

### **RDGRN 24 enero 2005**

(= transexualidad de sujeto costarricense)

#### ***Cuestiones:***

1º) ¿Qué entiende la DGRN por “orden público internacional oculto”?

2º) La opinión de que las Leyes extranjeras que no permiten el matrimonio de transexuales es contraria al orden público internacional español, ¿es una creación de la DGRN o fue sostenida anteriormente por la jurisprudencia y/o doctrina?

3º) ¿Qué incidencia presenta el hecho de que el matrimonio contraído en España puede no surtir efectos jurídicos en Costa Rica?

### **RDGRN 24 enero 2005**

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

#### **HECHOS**

PRIMERO Por escrito presentado en el Registro Civil de Barcelona el 27 de abril de 2004, Don J. M. T. nacido en Tarragona el 3 de junio de 1961, soltero, de nacionalidad española y D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> M. G. A. nacida en San José de Costa Rica el 19 de septiembre de 1971, soltera, de nacionalidad costarricense, solicitaron autorización para contraer matrimonio civil en el Registro Civil de Barcelona. Adjuntaban al escrito: certificación literal de nacimiento, y volante de empadronamiento correspondiente al promotor, y tarjeta de residencia, certificación literal de nacimiento de J. A. G. A., de sexo varón, certificado del Consulado General de Costa Rica en Cataluña y Andorra, de que la legislación costarricense no contempla el cambio de sexo, por ello no es posible inscribir en el Registro civil ninguna resolución judicial extranjera que acredite tal cambio, certificado de estado civil, copia simple de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n° 40 de Barcelona de 22 de mayo de 2002, por el que se declara que el sexo de J. A. G. A. es mujer y su nombre es el de M.-M. G. A., y volante de

empadronamiento.

SEGUNDO Ratificados los interesados, se celebró audiencia reservada con el interesado el 26 de mayo de 2004, manifestando que conoció a su pareja en agosto de 1998 en una discoteca, y un año después empezaron a vivir juntos; que él está en paro, y ella es asistente de geriatría, que ella tiene un hermano consanguíneo y cuatro hermanastros, y él conoce al padre y a dos hermanastros; que él tiene cinco hermanos y su pareja conoce a su familia, y hay buena relación entre la madre y su novia. En la misma fecha es entrevistada la promotora, declarando que son pareja y viven juntos desde 1999; que está tramitando la nacionalidad para casarse con él después, para que nadie pensase que se casa por papeles, pero el tema del matrimonio se precipitó; que ella vive con una amiga, pero los fines de semana los pasa con él en la casa de su madre; que la madre de él no sabe su condición de transexual. Se presentó testimonio de la sentencia firme del Juzgado de 1.a Instancia n.º 40 de fecha 22 de mayo de 2002. El promotor formuló declaración jurada de estado civil, y compareció un testigo que manifestó que tenía la firme convicción que los contrayentes no se hallaban incurso en impedimentos ni prohibición alguna y se publicó el correspondiente edicto.

TERCERO El Ministerio Fiscal se opuso a lo solicitado ya que atendiendo a la certificación del Consulado de Costa Rica, dicho país no acepta la transexualidad, aunque exista sentencia judicial española. El Juez Encargado dictó auto con fecha 21 de junio de 2004 denegando la autorización para la celebración del matrimonio solicitada, ya que el estado civil de las personas lo regula su Ley personal, y según el certificado consular costarricense el co-promotor, J.-A. G. A. es de sexo legal masculino conforme a su Ley personal (la de Costa Rica), y hoy por hoy nuestra legislación ni ampara ni permite el matrimonio entre dos personas del mismo sexo legal.

CUARTO Notificado el auto al Ministerio Fiscal y a los interesados, el promotor interpuso recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado solicitando la revocación del auto, y que se dictara nueva resolución autorizando la celebración del matrimonio, alegando que se está favoreciendo el derecho costarricense en detrimento del español, y conforme el derecho español, un transexual tiene derecho a contraer matrimonio.

QUINTO De la tramitación del recurso se dio traslado al Ministerio Fiscal que reiteró su anterior informe. La Juez Encargada ordenó la remisión del expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado, informando que procedía la confirmación íntegra del auto recurrido.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO Vistos los artículos 1, 3, 6, 44, 45, 58, 66, 67, 73 y 74 del CC; 245 y 247 del Reglamento del Registro Civil; las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 septiembre 1990, de 25 marzo 1992, 30 julio 1998 y 11 julio 2002; las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 julio 1987, 15 julio 1988, 3 marzo 1989 y 19 abril 1991, y las Resoluciones de 21 enero 1988, 2 octubre 1991 y 8 enero 2000 y 31 enero 2001.

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

una sentencia firme dictada por un Juez de Primera Instancia español declarando que el sexo del demandante es el de mujer.

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

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

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

SEXTO No debe olvidarse, por último, que la solución de permitir al transexual contraer matrimonio con persona de su mismo sexo cromosómico es la generalizada en Derecho comparado; tiene claro apoyo en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, y es una posibilidad que se está admitiendo en la práctica registral y en la doctrina oficial de este Centro Directivo.

SÉPTIMO Ahora bien, sobre aceptar la argumentación anterior, no puede desconocerse que en el presente caso el transexual que pretende contraer matrimonio es de nacionalidad costarricense y que, como tal, su capacidad matrimonial se ha de regir por la Ley costarricense al ser ésta la determinada por su estatuto personal (cfr. art. 9º 1 CC), y que el contenido de tal Ley, según el conocimiento adquirido de la misma por este Centro Directivo, coincidente con la certificación consular aportada a las actuaciones, no contempla el cambio de sexo de sus ciudadanos, por lo que rechaza la inscripción en su Registro Civil de cualquier resolución judicial extranjera que acredite tal cambio. No puede haber duda sobre el sometimiento de la capacidad matrimonial al estatuto personal determinado por la nacionalidad de la persona, en tanto que Ley aplicable, a la vista del artículo recién citado de nuestro CC. Así lo confirman, además,

las siguientes consideraciones: a) el artículo 9 n° 1 del CC, en cuanto que expresión de un principio general en la reglamentación de la Ley aplicable a las materias tradicionalmente incluidas en la categoría de estatuto personal, queda sujeta a algunas excepciones en materia de capacidades especiales -por ejemplo la capacidad para adoptar (crf. art. 9 n°5 CC)-, pero es lo cierto que entre tales excepciones no se encuentra la capacidad para contraer matrimonio; b) la regla de conflicto del Derecho español en esta materia coincide, además, con la acogida por el Convenio n° 20 de la Comisión Internacional del Estado Civil, firmado en Munich el 5 de septiembre de 1980, relativo a la expedición de un certificado de capacidad matrimonial (cfr. art. 1), y con el contenido de la Recomendación de la misma Comisión Internacional del Estado Civil, adoptada en Viena el 8 de septiembre de 1976, relativa al derecho al matrimonio, y que parte de la premisa previa de la competencia de los Estados miembros para regular los requisitos, capacidad e impedimentos para contraer matrimonio; c) recientemente, en la misma línea apuntada, el artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, firmada el 7 diciembre 2000, proclama que «el derecho a casarse y el derecho a fundar una familia están garantizados según las Leyes nacionales que rigen su ejercicio», admitiendo, pues, su consideración como derechos de configuración legal, correspondiendo la competencia legislativa en la materia a los respectivos Estados miembros sobre sus propios nacionales.

OCTAVO Así las cosas, la resolución del presente caso requiere analizar dos importantes cuestiones de : la competencia de los Tribunales españoles para proceder al cambio de sexo de un extranjero, de un lado, y la de si cabe apreciar en la materia objeto del recurso la excepción de orden público internacional a fin de excepcionar la aplicación de la Ley extranjera. En cuanto al primero de los extremos apuntados, cabe destacar que la competencia de los tribunales españoles para proceder al cambio de sexo en casos internacionales, entendiéndose por tales aquellos en que concurren elementos de extranjería, no viene regulada específicamente en ninguna norma jurídica del Derecho español. Sin embargo, a pesar de tal laguna legal, procede admitir dicha «competencia judicial internacional» de los Tribunales españoles sobre dos argumentos, ambos con base constitucional: 1.º El artículo 24 de la Constitución española de 1978 debe ser interpretado en sentido expansivo, de modo que la «tutela judicial efectiva» sea un derecho de todo ser humano, sea español o extranjero (vid. Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 diciembre 2000); 2.º El artículo 22.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial indica que los Tribunales españoles tienen competencia judicial internacional en las cuestiones relacionadas con la «validez de inscripciones en registros públicos españoles». Visto que la ciudadana costarricense está inscrita en el Registro Gubernativo de extranjeros, procede admitir que los Tribunales españoles puedan indicar si la inscripción de tal ciudadana en dicho registro debe hacerse como varón o como mujer, tal y como entendió en su apreciación de oficio de la propia competencia el Juzgado de Primera Instancia n° 40 de Barcelona que dictó la sentencia que declaró el cambio de sexo de la interesada.

NOVENO Llegamos con ello al tema crucial de la posible aplicación al caso de la excepción del orden público internacional español. A este respecto hay que significar que la validez y eficacia de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n° 40 de Barcelona es una cuestión determinante. No cabe duda de que dicha sentencia resolvió una cuestión de derecho internacional privado, en concreto, la determinación y cambio de sexo de un sujeto extranjero con residencia habitual en España. El citado Juzgado solventó la cuestión mediante la «aplicación directa» de la Legislación española, en la que, como se ha dicho, se admite el cambio de sexo cromosómico a favor del sexo psicológico y anatómico-morfológico. Es cierto que las cuestiones

relativas a la «persona», entre las que se incluye la determinación y cambio de sexo de la persona, deben solventarse con arreglo a la «Ley personal» del sujeto en cuestión, esto es, con sujeción a la «Ley nacional» o Ley del país cuya nacionalidad ostenta el sujeto en cuestión, tal y como antes se apuntó. Sin embargo, no es menos cierto que la aplicación de la Ley extranjera puede y debe ser rechazada cuando su aplicación resulte contraria al orden público internacional español. En concreto, se rechaza la aplicación de la Ley extranjera cuando tal aplicación produzca una vulneración de los principios esenciales y básicos e irrenunciables del Derecho español. Pues bien, es claro que es un principio básico e irrenunciable del Derecho civil español la posibilidad de «cambio de sexo» de las personas, de modo que por indicación de la misma Constitución Española de 1978, que protege el «libre desarrollo de la personalidad», todo sujeto, sea español o extranjero, debe tener la posibilidad de cambiar su sexo. Cuando la Ley extranjera, como es el caso de la Ley costarricense, no admite el cambio de sexo en ningún caso, dicha Ley no debe ser aplicada por los Tribunales españoles (art. 12.3 CC), que en su lugar han de aplicar la Ley española. Esta tesis viene reforzada por la más reciente jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos, en particular en función de la interpretación dada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de los artículos 8 y 12 del Convenio Europeo de Derechos del Hombre de 4 noviembre 1950 en su Sentencia de 11 julio 2002, dada la importancia que para salvar el carácter restrictivo del orden público internacional tiene el método comparatista y transnacional como instrumento de decantación de los principios jurídicos protegidos por la cláusula de orden público por su condición de principios esenciales comunes a una pluralidad de países. La reiterada Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 40 de Barcelona aplicó, en efecto, la Ley española, aunque omitió cualquier referencia a la cláusula de «orden público internacional», de modo que puso en movimiento el denominado «orden público internacional oculto». El resultado, en cualquier caso, es el mismo y es jurídicamente correcto: la Ley costarricense no puede aplicarse en España y la cuestión debe regirse por la Ley española. En consecuencia, la sentencia cuestionada es válida y eficaz en España, por lo que la ciudadana costarricense es una «mujer» a los efectos del Ordenamiento jurídico español y puede contraer matrimonio en España con un varón. Es cierto, por último, que la sentencia citada parece circunscribir sus efectos al registro de extranjeros en España. Pero ello no debe llamar a engaño: se causaría una lesión intolerable a la seguridad jurídica (vid. art. 9.3 de la Constitución) en el caso de que una persona fuera considerada en España, «mujer» a unos efectos y «varón» a otros efectos, creando, como antes se dijo, una situación ambigua al modo del reconocimiento de un tercer sexo, si no se entendiera que ese cambio de sexo ha de ser efectivo en todos los ámbitos.

Esta Dirección General ha acordado, de conformidad con la propuesta reglamentaria, estimar el recurso y revocar el auto apelado. Madrid, 24 de enero de 2005.-La Directora General, Pilar Blanco-Morales Limones.

\* \* \* \*