

Por todo ello, —y sin mayores pretensiones— para reflexionar sobre la tutela civil de la persona transexual utilizo el siguiente plan expositivo.

En primer lugar, es necesario hacer algunas precisiones terminológicas y acercarnos a ciertos conceptos que conforman la actual regulación jurídica y tratamiento jurisprudencial del transexualismo. No se trata de una construcción dogmática de los conceptos expuestos, una vez que muchos de los términos son importados de otras ramas del conocimiento —especialmente de la medicina (psiquiatría y endocrinología), la psicología, la sociología y la antropología—, no siempre con fortuna, dejando a los operadores jurídicos algo desconcertados. Por lo tanto, el objeto de dicha introducción es familiarizarnos con una nueva terminología legal.

Teniendo presente a qué nos referimos con cada uno de los términos, el capítulo segundo se dedica al «Sexo, persona y familia». El propósito es observar cómo la evolución del concepto de estado civil ha ido alejando de su esfera de influencia el sexo de la persona, y el valor que se le puede dar en la actualidad en la conformación de derechos fundamentales como el libre desarrollo de la personalidad y su reflejo, el derecho a la identidad sexual.

Todo ello como premisa para el tercer capítulo dedicado a la tutela civil de la transexualidad. En este punto es fundamental el estudio de la evolución legislativa y jurisprudencial de la materia, hasta llegar a la reforma de 2007, destacando sus principios generales.

Por último, este trabajo también contiene un breve comentario a la Ley 3/2007 con un enfoque esencialmente registral, enmarcándola en el escenario de las últimas modificaciones de la legislación del Registro Civil llevadas a cabo en los últimos años, como consecuencia de los profundos cambios legislativos en materia de derechos de la persona y de familia. En efecto, creo en la necesidad de recuperar la importancia del tema registral civil —destacando los aspectos sustantivos de la tutela civil ofrecida por la norma— como conformador de la seguridad jurídica en las relaciones

---

<sup>7</sup> DÍEZ PICAZO, L., «El sentido histórico del derecho civil», *RGLJ*, 1959, t. II, especialmente pp. 652-653.

esenciales de la persona, superando la correcta apreciación de que estamos, en palabras de FELIU REY ante el importantísimo y tan olvidado Registro Civil<sup>8</sup>.

## **2. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL Y TERMINOLOGÍA**

Para avanzar en el estudio de la actual consideración normativa de la transexualidad es preciso acercarse a toda la terminología empleada y mirar detrás de los conceptos para encontrar su sustrato último.

En un terreno plagado de neologismos importados con mayor o menor fortuna de la medicina, de la psicología, y de otros campos de las ciencias sociales<sup>9</sup>, que a su vez elaboraron un esfuerzo de integración de conceptos recogidos de la tradición científica anglosajona (muy especialmente norteamericana), nos acercamos sin intenciones constructivas, —sino más bien descriptivas— al caos receptivo en el que nos encontramos inmersos.

### **2.1. Sexo y género**

El juego de los dos conceptos: sexo y género es básico para entender la cuestión transexual, pues está presente en la conformación de los cuadros de disforia de género, y en particular de la transexualidad.

En Derecho español no encontramos un concepto jurídico de sexo, y ante esa ausencia de definición legal<sup>10</sup> es frecuente que la doctrina y el propio legislador en distintos momentos recurran a otros campos del conocimiento, básicamente a la medicina, para buscar perfiles del concepto. Pero no es nada sencillo, una vez que las ciencias involucradas en la investiga-

---

<sup>8</sup> FELIU REY, M.I., «El derecho del neonato a la «inequívoca identificación». La responsabilidad de la Administración y personal sanitario», *La Ley*, 2005, t. 5, p. 1132.

<sup>9</sup> Siempre es un reto escrudinar el campo de las «disforias», de la «deconstrucción» del género

<sup>10</sup> Es mayoritario el sector doctrinal que aplaude la ausencia de un concepto jurídico de sexo, una vez que su esencia la debemos encontrar en el campo científico. Por todos, LÓPEZ-GALIA-CHO PERONA, J., (*La problemática jurídica de la transexualidad*, Madrid, 1998, p. 40). El citado autor da un argumento que me parece se ha tenido en cuenta la LRR: «El Derecho no puede quedar a la espera de que las demás ciencias implicadas en el problema le proporcionen un concepto definitivo de sexo, pues ello supone prolongar innecesariamente el sufrimiento de las personas afectadas por esta incidencia; máxime cuando sabemos de la dificultad de hallar una respuesta científica unánime sobre este problema» (*op. cit.*, p. 111). En sentido opuesto, respecto de la conveniencia de perfilar un concepto jurídico de sexo, a partir de la multiplicidad de elementos que lo conforman, vid. GARCÍA CANTERO, G., «La crisis de la sexualidad y su reflejo en el Derecho de familia», en *Estudios homenaje al Prof. Lacruz Berdejo*, t. I, 1992, p. 348.

# ÍNDICE

<b>ABREVIATURAS</b> .....	5
<b>NOTA PRELIMINAR</b> .....	7
<b>CAPÍTULO PRIMERO. SEXO Y GÉNERO</b> .....	9
1. Introducción. Planteamiento general .....	9
2. Aproximación conceptual y terminología .....	13
2.1. Sexo y género .....	13
2.2. Sexo, género y transexualidad .....	17
2.3. Intersexualidad y transexualidad .....	24
<b>CAPÍTULO SEGUNDO. SEXO, PERSONA Y FAMILIA</b> .....	31
1. Sexo y estado civil: consideraciones históricas .....	31
2. Derecho a la identidad sexual. El principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad .....	36
3. Derecho a la identidad sexual y discriminación por razón de sexo .....	43
4. Derecho a la identidad sexual y perspectiva de género .....	46
5. Transexualismo y familia: derecho a contraer matrimonio ....	50
<b>CAPÍTULO TERCERO. TRANSEXUALIDAD Y TUTELA CIVIL DE LA PERSONA: TRATAMIENTO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL</b> .....	55
1. Modelos normativos comparados .....	55
2. Evolución jurisprudencial .....	63
2.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos .....	63

2.1.1. Primera etapa (1986-2002) .....	69
2.1.2. Segunda etapa (2002, en adelante).....	69
2.2. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.....	73
2.3. El caso español.....	76
2.3.1. Primera fase: miedo al <i>ius connubii</i> y exigencia de cirugía de reasignación sexual completa .....	76
2.3.2. Segunda fase: recepción de la doctrina del TEDH	84
2.3.3. Tercera fase: entrada en vigor de la Ley 3/2007 ....	94
2.3.4. Una breve referencia a la cuestión del nombre.....	96
3. Modelo normativo español: evolución y principios rectores ..	99
3.1. Antecedentes. Propuestas legislativas.....	99
3.2. Registro Civil y sexo. Precedentes normativos .....	101
3.3. Principios inspiradores de la LRR .....	107
3.3.1. Reforma registral .....	107
3.3.2. Concepto de transexualidad como un cambio de identidad de género aunque el resultado registral es el cambio de sexo legal.....	109
3.3.3. Autodeterminación .....	110
3.3.4. Verdad material a partir de una opinión médica y/o psicológica .....	113
3.3.5. Disociación entre derecho a la identidad sexual y derechos reproductivos .....	114
3.3.6. Simplificación del procedimiento.....	115
3.3.7. Publicidad restringida .....	116
<b>CAPÍTULO CUARTO. ANÁLISIS DE LA LEY 3/2007 .....</b>	<b>121</b>
1. Legitimación .....	119
1.1. Nacionalidad española .....	119
1.2. Mayoría de edad.....	122
1.3. Capacidad de obrar .....	123
2. Procedimiento .....	124
3. Requisitos.....	126
4. Efectos de la resolución .....	130
<b>BREVES CONCLUSIONES .....</b>	<b>137</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA .....</b>	<b>141</b>
<b>JURISPRUDENCIA .....</b>	<b>151</b>

