

EL «MATRIMONIO» DEL TRANSEXUAL DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO CANÓNICO

Luis ÁLVAREZ PRIETO
Universidad Complutense

MARÍA DEL PILAR ÁLVAREZ MORENO
Abogado

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CAUSAS CIVILES DE LA ADMISIÓN DE LA VALIDEZ DEL MATRIMONIO CELEBRADO POR UN TRANSEXUAL: A. La cuestión relativa al cambio de sexo. B. El libre desarrollo de la personalidad.—III. DERECHO COMPARADO.—IV. BREVÍSIMA REFERENCIA A LAS LEYES AUTONÓMICAS ESPAÑOLAS.—V. LA PROPOSICIÓN DE LEY SOBRE EL DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL.—VI. EL TRANSEXUALISMO DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO CANÓNICO.—VII. UN PROBLEMA TERMINOLÓGICO.—VIII. HACIA UN NUEVO CONCEPTO DE MATRIMONIO Y FAMILIA.

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace un año aproximadamente los medios de comunicación nos vienen informando de matrimonios celebrados entre un varón y un transexual. Si bien el Tribunal Supremo se mostraba renuente a este tipo de uniones, actualmente las admite a raíz de la Sentencia dictada por varios Juzgados españoles y de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 8 enero 2001¹.

Tanto la Sentencia como la Resolución aludidas, así como un Auto de un Juzgado de Málaga, reconocen, en síntesis, que la situación jurídica

¹ Es de resaltar el hecho que en la Resolución de la misma Dirección de 21 de enero de 1988 se mantenía la tesis contraria. En otra Resolución de 2 de octubre de 1991 se decía: «No debe de olvidarse que los Derechos Fundamentales y las libertades consagradas por la Constitución deben ser interpretados de acuerdo con los Tratados Internacionales suscritos por España. Pero éstos, al garantizar el derecho a casarse, se refieren exclusivamente al matrimonio tradicional entre personas de distinto sexo biológico. Por eso el ordenamiento jurídico español, aunque negase definitivamente el *ius nubendi* al transexual, no vulneraría el Convenio de Roma».

del transexual no está contemplada en el ordenamiento español, con lo que se crea una laguna que está siendo cubierta por la jurisprudencia².

Efectivamente, desde la panorámica del Derecho Civil, resulta totalmente cierto que el desfase aludido se viene produciendo cuando en los artículos 66 y 67 de dicho cuerpo legal se hace referencia a que el matrimonio está constituido por el marido y la mujer y exactamente el mismo concepto se desprende de los artículos 32.2.b) y 39 de la Constitución Española, cuando de una manera, técnicamente más precisa, se mantiene que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio, pues el calificativo de marido es de aplicación una vez que se ha contraído matrimonio. Desde el punto de vista civil, pues, la mente del legislador configuró la figura jurídica del matrimonio como una unión entre varón y hembra, entre hombre y mujer. Evidentemente el legislador de la reforma del año 81 no pudo o no quiso prever los avances técnicos en el campo de la medicina que años más tarde serían capaces de transformar los órganos sexuales de una persona hasta convertirla en un individuo de otro sexo³.

Otro tanto ocurre desde el punto de vista canónico donde se perfila el matrimonio como alianza entre varón y mujer⁴; concepto que se reitera cuando al hacer referencia al consentimiento matrimonial, se alude al acto de voluntad que realizan el varón y la mujer⁵. Sin duda por ello, el Codex no vuelve a hacer alusión a las personas hábiles para contraer, hombre y mujer, sólo hace referencia, de manera reiterada, al concepto de matrimonio, basado en la manifestación de voluntades entre varón y hembra. Así parece desprenderse también de los textos de carácter internacional, los cuales mantienen la dualidad hombre-mujer como premisa para casarse y fundar una familia⁶.

² Vid., por ejemplo, F.J. 3 de la expresada Resolución de 2 de octubre de 1991. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Lérida de 21 de septiembre de 1999. Auto del Juzgado de Primera Instancia de Málaga, Melilla, de 12 de enero de 2000.

³ GADIVIA SÁNCHEZ, J. V., «Matrimonio y uniones libres. El matrimonio homosexual. (Consideraciones de política legislativa)», Diario *La Ley*, núm. 5431, de 3 de diciembre de 2001.

DE VERDA BEAMONTE, J. R., «Principio de libre desarrollo de la personalidad y *ius connubii*. (A propósito del Auto del TC 222/94)», *Revista de Derecho Privado*, octubre 1998, p. 721. Dicho Auto mantiene la plena constitucionalidad del principio de heterosexualidad como calificador del matrimonio.

⁴ Canon 1055.

⁵ Canon 1057.

⁶ Artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948. Artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 10 de

Idéntica exigencia parece que se infiere de los Acuerdos entre España con otras confesiones religiosas donde se alude simplemente al matrimonio celebrado de forma religiosa y su repercusión en el Registro Civil⁷. Por ello habrá que remitirse a cuanto determinen las distintas religiones en sus respectivos códigos que siempre consideran el matrimonio como una unión entre un hombre y una mujer.

Una vez sentado cuanto antecede, parece que si bien desde el punto de vista civil resulta admisible el matrimonio cuando uno de los cónyuges es transexual, no resulta tan sencilla la aceptación de este tipo de matrimonios por parte de distintas religiones y concretamente respecto a la religión católica.

II. CAUSAS CIVILES DE LA ADMISIÓN DE LA VALIDEZ DE UN MATRIMONIO CELEBRADO POR UN TRANSEXUAL

En esencia la pauta que se sigue para aceptar el matrimonio de un transexual viene de la mano, en primer lugar, de una *situación física* como es la existencia de una operación previa de cambio de sexo; y luego en una *situación legal* que reconozca o admita tal cambio de sexo, unido al hecho de una normativa que admita la posibilidad de matrimoniar. Hasta los prolegómenos del año 2001, no existía en España dato alguno que tuviera un basamento jurídico que permitiera la admisión de tal tipo de matrimonios, y consecuentemente las sentencias recaídas sobre el particular por el Tribunal Supremo se muestran renuentes a reconocer al transexual capacidad para contraer, excepción hecha de la Sentencia y Auto aludidos en la nota n.º 2.

La situación contraria comienza a gestarse a raíz de la promulgación de las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1987, 15 de julio de 1988, 15 de julio de 1989, y 19 de abril de 1991, así como la resolución del Registro Civil de Melilla de 10 de enero de 2000. Tanto la jurisprudencia citada como la resolución aludida basan su línea de fundamentación en dos hechos esenciales: la declaración obtenida judicial-

diciembre de 1966. Artículo 12 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950.

⁷ Acuerdo con la Federación de Entidades Evangélicas; Acuerdo con la Comisión Islámica; Acuerdo con las Comunidades Israelitas.

mente de que después de la oportuna operación las personas en cuestión ya no son de sexo masculino sino femenino, por lo que legalmente el hombre ya no es tal, sino mujer, unido al hecho de que las sentencias sobre cambio de sexo no contienen declaración alguna sobre capacidad matrimonial, por lo que se afirma, sin basamento legal alguno, que debe entenderse que el cambio se ha producido a «todos los efectos», incluido, por supuesto, la capacidad para matrimoniar⁸.

A todo cuanto antecede hay que añadir la apelación que se hace al principio constitucional relativo al desarrollo de la personalidad contenido en el artículo 10.1 de la Constitución Española, entendiéndolo, incluso, que en el supuesto de la existencia de una operación quirúrgica, si se negase la posibilidad de contraer matrimonio se entraría en la dinámica de la existencia de un tercer sexo totalmente extraño, al menos para el concepto cultural imperante hasta la fecha sobre la diferencia de sexos.

La tendencia jurisprudencial y parte de la doctrinal se centra en una absoluta equiparación entre la persona que hasta la fecha se ha venido considerando mujer por haber nacido con unos atributos sexuales femeninos y el transexual cuyos atributos femeninos han sido conseguidos mediante una operación quirúrgica; sin embargo no puede olvidarse el hecho de una clara diferenciación; no parece lógico que se pretenda distorsionar el contenido del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 cuando dispone que «a partir de la edad núbil, el “hombre” y la “mujer” tienen derecho a casarse y a fundar una familia», ni el contenido de la propia Constitución Española, ni del Código Civil que hace una clara alusión a que el matrimonio ha de ser contraído por personas de sexo contrario. La norma debe ser interpretada en su conjunto, y no acoger aquello que interesa a unos determinados fines y desprestigiar el resto de la misma.

Atendiendo al contenido del texto constitucional español y que reitera el Código Civil, así como a los textos internacionales, parece evidente que el matrimonio solamente puede ser celebrado entre un hombre y una mujer, entendiéndose por uno y otra aquellas personas de sexo distinto y claramente diferenciado que responden a los tipos constituidos de forma diferente y que se complementan física y psíquicamente. Hay que destacar, por lo tanto, el hecho de que el matrimonio así considerado ha sido

⁸ Resolución de la Dirección General de la Dirección de los Registros y del Notariado, de 8 de enero de 2001.

entendido como vía idónea para la fundación de una familia. Desde este punto de vista, resulta evidente que no parece aceptable el matrimonio entre un varón y un transexual. Sin embargo, como hemos visto con anterioridad, tal situación cambia radicalmente a raíz de la promulgación de la circular antes aludida

En puridad, Jurisprudencia y doctrina se basan para admitir el matrimonio de un transexual en dos motivos esenciales:

1. El transexual, al haber obtenido judicialmente declaración de que es de sexo femenino, legalmente ya no es hombre sino mujer⁹.
2. El desarrollo de la personalidad de transexual del individuo que ampara el artículo 10.1 de la Constitución Española.

A. La cuestión relativa al cambio de sexo

Da la impresión de que el concepto de mujer o de hembra, si se quiere, ha quedado reducido, legalmente se entiende, a mero sexo. La afirmación de que por la simple declaración normativa convierta a un hombre en mujer no deja de parecernos extraña, al menos para nosotros, puesto que consideramos que la mujer es algo, bastante más, que simple sexo; la Resolución de 8 de enero de 2001, aludida, así como algunos autores, han considerado como bastante el cambio de sexo sin tener en cuenta otra serie de factores de tipo físico y psíquico que perfilan y definen la idea de mujer y que el transexual solamente logra tan sólo en parte y de forma artificial, mediante costosas operaciones, implantes y transplantes, etc. Y si esta transformación puede llevarse a cabo desde el plano físico, la situación se complica mucho más desde los planos psicológico espiritual y de sensibilidad y ternura, etc.

Pero, por otro lado, nos parece que no existen, y así es recogido por la jurisprudencia, unas afinidades físicas y psíquicas que, desde un ángulo comparativo, conformen, identifiquen o al menos aproximen el concepto que sociológicamente se tiene de lo que sea una mujer con un transexual y el contexto físico y psicológico que rodea a éste. Efectivamente, al transexual se le ha creado un órgano externo idéntico al de una mujer, pero como no es mujer, al menos al día de hoy, no se ha sabido crear al mismo tiempo todo un complejo órgano reproductor, con lo cual, una de

⁹ Registro Civil de Melilla, 10 de enero de 2000.

las esencias del matrimonio que es la procreación y la formación de una familia, en el matrimonio de un transexual se viene abajo. Sin embargo, parte de la doctrina opina que la incapacidad para procrear no es motivo suficiente para negar el matrimonio, porque en ese caso tampoco podrían acceder al matrimonio parejas de heterosexuales con imposibilidad de procreación¹⁰. La comparación nos parece un tanto sin sentido, en primer lugar porque los condicionantes de la pareja heterosexual en modo alguno pueden parangonarse con una unión en la que figura un transexual; luego porque en la pareja heterosexual, la esposa dispone de una organización reproductora física de la que carece el transexual; otra cosa distinta, es que por defectos constitucionales la capacidad reproductora pueda verse mermada o, incluso anulada, y todo ello sin tener en cuenta que la falta de descendencia puede deberse a la esterilidad del marido; y por último porque la incapacidad reproductora puede en la mayor parte de los casos resolverse, mediante la utilización de determinados tratamientos terapéuticos con grandes probabilidades de éxito. En resumen la comparación, creemos que no deja de ser incoherente puesto que la mujer dispone de todos los mecanismos hábiles para la procreación, a pesar de que por causas ajenas a ella, existan lesiones traumáticas o físicas que la inhabiliten para tal procreación; sin embargo, es evidente que el transexual carece de tales atributos al haberle creado un sexo artificial; por ello la consideración, tanto física como jurídica, deben ser distintas. A pesar de lo dicho anteriormente, en estos casos, el vínculo afectivo del transexual, no cabe duda que puede tener características semejantes o iguales a las del matrimonio heterosexual¹¹.

La complejidad es tal que se reconoce que en el transexual no es tal mujer como se pretende, sino que es un «proyecto de mujer» que merece también protección. La doctrina y la jurisprudencia parten de la base de dar a la idea de sexo un concepto muy amplio, bastando para poder acceder al matrimonio una mera apariencia de mujer, y aun admitiendo que el transexual no pertenece al género femenino, acude a la técnica de las ficciones, para admitir que «estamos ante una facción de hembra, y como tal merece protección»¹² a tenor de lo dispuesto en el artículo 10.1 de la

¹⁰ CERVILLA GARZÓN, M.^a D., «Transexualidad, cambio de sexo y derecho a contraer matrimonio», *La Ley*, 25 abril 2001, núm. 2595, p. 2.

¹¹ «Entrevista con el Alcalde de Vitoria D. Alfonso Alonso», *Los domingos de ABC*, 25 de noviembre de 2001, p. 8.

¹² CERVILLA GARZÓN, M.^a D., *Transexualidad...*, op. cit., p. 2.

Constitución, más tarde continúa: «será un ficción de hembra, pero el Derecho también protege las ficciones. Estas ficciones han de aceptarse para la transexualidad, porque el varón operado no pasa a ser hembra, sino que se le ha de tener por tal al haber dejado de ser varón por extirpación y supresión de los caracteres primarios y secundarios y presentar unos órganos externos similares a los femeninos y una caracterología psíquica y emocional propia de este sexo»¹³. Pero además de la falta de mecanismos reproductores, otras características femeninas se consiguen de forma artificial, a través de la administración de hormonas en dosis masivas, o mediante sucesivas y reiteradas operaciones de cirugía estética; es decir, dígase lo que se quiera se está construyendo una mujer artificial.

En España no se contempló hasta hace poco tiempo, desde un ángulo legislativo, el fenómeno de la transexualidad, por lo que ha sido la jurisprudencia la encargada de intentar solucionar o al menos paliar este problema. Las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1987 y 15 de julio de 1988 mantienen la idea del transexual como una «ficción de hembra» cuya figura debe ser protegida; estiman que el matrimonio sería nulo de acuerdo con lo proveniente en el artículo 73.4 del Código Civil. La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1989 continúa manteniendo la tesis de la idea de la «ficción de hembra», pero al mismo tiempo abre el camino al concepto del «desarrollo de la personalidad al que tiende su sexo psíquico que es el de mujer». Por su parte la sentencia de 19 de abril de 1991 hace hincapié nuevamente en la problemática del libre desarrollo de la personalidad, pero mantiene el límite respecto a la posibilidad de matrimoniar, ya que tales matrimonios serían inexistentes como se desprende de la aplicación de los artículos 32 y 39 de la Constitución Española; así como los artículos 44 y 73.4 del Código Civil¹⁴.

Desde hace unos años, muy pocos, se viene detectando la presencia de un nuevo concepto de matrimonio¹⁵, o se está gestando un tipo de matrimonio que pueda ser aplicado tanto para los heterosexuales como para los homosexuales y los transexuales, al mismo tiempo que se cambia la idea de familia. El concepto de reproducción, se pretende que

¹³ STS 2 de julio de 1989, F.J. 3.

¹⁴ DE VERDA y BEAMONTE, J. R., «Autorización de la celebración del matrimonio de un transexual con una persona de su mismo sexo cromosómico», *Actualidad Aranzadi*, 486, 17 de mayo de 2001, p. 3.

¹⁵ NAVARRO VALLS, R., *Matrimonio y Derecho. Discurso de entrada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 1994, pp. 89 y ss.

quede obsoleto¹⁶, y la relación sexual se fija como una búsqueda de placer; se soslaya la idea del amor conyugal, y cuanto se refiere a la descendencia, queda reducida a un segundo término, de forma que, por ejemplo, el matrimonio queda reducido a mera convivencia. Es cierto que incluso la propia Iglesia ha trastocado los fines del matrimonio en el Código de 1983¹⁷, pero hay que reconocer que la idea de procreación aparece íntimamente unida al bien de los cónyuges.

De otro lado, no debe olvidarse que el derecho matrimonial, tanto desde la perspectiva canónica como en su versión civil, está sometido a normas imperativas de *ius cogens* en tanto que en las uniones libres, o los matrimonios entre homosexuales o el contraído por un transexual, pueden establecerse pactos, lo que no encaja bien con el concepto de matrimonio tradicional¹⁸.

El Tribunal Supremo, después de analizar los llamados sexos cromosómicos, sexo gonadal, sexo fenotípico y sexo psicológico, mantiene: «A la hora de valorar los parámetros que, con mayor peso habrán de influir en nuestra decisión en clasificar al individuo en uno de los dos géneros sexuales que el derecho reconoce, es evidente que no es el factor cromosómico el que predomine, aun sin negarle influencia, ni tampoco el gonadal, muchas veces equívoco, y en ocasiones parcialmente modificado por la técnica quirúrgica y médica, sino el fenotípico que atiende al desarrollo corporal, y con mayor fuerza aún el psicológico que determina el comportamiento caracterial y social del individuo»¹⁹.

Se adopta una solución eminentemente jurídica y que revela una clara indecisión, puesto que al no tener en cuenta las características morfológicas de una mujer, se recurre al término «ficción» para determinar que el transexual no es una hembra completa, ya que la solución biológica no parece aceptable, puesto que por el mero hecho de someterse a una intervención quirúrgica el individuo no se convierte en hembra, como se ha dicho con anterioridad; si bien es verdad que el transexual, es un proyecto o ficción de hembra que como tal necesita protección. En contra, en los votos particulares de algunos magistrados de la Sala se aducen razones tales como la diferencia de constitución física del hombre frente a la

¹⁶ HITE, S., «La transformación del sexo», *El País Semanal*, núm. 1.324, 2 de diciembre de 2001, p. 76.

¹⁷ Canon 1055.

¹⁸ CERDÁ GIMENO, J., «Un retorno, a mi pesar, a un olvidado tema II (De nuevo sobre parejas no casadas)», *Revista de Derecho Privado*, marzo de 2001, pp. 184 y ss.

¹⁹ STS 3 de marzo de 1989, F.J. 3. *Vid.* Votos particulares de la misma Sentencia.

mujer, la carencia de órganos primarios como son los órganos sexuales, o los secundarios como la estatura, pilosidad, voz, hábitos de comportamiento, etc.²⁰. Ni en los artículos 32.1 y 39 de la Constitución Española, ni en el contenido del articulado del Código Civil, existe base para admitir el matrimonio entre homosexuales o en el que intervenga un transexual. Los citados artículos lo único que hacen es establecer el lógico principio de fijar una igualdad jurídica entre el hombre y la mujer en cuanto se refiere a la capacidad de cada uno para contraer matrimonio, nada más. La exigencia de parte de la doctrina y la jurisprudencia, de que al faltar la frase «entre sí» deja abierta la puerta a todo tipo de matrimonio de una o de otra clase significa tanto como dar una amplitud a la capacidad jurídica para contraer que el legislador constitucional ni quiso ni pudo llegar, entre otras cosas, por el simple hecho de que en la fecha en que se promulgó la Constitución, cuando menos en nuestro país las técnicas sobre operaciones quirúrgicas tendentes a un cambio de sexo, o no existían o estaban en mantillas.

Pero los problemas que planteaba el cambio de sexo, además de la imposibilidad de contraer matrimonio producían situaciones que afectaban a la intimidad del individuo puesto que al cambiar de sexo, necesariamente habría de mudar también los documentos identificativos, por lo que sería admisible también el expediente gubernativo de cambio de nombre²¹. La jurisprudencia española también se decanta por la protección a la intimidad personal a la que se hace referencia en el artículo 16 de la Constitución Española, puesto que en nuestro país para que pueda inscribirse un nombre distinto al que figura en la inscripción de nacimiento hace falta toda una tramitación del expediente gubernativo de cambio de nombre, sin que quepa otro modo de unir sexo y nombre²².

De otro lado no debe olvidarse que vivimos unos momentos que podríamos definir como de rebelión del sexo femenino. Efectivamente, estamos contemplando cómo la mujer escala puestos en la sociedad, y

²⁰ ARRIBAS QUEVEDO, H., *Problemas jurídico-civiles sobre el cambio de sexo. Estudios penales y jurídicos. Homenaje al Profesor Enrique Casas Barquero*, Universidad de Córdoba, 1996, p. 69. El propio Tribunal Supremo mantiene la inseguridad cuando plantea el problema de «no saberse si estamos ante un genuino cambio de sexo». DE ÁNGEL YÁGÜEZ, «Transexualidad y cambio de sexo», *La Ley*, 4, p. 169.

²¹ Vid. S. TEDH de 25 de marzo de 1992 caso Lyne-Antoinette.

²² SSTs 2 de julio de 1987; 15 de julio de 1988; y 19 de abril de 1991. Se decantan estas sentencias por la defensa del derecho a la intimidad consagrado en el artículo 18.1 de la Constitución Española, pues no resulta aceptable que un varón porte un DNI de mujer, ni al revés. DE VERDA BEAMONTE, J. R., *Autorización de la celebración...*, *op. cit.*, p. 4.

además, la mujer pretende, consciente de su valía, tener relevancia en el contexto social, y está consiguiendo metas impensables hace unos pocos años. Por ello nos parece extraño esa comparación a ultranza de la mujer con el «proyecto de mujer» que, querámoslo o no, es el transexual; una cosa es que éste merezca protección y respeto, y otra cosa distinta es la forzada identidad jurídica cuando entre una y otra existen diferencias abismales.

La situación que se plantea es que, si como parece indudable, se admite el cambio de sexo, debe admitirse con todas sus consecuencias, incluida la unión con varón; de matrimonio hablaremos más adelante. Pero si desde el punto de vista morfológico parece que puede haber discrepancias porque se está convirtiendo desde un punto de vista jurídico a un hombre en una mujer, no parece que exista base alguna para conferir al varón operado el estatus femenino por parte de que la operación no conlleva la plena adquisición de todos los caracteres morfológicos del sexo opuesto; al mismo tiempo se afirmaba que la evolución social y jurídica «no evidencia un abandono del concepto tradicional del matrimonio», y lo mismo ocurre en el caso Norbert contra Francia, donde se mantiene, por lo que respecta al *ius connubii*, el criterio de sexos opuestos²³.

B. El libre desarrollo de la personalidad

Nos parece que por el camino de la ficción de hembra no se puede llegar a una solución positiva o se es hembra o no se es hembra, ya hemos dicho que desde este punto de vista el transexual no pasa de ser un proyecto de hembra, que tiene, eso sí, una configuración sexual parecida a las hembras, pero no dispone de una serie de órganos que la configuren como una mujer plena tales como los órganos reproductores, falta la menstruación, la falta de estrógenos etc.; de otro lado desde un punto de vista meramente físico externo, se consigue la figura femenina mediante la ingestión masiva de hormonas, realización de trasplantes o colocación de bolsas para aumentar las glándulas mamarias, las cuales aparecen

²³ AGUSTÍN TALAVERA, P., «Institucionalización jurídica de las uniones homosexuales en España», *La Ley*, núm. 5.315, de 24 de mayo de 2001, p. 4.

La sentencia *Rees versus United Kingdom*, de 17 de octubre de 1986, estimó que el impedimento existente en el Reino Unido de no permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo no implicaba violación del artículo 12 del Tratado de Roma. La misma tesis se mantiene en el caso *Cossey versus United Kingdom* en sentencia de 27 de septiembre de 1990.

como mera figura externa sin que quepa la posibilidad de la lactancia ante la imposibilidad del embarazo, como ocurría en el supuesto de una mujer²⁴, y así podríamos seguir con un largo etcétera.

Si se quiere dar protección y derechos al transexual parece más adecuada la alegación que se hace relativa al «libre desarrollo de la personalidad» a la que se refiere el artículo 10 de la Constitución Española. La amplitud contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1989, dejaba la puerta abierta a determinar, al menos con ciertos visos de exactitud los efectos que pudieran derivarse del cambio de sexo; en este sentido, la sentencia firme supone un cambio «a todos los efectos», lo que debe interpretarse que el matrimonio entra dentro de tal totalidad de efectos. Puesto que el artículo 10.1 de la Constitución Española supone tanto como la exigencia del desarrollo de la personalidad, «toda vez que de lo contrario sería tanto como dejar las cosas a medio camino, creando una situación ambigua a modo de reconocimiento de un tercer sexo, si no se entendiera que ese cambio de sexo habría de ser efectivo en todos los ámbitos»²⁵.

Como consecuencia de la tendencia de la doctrina y la Jurisprudencia de admitir el matrimonio en el que interviene un transexual, ya se han dictado sentencias en las que además de admitir el cambio de sexo, y el cambio de nombre se permite a aquél a que acceda al matrimonio²⁶.

El transexual es un individuo que desde lo más íntimo de su ser no está de acuerdo con su sexo, psicológicamente renuncia a él, lo odia, y por ello se odia a sí mismo; por eso siente la imperiosa necesidad de desprenderse de él y admite la intervención quirúrgica. Pero además el transexual se siente mujer, y se mueve y necesita considerarse a sí mismo como tal mujer. Dicho de otro modo, el transexual es, desde el punto de

²⁴ DELPAL, J.-L., *Los travestis y el enigma de los cambios de sexo*, Ed. Tropos, 1974, pp. 90 y 93.

²⁵ F.J. 3.

CERVILLA GARZÓN, M.³ D., *Transexualidad y cambio de sexo...*, op. cit., p. 7.

La STS de 2 de julio de 1987 entiende que el transexual es el resultado de una morfología sexual «artificial» de órganos internos y externos «similares» a los del sexo femenino. Hemos entrecomillado los términos «artificial» y «similares» por entender que el Tribunal Supremo hace referencia a que el transexual, mediante la operación quirúrgica dispone de unos órganos *parecidos* a los de una mujer, lo que impide, a nuestro modo de ver, la identificación a ultranza de esas personas, con otras de sexo femenino.

²⁶ Sentencia del Juzgado núm. 7 de Primera Instancia de Lérida de 21 de septiembre de 1999 y el Auto del Juzgado de Primera Instancia de Málaga, Melilla, de fecha 10 de enero de 2000.

vista psicológico, una mujer con atributos sexuales de varón, de aquí que en este tipo de personas el aspecto psicológico sea más importante que el biológico. En suma en el transexual se produce una disfunción entre el sexo psicológico y el biológico, por ello después de la intervención quirúrgica, tal disfunción tiende a remitir²⁷. A partir de ese momento el transexual se comporta como hembra no sólo porque desde el fondo de su ser se sienta como tal hembra sino que al unir el sexo biológico y el psicológico se plasma su ideal de mujer. El sexo biológico es opuesto al somático, por eso intenta solucionar el conflicto adaptando su cuerpo a una realidad genérica, el transexual considera que sus genitales y en definitiva su sexualidad son un error de la naturaleza²⁸. Si se atendiera solamente al criterio cromosómico, el transexual sólo tendría derecho, por razones de *pietas* al cambio de nombre, por ello se da preponderancia al criterio psicológico con cuya aplicación cabría la posibilidad de que al unir psicología con sexo²⁹, tales personas pudieran unirse en «matrimonio».

Por otro lado no debe olvidarse que no hay cónyuge conflictivo que no haya elegido, a su vez, un cónyuge que concuerde con los rasgos de determinada personalidad, y dentro de ello, esposo y esposa disponen de una personalidad depresiva, psicopática, obsesiva, etc. Es necesario, por tanto que haya un cónyuge complementario, dotado de unas determinadas condiciones de personalidad que faciliten el acoplamiento³⁰.

Mas esta unidad entre sexo físico y sexo espiritual forma parte de lo que entendemos por personalidad, de tal forma que el desarrollo completo de la personalidad implica, al mismo tiempo el desarrollo completo de la sexualidad y viceversa. La personalidad es la estructura dinámica propia de la acumulación de comportamientos que cada ser humano desarrolla mediante un proceso de aprendizaje desde la etapa de lactante

²⁷ ORTEGA FERNÁNDEZ, M.^a C., *Matrimonio del Transexual y matrimonios ilegales. Consecuencias jurídico-penales del cambio de sexo. Estudios penales y jurídicos. Homenaje al profesor Enrique Casas Barquero*, Universidad de Córdoba, 1996, p. 548.

²⁸ VIDAL-ALARCÓN, *Psiquiatría*, Ed. Panamericana, 1986, p. 419; RUANO ESPINA, L., *La incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas psicóticas como causas de nulidad*, Bosch, 1989, p. 219; POCH, J., *Psicopatología de la conducta sexual*, p. 327; FREEDMAN, A. M. y KAPLAN, H. I., *Sadok. Compendio de psiquiatría*, p. 532.

²⁹ DE VERDA BEAMONTE, J. R., *Principio de libre desarrollo de la personalidad...*, *op. cit.*, p. 722.

³⁰ MONTROYA TRIVIÑO, B., *Psicopatología de la relación conyugal*, Ed. Díaz de Santos, 1999, p. 21.

hasta la de adulto, dentro de un medio social, junto con otros individuos y en una sociedad determinada³¹. El dinamismo de la personalidad humana equivale a su capacidad biológica que arranca desde el instante mismo de la fecundación en la que se transmiten datos genéticos y por lo tanto hereditarios, hasta el nacimiento del individuo³². Estos datos de transmisión genética, de hecho pueden ser modificados en función de presupuestos que sociológicamente están influyendo en la persona y que necesariamente inciden en su personalidad, tales como factores familiares, culturales, educacionales, familiares o ambientales, etc.; pero tal incidencia lo único que hace es condicionar o limitar hacia un lado o hacia otro, arriba o abajo los propios impulsos de su propia personalidad, porque lo esencial es la base biológica que es implantada en el individuo mediante la transmisión genética³³.

La personalidad implica una actuación reflexiva, libre y voluntaria, y supone, tanto la posibilidad de reflexión como la capacidad para reunir experiencias, y al mismo tiempo para poner en práctica el resultado de tales pensamientos y experiencias. Pero la personalidad, o mejor dicho, el hecho de «tener personalidad» o determinada personalidad, es el resultado de una serie de experiencias acumuladas a través de los años, sobre todo en los primeros años de aprendizaje: se trata, en suma, de un lento proceso de maduración psicológica. La orientación sexual de una persona es la «resultante última de una identificación amorosa plena proyectada en otro ser humano»; si tal proyección se refiere a una persona de otro sexo, la denominaremos heterosexualidad, y homosexualidad si se alude a un individuo del mismo sexo³⁴.

La situación se complica más aún, así nos lo parece, en el caso del transexual porque si la reflexión anterior es juzgada como correcta, hemos de realizar una serie de interrogantes para las que no hemos encontrado respuesta.

³¹ DEXEUS TRÍAS DE BES, J. M.^a, *La sexualidad en la práctica médica*, Ediciones Roche, 1963, p. 25; MONTOYA TRIVIÑO, B., *Psicopatología de la relación conyugal*, *op. cit.*, p. 4; DE VERDA BEAMONTE, J. R., *Autorización a la celebración...*, *op. cit.*, pp. 3 y 5; CERVILLA GARZÓN, M.^a D., *Transexualidad y cambio de sexo...*, *op. cit.*, p. 4.

³² DEXEUS TRÍAS DE BES, J. M.^a, *La sexualidad...*, *op. cit.*, p. 25

³³ FREUD, S., *op. cit.*, DEXEUS TRÍAS DE BES, *op. cit.*, p. 26; MONTOYA TRIVIÑO, B., «Malformaciones de la personalidad y sus principales manifestaciones clínicas frente al compromiso matrimonial», *Curso de Derecho matrimonial...*, t. X, 1992, p. 69; ROJAS MARCOS, E., «¿Quién eres?», *ABC*, 8 de diciembre de 2001, p. 64.

³⁴ MONTOYA TRIVIÑO, B., *Malformaciones de la personalidad...*, *op. cit.*, p. 104.

a) La Jurisprudencia y la doctrina hacen alusión, como sabemos, al «libre desarrollo de la personalidad», pero ni una ni otra intenta, aunque sólo sea de pasada, realizar el mínimo esfuerzo para definir, comprender o aprehender la personalidad del transexual, ni se hace un llamamiento a otras ramas de la ciencia para que nos ilustre acerca de los rasgos psicológicos y psiquiátricos, y aun físicos que caracterizan y definen al transexual.

b) ¿Es posible que la personalidad del transexual esté condicionada por factores patógenos, y por lo tanto tal personalidad sea el resultado de condicionantes genéticos unidos a factores estructurales, familiares, ambientales, etc.?

c) El transexual ¿se encuentra dentro de los parámetros de normalidad psíquica idéntica o parecida al heterosexual?

d) Debido a las presiones que soporta el transexual, ¿cabe pensar en que cuando menos, dispone de una personalidad alterada o condicionada como consecuencia de ciertas tensiones psicológicas?

A la vista está que la postura psicológica del transexual no es el resultado de una mera casualidad, salvo en el aspecto biológico más íntimo, ni tampoco es el producto o resultado de puro morbo o mero vicio, el transexual es así porque nace así, porque constitucionalmente es así, de ahí que al producirse en desfase entre su psiquismo de mujer y sus órganos masculinos se produzca una disfunción que resuelve mediante operación quirúrgica, tratamientos hormonales, operaciones mamarias, etc.; resumiendo, el transexual es una persona que tiene únicamente de varón el tributo anatómico, pero que piensa, siente y reacciona como una mujer, de ahí surge un sentimiento de necesidad de desprenderse del miembro viril y someterse a una intervención quirúrgica que le devuelva su plenitud como tal mujer.

Por ello, se afirma que el impedir o privar al individuo de unir su aspecto físico con el emocional, seguramente vulneraría el principio que recoge el artículo 10.1 de la Constitución Española³⁵, que proclama el libre desarrollo de la personalidad del sujeto, siguiendo lo establecido en el Tratado de Roma de 4 de noviembre de 1950, ratificado por España el 4 de octubre de 1979³⁶. Lo que ocurre es que no hay sostén suficiente

³⁵ ORTEGA FERNÁNDEZ, M.^a C., *Matrimonio del Transexual...*, op. cit., p. 547; ARRIBAS QUEVEDO, H., *Problemas jurídico-civiles...*, op. cit., p. 69.

³⁶ SSTs 2 de julio de 1987, 15 de julio de 1988, y 19 de abril de 1991; DE VERDA BEAMONTE, J. R., «Autorización de la celebración de matrimonio de un transexual con persona de su mismo sexo cromosómico», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 17, de mayo 2001, p. 3.

para afirmar que en base a la legislación citada, pueda encajarse la unión matrimonial de carácter transexual porque tanto la Constitución Española como el Tratado de Roma, como el propio Código Civil español, cuando hacen referencia al matrimonio, lo hacen en relación a una unión heterosexual sin que en ningún momento quepa la posibilidad de realizar otra interpretación y menos si ésta se lleva a cabo de manera a todas luces exagerada y extemporánea³⁷.

Pero la falta de legislación idónea no puede suponer jamás que en base a la aplicación del artículo 10.1 de la Constitución Española pueda exigirse un cambio de sexo, ni siguiera para determinar si el sexo psicológico prima sobre el sexo cromosómico o el gonádico. En este sentido, en el voto particular de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1989 se mantiene que no existe derecho de la persona al cambio de sexo, «por encima y anterior a las leyes, por lo que no se puede entender que entre el complejo haz de facultades de sujeto, esté la de exigir coactivamente a la sociedad y a sus instituciones el comportamiento o respuesta obligada a reconocer el derecho a cambiar de sexo cuando por causas endógenas o exógenas, congénitas o adquiridas, sufra el individuo el síndrome transexual, sino que le convierte en una persona de sexo distinto»³⁸.

La verdad es que, dígase lo que se quiera, desde hace poco tiempo, la realidad de las uniones en las que interviene un transexual es un hecho que tiene una repercusión sociológica con una proyección jurídica indiscutible, sin que desde este último ángulo se haya dado una solución real al problema, si bien en este momento se atisban claras muestras de dar una respuesta jurídica a la situación que plantean tales uniones; por ejemplo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de febrero de 1994 se accedía a un cambio de nombre, Miguel Ángel por Ángela, aunque se expresaba en la sentencia la «limitación de no contraer matrimonio»; y advertía la mencionada sentencia: «que si bien a una persona mayor no se le puede impedir contraer matrimonio, no se definía sobre dicha cuestión por no haber sido objeto del procedimiento». Sin embargo, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Lérida núm. 7, de 21 de septiembre de 1999, manifiesta que «no existe incapacidad alguna para que un transexual no pueda contraer matrimonio», y más tarde continúa que «no puede confundirse que dos hombres o dos mujeres no puedan contraer matrimonio,

³⁷ Artículo 3.1 del Código Civil.

³⁸ STS 3 de marzo de 1989, F.J. 2 del voto particular; DE VERDA BEAMONTE, J. R., *Transexualidad...*, op. cit., p. 4.

lo que no impide que estas mismas personas puedan contraerlo con personas de sexo distinto, de un caso de alguien que por ser transexual tiene ya prohibido su derecho constitucional a contraer matrimonio»³⁹. De otro lado, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1989 deja el camino abierto para que los órganos judiciales puedan precisar los efectos que puedan derivarse del cambio de sexo. Según se afirma, el cambio que se realiza es total, por lo que de acuerdo con el artículo 10 de la Constitución Española, se impone dejar al individuo que desarrolle con plenitud su propia personalidad, lo contrario sería dejar las cosas a medio camino, y si no se admitiera el cambio a todos los efectos, se crearía un tercer sexo de imposible encaje en cualquier tipo de personalidad. El hecho cierto es que como consecuencia de una actitud aperturista, tanto el Juzgado de Primera Instancia de Lérida en la Sentencia ya aludida, como un auto dictado en 10 de enero de 2000 por el Juzgado de Primera Instancia de Málaga, Melilla, declaran la capacidad total del transexual sin limitación alguna, por lo que, evidentemente, éste podría contraer matrimonio⁴⁰, toda vez que la prohibición de contraerlo contradeciría «la evolución de los tiempos presentes»⁴¹. Pero la evolución técnica que en no pocas ocasiones conlleva una evolución social, no quiere decir que socialmente resulte siempre bueno aquello que se consigue a través de tal evolución, pues puede ocurrir que el exceso de técnica o técnicas mal utilizadas o defectuosamente empleadas puedan resultar contraproducentes para el conjunto social. Por ejemplo, las píldoras anticonceptivas que fueron presentadas como panacea de una serie de problemas, entre ellos el evitar unos embarazos no deseados, trajo como consecuencia a las mujeres muchas enfermedades de tipo cancerígeno, así como un descenso alarmante de la natalidad, con lo cual el conjunto social se vio seriamente amenazado. No parece procedente fijar metas para el actual tipo de sociedad, sino que tales metas han de servir tanto para la sociedad de hoy como para sociedades futuras.

Como hemos apuntado con anterioridad, la conversión fácil de un hombre en mujer no ha resuelto, porque no puede, el problema de la descendencia. Efectivamente, al transexual se le ha creado un órgano externo, aparentemente idéntico al de una mujer; la ciencia, al día de hoy, no ha

³⁹ DE VERDA BEAMONTE, J. R., *Transexualidad...*, *op. cit.*, p. 6.

⁴⁰ CERVILLA GARZÓN, M.^a D., «Transexualidad, cambio de sexo y derecho a contraer matrimonio», *La Ley*, núm. 5295, 25 de abril.

⁴¹ Sentencia de la SIPI de Lérida núm. 7, 1999, F.J. 5; CERVILLA GARZÓN, M.^a D., *Transexualidad y cambio de sexo...*, *op. cit.*, p 4.

sabido crear al mismo tiempo todo un complejo órgano reproductor, con lo cual, una de las esencias del matrimonio, como es la creación de una familia, en el caso de una matrimonio contraído por un transexual, se viene abajo. Para evitar tal situación se pretende constituir una familia a través de la adopción. En este sentido parte de la doctrina viene manteniendo que la incapacidad para procrear no es causa suficiente para negar el matrimonio⁴², ya que en ese caso no podrían acceder al matrimonio parejas heterosexuales con imposibilidad de procreación. La comparación no deja de ser curiosa porque en el caso del matrimonio heterosexual, la mujer no puede concebir por un defecto natural de los organismos reproductores, ello sin tener en cuenta que la esterilidad puede sobrevenir como consecuencia de un defecto constitucional del esposo. Es cierto que la relación sexual puede mantenerse en uniones en las que interviene un transexual, pero no es menos cierto que al carecer éste de órganos reproductores, se ha construido tal órgano mediante operaciones, hormonas, etc., una «mujer artificial» y por tanto carente de tales órganos. Una cosa es que no quepa la posibilidad de procreación como consecuencia de defectos orgánicos en los órganos reproductores femeninos, y otra muy distinta es que se haya procedido a la construcción de una vagina artificial sin que al mismo tiempo, haya sido posible la consolidación de tales órganos reproductores; la consideración médica, ética, sociológica y jurídica, han de ser necesariamente distintas. Ha de convenirse que la procreación es una consecuencia lógica del vínculo matrimonial, pero no es el matrimonio en sí, el matrimonio seguirá existiendo haya o no descendencia; por el camino de la identificación del matrimonio con la procreación podría llegarse a la incongruencia de que tan pronto la mujer llegase a una edad no fértil el vínculo matrimonial podría romperse por la simple voluntad de uno de los cónyuges⁴³. Quienes mantienen la tesis de la discriminación, no quieren comprender que la supuesta diferenciación no está en función del sexo sino que es la lógica consecuencia de la presencia de factores extramatrimoniales. Si el matrimonio tradicional es una institución para personas de sexo

⁴² DE VERDA BEAMONTE, J. R., *Transexualidad...*, op. cit., p. 6; GADIVIA SÁNCHEZ, J. V., *Matrimonio y uniones libres...*, op. cit., p. 4.

⁴³ El Tribunal Supremo norteamericano, en el caso *Bowers versus Hardwick*, 1986, mantuvo que no se ha demostrado ninguna conexión entre la familia, el matrimonio y la procreación, por un lado, y la actividad homosexual por otro. NAVARRO VALLS, R., «El matrimonio institucional en dos recientes leyes estadounidenses», *Revista de Derecho Privado*, noviembre de 1998, p. 765. DE VERDA BEAMONTE, J. R., «El principio del libre desarrollo de la personalidad y el “ius connubii”», *Revista de Derecho Privado*, octubre de 1998, p. 723.

contrario, no se pueden aplicar las mismas normas cuando van destinadas a personas del mismo sexo, ni tampoco a aquellas otras en las que el sexo opuesto se ha obtenido mediante mecanismos artificiales. Eso sí, la posible discriminación sería detectable tan pronto exista una negativa por parte del legislador de crear una normativa idónea para que el homosexual y el transexual puedan «contraer matrimonio»⁴⁴ en la que se contemplen las especiales características físicas y psíquicas de ambos colectivos ya que tal postura vulneraría el artículo 14 de la Constitución Española.

La verdad es que la doctrina se inclina, lo mismo que la jurisprudencia, por esta equiparación casi absoluta sobre todo en base al principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad en base al contenido del artículo 10.1 del texto constitucional, así como cuanto se refiere a la dignidad de la persona⁴⁵.

Es posible que los homosexuales y transexuales se sientan discriminados por razón de sexo⁴⁶ o por cualquier otra circunstancia social o personal, discriminación, que a nuestro modo de ver carece de apoyatura alguna por cuanto, en primer lugar, el estatus jurídico aplicado al matrimonio, no puede extenderse a otras uniones por semejantes al matrimonio que éstas sean, ya que los planteamientos sociológicos y jurídicos son diferentes; y de otro lado, porque la exigencia de un estudio serio que facilitase al legislador datos capaces de intentar la creación de una normativa idónea que contemplara las nuevas relaciones jurídicas que exigen homosexuales y transexuales, no tiene visos de discriminación alguna, antes, al contrario, la entrada en vigor de una norma de tales características debería ante todo establecer una línea de actuación en cuanto a los derechos y deberes se refiere, distinta a la normativa matrimonial, aunque paralela a ella. Ya sabemos que el matrimonio es una institución típicamente heterosexual, por lo que, entendemos que, habría que haber creado una institución tangencial que contemplase de forma específica las necesidades de aquel tipo de uniones⁴⁷.

⁴⁴ Concepto ficticio de matrimonio o similar al heterosexual; recordemos que anteriormente hemos advertido que el concepto de matrimonio únicamente es aplicable a uniones de carácter heterosexual.

⁴⁵ CERVILLA GARZÓN, M.ª D., «Transexualidad, cambio de sexo y derecho a contraer matrimonio», *La Ley*, 25 de abril de 2001, núm. 5.295, p. 2.

⁴⁶ Artículo 14 de la Constitución Española.

⁴⁷ «La diferencia de tratamiento entre la unión heterosexual y la homosexual obedece a motivos razonables y fundados». *Vid.* nota 292, p. 102. NAVARRO VALLS, R., *Matrimonio y Derecho...*, *op cit.*

Consideramos que la supuesta discriminación no es tal porque el matrimonio siempre ha sido entendido como una unión entre un hombre y una mujer como mantiene la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1993. En tanto que la unión de homosexuales y las de transexuales obedecen a planteamientos físicos, sociológicos y personales totalmente distintos al matrimonio tradicional, lo que exige unos mecanismos de protección diferentes a los del matrimonio convencional. Pero pese a todo, como acertadamente recoger el profesor NAVARRO VALLS, los homosexuales (lo mismo que los transexuales) no pueden ser considerados como «minorías en el sentido jurídico, pues no puede encuadrarse la supuesta discriminación ni dentro de los motivos enumerados entro del artículo 14 de la Convención de Roma, ni tampoco pueden ser comprendidos entre las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas a las que se refiere el artículo 27 del Pacto Internacional relativo a los derechos civiles y políticos de la ONU; otra cosa distinta es que la discriminación venga de la mano del rechazo a tales grupos por motivos laborales, o como resultado de la exigencia de determinadas cualidades personales o por cualesquiera otras causas»⁴⁸.

Dejando aparte cuanto se refiere a reconducir la discriminación, no faltan quienes pretenden reducir la distinción entre el matrimonio heterosexual y el homosexual a una simple diferenciación entre quienes pueden tener hijos comunes y quienes no pueden tenerlos, y dejarlo reducido a un compromiso de comunidad de vida⁴⁹, porque entonces el matrimonio quedaría reducido a la pareja y a las consecuencias jurídicas inherentes a la misma, por lo que, en mera hipótesis, habría que hacer desaparecer del Código Civil cuanto se refiere a alimentos, patria potestad, derecho sucesorio, etc. Pero resulta un tanto sorprendente que por un lado se afirme que el matrimonio quede reducido a la comunidad de vida de la pareja,

⁴⁸ NAVARRO VALLS, R., «El matrimonio institucional en dos recientes leyes estadounidenses», *Revista de Derecho Privado*, noviembre de 1998, p. 765.

La STS de 7 de octubre de 1988 mantiene que «El artículo 14 Constitución Española prescribe, con caracteres de generalidad, que los hombres y mujeres han de ser igualmente tratados por el Derecho, en cuanto a aquello que es esencialmente igual a unos y otros, esto es, respecto a los derechos fundamentales que son corolario de la dignidad humana, pero no impide para que en los casos concretos hayan de ponderarse las diferencias que naturalmente existen cuando rebasan aquel estricto contenido, pues la discriminación se produce como consecuencia de una distinción perjudicial como base en hechos que deben ser irrelevantes desde el punto de vista socio-jurídico». En el mismo sentido *vid.* STC 1 de julio de 1991.

⁴⁹ GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V., *Matrimonio y uniones libres...*, *op. cit.*, p. 5.

desgajándole de todo cuanto a descendencia se refiere, y por otro lado el punto más conflictivo de las uniones entre homosexuales y transexuales sea precisamente cuanto se refiere a los hijos mediante la adopción, en suma a la creación de la familia.

La realidad, al menos es lo que a nosotros nos parece, es que se ha dado una amplitud exagerada al concepto sexo. Una cosa es la protección del transexual, lo que parece lógico, incluso desde el ángulo unitivo con otra persona de sexo contrario, y otra muy distinta la equiparación a ultranza de aquél y la mujer. De lo que no cabe la menor duda es de que la mujer, desde un punto de vista sociológico, ha alcanzado cotas, lógicas por otra parte, de equiparación al varón y aun en muchas ocasiones superando a éste para luego ser equiparada a una mujer construida de forma artificial mediante mecanismos quirúrgicos. Pese a todo creemos que la locución «desarrollo de la personalidad» ha sido utilizada como una declaración de principio, puesto que en la Jurisprudencia citada, incluso en la Resolución de los Registros y del Notariado de 8 de enero de 2001, no se han llevado a cabo, al menos no se dice, que se hayan realizado serios estudios tendentes a averiguar, por una parte, el tipo de personalidad que posee una mujer de tipo medio; ni tampoco se han realizado estudios, al menos no se dice, respecto a la personalidad del transexual; ni se han contrastado las características más comunes de la personalidad de unas y otros, ni tampoco han sido expuestos los resultados de tal comparación⁵⁰.

Lo que de verdad puede exigir tanto el homosexual como sobre todo el transexual, en atención a lo dispuesto en los artículos 32.1 de la Constitución Española y 46 y 47 del Código Civil, es que en virtud de derecho al desarrollo de la personalidad, no se le impida o limite su unión con otra persona por aplicación del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución⁵¹. Ahora bien, si desde el punto de vista cultural, social y jurídico, solamente puede hablarse de matrimonio con carácter heterosexual, y con el fin de mantener el referido principio de igualdad, parece que la lógica alternativa sería la exigencia al legislador de la creación de una estructura jurídica que contemple las uniones de tales perso-

⁵⁰ En el apartado 4.º del voto particular de la STS de 3 de marzo de 1989 se admitía lo siguiente: «Además no existen estudios en nuestro ordenamiento juicio contrarios al cambio y la realidad del drama psíquico de quien lo padece, ni parece que exista relación de causa a efecto, y que por ello se origine el deber de los tribunales de llenar el supuesto vacío.»

⁵¹ DE VERDA BEAMONTE, J. R., *Principio de libre desarrollo de la personalidad...*, *op. cit.*, p. 725.

nas, en función, precisamente, del ejercicio de ese principio de igualdad, pues no hay que olvidar que, como hemos visto con anterioridad, la estructura física del transexual no es igual que la de la mujer, sino solamente parecida.

El hecho cierto es que se observa que mientras que en el sistema europeo se pretende seguir una tendencia de equiparación entre el matrimonio tradicional en el que sus componentes pertenecen a sexos distintos y los «matrimonios» entre homosexuales y transexuales, en el Derecho norteamericano se está volviendo al matrimonio institucional destacando en él las notas de heterosexualidad y estabilidad, y reservando el término matrimonio para designar la unión legal entre un hombre y una mujer como marido y esposa, y reservando el término «cónyuge» a personas casadas del sexo contrario⁵².

III. DERECHO COMPARADO

Las primeras manifestaciones en las que se reconocían las uniones entre homosexuales fueron Dinamarca y Noruega. Aunque el motivo de este artículo haga referencia a los transexuales, ante la falta de legislación respecto de tales uniones, vamos a hacer referencia a aquéllas, en la creencia de la afinidad, aunque no existan semejanzas, de rasgos entre unos y otros.

Dinamarca

En este país fue aprobada en 1 de octubre de 1989 la «Ley de Cohabitación Registrada», que si bien hace referencia a las uniones heterosexuales, se aplica también a las uniones homosexuales, siempre que tales uniones estén registradas en su registro correspondiente. En dicha norma se hace referencia a distintos derechos sociales, pensiones, arrendamientos, derechos patrimoniales y sucesorios, etc. Se excluye la adopción y la patria potestad conjunta, así como se declara inválida para este tipo de uniones la forma religiosa de las mismas.

⁵² NAVARRO VALLS, R., «El matrimonio institucional en dos recientes leyes estadounidenses», *Revista de Derecho Privado*, noviembre de 1998, p. 765.

Noruega

Promulga en 1 de agosto de 1993 la «Ley de Cohabitación Registrada» que es prácticamente un calco de la ley danesa antes citada.

Suecia

El tratamiento de las uniones homosexuales se realiza por una doble vía: por una parte, la «Ley de Cohabitantes Homosexuales» no prevé la extensión de los efectos de las uniones entre homosexuales al período disolutivo de tales uniones y por ello aluden a las divisiones de bienes, liquidaciones de enseres de uso personal, etc.; por otro lado, en 23 de junio de 1994 fue promulgada la «Ley de Cohabitación Registrada»; esta norma determina el mismo régimen que para los matrimonios heterosexuales, incluye la forma religiosa e impide la adopción y la tutela conjunta.

Holanda

Este tipo de uniones aparece refrendada por la Ley de 1 de enero de 1998, en la que se pone de manifiesto que tanto las parejas heterosexuales como las homosexuales pueden celebrar un «Contrato de Convivencia Registrada» si bien el concepto de institución matrimonial, al igual que sus ritos y formalidades, queda reservado para las uniones heterosexuales. A los contratantes homosexuales no se les permite adoptar hijos. Esta norma resulta muy avanzada respecto a las anteriores puesto que permite ejercer la patria potestad a los hijos de uno de ellos bajo ciertas condiciones como puede ser la autorización del padre o madre biológicos o la autorización de un juez. Posteriormente, en 7 de febrero de 1998 el Gobierno holandés se comprometió a estudiar un proyecto de ley en el que se permitiera a los miembros de tales uniones la adopción conjunta siempre que fueran parejas de hecho legalmente registradas.

Francia

Surgieron distintas iniciativas parlamentarias en las que se proponía la regulación de las parejas no casadas que concluyó con la proclamación en París el 15 de abril de 1998 del «Manifiesto en defensa del matrimonio republicano» en el que se concluía con el más absoluto rechazo a la

equiparación del matrimonio a las uniones homosexuales. Pese a todo, dentro del Código Civil, dentro del marco del derecho de familia, se creó un Libro I bis, en el que se contemplaban diversos aspectos de carácter personal, fiscal, administrativo, asistencial en relación con la pareja no casada. Se excluyen las repercusiones que pueda haber respecto a la filiación, adopción de menores o inseminación artificial⁵³.

Alemania

En este país, y en concreto en relación con los transexuales, se adoptan dos soluciones en la Ley de 10 de septiembre de 1980. Una, la regulada en los párrafos 1 al 7 TSG que no pasa a ser más que un cambio de nombre que puede ser solicitada por una persona mayor de 23 años que al menos durante tres años tenga la convicción psicológica de pertenecer al sexo contrario. Y una segunda solución contemplada en los párrafos 8 al 12 TGS que implica tanto como un cambio oficial de sexo, para lo cual se exigen los siguientes requisitos: no estar casado, tener una incapacidad permanente para procrear, haberse sometido a una operación quirúrgica en la que se modifiquen los órganos sexuales.

Italia

La transexualidad está regulada en la Ley de 14 de abril de 1982. Se permite la rectificación registral del sexo en virtud de sentencia firme en la que se atribuya a la persona un «sexo distinto al que figure en la inscripción registral de nacimiento siempre que se haya seguido la modificación de sus caracteres sexuales. Se autoriza al transexual a contraer matrimonio⁵⁴.

IV. BREVÍSIMA REFERENCIA A LAS LEYES AUTONÓMICAS ESPAÑOLAS

En nuestro país la legislación autonómica ha venido a regular la necesidad de llenar el vacío legal respecto de las uniones de hecho. De

⁵³ TALAVERA FERNÁNDEZ, A., «La institucionalización jurídica de las uniones homosexuales en España», *La Ley*, núm. 5.315, 14 de mayo de 2001, p. 8.

⁵⁴ DE VERDA BEAMONTE, J. R., *Autorización de la celebración...*, *op. cit.*, p. 7.

esta manera las Autonomías de Cataluña, Aragón, Navarra, Islas Baleares y Madrid, disponen de este tipo de legislación. El 30 de julio de 1998 fue aprobada la Ley de Uniones Estables en Cataluña; en 12 de marzo de 1999 se promulgó la Ley de Parejas no Casadas de Aragón; en Navarra se aprobó la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la Igualdad Jurídica de las Parejas Estables. Dicha normativa solamente es aplicable a las personas que pertenecen a dichas comunidades; por Ley 18/2001 de 19 de diciembre de 2001, fue promulgada la Ley de parejas estables de Baleares; y en esa misma fecha, se aprobó la Ley 11/2001 relativa a las uniones de hecho de la Comunidad de Madrid. La Ley catalana distingue entre las parejas homosexuales y las heterosexuales, si bien en pie de igualdad. La Ley aragonesa, por contra, contempla una única figura de unión, independiente de la orientación sexual. Ni una ni otra norma hacen referencia a la problemática que plantean los transexuales. Sin embargo, la Ley navarra sí alude al matrimonio en el que interviene un transexual en régimen de igualdad con el matrimonio heterosexual, hasta el punto de que ha admitido la adopción conjunta realizada por parejas homosexuales, adelantándose así a la normativa sueca aprobada en 6 de junio de 2002 por la que los homosexuales pueden adoptar niños de cualquier nacionalidad.

V. LA PROPOSICIÓN DE LEY SOBRE EL DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL

El *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, Serie III A núm. 8-a de 21 de diciembre del año 2000 referencia 622/000006 publicó el texto de una proposición de Ley sobre el derecho a la identidad sexual. En dicho texto se reconoce el derecho a la identidad sexual del transexual que aparece como un nueva expresión del derecho de la personalidad. Se reconoce al transexual a cambiar de anatomía así como a cambiar la inscripción registral. La rectificación ha de ser acordada por el juez en sentencia judicial. Igualmente, se permite el cambio de nombre y datos de identidad para acoplarlos al nuevo sexo. Por último, se declara que el transexual, una vez firme la sentencia, gozará de «todos» los derechos inherentes al nuevo sexo legal.

De aquí se infiere que al utilizar el término «todos» habrá que entender que está incluido el derecho a contraer matrimonio. Sin embargo, parece ser que la citada Proposición de Ley ha quedado aparcada *sine die*,

como lo demuestra el hecho de que desde la publicación de la proposición, no se ha vuelto a tratar el tema, a pesar de haber transcurrido más de dos años.

VI. LA TRANSEXUALIDAD DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO MATRIMONIAL CANÓNICO⁵⁵

Ante todo hemos de partir de la base de preguntarnos qué es y en qué consiste el matrimonio canónico. Tales preguntas ya han sido contestadas hace muchísimos años tanto por los canonistas como por el propio Codex, siempre se ha entendido el matrimonio canónico como la unión de un hombre y una mujer, con unos fines concretos: el bien de los cónyuges, la procreación y la educación de los hijos, etc. La tradición jurídico canónica aceptó las clásicas definiciones que del matrimonio se habían hecho en el Derecho romano: MODESTINO ya definía el matrimonio como «Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio»; por su parte JUSTINIANO estima que «Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio individuae consuetudinem vitae continens». La Encíclica *Castii connubii* recoge la definición de MODESTINO y entiende el matrimonio como «la unión de un hombre y una mujer en una comunidad de vida plena, con la consiguiente participación y comunicación en los bienes comunes». Por su parte, el canon 1.055 vuelve a insistir en calificar al matrimonio como un consorcio... constituido entre varón y mujer... con unos fines a los que hemos aludido con anterioridad⁵⁶.

⁵⁵ «Matrimonio es la unión de dos personas de sexo distinto con intención de ser marido y mujer... basado en la convivencia conyugal y en la *affectio maritalis*». IGLESIAS, J., *Derecho Romano*, Ariel, 1953. Hay que hacer notar que en este instante la jurisprudencia se muestra vacilante, pues en tanto que existen Juzgados que solamente conceden la separación matrimonial si se cumplen los supuestos a los que se refiere el artículo 82 del Código Civil, por contra, para otros Juzgados como los de Cataluña y algunos de Sevilla, basta la simple alegación de la desaparición de la *affectio maritalis* para que se conceda la separación solicitada. BERNÁRDEZ CANTÓN, A., *Derecho Matrimonial Canónico*, Tecnos, 1994, p. 23. LÓPEZ ALARCÓN, M. y NAVARRO VALLS, R., *Curso de Derecho Matrimonial Canónico y Concordado*, Tecnos, 1987, p. 54. NAVARRO VALLS, R., *Matrimonio y Derecho. Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 1994, p. 89.

⁵⁶ BERNÁRDEZ CANTÓN, A., *Derecho Matrimonial Canónico*, Tecnos, 1994, p. 22; FORNÉS, J., *Derecho Matrimonial Canónico*, Tecnos, 1990, p. 15; NAVARRO VALLS, R., *Matrimonio y Derecho. Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 1994, p. 89; HERVADA, J., *Cuatro lecciones de Derecho Natural*, Eunsa, 1989, p. 147;

Estas definiciones contienen, en esencia, el concepto de lo que es el matrimonio para el Derecho Canónico: una unión entre un hombre y una mujer. Dicha unión es eminentemente heterosexual y además monógama. Ello quiere decir que el matrimonio lo constituyen seres diferenciados sexualmente; que el matrimonio surge de una atracción física y espiritual entre personas de diferente sexo; que mediante el matrimonio se realiza el mutuo complemento habida cuenta de que el sexo tiene un carácter complementario para el otro cónyuge; y, por último, el matrimonio está abierto tanto a la paternidad cuanto a la maternidad, en cuanto término natural al que tienden la virilidad y la femineidad⁵⁷.

El matrimonio es la consecuencia de la naturaleza humana del individuo, cuyo núcleo está constituido por determinadas capacidades físicas y psíquicas de las personas, incluido el consentimiento de tales personas. La naturaleza humana se apoya en la dignidad de la persona, y está sustentada por una serie de factores invariables inherentes a la propia condición de la persona como tal persona, unida a otros elementos variables como pueden ser la religión, la educación o determinados valores sociales. Pero la unión matrimonial no sólo es la unión de dos vidas o dos personas, sino que se transforma, por el hecho de contraer, en una unidad jurídica tendente a realizar determinados fines⁵⁸. Pero además, el matrimonio realiza una función social, pues como consecuencia de la unión, hombre y mujer, además de la complementariedad y mutuo auxilio, al

POMPEDDA., SER M. F., *Il difetto della discrezione di Giudizio. Corso de Derecho Matrimonial y Procesal Canónico para profesionales del Foro*, Univ. Pontificia de Salamanca, 1999, p. 61; SCOLA, A., *Il misterio nuziale Uomo Donna*, Univ. Pontificia Lateranense, Ediciones Encuentro, 2001, pp. 54, 63 y 282; GARCÍA FAILDE, J. J., *La nulidad matrimonial hoy*, Bosch, 1999, p. 14; CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L. H., «Lo que sí es y lo que no es el matrimonio», *ADEE*, vol. XII, 1996, p. 263; GARRIDO DE PALMA, V. M., «Matrimonio y familia, ¿crisis institucional?», *ADEE*, XII, 1996, p. 253; MARTÍNEZ AGUIRRE, C., «Uniones no matrimoniales y Derecho», *ADEE*, XII, 1996, p. 253; NAVARRO VALLS, R., «Matrimonio y libertad religiosa», *AF DEE*, vol. XII, 1996, pp. 362 y ss.

⁵⁷ GARCÍA FAILDE, J. J., *La nulidad matrimonial, hoy*, Bosch, 1994, p. 169. Decididamente la Iglesia Católica se muestra en franco desacuerdo con la aprobación jurídica del matrimonio homosexual y que puede extenderse a aquellas uniones en las que interviene un transexual, cuando mantiene: «La unión entre dos hombres o dos mujeres no puede constituir una verdadera familia, menos aún se puede atribuir a dicha unión el derecho a la adopción de hijos privados de familia, pues a estos hijos se les aporta un peligroso daño, ya que en esta familia “suplente” ellos no encuentran al padre y a la madre sino “dos padres” y “dos madres”». Alocución durante el *Angelus*, domingo 20 de febrero de 1994. En el mismo sentido se pronunció la Conferencia Episcopal Española en 24 de junio de 1994.

⁵⁸ GARCÍA FAILDE, J. J., *La nulidad matrimonial, hoy*, Bosch, 1999, p. 16.

estar ordenado a la procreación, cumple con el continuismo humano y perpetuación de la especie, con la lógica incidencia en el conjunto social.

Por otra parte, se hace referencia tanto en la legislación civil como en la propia Constitución al matrimonio como unión entre varón y hembra de donde se infiere que tanto desde el punto de vista del legislador como de la perspectiva humana, cultural, histórica y sociológica el matrimonio se haya considerado como la unión de sexos opuestos. Partiendo de esa base habrá que tomar en consideración, para admitir las uniones entre homosexuales o en las que interviene un transexual, los cambios que inevitablemente se producen con el devenir de los tiempos, y asumir las transformaciones de mentalidad, los avances técnicos, las motivaciones sociológicas, los cambios de fundamentación cultural, etc., que, querámoslo o no, están incidiendo en una determinada sociedad en un momento histórico determinado. Desde este ángulo no parece descabellado el hecho de que tanto el homosexual como el transexual tengan especial empeño en que se les reconozcan sus respectivas uniones; otra cosa es que tales uniones puedan tener la consideración de matrimonio.

Hay que advertir, para despejar incógnitas en torno a la cuestión matrimonial, que entre el Derecho Civil y el Canónico, existen claras diferencias; para el Derecho Civil, basta que los futuros cónyuges muestren su deseo de contraer, no se hace ninguna referencia a cuanto se relaciona con la sexualidad, ni otros aspectos, presupuestos o requisitos contemplados por el Derecho Canónico; de forma que puede perfeccionarse el matrimonio con el simple presupuesto de que conste el deseo de contraerlo; ésta es la razón por la que en el matrimonio civil no se entra a considerar toda referencia a la problemática que puede presentar el aspecto sexual en la relación de pareja. Otra cosa distinta es el matrimonio canónico, en el que adquieren especial preponderancia las relaciones sexuales conyugales, como lo demuestra el hecho de la tendencia a la procreación y educación de los hijos, y, sobre todo, cuanto se refiere a la idea del bien de los esposos. Mientras que en el matrimonio civil se hace referencia al momento de contraer y en el instante de la disolución, en el matrimonio canónico entra en juego una proyección futura de tal matrimonio, como pueden ser los hijos, o el adecuado establecimiento de relaciones interpersonales u otras relaciones semejantes. Se nos puede alegar que en el Código Civil también se hace referencia a los hijos, a los alimentos, a la educación, etc., lo que ocurre, y aquí reside la diferencia, es que en la jurisdicción civil, cuanto se refiere a los hijos aparece como un añadido, al hecho de contraer, en tanto que en la jurisdicción canónica

todo cuanto se refiere a los hijos, etc., es una cuestión consustancial con el matrimonio, y hasta tal punto esto es así que no puede desligarse el matrimonio de cuanto se refiere a la descendencia⁵⁹, si bien, como ya se ha dicho, ésta es la lógica consecuencia de aquél.

Después de todo lo dicho, no parece que la unión entre homosexuales o en la que intervenga un transexual esté capacitada ni física ni psíquicamente para lograr el cumplimiento de los fines citados. Pero dejando esto bien sentado, si como consecuencia de determinadas variaciones conceptuales, sociológicas, etc., se admite la unión entre tales personas, habrá que dar alguna solución jurídica a unas uniones que no pueden ser ocultadas en una realidad social como en la que actualmente vivimos, aunque tal solución no pase por el concepto de matrimonio tal y como lo entiende el Derecho Canónico. Tanto en el caso de los homosexuales, y por extensión, de los transexuales, éstos no son capaces de asumir una función asociada al matrimonio⁶⁰.

Ya hemos visto cómo, desde el punto de vista de la legislación supraestatal, el homosexual no podía ser tratado como un enfermo, y al mismo tiempo se declaraba que gozaba de todos los derechos civiles, incluido el de contraer matrimonio; postura ésta que puede ser extrapolada, al menos en parte, a la problemática que plantean los transexuales. La homosexualidad no constituye una enfermedad psíquica. En estos supuestos la persona sufre de una variación cualitativa de la estructura psicosexual de la personalidad determinada distintos elementos educacionales que concurrieron en la elaboración de dicha personalidad; en todos estos casos el individuo no ha tenido posibilidad de elegir, sino que se ha visto obligado a aceptar⁶¹. Para VERA URBANO y REQUENA MALDONADO existe en el homosexual una base anatómica; un desequilibrio hormonal, unos determinados factores psicológicos y de desarrollo en función de la personalidad, y una manifestación de inmadurez⁶². Desde esta

⁵⁹ CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L. H., *Lo que sí es...*, op. cit., p. 269.

⁶⁰ MARTÍNEZ AGUIRRE, C., *Uniones no matrimoniales y Derecho*, op. cit., p. 356.

⁶¹ MONTOYA TRIVIÑO, B., *Psicopatología de la relación conyugal*, op. cit., p. 170; VIDAL-ALARCÓN, *Psiquiatría*, p. 422.

⁶² VERA URBANO, F. y REQUENA MALDONADO, J., «Homosexualidad y consentimiento en el matrimonio», *Curso de Derecho Matrimonial y Procesal Canónico para profesionales del Foro*, XIV, 1996, p. 326.

La STS de 2 de julio de 1989 reconoce tal diferencia cuando mantiene en el F.J. 3: «ni que decir tiene que muchas de estas desviaciones tienen una decisiva influencia sobre la psique del sujeto que las padece, produciendo en el mismo un sexo psíquico distinto del que, por razón de su biología molecular, le correspondía». Por su parte, la STS de 2 de

perspectiva, se observa la existencia de una disociación entre el legislador europeo, que trata a tales individuos como personas física y psicológicamente normales, y la realidad diaria.

Lo que es indiscutible es que en el transexual se produce una distorsión al tener un físico de varón, en tanto que psicológicamente responde a un rol femenino, padeciendo por tanto de una «crisis de identidad genérica». En el transexual el sexo psicológico es por completo opuesto al somático, no puede calificarse de psicótico porque su convicción no es delirante. Son el resultado de una interacción familiar muy conflictiva para su identidad durante los años de la infancia⁶³. Desde lactante tiene una gran dependencia de la madre, y en su vida intrauterina padece de un trastorno motivado por cierta impregnación hormonal⁶⁴. La identidad y la conducta genética supone tanto como una adecuada combinación de elementos físicos y psicológicos que unidos nos van a dar las características diferenciales entre el varón y la hembra. Lo que perfila al transexual es la dificultad, y en muchas ocasiones la imposibilidad, de la fijación de su propia identidad sexual, ya que la persona presenta un convencimiento constante de que es una persona del sexo opuesto, y como tal se comporta. Mientras que el homosexual no tiene problemas de identidad sexual, el transexual sí padece este problema. El transexual piensa y se desenvuelve como una persona del sexo opuesto⁶⁵.

Genéticamente el sexo es el resultado de una combinación de cromosomas; gonadalmente, el sexo viene determinado por los testículos o los

julio de 1987 admitía: «La primera consecuencia, y habida cuenta los principios que rigen nuestro sistema registral civil, sería la de que el transexual tiene un primigenio derecho a cambiar el nombre de varón por el de hembra, pero sin que tal modificación registral suponga una equiparación absoluta con la del sexo femenino para realizar determinados actos o negocios jurídicos, toda vez que cada uno de éstos exigiría la plena capacidad y aptitud en cada supuesto».

⁶³ VIDAL-ALARCÓN, *Psiquiatría*, Ed. Panamericana, 1986, p. 420; REQUENA MALDONADO, J. y VERA URBANO, F., «Homosexualidad y consentimiento en el matrimonio», *Curso de Derecho Matrimonial y Procesal Canónico para profesionales del Foro*, XIV, 1996, p. 330.

AZNAR GIL, F., «Homosexualidad y matrimonio», *Curso de Derecho Matrimonial y Procesal Canónico para profesionales del Foro*, VII, 1986, p. 332.

⁶⁴ MILLOT, C., *Exsexo. Ensayo sobre el transexualismo*, Ed. Paradiso, 1983, pp. 20 y 42.

⁶⁵ AZNAR GIL, F., «Homosexualidad y matrimonio», *Curso de Derecho Matrimonial y Procesal Canónico para profesionales del Foro*, VII, Univ. Pontificia de Salamanca, 1986, pp. 334 y ss.; GARCÍA FAILDE, J. J., *Trastornos psíquicos y nulidad de matrimonio*, Univ. Pontificia de Salamanca, pp. 405 y 406; SERRANO RUIZ, J. M.^º, «La nulidad de matrimonio por anomalías psico-sexuales», *Curso de Derecho Matrimonial y Procesal Canónico para profesionales del Foro*, Univ. Pontificia de Salamanca, 1975, p. 58.

ovarios; hormonalmente la mujer produce estrógenos, y el varón testosterona o andrógenos, desde un punto de vista físico, el varón posee pene y la mujer vagina⁶⁶.

La Organización Mundial de la Salud define el transexualismo⁶⁷ como una desviación centrada en la creencia fija de que los caracteres sexuales externos no son los que corresponden a la persona, por cuyo motivo se tiende hacia el cambio de órganos sexuales por medio de la operación quirúrgica.

La DSM III (Asociación Americana de Psiquiatría)⁶⁸ lo clasifica dentro de los trastornos psicosexuales y sus rasgos esenciales consisten en un sentimiento persistente de malestar y de inadecuación respecto del propio sexo anatómico y un deseo pertinaz de liberarse de sus propios genitales y de vivir como una persona del sexo contrario. Se requiere que la alteración sea continua al menos con dos años de antelación y que no sea debida a otro trastorno mental o se halle asociada a alguna anomalía intersexual. Existe en el transexualismo una alteración de la personalidad⁶⁹ en la que aparecen con frecuencia situaciones de ansiedad, depresión, etc. En los casos de operación quirúrgica el comportamiento que asume la persona es precisamente el del rol inherente al sexo contrario. Se observa en estos sujetos una escisión entre los caracteres anatómico-fisiológicos del propio organismo, y los psicológicos; poseen una mentalidad femenina en un cuerpo masculino y viceversa. Aquí se plantea la diferencia entre homosexual y transexual, el primero no desea cambiar su aspecto, en tanto que el transexual necesita cambiar la morfología del propio cuerpo con el fin de hacer coincidir el aspecto exterior con el sexo vivido⁷⁰. El transexual muestra una necesidad constante de vivir y comportarse como una persona del sexo opuesto; en tanto que el homosexual no tiene problema de identidad sexual⁷¹.

⁶⁶ GARCÍA FAILDE, J. J., *Manual de psiquiatría forense canónica*, Univ. Pontificia de Salamanca, 1987, p. 191; ÍDEM, *Trastornos psíquicos...*, op. cit., p. 404.

⁶⁷ ICD - 9 302-5. *Transexualismo*.

⁶⁸ DSM III 3002-5. *Transexualismo*, pp. 276-280.

⁶⁹ AZNAR GIL, F., «El *consortium totius vitae*». *Curso de Derecho Matrimonial y Procesal Canónico para profesionales del Foro*, op. cit., VII, Univ. Pontificia de Salamanca, 1986, p. 335.

⁷⁰ BERSINI, F., *Matrimonio e anomalie sessuali*, p. 292-8.

⁷¹ AZNAR GIL, F., *Homosexualidad y matrimonio*, op. cit., p. 335; ARZA ARTEAGA, A., «Los trastornos en la esfera psicosexual: Su repercusión en el consentimiento matrimonial», *Curso de Derecho Matrimonial y Procesal Canónico para profesionales del Foro*, t. X, 1992, p. 191; ÍDEM, «La transexualidad es una perturbación de la identidad sexual», *Vacke, ADC*, 1990, p. 702.

El transexual varón toma estrógenos con el fin de aumentar el volumen de los senos, proporcionar redondeces a los músculos, o hacer desaparecer el vello de brazos, pecho y piernas, o con el mismo fin se somete a manipulaciones para eliminarlo, y llega a la amputación del pene y a la formación de una vagina artificial; sin embargo, no faltan características físicas, visibles a primera vista, tales como la voz, la estatura, la corpulencia de los hombros, la estrechez de caderas no preparadas para la procreación, la tendencia femenina a la unión de las rodillas de ambas piernas, etc., que traicionan a estas personas. Por su parte las mujeres toman testosterona en grandes dosis con el fin de aumentar el tamaño del clítoris, utilizan mastectomías para la extirpación de mamas; asimismo acuden a la extirpación del útero, matriz y ovarios, y por último apelan a la operación quirúrgica con el propósito de procurar la implantación de un pene artificial⁷². Todo ello evidencia que, efectivamente, como considera la Unión Europea⁷³, la homosexualidad, y seguramente lo mismo ocurre con el transexualismo, ni pueden ni deben ser tratados como una enfermedad, sino que son el síntoma de una enfermedad mental cuando menos; está científicamente demostrado que se trata un desorden de la personalidad⁷⁴.

⁷² GARCÍA FAILDE, J. J., *Trastornos psíquicos y nulidad de matrimonio*, Univ. Pontificia de Salamanca, 1999, p. 406.

⁷³ La Asociación Psiquiátrica Americana, en 15 de diciembre de 1973, acordó que no debía figurar la homosexualidad como enfermedad mental o psíquica. A la misma conclusión llegó la Sociedad Alemana de Investigación Sexual, al igual que la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

⁷⁴ VERA URBANO, F. de Paula y REQUENA MALDONADO, J., «Homosexualidad y consentimiento en el matrimonio canónico», *Curso de Derecho Matrimonial y Procesal Canónico para profesionales del Foro*, op. cit., XIV, p. 363.

Los psicólogos coinciden en que el transexualismo es el resultado de un síntoma psicótico, o bien la consecuencia de un complejo de Edipo, sin que falte quien asegure que se trata de una reacción neurótica (MILLOT, C., *Exsexo...*, op. cit., pp. 25 y 42). Pese a todo, no falta quien afirma que en un muestreo realizado no se ha encontrado atipia marcada en la morfología de tales individuos, aunque a veces hay ciertas alteraciones. Sin embargo, hay que reconocer que las atipias evidentes se pueden dar en sujetos perfectamente normales (SÁNCHEZ CALVO, R., *Travestismos y transexualismo. El travestismo actual en masa*, Medicamenta, 1966, p. 4). DAVE KING mantiene que los transexuales tienen una personalidad narcisista motivada por factores genéticos, biológicos, y endocrinos, así como padecen de trastornos o alteraciones de carácter constitucional. En *Transexualidad, transgenerismo y cultura*, NIETO, J. A. (comp.), TAÍASA, 1998, pp. 141 y 142. Para RICHARD EKINS el transexualismo es un problema sociológico, y hace referencia a la sociología del sexo. En *Transexualidad, transgenerismo y cultura*, op. cit., p. 324, M. MILLOT considera que «el transexual confunde el órgano y el significante; su pasión, su locura, consiste en creer que librándose del órgano, se divide también del significante que divide la sexualidad».

AZNAR GIL mantiene que el matrimonio contraído por un transexual, cuando reúne las características de antecedencia, gravedad y reversibilidad, es nulo. Tal nulidad vendría apoyada en la posibilidad o no de realizar la cópula, cosa factible, aunque imperfecta, que puede producirse en tales sujetos, sino como consecuencia de la imposibilidad de asumir las cargas matrimoniales por causa de naturaleza psíquica. Para AZNAR GIL el transexual tiene un desorden psicológico serio e incurable, no tiene capacidad para contraer porque el transexual no es la persona que aparenta, sufre una crisis de *gender identity* que es fundamental en el segmento constitutivo de la personalidad humana, e imprescindible para realizar una comunidad conyugal satisfactoria⁷⁵.

Todas las maniobras de cambio de sexo revelan la existencia de un trastorno de identidad sexual, lo que conlleva a la existencia de un elevado número de alteraciones psiquiátricas que se manifiestan en personalidades narcisistas, conductas autodestructivas, delirios celotípicos o tendencias suicidas⁷⁶.

En este sentido la moderna jurisprudencia de la Rota Romana viene reiterando que las anomalías de la personalidad están comprendidas dentro del canon 1095.3⁷⁷.

⁷⁵ AZNAR GIL, F., «Homosexualidad y matrimonio», *Curso de Derecho Matrimonial y Procesal Canónico para profesionales del Foro*, op. cit., VII, p. 336.

⁷⁶ GARCÍA FAILDE, J. J., *Trastornos...*, op. cit., p. 407.

La moderna orientación jurisprudencial canónica entiende que no queda demostrada la característica de la no enfermedad mental de la homosexualidad. «Aunque la Rota no denomine quizás a la homosexualidad con los nombres peyorativos de otros tiempos, en el fondo sigue considerando que la homosexualidad es una enfermedad, una desviación o trastorno psicosexual». ARZA ARTEAGA, A., *Los trastornos en la esfera psicosexual...*, op. cit., p. 205.

HALLES, R. E. y YUDOFKY, Talbott J., *Tratado de Psiquiatría*, p. 694.

La Comunidad de Madrid va a adoptar, en breve plazo, un programa de acogida y orientación social, psicológica y jurídica para homosexuales y transexuales (*ABC*, Madrid, de 9 de diciembre 2001, p. 8), lo que evidencia la existencia de determinados traumas psíquicos.

BASTIN, G., *Diccionario de psicología sexual*, 1972, voz «Cambio de sexo», mantiene que la aceptación del sexo es signo de equilibrio y adaptación social.

MIRABETI MULLOL, A., en «*La homosexualidad en Cataluña*», afirma que «la psicoterapia debe tender a potenciar la personalidad del homosexual y del transexual, así como la aceptación de su propio sexo», Herder, 1985, p. 297.

El juzgado de lo Social núm. 4 de Alicante reconoció, recientemente, el derecho de un transexual a cambiar de sexo con cargo a la Seguridad Social. El fallo indica que el demandante padece un «trastorno de identidad sexual» que le ha ocasionado «una patología ansioso-depresiva» la cual «degeneró en un intento de suicidio».

⁷⁷ Sentencias caso Boccafolo de 1 de junio de 1995; caso Burke de 22 de julio de 1993; caso Civil de 2 de marzo de 1993; caso Doran de 20 de enero de 1993; caso Funghini de 23 de junio de 1993; caso Jarawan de 4 de octubre de 1995; caso Faltin de 9 de abril de 1997.

Las escasas sentencias canónicas que estudian el problema de la transexualidad destacan el hecho de que para estas personas procede la nulidad del matrimonio porque aparentan ser de sexo distinto, cuando en realidad son del mismo sexo, por lo que son incapaces de entregar-aceptar el consorcio conyugal como verdadero hombre o verdadera mujer.

La poca jurisprudencia encontrada se basa para determinar la nulidad matrimonial en los siguientes pilares:

- a) La imposibilidad de asumir/cumplir las obligaciones que el matrimonio impone.
- b) La falta de identidad sexual.
- c) La incapacidad para entablar una vida heterosexual con el otro cónyuge.

Cada uno de estos puntos básicos no actúa de manera independiente, sino que están interrelacionados entre sí, lo que ocurre es que en cada supuesto habrá que destacar uno u otro, y en su caso, los tres al mismo tiempo: «La condición de transexual como la manifestada, es un hecho seriamente perjudicial para las relaciones conyugales»⁷⁸.

«El esposo demandado no puede asumir las obligaciones ya que su travestismo tenía algún grado de transexual; tenía un problema básico de identificación, probablemente debido, en gran medida, a su educación la cual hacía imposible para él aceptarse como hombre, y por tanto le era imposible darse a sí mismo en una relación conyugal».

BIANCHI mantiene que «Después de la operación de cambio de sexo, el matrimonio de estas personas puede ser nulo por impotencia en el caso de la mujer-varón, pero en cualquier caso, hay una ineptitud radical para el matrimonio por falta real de diversidad sexual»⁷⁹.

La Rota Española se manifiesta en el mismo sentido. Por ejemplo, Gil de las Heras en sentencia de 2 de septiembre de 1995; o González Martín en sentencia de 11 de septiembre de 1997.

AZNAR GIL, F., «Las causas de naturaleza psíquica del canon 1095.3.º», *Curso de Derecho Matrimonial y Procesal Canónico para profesionales del Foro*, XV, 2000, Univ. Pontificia de Salamanca, sobre todo en pp. 79 a 93.

GARCÍA FAILDE, J. J., «Los trastornos de la personalidad en el Derecho Canónico», *Curso de Derecho Matrimonial y Procesal Canónico para profesionales del Foro*, op. cit., XV, pp. 100 y ss.

⁷⁸ Sentencia caso Kelly de 11 de julio de 1985.

⁷⁹ BIANCHI, P. G., *Incapacitas assumendi obligationes essentielles*, p. 202.

«El transexual es incapaz de asumir las obligaciones esenciales del matrimonio porque es inhábil para establecer una relación heterosexual interpersonal con una mujer porque él mismo se considera mujer; no puede hacer donación de sí mismo porque no sabe quién es o qué es él»⁸⁰.

Otra sentencia mantiene que «la relación que instaura el transexual, por su radical desorientación *sex-gender*, «cannot be called marital or conjugal because the person believes himself to be a woman. Where can be a true *consortium vitae* in such a situation?»⁸¹.

La sentencia del caso O'Hagan asegura: «El marido era incapaz de mantener una vida heterosexual con su esposa. El marido contrae matrimonio con un problema de identidad psico-sexual el cual afectaba a los principios más esenciales del matrimonio»⁸².

Hay que advertir que en caso de transexualismo habremos de distinguir entre el verdadero y el falso transexual: en el primer caso al individuo le repugna su propio sexo y por eso quiere cambiarlo; en los segundos supuestos el deseo de cambio viene motivado por un condicionante psiquiátrico grave, como puede ser la esquizofrenia o alteraciones de tipo genético, a lo que hay que añadir otro tipo de alteraciones, tales como un desequilibrio hormonal, factores psicológicos y de desarrollo, ambiente familiar, cultural, sociológico, ambiental y otros de distinto signo⁸³.

Para el Derecho Canónico el matrimonio solamente puede contraerse a través del consentimiento y posterior unión de sexos masculino y femenino, siempre que tal unión sexual se realice de «humano modo», es decir, poniendo en contacto los órganos reproductores del hombre y de la mujer⁸⁴. Al llegar este momento habría que preguntarse si el transexual, tanto masculino como femenino, es hábil para contraer matrimonio canónico cuando dispone de un órgano sexual realizado de forma artificial y sin capacidad reproductora. Por ello la voluntad de los convivientes homosexuales y transexuales no tiene un contenido que pueda entenderse como voluntad de matrimoniar, al menos desde el ángulo canónico,

⁸⁰ Sentencia caso McAreavey de 28 de mayo de 1986.

⁸¹ Sentencia caso Walker de 2 de enero de 1992.

⁸² Sentencia caso O'Hagan de 26 de junio de 1993.

AZNAR GIL, F., «Trastornos sexuales y de la identidad sexual», *Curso de Derecho Matrimonial y Procesal Canónico para profesionales del Foro*, XIII, 1997, p. 259.

⁸³ VERA URBANO, F. de Paula y REQUENA MALDONADO, J., *Homosexualidad y consentimiento...*, *op. cit.*, p. 171; DAVE KING, *Transexualidad, transgenerismo y cultura*, TAIASA, en NIETO, J. A. (comp.), 1998, p. 145.

⁸⁴ ARZA ARTEAGA, *Los trastornos en la esfera psicosexual...*, *op. cit.*, p. 221.

por cuanto tal voluntad está viciada por un carácter estructural que configura el matrimonio como es la heterosexualidad⁸⁵.

Sabemos que el Codex hace referencia al consentimiento matrimonial «manifestado por personas jurídicamente hábiles» en clara remisión a la consciente voluntad de contraer, lo que impide que tal manifestación de voluntad sea emitida por personas con una capacidad mental alterada o disminuida; pero el Codex no alude en ningún momento a personas «físicamente hábiles», si bien tal habilidad se encuentra ínsita en distintos cánones, como se contempla, por ejemplo, en los supuestos de impotencia⁸⁶, o en la descripción de las causas psíquicas capaces de anular el matrimonio⁸⁷. Todo indica que el Código exige una habilidad para contraer tanto psíquica como física, tanto en cuanto se refiere al matrimonio *in fieri*, en cuanto se alude al consentimiento, como al *in facto esse*⁸⁸.

Continuando con esta línea de pensamiento, tendríamos que preguntarnos si el acto sexual realizado por un transexual reúne o no los requisitos de habilidad exigidos por el Codex. Por lo que respecta a la habilidad física, en primer lugar habría que poner en el candelero el tema de la consumación del matrimonio, así como si, al mismo tiempo, las relaciones sexuales pueden ser entendidas como correctas. Es evidente que la relación sexual del transexual es perfectamente viable, puesto que la relación física puede ser realizada⁸⁹. Al llegar a este punto la normativa civil se detiene, porque para tal legislación le basta y le sobra al entender que estamos en presencia de una relación sexual perfecta. Pero hemos de advertir que en matrimonio canónico el acto sexual tiene una serie de matices que superan con mucho ese acto como tal acto. Y habría que preguntarse si tal acto se ha realizado de modo humano, y aun en la hipótesis de una respuesta afirmativa tendríamos que admitir la posible falta de viabilidad del consentimiento contemplado en la legislación canónica. De todo cuanto se ha dicho se infiere que tanto el homosexual como el transexual no parece que sean capaces de transmitir ni aceptar un derecho encaminado a la procreación, toda vez que es necesaria una potencia ordenada y digna de una realidad humana; por ello el Codex prohíbe contraer matrimonio, y lógicamente prestar consentimiento, a quien le es

⁸⁵ MARTÍNEZ AGUIRRE, C., *Uniones no matrimoniales...*, op. cit., p. 263.

⁸⁶ Canon 1084.

⁸⁷ Canon 1095.2 y 3.

⁸⁸ GARCÍA FAILDE, J. J., *La nulidad matrimonial, hoy*, Bosch, 1999, p. 20.

⁸⁹ *Ibid.*

imposible mantener una relación sexual de modo humano, así como la capacidad para establecer unas adecuadas y correctas relaciones interpersonales. Hemos de llegar a la conclusión de que el transexual está imposibilitado para prestar consentimiento, al menos, en los términos y con las consecuencias que la Iglesia exige.

Por otro lado, como consecuencia de la disfunción entre su sexo físico, que él aborrece, y el sexo deseado, soporta sobre su psiquis una tensión interna que le lleva a un comportamiento en visible desacuerdo con sus sexos biológico y psicológico, lo que con el paso del tiempo puede convertirle si no en un verdadero enfermo mental, sí cuando menos en portador de una estructura mental que raya en alteraciones de la personalidad.

Para algunos el transexualismo es una psicopatía transexual; para otros es un estado de neurosis, otros mantienen que al constituir el transexualismo una idea delirante puede llegar a la esquizofrenia. SERRANO RUIZ entiende que el transexual posee entendimiento suficiente para emitir un consentimiento matrimonial, pero que más tarde le es imposible asumir las obligaciones que el matrimonio impone, precisamente por esa disociación entre los dos sexos que le impide constituir una verdadera relación interpersonal⁹⁰.

Se está produciendo un constante rechazo por parte de los canonistas respecto a la habilidad de los transexuales para contraer matrimonio como consecuencia de la tendencia obsesiva de estas personas al rechazo del sexo somático, tanto en el supuesto de que el transexual haya cambiado de sexo antes o después de haber contraído matrimonio.

Si el matrimonio se ha celebrado antes de la operación, puede estar incapacitado o bien por un grave defecto de discreción de juicio o por incapacidad para asumir-cumplir las obligaciones esenciales del matrimonio; o bien, si detesta su propio sexo no está en condiciones de emitir un juicio acerca de la entrega exclusiva al sexo contrario como ocurre en el supuesto de la heterosexualidad; por otro lado, si como parece ser, en este tipo de individuos se produce una alteración de la personalidad, siempre que éste sea grave, no parece que se trate de personas hábiles ni para emitir un válido consentimiento, ni para establecer relaciones interpersonales tal como exige el Codex y la jurisprudencia; por último es evi-

⁹⁰ SERRANO RUIZ, J. M.^o, «La nulidad de matrimonio por anomalías psicosexuales», *Curso de Derecho Matrimonial y Procesal Canónico para profesionales del Foro*, op. cit., p. 60. GARCÍA FAILDE, J. J., *Manual de Psiquiatría Forense Canónica...*, op. cit., 1987, p. 191.

dente la imposibilidad de realizar el acto sexual de modo humano, pues no ve al *partner* más que como instrumento de sus fantasías de invertido de sexo, lo que implicaría una *impotentia coeundi*.

En el supuesto que *dentro del matrimonio se realice la operación*, tal matrimonio puede resultar nulo por grave defecto de discreción de juicio, porque como consecuencia de la obsesión que ha hecho al transexual cambiar de sexo, tal obsesión revela un profundo desequilibrio psíquico que puede impedirle o limitarle la libertad para realizar una correcta deliberación y autodeterminación. Por otro lado en estos casos puede faltar un verdadero matrimonio toda vez que doctrina y jurisprudencia exigen que el matrimonio se celebre entre un hombre y una mujer, con las funciones específicas de ambos sexos; la operación quirúrgica y el tratamiento hormonal no cambian la identidad ontológica de cada sexo, de forma tal que, a pesar del cambio aparente, el matrimonio se ha celebrado entre dos varones o entre dos hembras. Por último, el matrimonio sería nulo por falta de capacidad para afrontar las cargas matrimoniales porque en el transexual existe, como hemos dicho, una disociación entre los sexos genético, gonádico y hormonal y biológico, lo que le impide instaurar una comunidad de vida y amor conyugal. Sin embargo, el matrimonio no sería nulo por el capítulo de impotencia, toda vez que al disponer el transexual de una vagina artificial podría realizarse el acto conyugal, por lo que dicho acto tendría la consideración, al ser imposible la concepción, de un caso de simple esterilidad, lo cual, como sabemos, no es causa de nulidad⁹¹.

De todo lo visto parece desprenderse el hecho de que el matrimonio civil y el canónico marchan por caminos distintos aunque paralelos. Mientras que en la jurisdicción civil los requisitos para matrimoniar pueden calificarse de meramente administrativos, de control o simplemente de carácter registral, en la jurisdicción canónica el matrimonio debe cumplir unos objetos y unos fines. El matrimonio es, para la Iglesia, una comunidad de vida plena entre un hombre y una mujer comprendiendo dentro de esa comunidad la actividad sexual plena, fecunda y exclusiva mediante la cual surge una entrega en el campo afectivo psíquico y corporal tanto cuanto al hombre cuanto a la mujer, que se traduce en un dere-

⁹¹ GARCÍA FAILDE, J. J., *Manual de psiquiatría forense canónica*, Univ. Pontificia de Salamanca, 1987, p. 191; ÍDEM, *Trastornos psíquicos y nulidad de matrimonio*, Univ. Pontificia de Salamanca, 1999, p. 410; AZNAR GIL, F., «Trastornos sexuales y de identidad sexual», *Curso de Derecho Matrimonial y Procesal Canónico para profesionales del Foro*, XIII, 1997, p. 258.

cho exclusivo y perpetuo sobre los actos conyugales, de suyo aptos para la generación⁹². Ahí radica, precisamente, la distinción entre una y otra forma de celebración del matrimonio y sus consecuencias posteriores, por ello desde el punto de vista meramente civil se admite el matrimonio entre homosexuales, o el de un transexual. La Iglesia Católica declara la nulidad de tales matrimonios al resultar imposible que unos y otros puedan alcanzar los objetos y fines queridos por la Iglesia.

VII. UN PROBLEMA TERMINOLÓGICO

Ya hemos dicho que el transexual no se identifica con el homosexual, pero tiene rasgos comunes. Al día de hoy se observa una tendencia tanto legal como sociológica para facilitar las uniones de unos y otros.

Tanto por lo que respecta al homosexual como al transexual está sobradamente admitido que sobre sus personalidades inciden una serie de frustraciones, soledad, tristeza, alteraciones de la personalidad, conductas celotípicas, etc.

Por otro lado las escasas estadísticas de las que se disponen revelan la existencia de un alto índice de inestabilidad. En un estudio realizado en los EE UU, sobre 600 varones homosexuales, sólo tres de ellos tuvieron un solo compañero durante el año; el 1% tuvieron entre tres y cuatro; el 2%, entre cinco y nueve, el 3%, entre 10 y 15; el 8%, entre 25 y 49, y así sucesivamente⁹³.

Con el fin de establecer una regulación idónea de las relaciones estables, se reivindica, como objetivo defendible, el matrimonio, «al que devuelve el Estado su neutralidad, y garantiza la igualdad de tratamiento en todas las circunstancias»⁹⁴.

Se dice que el matrimonio invita a la estabilidad emocional e invita a elaborar un proyecto de compromiso y responsabilidad. Por otro lado nos podríamos preguntar: ¿Qué sería de los heterosexuales si no tuvieran como asidero una institución como el matrimonio?

⁹² ARZA ARTEAGA, A., *Los trastornos en la esfera psicosexual...*, op. cit., p. 213. MIGUÉLEZ, L., «Comentarios al Código de Derecho canónico II», *BAC*, núm. 284; POMPEDDA, M. F., «Il canone 1095 del nuovo Codice», *IC*, vol. 17, núm. 54, 1987, pp. 535 y ss.

⁹³ MARCO, J. M.^a, «Por el matrimonio "Gay" y contra el sectarismo», *El Mundo*, 28 de junio de 2001, p. 24.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 25.

Seguramente, es posible que facilitando las uniones entre homosexuales y transexuales, unos y otros puedan obtener una estabilidad emocional en orden a una estabilidad mental. En este sentido no existe impedimento alguno en aceptar que puedan obtener tal estabilidad al igual que ocurre con los matrimonios heterosexuales. Pero hay que advertir que el autor hace referencia a la «institución matrimonial», sin duda sin tomar en consideración que en toda alusión que se haga al matrimonio o a la institución matrimonial, se quiera o no, se está haciendo mención al matrimonio convencional y tradicional heterosexual. Efectivamente, razones históricas, jurídicas, sociales y religiosas han venido entendiendo que el término matrimonio hacía referencia a la unión entre un hombre y una mujer.

Cualquier institución jurídica, cualesquiera figura jurídica está pensada en la mente del legislador y una vez promulgada, aceptada por el ciudadano, y por tanto es de aplicación solamente a aquellos casos concretos y específicos para los que fue creada tal figura jurídica y tan sólo podrán extrapolarse a casos muy puntuales su aplicación y efectos correspondientes⁹⁵. En el supuesto de que a tal institución se le retirase uno de los pilares básicos en los que se sustenta, o no sería aplicable a determinados supuestos, o los efectos de tal aplicación ya no serían los mismos, o los resultados serían diferentes a los queridos por el legislador, y por último, los casos y personas a los que iban dirigidos ya no serían idénticos, y todo ello sin tener en cuenta la inseguridad jurídica que se provocaría como consecuencia de una aplicación analógica *sui generis*. Por ejemplo, en el caso de la compraventa, institución básica por excelencia, si de forma caprichosa y unilateral retirásemos el precio, desaparecería la idea de compraventa, al menos como nosotros la concebimos, y se producirían unos efectos distintos a los queridos por el legislador, pues se crearía una figura jurídica nueva y distinta que podría configurarse como una donación o como un comodato; y otro tanto ocurriría en el supuesto del arrendamiento: si quitásemos la contraprestación económica y el supuesto arrendatario no pagase renta ni merced alguna, ya no estaríamos ante la figura de tal arrendamiento sino que aparecería la figura del precario. Hemos señalado tal situación un tanto a vuelapluma, pues habría que tener en cuenta, además, los requisitos específicamente exigidos por la doctrina y la jurisprudencia para que tales figuras nacieran.

⁹⁵ DE CASTRO, F., *Derecho Civil de España*, vol. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, pp. 54 y ss.

En el supuesto de que como consecuencia de los avances técnicos, sociológicos, conceptuales o ambientales aparezcan nuevas situaciones que amplíen, alteren o modifiquen la figura jurídica primitiva, será necesario que el legislador estudie y ataje tal situación y dicte una norma aplicable a cada caso concreto de acuerdo a las necesidades de cada momento, en función de la nueva situación creada.

Por vía de ejemplo, hasta hace muy pocos años no fue preciso proteger los datos informáticos o la intimidad; fue la necesidad la que hizo, ante una situación nueva no contemplada hasta la fecha, la que creó la necesidad de disponer de una normativa *ad hoc* ante el peligro que suponía la divulgación de tales datos, muchos de ellos personalísimos que podrían atentar contra los derechos fundamentales de las personas.

El caso es que, por mucho que se quiera forzar la situación, dígase lo que se quiera, la idea de matrimonio y la legislación al efecto ha sido concebida y plasmada en la normativa como una unión entre un hombre y una mujer con el propósito de perpetuar la especie para configurar la idea de familia. La Iglesia Católica no hizo más que recoger la idea que había servido de base a la legislación civil y exigir determinados requisitos de acuerdo con determinados presupuestos religiosos, y concediendo al matrimonio la categoría de sacramento.

Aun prescindiendo del carácter religioso y sacramental del matrimonio, jurídica y sociológicamente siempre fue concebido y considerado como una unión heterosexual⁹⁶. Es cierto que tanto el homosexual como el transexual claman por que desde el ángulo jurídico se regularice su situación afectiva, social, jurídica, etc., y tal petición nos parece lógica, pero esa institucionalización no parece que pueda pasar por la figura jurídica del matrimonio, ya que ésta está pensada para las uniones heterosexuales, y por ello goza siempre de un estatuto privilegiado⁹⁷.

Parte de la doctrina parece inclinarse, y seguramente no le falte razón, por la creación de una figura jurídica utilizando como modelo el matrimonio convencional, y sobre tal modelo crear nuevas figuras que sirvan de base para configurar una unión entre homosexuales o en la que una de las partes sea transexual⁹⁸.

⁹⁶ DÍAZ MORENO, J. M.^a, «Experimento de alto riesgo», *La aventura de la historia*, núm. 32, junio 2001, p. 90.

⁹⁷ CERDÁ GIMENO, J., «Un retorno, a mi pesar a un olvidado tema (De nuevo sobre parejas no casadas)», *Revista de Derecho Privado*, febrero 2001, p. 99.

⁹⁸ *Ibid.*

De otro lado no puede olvidarse que la legislación europea soslaya el término matrimonio para designar una unión homosexual; el Consejo de Europa tomó el acuerdo de designar estas uniones como «parejas no casadas». Además, el Tribunal Europeo en sentencia de 17 de febrero de 1998 viene distinguiendo entre «discriminación sexual» y «discriminación basada en la orientación sexual» entendiéndose que las relaciones estables entre dos personas del mismo sexo no pueden equipararse a las relaciones entre personas casadas o a las relaciones estables sin vínculo matrimonial entre personas de distinto sexo. De acuerdo con ello, realizar una distinción por razón de sexo sería ilegal, pero realizarla por razón de orientación sexual no lo sería, puesto que no hay legislación comunitaria que se oponga a ello⁹⁹. A pesar de ello, el propio Tribunal aludió al Tratado de Amsterdam que modificó el Tratado de la Unión Europea que establece que en determinadas circunstancias el Consejo «podrá adoptar las medidas necesarias para la supresión determinadas formas de discriminación, entre ellas las basadas en la orientación sexual»¹⁰⁰. Lo cierto es que hasta la fecha no han sido adoptadas tales medidas.

Parecer ser que en las legislaciones europeas se soslaya, no sabemos si a propio intento o no, la aplicación del término matrimonio en cuanto a las uniones homosexuales con la consiguiente repercusión en los casos de transexualismo; por ejemplo en Dinamarca se aprobó el 1 de octubre de 1989 la Ley de Cohabitación Registrada (The Danish Registered Partnership Act). En Noruega se promulgó el 1 de agosto de 1993 la Ley de Cohabitación Registrada (Act on Registered Partnerships). En Suecia en 1987 fue aprobada una Ley de Cohabitantes Homosexuales, y en 23 de junio de 1994 fue promulgada una Ley de Cohabitación Registrada. En

⁹⁹ Sentencia Tribunal de Luxemburgo caso Lisa Grant publicada el 17 de febrero de 1998. Lisa aducía que las discriminaciones basadas en la orientación sexual forman parte de las discriminaciones por razón de sexo prohibidas por el artículo 119 de la Unión Europea; el Tribunal de Luxemburgo entendió que la «discriminación por razón de sexo no se refiere a discriminación por orientación sexual», puesto que el Tratado de Amsterdam establece que en determinadas circunstancias el Consejo «podrá adoptar las medidas necesarias para la supresión de determinadas formas de discriminación, entre otras, la orientación sexual». La realidad es que a la fecha de hoy no se ha tomado ninguna de las medidas anunciadas. Seguramente a causa de la ambigüedad del texto, toda vez que se desconoce qué hay que entender por «determinadas circunstancias, ni qué circunstancias sean éstas», unido al hecho un tanto caprichoso del empleo del término «podrán». Asimismo, no se dice nada acerca de los límites, si es que existen, que «pueden» tener «tales circunstancias»

¹⁰⁰ TALAVERA FERNÁNDEZ, P. A., «La institucionalización jurídica de las uniones homosexuales en España», *La Ley*, núm. 5.315, 24 de mayo de 2001, p. 5.

Holanda en febrero de 1993 se puso en marcha el llamado «contrato de vida en común»; se trata de una norma en la que se regula la convivencia de los homosexuales y se permite la adopción, bien de hijos de terceras personas, bien de los propios hijos de uno de los convivientes.

Esta situación es la consecuencia de la marcada tendencia, de la más absoluta separación Iglesia-Estado, que si bien es verdad es que ambas son realidades independientes, en modo alguno son absolutamente dispares, toda vez que la persona no puede comprenderse de forma independiente, desgajando, por una parte, el aspecto temporal de la sensación espiritual, ya que las personas son al mismo tiempo ciudadanos y miembros de la Iglesia ¹⁰¹.

De aquí que sea perfectamente posible que tanto el matrimonio civil como el canónico tengan, en esencia, idénticas raíces, pero que ello no obsta para que el matrimonio canónico necesite de unos contenidos, elementos o requisitos que no estén contemplados en la legislación civil, puesto que la Iglesia tiene una función propia consistente en dar fe y testimonio de los valores absolutos del hombre, salvando las propias normas de lo temporal y emitiendo un juicio moral sobre el orden temporal y político, en lo que afecte a los derechos fundamentales del hombre y la salvación eterna del mismo ¹⁰².

VIII. HACIA UN NUEVO CONCEPTO DE MATRIMONIO Y FAMILIA

A partir de la década de los años setenta, se ha podido observar en nuestro entorno cultural, y su consiguiente repercusión en España, un proceso desacralizador progresivo que ha traído como consecuencia en estos últimos años la *cuasi* institucionalización de las uniones de hecho, para concluir con la permisividad de las uniones homosexuales, y llegar a la pretensión de las uniones en la que uno de los «cónyuges» es transexual ¹⁰³.

Las uniones de hecho entre heterosexuales son una realidad que no admite duda, y lo mismo ocurre con las uniones entre «gays» y lesbianas.

¹⁰¹ PANIZO ORALLO, S., «La Iglesia y la Política», en *Estudios de Derecho Canónico y eclesiástico en homenaje al profesor Maldonado*, Univ. Complutense, 1983, p. 559.

¹⁰² *Gaudium et Spes*, núm. 776. *Dignitatis Humanae*, núms. 3 y 13.

¹⁰³ IBÁN, I. C., «Introducción al Derecho Español», *Nomos Verlagsgesellschaft*, 2000, p. 178.

Si a ello unimos el hecho de que en el momento actual, y desde hace unos años, los jóvenes inician las relaciones sexuales a edades cada vez más tempranas, a lo que hay que añadir la proliferación de escenas eróticas, tanto en prensa, como en revistas del corazón, cine y televisión, podemos llegar a la conclusión de que nos encontramos en una sociedad fuertemente sexualizada¹⁰⁴.

De otro lado se viene produciendo en Europa una tendencia bifronte respecto a la homosexualidad que creemos proyectable al campo de la transexualidad, por entender que entre una y otra no hay tanta distancia; por un lado la abolición de leyes que sancionan y eliminan la homosexualidad de la lista de enfermedades¹⁰⁵. Por otra parte la equiparación de las uniones homosexuales y transexuales a los matrimonios heterosexuales¹⁰⁶.

La Resolución del Parlamento Europeo tuvo una gran repercusión en los medios políticos y religiosos, hasta el punto de que Juan Pablo II en su alocución de 20 de febrero de 1994 salió al paso de tal resolución afirmando que la misma no se había limitado a defender a las personas con tendencias homosexuales y que no es moralmente admisible la aprobación jurídica de las prácticas homosexuales, y en concreto añadía: «la unión entre dos hombres y dos mujeres no puede constituir una verdadera familia», y menos aún aceptar el derecho de adopción, pues esos hijos en tal «familia suplente» encuentran dos padres o dos madres.

Pero tan absoluta equiparación comenzó a dar muestra de debilidad cuando el propio Tribunal de Derechos Humanos entendió, en los casos Rees y Cossey, que no existe violación del artículo 8 del Convenio de Roma porque el artículo 12 hace referencia a matrimonios heterosexuales. Y como hemos visto con anterioridad, el texto constitucional español hace referencia en el artículo 32 a que «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica», lo que indica que el matrimonio como tal tiene un carácter eminentemente heterosexual, y sólo puede darse entre personas de sexos contrarios sin que quepa la utilización de una interpretación extraña del artículo 14 de la Constitución Española para sustentar la alegación de la discriminación por razón de

¹⁰⁴ NAVARRO VALLS, R., *Matrimonio y Derecho. Discurso de entrada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 1994, p. 178.

¹⁰⁵ Recomendación 924 del Consejo de Europa y Organización Mundial de la Salud con efectos de 1 de enero de 1993.

¹⁰⁶ NAVARRO VALLS, R., *Matrimonio y Derecho*, *op. cit.*, p. 94. Resolución del Parlamento Europeo 28/1994, de 8 de febrero.

sexo, pues una cosa es el mantenimiento de un trato diferente a personas de sexos distintos, y otra muy distinta cuál es un trato diferente a personas de una tendencia sexual distinta. El matrimonio siempre se ha reconocido como la unión entre un hombre y una mujer. En los países del norte de Europa (Dinamarca o Noruega) o Canadá se quiere desconocer las enormes diferencias entre el matrimonio propiamente dicho y las uniones entre homosexuales en las que caben los casos de uniones en la que uno de ellos es transexual. Aun teniendo en cuenta los aspectos eróticos o amorosos entre los cónyuges y los unidos por vía homosexual o el caso del travestido, la unión sexual es esencialmente generativa, en tanto que en el caso de los travestidos carece de sea proyección¹⁰⁷. Se puede llegar a afirmar que la función generativa fracasa en el caso de los matrimonios estériles, pero tal situación frecuentemente viene dada por un defecto de constitución en los órganos reproductores femeninos, o como consecuencia de que el varón produce un esperma defectuoso; en el caso del transexual sólo dispone de una vagina creada artificialmente, sin que exista capacidad reproductiva alguna. Los magistrados que suscribieron votos particulares mantuvieron en síntesis que el artículo 12 del Convenio indica claramente que el matrimonio es la unión entre personas de sexo opuesto, si bien se matiza que «el sexo en este contexto no implica que debe ser entendido siempre como sexo biológico».

La situación se complica aún más en el caso del transexualismo si tenemos en cuenta que en tales supuestos la operación quirúrgica facilita la realización del acto sexual. A pesar de todo, se sigue reconociendo al matrimonio como la unión de un hombre y una mujer, como sucede, por ejemplo, en Francia, donde se distingue claramente el *concubinage* homosexual del heterosexual. Y en los EE UU en los casos *Griswold versus Connecticut*, *Eisentadt versus Baird* y *Roe versus Wade*, mantiene el Tribunal Supremo que «no se ha demostrado ninguna conexión entre la familia, el matrimonio y la procreación por un lado y la actividad homosexual por el otro»¹⁰⁸.

La unión homosexual o en la que interviene un travestido, al no poder tener esa función generadora a la que con anterioridad hicimos referencia, clama por el reconocimiento de la adopción o recurre a la generación *in vitro* o a la utilización de madres de alquiler. Resumiendo, mientras en el caso del matrimonio la idea de familia es inherente al mismo, en los

¹⁰⁷ NAVARRO VALLS, R., *Matrimonio y Derecho*, op. cit., p. 113.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 101.

supuestos del travestido o del homosexual la familia, ante la imposibilidad manifiesta de poder formarla, se busca precisamente fuera del matrimonio.

Ni en la Convención de Roma de 1950, ni en la Declaración Universal de los Derechos, ni en la Convención Europea de 19 de marzo de 1985 se ha adoptado ningún acuerdo en torno a la homosexualidad ni tampoco se han incluido los motivos de discriminación prohibidos en el artículo 14 de la Convención de Roma.

Al mismo tiempo, y como consecuencia de la radical separación Iglesia y Estado, se observa que se viene produciendo un proceso de secularización del matrimonio, puesto que de día en día se contraen más matrimonios civiles. En este sentido el matrimonio civil pierde la naturaleza de trascendente, lo que lleva consigo el desarrollo de su dimensión sobrenatural, así como la pérdida de su sentido cristiano de unión de Cristo con la Iglesia¹⁰⁹.

Pero al mismo tiempo este proceso de secularización incide sobre lo que tradicionalmente se ha venido entendiendo como familia cristiana, así como en las relaciones interpersonales de cada uno de sus miembros¹¹⁰. Éste puede ser uno de los motivos, no el único, por supuesto, del actual desarraigo familiar, de los deseos de independencia de sus miembros, de la problemática que presentan la promiscuidad, el alcohol o la droga a lo que hay que añadir el hecho, más que contrastado, de contraer matrimonio civil con el premeditado propósito de «divorciarme en el caso de que el matrimonio vaya mal»; con tal idea, puede suponerse que se pretende hacer desaparecer el principio de indisolubilidad, característica esencial del matrimonio canónico¹¹¹. Todo ello sin tener en cuenta que, en no pocas ocasiones, los trámites procesales civiles de separación o de divorcio superan los exigidos por la nulidad canónica.

Desde otra perspectiva también se viene observando que frecuentemente se vienen realizando uniones heterosexuales, de hecho que tan siquiera pueden calificarse de «matrimonios a prueba», en los que después de un tiempo de convivencia, en la que incluso han nacido hijos, deciden contraer matrimonio bien por vía civil o llegando a un matrimonio canónico, en estos casos creemos más que se trata de imposiciones sociales, o simplemente por seguir la moda.

¹⁰⁹ IGLESIAS ALTUNA, J. M.^a, *Procesos matrimoniales canónicos*, Civitas, 1991, p. 80; NAVARRO VALLS, R., «Los Estados frente a la Iglesia», *ADEE*, 1993, p. 85.

¹¹⁰ IGLESIAS ALTUNA, J. M.^a, *Procesos matrimoniales...*, *op. cit.*, p. 85.

¹¹¹ NAVARRO VALLS, R., *Matrimonio y Derecho*, *op. cit.*, pp 112.

Si a todo ello añadimos otros factores de carácter sociológico, como pueden ser la masiva mentalización de las personas a través de los medios de comunicación –que airean sin pudor alguno, ni por parte de los propios medios, ni por parte de determinados personajes públicos, mediante la contraprestación de sustanciosas cifras de dinero, todas las miserias e intimidades de su matrimonio–, cabe pensar en el daño que se puede producir en la mente de no pocas personas faltas de un sano criterio, así como en las relaciones interpersonales de no pocas familias.

De esta manera se vuelve al concepto de matrimonio romano donde una vez desaparecida la *affectio maritalis* se rompía el consentimiento continuado, facilitando con ello el divorcio por el mero transcurso del tiempo sin haber reanudado la convivencia¹¹².

¹¹² Vid. artículo 86 del Código Civil. NAVARRO VALLS, R., *Matrimonio y Derecho*, op. cit., p. 113.