



UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA

**Máster Interuniversitario en Cultura de Paz, Conflictos, Educación y
Derechos Humanos.**

Curso 2019/2020.

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

TÍTULO

*La Transexualidad como expresión de la Moral Autónoma y del Libre
Desarrollo de la Personalidad. Análisis de la Sentencia 99/2019, de 18 de
julio de 2019. Tribunal Constitucional de España.*

TUTOR

Dr. José J. Albert Márquez

ALUMNO

Alejandro Chavira Gertrudis

Córdoba, España. Julio de 2020.

DEDICATORIA

Siendo Persona, soy un proyecto inacabado,
y por ende, un Universo de Posibilidades.

A Córdoba, te llevaré siempre en mi corazón y en mis pensamientos.

A Carlos... Doy Gracias a la vida por haber cruzado nuestros senderos, por todas las experiencias vividas, por todo lo que me aportaste.

ÍNDICE

DEDICATORIA	1
RESUMEN	3
PALABRAS CLAVE:	3
ABSTRACT	3
KEY WORDS:	3
OBJETIVOS DEL TRABAJO	3
METODOLOGÍA	4
HIPÓTESIS	4
INTRODUCCIÓN	5
CAPITULO 1. DIGNIDAD HUMANA, PERSONA Y DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD.	7
1.1. La Dignidad Humana: sustrato de la Moral Autónoma de la Persona.	7
1.2. Persona Humana y el Derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad.	12
1.3. La Ductilidad del Derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad.	17
CAPITULO 2. EL SEXO, EL GÉNERO Y LA TRANSEXUALIDAD.	19
2.1. El Sexo como distintivo biológico entre hombres y mujeres.	19
2.2. El Género como Constructo Social.	21
2.3. La Transexualidad: confrontación entre el sexo sentido frente al sexo biológico. ...	23
CAPITULO 3. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA EN MATERIA DE TRANSEXUALIDAD.	31
3.1. Precedentes Jurisprudenciales.	31
3.2. La Sentencia 99/2019, de 18 de julio de 2019.	32
CONCLUSIONES GENERALES DEL TRABAJO	42
CONCLUSIÓN PERSONAL	46
REFERENCIAS	49
ANEXOS	54

RESUMEN

El presente trabajo de investigación analiza la Sentencia que resolvió la Cuestión de Inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Supremo al Tribunal Constitucional de España en relación al art. 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo. Dicho ordenamiento jurídico reserva de manera exclusiva el cambio de sexo y nombre a las personas transexuales mayores de edad, produciendo una laguna legal al no contemplar el supuesto de cambio de sexo para aquellos menores transexuales con suficiente madurez y una situación de Transexualidad firme, vulnerando en consecuencia su moral autónoma y el libre desarrollo de su personalidad.

PALABRAS CLAVE: Dignidad Humana, Autodeterminación, Sexo, Género, Transexualidad.

ABSTRACT

The present investigation work analyzes the Judgment that solved the unconstitutionality question raised by the Supreme Court to the Constitutional Court of Spain in relation to art. 1 of Law 3/2007, of March 15. Said legal system exclusively reserves the change of sex and name to transgender persons of legal age, producing a legal gap by not considering the assumption of sex change for those transsexual minors with sufficient maturity and a firm transsexuality situation, violating their autonomous morality and the free development of his personality.

KEY WORDS: Human Dignity, Self-determination, Sex, Gender, Transsexuality.

OBJETIVOS DEL TRABAJO

En primer lugar, los objetivos generales para el desarrollo del presente trabajo de investigación, tienen como punto de partida realizar una revisión de la literatura filosófica, jurídica y científica en materia de derechos humanos y normativa vigente a fin de constatar el tratamiento que recibe en la actualidad la figura de la transexualidad, ya que al ser una manifestación más de la diversidad sexual, su regulación excesiva puede llegar a transgredir la dignidad humana y la autodeterminación de las personas. Toda vez de que en un Estado Constitucional de Derecho la diversidad y el pluralismo forman parte de los valores democráticos, es fundamental superar las asimetrías de

poder con el fin de que las minorías que escapan de la llamada normalidad, gocen de una igualdad real de oportunidades para el ejercicio de sus derechos humanos en aras de materializar su plan de vida.

En cuanto a los objetivos particulares de esta investigación, es verificar como se encuentra regulada la Transexualidad en España en lo que respecta al reconocimiento de cambio de sexo y nombre en los registros y documentos de identidad, ya que al ser derechos que mantienen un vínculo con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, son esenciales para el trato, el reconocimiento y respeto que la persona transexual experimenta en sus relaciones sociales. Fruto de la presente investigación, dicho Trabajo de Fin de Máster analiza de manera concreta la Sentencia que resolvió la Cuestión de Inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Supremo al Tribunal Constitucional de España en relación al art. 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

METODOLOGÍA

La metodología utilizada para el desarrollo del presente estudio, ha consistido básicamente en una búsqueda bibliográfica, siendo el principal motor de localización el Internet, donde hemos encontrado artículos ubicados en revistas científicas relativos a la temática de la dignidad humana, la moral autónoma, la persona, el libre desarrollo de la personalidad, el sexo, el género y la transexualidad. También la utilización de ciertos libros en físico relativos a la naturaleza humana y la ductilidad del derecho. Hemos hecho uso del derecho comparado utilizando sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México, cuyos precedentes son importantes mencionar, pues justifican de manera clara los derechos a la identidad sexual, la identidad de género, la dignidad humana y la autodeterminación del individuo. En lo que respecta a España, analizamos la legislación pertinente de cambio de sexo, así como precedentes del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. También hemos visualizado algunos videos y páginas web que nos han permitido aclarar conceptos filosóficos complejos.

HIPÓTESIS

“La Sentencia 99/2019, 18 de julio de 2019 del Tribunal Constitucional de España, subsana una laguna legal y otorga legitimación en la causa para que los menores transexuales con determinada madurez y transexualidad estable, puedan

solicitar el cambio de sexo y nombre en sus documentos de identidad para el respeto de su intimidad y el libre desarrollo de su personalidad”.

INTRODUCCIÓN

En el actual Estado Constitucional y Democrático de Derecho que se traduce en la lucha por el reconocimiento, garantía y progresividad de los Derechos Humanos, el respeto a la autonomía del individuo, la defensa de la Constitución, el respeto al pluralismo de valores así, como evitar la arbitrariedad del poder mayoritario del momento, conducen a la necesidad de velar y hacer posible el plan de vida en particular que cada persona desee materializar.

La diversidad sexual es una realidad social que forma parte de ese pluralismo de deseos, intereses, inquietudes y valores que son necesarios aceptar y amparar en cualquier tipo de sociedad. Desde el inicio de la humanidad, determinadas acciones o comportamientos que no se ajustan a los cánones y patrones establecidos por los usos, costumbres y creencias, orilla a tomar medidas o acciones radicales encaminadas a suprimirlas, reprimirlas o erradicarlas, provocando tristeza, frustración y sufrimiento en algunos seres humanos que no se ajustan a lo que se considera normal.

Para que el ser humano pueda realizarse plenamente, es necesario que ejerza su derecho de ser y expresarse como quiere ser, de que su sentir, no sea un obstáculo para poner en práctica todas sus potencialidades y concrete sus sueños, no obstante, lo anterior sigue siendo un ideal u utopía que se focaliza en la actualidad en presiones, manifestaciones y reclamos de las minorías que buscan visibilizar aquello que parece ser que no interesa, que no es importante, pero que es necesario debatirlo para generar consensos y evitar proseguir manteniendo o fomentando violencia estructural e institucional.

El presente trabajo de investigación analiza la Sentencia que resolvió la Cuestión de Inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Supremo al Tribunal Constitucional de España en relación al art. 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo. Dicho ordenamiento jurídico reserva de manera exclusiva el cambio de sexo y nombre a las personas transexuales mayores de edad, produciendo una laguna legal al no contemplar el supuesto de cambio de sexo para aquellos menores transexuales con suficiente madurez y una situación de Transexualidad firme, vulnerando en consecuencia su moral autónoma y el libre desarrollo de su personalidad.

El desarrollo del presente trabajo ha sido estructurado en tres capítulos y sus respectivas conclusiones, en el primer capítulo se abordan de manera histórica y filosófica los conceptos sobre la dignidad humana, la persona y el libre desarrollo de la personalidad, ideas importantes que ayudarán a sustentar la necesidad de respetar el derecho de la persona de ser ella misma, de auto determinarse, así como actuar y desenvolverse en sus relaciones intersubjetivas de acuerdo a su forma de ser y a su sentir en todos los ámbitos de su vida pública y privada.

En el segundo capítulo se analiza con matiz científico y sociológico las ideas sobre el sexo, el género y la transexualidad, variables fundamentales que son un foco de atención y debate en la actualidad, ya que en el caso del sexo y del género constituyen una de las fuertes discusiones entre lo objetivo y lo subjetivo, la verdad externa y la verdad interna del sujeto, circunstancias que colisionan pero que ponen en evidencia la complejidad de la naturaleza humana.

El tercer capítulo está dedicado al estudio concreto de la Sentencia 99/2019, de 18 de julio de 2019, emitida por el Tribunal Constitucional de España, toda vez de que en dicho precedente se resolvió la Cuestión de Inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Supremo en relación al artículo 1 de la ley 3/2007, de 15 de marzo, que prohíbe el derecho de los menores transexuales a solicitar el cambio de sexo y nombre en el Registro Civil, dicha resolución concluye declarando la inconstitucionalidad de dicho arábigo normativo, no obstante, dicho artículo continua vigente pero no es de aplicación a los menores transexuales que gocen de madurez y un estado de transexualidad estable.

Finalmente se desarrollan conclusiones generales y particulares que nos han llevado a deducir la adhesión a la despatologización plena de la transexualidad, considerar que el recubrimiento judicial de la laguna legal que no contempla el supuesto de cambio de sexo y nombre para menores transexuales con suficiente madurez, ayuda a proteger de manera transitoria a este colectivo su dignidad humana, su derecho a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad, así, como la invitación tácita al poder legislativo sobre la necesidad de legislar al respecto, aunque literalmente la sentencia no lo diga no lo especifique. Finalmente se acompaña como anexo la Sentencia del Tribunal Constitucional a fin de que funja como documento de consulta para el futuro lector.

CAPITULO 1. DIGNIDAD HUMANA, PERSONA Y DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD.

1.1. La Dignidad Humana: sustrato de la Moral Autónoma de la Persona.

A través de los diferentes acontecimientos históricos por los que ha atravesado la humanidad doliente, ha tenido como resultado reconocer y ensalzar a la Dignidad Humana como Valor Absoluto del cual emanan otras prerrogativas que hacen posible el respeto, desarrollo y crecimiento de las Personas, así pues, el preámbulo y el artículo 1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos señalan que para hacer posible la concreción de valores como son la Libertad, la Paz, la Igualdad y la Justicia, es fundamental el reconocimiento de la Dignidad intrínseca y de otros derechos para todos los seres humanos, la ingenuidad y el subestimar los mismos, ha dado como efecto actos inhumanos, brutales y salvajes.¹

Llama la atención que el citado artículo 1º de la anterior declaración, enfatiza en que todos los seres humanos haciendo uso de la razón y la conciencia, serán capaces de asumir un comportamiento recíproco fraterno,² este presupuesto imperativo nos invita a reflexionar respecto a que actos o prácticas serán acordes a dichos postulados, empero, es esencial que como sujetos dotados de razón comprendamos de primera mano un concepto prioritario pero a la vez abierto como lo es la Dignidad Humana.

El profesor Etxeberria Mauleón realiza un recorrido histórico citando a tres autores cuyas ideas han ido cuajando el concepto moderno sobre la Dignidad Humana, partiendo de la filosofía clásica, el primero de ellos es Aristóteles de cuyo pensamiento se desprende que la legitimidad para llegar a ser instrumentalizado, dependerá de ser libre o esclavo, pero además, de la capacidad de poseer raciocinio, deliberación y lenguaje,³ el segundo personaje corresponde a la filosofía escolástica, su nombre es el Doctor Santo Tomas de Aquino de cuyas ideas sobre la dignidad advierte que ésta le pertenece a todos los seres humanos por el simple hecho de existir y de ser libres, por

¹ El Artículo de la DUDH señala lo siguiente: *“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”*. “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, ONU, consultado el 19 de abril de 2020, <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>.

² Ídem.

³ Forum Larramendi, “Xabier Etxeberria Mauleón: El debate ético sobre la dignidad humana”. 1º Parte”, video de Youtube, 30:25, publicado el 15 de julio de 2014, <https://www.youtube.com/watch?v=D2Rovu3mNag> último acceso 25 de junio de 2020.

tanto, esa libertad debe ser usada para hacer el bien, la dignidad está en las buenas obras, si se práctica el mal se puede perder, y al perderla, el sujeto puede ser instrumentalizado como las bestias,⁴ finalmente, concluye ejemplificando a uno de los pensadores más influyentes de la filosofía ilustrada, se trata nada menos que de Immanuel Kant quién fundamenta el concepto moderno y actual sobre la dignidad humana. Para Kant, quién refuta las tesis aristotélica y tomista, determina que la dignidad ya no dependerá de las circunstancias particulares de cada individuo ni de los niveles de bondad que haya en sus actos, sino por el solo hecho de ser individuo o ser humano, es un fin en sí mismo, en consecuencia, no puede ser utilizado como instrumento para los fines de otros, pero además agrega algo importante, la conciencia, el lenguaje y el argumento se deben de utilizar para sustentar la moralidad.⁵

Así pues, salta a la vista que Immanuel Kant hable sobre conciencia y moralidad, a este respecto, conviene ahora desentrañar la noción de este último término, ya que según el Diccionario de la Real Academia Española por moralidad entendemos la adecuación entre el acto humano y el conjunto de valores o principios que distinguen del bien y del mal,⁶ recordemos que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, nos invita a hacer uso de la razón y la conciencia para comprender y poner en práctica dichos valores pero, ¿Cómo descubrimos que la dignidad humana es un valor o como asignarle ese tratamiento? Dicho cuestionamiento puede ser respondido volviendo al análisis de la filosofía clásica en donde nos topamos con otro pensador importante, su nombre: Platón.

En palabras de Rosende, Platón desarrolla la teoría del conocimiento, la teoría de las ideas y el mito de la caverna, explicando que existen dos formas de conocer la realidad, la primera es a través de los sentidos en donde se perciben objetos o seres sujetos al paso del tiempo y al deterioro, la segunda es por medio de la razón en donde se captan las ideas, el ser verdadero de las cosas y no se encuentran sujetas al cambio, es aquí donde se imaginan las cosas perfectas aunque no existan en la realidad, luego, haciendo un discernimiento ontológico establece dos formas sobre el contenido o fondo de la realidad, esto es, el llamado mundo sensible y el mundo inteligible, respecto al primero Platón considera que los objetos percibidos por los sentidos o realidades

⁴ Ídem.

⁵ Ídem.

⁶ RAE, *Diccionario de la Real Academia Española*, “moralidad”, acceso el 19 de abril de 2020, <https://dle.rae.es/moralidad>

sensibles son copias de las ideas, en cuanto al segundo, se ubican las realidades o seres del mundo inteligible como son las ideas en sí, las ideas solo pueden conocerse a través del pensamiento, pues no tienen materia ni cantidad, nociones como la justicia, el bien, la dignidad, la libertad y la igualdad se perciben por la razón y no por los sentidos,⁷ Platón relaciona las ideas y las cosas del mundo sensible advirtiendo que cuando no se tiene una idea clara y consiente sobre las ideas, en el proceso de reproducción e imitación en el mundo real, trae como resultado devengar en imperfección, por consiguiente, concluye diciendo que la verdadera realidad es lo inmutable, lo incorpóreo, es decir, las ideas, y no las cosas materiales percibidas por los sentidos.⁸

Con las anteriores exhortaciones, y particularmente la proposición expuesta por Platón, observamos que la dignidad es una idea, valor o bien perfecto que solo podremos descubrirla haciendo uso de una parte elevada del pensamiento como lo es la Conciencia, Marín Castán realiza una aportación dialéctica importante: [...]“*la dignidad humana y los derechos que le son inherentes no se conceden, sino que se reconocen [...] porque existe un fundamento natural [...] que es el mundo moral del hombre y la competencia de la razón práctica para detectar y explicitar estos principios y valores*”;⁹ una vez realizada la actividad de discernimiento intelectual que trae como resultado descubrir la idea sobre la Dignidad, aparece una palabra importante que es el *reconocimiento*,¹⁰ el aceptar o admitir que dicho valor le corresponde a todos los seres humanos. García Manrique, reflexionando sobre el argumento de la película Blade Runner señala lo siguiente: “*atribuir dignidad al otro es reconocerlo como igual, admitir que es tan valioso y respetable como nosotros, que es, al fin, uno de los nuestros y que su bien debe ser buscado y protegido tanto como el nuestro*”.¹¹

⁷ Unboxing Philosophy, “Daniel Rosende: Platón: Ontología, Epistemología y La Línea Dividida”, video de Youtube, 12:02, publicado el 04 de octubre de 2015, https://www.youtube.com/watch?v=DouMb_ABSzE último acceso 19 de marzo de 2020.

⁸ Unboxing Philosophy, “Daniel Rosende: Platón: Teoría de las Ideas y Mito de la Caverna”, video de Youtube, 09:18, publicado el 17 de octubre de 2015, <https://www.youtube.com/watch?v=uLaqau9pfv4> último acceso 19 de marzo de 2020.

⁹ María Luisa Marín Castán, “La dignidad humana en la Declaración Universal como piedra angular para la construcción de una ética mundial”, Algunas consideraciones tras el 70 aniversario de su proclamación”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Vol. 69, N° 274-2, (2019): 889, <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/70048/61878> último acceso 4 de junio de 2020.

¹⁰ Énfasis añadido.

¹¹ Ricardo García Manrique, “Blade Runner” o la pregunta por la dignidad humana”, *Revista de bioética y derecho*, n.º 6, (2006): 2, <https://www.raco.cat/index.php/RevistaBioeticaDerecho/article/view/124427/172421> último acceso 6 de junio de 2020.

La dignidad es pues un modelo o idea perfecta, reconocida a todos los seres humanos independientemente de que estos sean perfectos o no en el mundo real, pues gozan de un valor intrínseco, y a su vez, es un valor absoluto que se sitúa al frente de otros valores y que como más adelante veremos, es el sustrato de los derechos humanos.

Otro aspecto a puntualizar evitando soslayar la idea kantiana de que el hombre es un fin en sí mismo, nos permite profundizar y determinar con precisión según Kant en donde reside ahora la dignidad humana, pues el individuo al ser valioso en sí, disfruta de autonomía para darse a sí mismo sus normas, esto quiere decir que al gozar de moral autónoma tiene la capacidad para *auto determinarse*.¹²

El profesor Valls Plana citando e interpretando a Kant señala lo siguiente: la dignidad humana consiste en la facultad que pertenece a los seres humanos para atribuirse a sí mismo un imperativo moral y prosigue, la autonomía moral tiene dos vertientes una activa y otra pasiva, la primera en darse una ley, lo que provoca autodeterminación, respecto a la segunda el de obedecer o someterse a una norma ajena o heterónoma lo que implica determinación o acotación de la libertad individual, el respeto de la moral y de la autonomía se hará efectiva en una sociedad a través de la norma jurídica.¹³

Como consecuencia del anterior argumento, el juicio de valor abstracto en base a demostrar de que el ser humano es un fin en sí mismo, deduce que la dignidad humana fundamenta o legitima a la moral autónoma, a nivel general por medio del contrato social, del Estado o de las normas jurídicas, el pueblo o los grupos sociales se darán así mismos sus propias leyes, positivando valores, principios o derechos que harán posible garantizar el reconocimiento de la dignidad de todos los individuos por igual, en tanto que a nivel particular, cada individuo tendrá conciencia de sus propios valores, y reivindicará a la sociedad la manera de lograr proyectarlos con el objetivo de poder realizarse o auto determinarse como persona.

Otro autor de nombre Roselló Torralba, describe de manera preciosa por qué el ser humano es valioso y, bajo una dialéctica con estilo literario, considera que la persona es digna porque es única, irremplazable, con un valor incalculable, es sujeta de

¹² Énfasis añadido.

¹³ Ramón Valls Plana, “El concepto de dignidad humana”, *Revista de bioética y derecho*, n.º 5, (2005): 1-5, <https://www.msn.com/es-es/?ocid=wispr&pc=u477> último acceso 28 de mayo de 2020.

derechos, tiene un fin en sí mismo y merece respeto, por ende, el reconocimiento a su integridad, es primordial porque es frágil, vulnerable y puede romperse, de ahí la necesidad de velar por su plenitud cuya finalidad radica en que pueda crecer y realizarse en sus dimensiones física y moral.¹⁴ Con el anterior criterio vemos que el reconocimiento de la dignidad del individuo busca erradicar la indiferencia y superar la asimetría que constantemente las personas sufren en el mundo real.

El pensar por sí mismos nos conduce a darnos cuenta como lo asevera Pelé, en que gracias a la autonomía que se desprende de la dignidad innata en el ser humano, éste goza de la suficiente capacidad para controlar y proyectar libremente su destino, agrega además la idea de que el individuo y su autonomía son elementos internos o inmateriales cuyo precedente no conviene y resulta peligroso reducir a lo puramente real u orgánico.¹⁵

Para dar por cerrado el presente apartado y concretar la idea abierta sobre la dignidad humana, la profesora Camps de manera sencilla y profunda determina que al gozar de autonomía y libertad, la persona decide como quiere ser y como quiere vivir, a la vez, ostenta la capacidad moral para discernir lo que es bueno o malo para ella, con la única limitación de respetar la libertad y la dignidad de su semejante,¹⁶ Camps robustece su tesis citando ideas de Pico Della Mirandola, Sarte y Simone de Beauvoir tales como: el ser humano es todas las cosas o, el hombre y la mujer no nacen, se hacen,¹⁷ por consiguiente, con estos planteamientos podemos concluir que la conciencia permite al ser humano descubrir ideas morales supremas tales como la Dignidad y la Libertad, de comprender que la Persona es un fin en sí misma, lo que implica la capacidad para auto determinarse, con la probabilidad de elegir de entre un universo de valores morales para dirigir su existencia, con la extraordinaria salvedad de reconocer igual dignidad a la otredad.

¹⁴ Francesc Torralba Roselló, “¿De qué hablamos cuando hablamos de dignidad?”, *Educació Social. Revista d'Intervenció Socioeducativa*, n.º 72, (2019): 125-133, <https://www.raco.cat/index.php/EducacioSocial/article/view/350981/452104> último acceso 14 de abril de 2020.

¹⁵ Antonio Pelé, “Filosofía e Historia en el Fundamento de la Dignidad Humana”, (Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2006): 1103-1108, https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/3052/Tesis_Pele.pdf?sequence=7 último acceso 29 de mayo de 2020.

¹⁶ Victòria Camps, “La paradoja de la Dignidad Humana”, *Bioètica & debat: tribuna abierta del Institut Borja de Bioètica*, Vol. 13, n.º. 50, (2007): 6-7, https://www.raco.cat/index.php/BioeticaDebat_es/article/view/259481/3467001 último acceso 30 de mayo de 2020.

¹⁷ Ídem.

El despertar de la Conciencia es la clave para comprender nuestra verdadera realidad, en todo caso el dogmatismo, la convencionalidad y la defensa de intereses frívolos, son elementos de una moderna esclavitud que los estudios contemporáneos sobre la paz denominan como violencia estructural la cual continua provocando el avasallamiento de la persona, obstaculizando su autonomía y privándole de su derecho de ser y expresarse como quiere ser.

Una sociedad que comienza a pensar por sí misma, es una sociedad consiente del valor intrínseco de sus miembros, los seres humanos al esforzarse por incoar juicio crítico, la conciencia se ilumina para reconocer el valor inherente de nuestro semejante, Contreras Ugarte propone que para hacer efectivos los derechos humanos y la dignidad de las personas, es esencial apostar por una empatía del reconocimiento que no solamente consiste en ponerse en los zapatos o en el lugar del otro, sino a la vez, viéndolo como si fuera yo mismo, en su dignidad, por consiguiente, para evitar la segregación que sufre el otro, es fundamental educar en valores humanos,¹⁸ y agrega además otro aspecto importante: al no existir conciencia crítica, el ser humano ignora el valor real de persona y ello produce una sociedad que desprecia, discrimina y vulnera su valor inherente, podemos condensar lo dicho hasta aquí, que la colectividad se humilla, margina y segrega a sí misma.¹⁹

1.2. Persona Humana y el Derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad.

Hemos analizado en el apartado anterior la noción del valor de dignidad humana que fundamenta la moral autónoma o autodeterminación del ser humano, éste último considerado valioso y un fin en sí mismo por el simple hecho de existir, en contraste con lo anterior, no basta en concienciar lo valioso y autónomo del ser humano en sí, pues se necesita que el individuo actúe, concrete o ponga en movimiento su autonomía moral en el mundo real, y para ello comenzaremos por analizar otra idea prioritaria, nos referimos al concepto de Persona el cual proporcionará evidencias filosóficas y metafísicas para continuar sustentando el valor inherente y la moral práctica del ser humano.

¹⁸ Jesús Víctor Alfredo Contreras Ugarte, “Cimentando en Valores para empoderar en Derechos y al Derecho. Empatía del Reconocimiento. Una reflexión desde la Filosofía de Hegel”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n° 23, (2016): 189, <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/UNIV/article/view/2950/1653> último acceso 2 de junio de 2020.

¹⁹ *Ibidem.*, 162-163.

El profesor Valverde Brenes desarrolla de manera ejemplar la evolución o la posición que ha ido tomando la noción de persona. Valverde alude que la palabra Persona proviene del griego –prósopon- y que designa a la máscara, orientada al personaje que era representado en las puestas en escena de los teatros griegos, pero no al individuo que lo interpretaba, por otro lado, con el auge del pensamiento cristiano, el concepto de persona pasa a ubicarse ya no en el personaje sino en el intérprete, es decir, en el ser, la esencia o la sustancia, y respecto a las características o modo de ser de la sustancia, le será atribuido el carácter de personaje o personalidad, pues tales atributos distinguirán a las personas unas de otras.²⁰ Propiamente el Dogma de la Santísima Trinidad ejemplifica la idea anterior, ya que el ser racional de Dios es la Persona, y en lo que respecta a sus personajes así como su personalidad, se verán proyectados en el Padre, Hijo y Espíritu Santo, teniendo en cuenta que el hombre o el ser humano al participar de la divinidad, también será considerado como persona.²¹

Continuando con el anterior análisis, Valverde expone las aportaciones del filósofo Boecio el cual conceptualiza a la persona como ser o sustancia individual racional, cuya tesis era respaldada por Tomas de Aquino al considerar que el individuo es persona por ser racional.²² No obstante, no basta en reconocer de manera metafísica a la persona en sí, la persona necesita existir, es decir, proyectarse en el mundo sensible, relacionarse con otras personas o sustancias individuales racionales en el ámbito exterior, pues como bien lo define Valverde: *“Así pues, la persona es y existe a partir de la proyección que presenta –o representa, como personaje– fuera de sí y en el exterior, lo cual viene a implicar la puesta en escena de su naturaleza”*.²³

Conforme a los anteriores juicios podemos deducir como lo propone Valverde, que el ser humano para que logre proyectar su personalidad o al personaje que quiere representar, necesita existir y ser reconocido como persona, facilitarle la máscara que le permitirá diferenciarse de las demás personas y, actuar por sí mismo en el escenario del mundo real.²⁴ Con esta misma apreciación, el filósofo español López Calera nos advierte que si no somos considerados personas, no podemos representar al personaje

²⁰ Francisco Javier Valverde Brenes, “Persona o individuo en el (neo) liberalismo: algunos fundamentos ideológicos”, *Revista Pensamiento Actual. Universidad de Costa Rica*, Vol. 14, n°22, (2014): 30, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5821494> último acceso 8 de junio de 2020.

²¹ Ídem.

²² Ídem.

²³ Ídem.

²⁴ *Ibidem.*, 31.

que dice y hace algo en el escenario de la existencia, pues nos convertimos en sujetos pasivos o en meros espectadores,²⁵ en síntesis, necesitamos en nuestras relaciones intersubjetivas ser reconocidos como personas o actores, pues eso conllevará a encarnar al personaje que deseemos interpretar así como a la personalidad que ostenta, en definitiva, la acción de actuar o de interpretar es esencial llevarla a cabo no solo en un escenario acotado como lo fue un teatro de la antigua Grecia, sino en el escenario actual de la vida familiar, social, política, etc., ya que el no hacer ni decir nos convierte en simples objetos, dicho de otra manera, en medios para los fines de otros, lo que trae a colación despreciar la dignidad y en definitiva, la moral autónoma de la persona.

Ahora bien, una vez reconocida la dignidad Humana, su valor en sí, su moral autónoma, así como su capacidad para actuar y representar al personaje que quiera escenificar en el mundo exterior, toca en seguida reconocer y respetar las características, modos de ser o diferencias que ostenta dicho personaje, nos topamos ahora con otro concepto bastante amplio conocido en la doctrina con el nombre de Libre Desarrollo de la Personalidad, el cual permitirá a la Persona realizarse plenamente.

Bajo el punto de vista expuesto por Ontiveros Alonso, determina que el libre desarrollo de la personalidad encuentra su pedestal en la dignidad humana y significa el derecho de toda persona de ser ella misma,²⁶ de manera análoga, un criterio o tesis aislada sustentada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), quién al hacer uso de la jurisprudencia y el derecho comparado, así como de la doctrina especializada en la materia, determina que el Derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad consiste en el reconocimiento que otorga el poder político a toda persona para ser y expresarse como quiere ser,²⁷ dicho reconocimiento comprende aspectos tales

²⁵ Nicolás María López Calera, *Introducción al Estudio del Derecho*, (Granada: Gráficas del Sur, S.A., Universidad de Granada, 1987), pp. 308, 309, 310, 311.

²⁶ Miguel Ontiveros Alonso, “El libre desarrollo de la personalidad (Un bien jurídico digno del estado constitucional)”, *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, vol. 8, n.º 15, (2006): 154, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=28281510> último acceso 4 de junio de 2020.

²⁷ La tesis del Pleno de la SCJN expone lo siguiente: “*DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. ASPECTOS QUE COMPRENDE. De la dignidad humana, como derecho fundamental superior reconocido por el orden jurídico mexicano, deriva, entre otros derechos personalísimos, el de todo individuo a elegir en forma libre y autónoma su proyecto de vida. Así, acorde a la doctrina y jurisprudencia comparadas, tal derecho es el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción ni controles injustificados, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, de acuerdo con sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera. Por tanto, el libre desarrollo de la personalidad comprende, entre otras expresiones, la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; de procrear hijos y cuántos, o bien, decidir no tenerlos; de escoger su apariencia personal; su profesión o actividad laboral, así como la libre opción sexual, en tanto que todos estos aspectos son parte de la forma en que una persona desea proyectarse y vivir su vida y que,*

como: la libertad sobre su apariencia personal, casarse, tener hijos, elegir la profesión u oficio que le agrade, opción sexual, etc., todo ello de acuerdo a sus valores, ideas, gustos o preferencias, pues es la manera en que cualquier persona logra proyectarse y emprender su plan de vida de manera autónoma.²⁸

El Alto Tribunal Mexicano destaca en otro criterio jurisprudencial aspectos bastante importantes: declara que la Dignidad Humana es un principio que sirve de fuente de inspiración a los poderes del Estado así como a los particulares para no tratar a las personas como objetos, humillarlas o degradarlas, le otorga además, la categoría de ser un derecho fundamental con dos vertientes, es decir, en primer lugar por antonomasia reconoce la autonomía moral de la persona,²⁹ en segundo lugar, la dignidad humana es el cimiento y presupuesto para el ejercicio de los demás derechos así como permitir el desenvolvimiento de la personalidad.³⁰ Como podemos observar en el anterior criterio, la dignidad humana goza de cuatro presupuestos:

- a) Dignidad humana como Principio Jurídico: deja de ser un ideal puramente ético, y pasa a ser positivado para obtener el rango de norma o principio constitucional, reconociendo a las personas como un fin en sí mismas y no meros instrumentos.

por tanto, sólo a ella corresponde decidir autónomamente". Suprema Corte de Justicia de la Nación (Pleno), México, "Derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad. Aspectos que comprende.", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tesis Aislada (Civil, Constitucional) núm. LXVI/2009, Registro No. 165822, consultado el día 26 de abril de 2020, disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Paginas/tesis.aspx>

²⁸ Ídem.

²⁹ Así define la Jurisprudencia Constitucional Mexicana a la Dignidad Humana: "*DIGNIDAD HUMANA. CONSTITUYE UNA NORMA JURÍDICA QUE CONSAGRA UN DERECHO FUNDAMENTAL A FAVOR DE LAS PERSONAS Y NO UNA SIMPLE DECLARACIÓN ÉTICA. La dignidad humana no se identifica ni se confunde con un precepto meramente moral, sino que se proyecta en nuestro ordenamiento como un bien jurídico circunstancial al ser humano, merecedor de la más amplia protección jurídica, reconocido actualmente en los artículos 1o., último párrafo; 2o., apartado A, fracción II; 3o., fracción II, inciso c); y 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En efecto, el Pleno de esta Suprema Corte ha sostenido que la dignidad humana funge como un principio jurídico que permea en todo el ordenamiento, pero también como un derecho fundamental que debe ser respetado en todo caso, cuya importancia resalta al ser la base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad. Así las cosas, la dignidad humana no es una simple declaración ética, sino que se trata de una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de la persona y por el cual se establece el mandato constitucional a todas las autoridades, e incluso particulares, de respetar y proteger la dignidad de todo individuo, entendida ésta -en su núcleo más esencial- como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada*". Suprema Corte de Justicia de la Nación (Primera Sala), México, "Dignidad Humana. Constituye una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de las personas y no una simple declaración ética", *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tesis Jurisprudencial (Constitucional) núm. 37/2016 (10a.), Registro No. 2012363, consultada el día 26 de abril de 2020, disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Paginas/tesis.aspx>

³⁰ Ídem.

- b) Dignidad Humana como Derecho fundamental: donde reconoce la moral autónoma o autodeterminación del Individuo.³¹
- c) Dignidad Humana como Derecho fundamental como condición para el ejercicio de los demás derechos fundamentales: es decir, reconoce al ser humano como Persona para ejercer otras libertades y actuar en el escenario de la vida pública y privada.
- d) Dignidad humana como Derecho Fundamental para el desarrollo pleno de la personalidad: resalta de manera concreta su vinculación especial con el Libre Desarrollo de la Personalidad, es decir, el derecho de la persona a representarse o proyectarse en el mundo real tal y como es ella misma, o de manera metafórica, al personaje con su atuendo y características que quiera escenificar.

Después de un análisis, filosófico, metafísico incluso psicológico, podemos observar y razonar que el acto legislativo de *positivar*,³² juega un papel primordial, pues el reconocimiento del Valor Intrínseco, la Autodeterminación de la Persona, así como el Libre desarrollo de la Personalidad, pasan a ser denominados en el ámbito jurídico como: Principio y Derecho Fundamental a la Dignidad Humana y, Derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad.

Si bien el desenvolvimiento de la personalidad, conlleva a la proyección o representación en la esfera pública y privada del modo de ser de las Personas, pero eso implica forzosamente el reconocimiento de otros derechos que permitirán el debut de la

³¹ Dicha exégesis encuentra su respaldo en un precedente aislado del Décimo Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito, para más información véase la Tesis: “*DIGNIDAD HUMANA. CONSTITUYE UN DERECHO FUNDAMENTAL QUE ES LA BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONALMENTE. El principio de la dignidad humana, previsto por el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debe considerarse como un derecho humano a partir del cual se reconocen: la superioridad de la persona frente a las cosas, la paridad entre las personas, la individualidad del ser humano, su libertad y autodeterminación, la garantía de su existencia material mínima, la posibilidad real y efectiva del derecho de participación en la toma de decisiones, entre otros aspectos, lo cual constituye el fundamento conceptual de la dignidad. Así, la superioridad del derecho fundamental a la dignidad humana se reconoce también en diversos instrumentos internacionales de los que México es Parte, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como la Declaración y Programa de Acción de Viena; de ahí que deba considerarse que aquél es la base de los demás derechos humanos reconocidos constitucional y convencionalmente*”. Tribunales Colegiados de Circuito, México, “Dignidad Humana. Constituye un Derecho Fundamental que es la base de los demás Derechos Humanos reconocidos Constitucional y Convencionalmente”, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tesis Aislada (Constitucional) núm. I.10º.A.1 CS (10a.), Registro No. 2016923, consultada el día 26 de abril de 2020, disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Paginas/tesis.aspx>

³² Énfasis añadido.

persona en cualquier tipo de escenario donde quiera actuar, pongamos por ejemplo el caso de una persona que quiera cambiar de sexo, está en su libertad de hacerlo, pues es una manera de exteriorizar su autodeterminación adecuando su cuerpo o atuendo con el sexo con el cual se identifica, y a su vez, la necesidad de que la sociedad la reconozca tal como es y cómo quiere ser, por eso, como bien lo señala claramente el Tribunal Constitucional de México, los derechos a la identidad sexual, la identidad de género y la orientación sexual son necesarios reconocer y garantizar para que la persona que mude de sexo ejerza de manera efectiva el Derecho al Libre Desarrollo de su Personalidad, pues todo ello en conjunto incidirá en su plan de vida.³³

1.3. La Ductilidad del Derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad.

La reflexión nos ha permitido hasta este momento valorar la importancia que es el reconocimiento y positivación de determinados derechos, sin embargo, como lo predispone el artículo 29 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el ejercicio de las prerrogativas y libertades estarán sujetas a limitaciones previstas en las normas jurídicas con el único objetivo de salvaguardar el reconocimiento y el respeto a las prerrogativas de las demás personas, las máximas morales, la paz y la felicidad de las sociedades plurales.³⁴ Observamos en definitiva la regla de oro en que nuestra libertad termina donde inicia la del otro, la libertad en abstracto es absoluta, pero en la práctica habrá que delimitarse sus alcances, en opinión de Zagrebelsky considera que el contenido y alcances de los principios y normas constitucionales solo pueden definirse

³³ “REASIGNACIÓN SEXUAL. ES UNA DECISIÓN QUE FORMA PARTE DE LOS DERECHOS AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. Partiendo de que el derecho al libre desarrollo de la personalidad implica necesariamente el reconocimiento a los derechos a la identidad personal, sexual y de género, pues a partir de éstos el individuo se proyecta frente a sí mismo y dentro de una sociedad, se concluye que la reasignación sexual que decida una persona transexual para adecuar su estado psicosocial a su físico y de ahí, vivir en el sexo con el que se identifica plenamente y ser reconocido como tal por los demás, constituye una decisión que forma parte del libre desarrollo de la personalidad, en tanto es una expresión de la individualidad de la persona, respecto de su percepción sexual y de género ante sí mismo, que influye decisivamente en su proyecto de vida y en todas sus relaciones dentro de la sociedad”. Suprema Corte de Justicia de la Nación (Pleno), México, “Reasignación Sexual. Es una decisión que forma parte de los Derechos al Libre Desarrollo de la Personalidad”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tesis Aislada (Civil) núm. LXIX/2009, Registro No. 165698, consultada el día 26 de abril de 2020, disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Paginas/tesis.aspx>

³⁴ Artículo 29 de la DUDH “1. Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad. 2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática. 3. Estos derechos y libertades no podrán, en ningún caso, ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas”. ONU, “Declaración Universal de los”,..., ob. cit.

en la aplicación de la ley al caso en concreto, y no en la descripción puramente abstracta llevada a cabo por el legislador.³⁵

Bajo posturas fundamentalistas o dogmáticas, muchos podrían argumentar que el libre desarrollo de la personalidad es imposible ponerlo en práctica, pues la actuación de las personas giraría en torno a justificar “*que no hay valores objetivos para la vida humana, sino tan solo elecciones subjetivas e individuales*”,³⁶ de tal manera que las leyes no se respetarían y todo sería abordado en el mundo de la excepción.

En base en el anterior planteamiento alguien, por ejemplo, podría exponer que sería aberrante, desviado e inmoral que a determinada persona se le permitiese ejercer su derecho al libre desarrollo de la personalidad porque según sus gustos o preferencias están orientados en practicar relaciones sexuales con una persona menor edad, pues tolerarlo sería un pecado o un delito. Es claro advertir que dicho comportamiento es incorrecto, pero no por la calificación externa que la sociedad asigne en base a leyes divinas o humanas, sino porque como lo hemos venido estudiando, la Conciencia del ser humano permite comprender, que cualquier persona al ser un fin en sí misma goza de autodeterminación para expresar su voluntad, de ahí el deber moral de reconocerla, respetarla y protegerla.

En consonancia con la anterior hipótesis, un menor de edad es una persona vulnerable, pues su nivel racional o de conciencia no está lo suficientemente desarrollado, para en base a su autodeterminación, expresar de manera libre y autónoma su voluntad para hacer o no hacer algo, la persona denominada peyorativamente como pederasta desafortunadamente utiliza a la otra persona como un medio para satisfacer sus apetitos sexuales próximos, agravando por consiguiente la dignidad del menor de edad, en definitiva, los valores subjetivos de cada persona, encuentran sus propios límites en la moral autónoma del semejante, sin necesidad de leyes externas que lo prohíban.

Así las cosas, el ejercicio del Derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad operará en todos aquellos ámbitos en donde no colisione con los derechos y libertades de otra persona, así de simple.

³⁵ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 8.ª ed. (Madrid: Trotta, 2008), 111.

³⁶ Leslie Stevenson y David L. Haberman, *Diez Teorías sobre la Naturaleza Humana*, (Madrid: Cátedra Colección Teorema, 2001), 23.

También es importante destacar que en una sociedad intercultural, los sujetos de manera individual o colectiva, en base a su idiosincrasia, poseen un pluralismo de valores, y eso trae como resultado el choque con los ideales del grupo dominante, si determinadas sociedades son egoístas en reconocer una prerrogativa básica como lo es el libre desarrollo de la personalidad, en base a todo lo analizado, sería una sociedad que ultraja la dignidad humana y por ende, se desprecia a sí misma.

En un Estado Constitucional de Derecho, la sociedad asume como lo propone Zagrebelsky el compromiso de no colocar barreras y hacer todo lo posible para que los valores propios de cada persona puedan concretarse en el esquema de vida que deseen forjar.³⁷ Por tanto, la norma jurídica debe volverse dúctil o flexible para garantizar un espacio de libertad donde operen las decisiones subjetivas de cada persona lo que hará posible el desarrollo de su personalidad.

CAPITULO 2. EL SEXO, EL GÉNERO Y LA TRANSEXUALIDAD.

2.1. El Sexo como distintivo biológico entre hombres y mujeres.

Desde el momento del nacimiento los seres humanos estamos obligados asumir un tipo de comportamiento en base a la distinción biológica observada en el cuerpo de la persona. Al existir un sistema de sexo binario, seremos considerados hombres o mujeres en razón de una variable objetiva como son los genitales, dichos órganos de naturaleza sexual serán elementos que influirán en los ámbitos de actuación de la vida pública o privada, sin embargo, no son determinantes para corroborar la autopercepción del individuo.

Los autores Cárdenas y Velásquez, citando a Bonnet, describen que existen 5 tipos de sexo, el primero se denomina sexo genético que tiene que ver con la formación de cromosomas desde el acto de la fecundación XY como varón y XX como mujer, el segundo es el sexo endocrino o gonadal que está conformado por los órganos y glándulas intra-genitales que segregan y liberan hormonas cuyas sustancias sirven para regular el funcionamiento del organismo, el tercer sexo se denomina morfológico y son los órganos extra-genitales que permiten la realización del acto sexual como lo es el

³⁷ Zagrebelsky, El derecho dúctil,..., ob. cit., 14.

pene y la vagina, a su vez, en base al sistema tradicional binario, su visibilidad ayuda a diferenciar y clasificar entre hombres y mujeres, el cuarto tipo de sexo es considerado de naturaleza psicológica ya que de la mezcla entre lo cromosómico, endocrino y morfológico devengarán en componentes socio culturales para fijar el comportamiento y la vestimenta del individuo, y finalmente se encuentra el sexo jurídico o legal que será colocado en los documentos de identidad y que la persona habrá de utilizar para identificarse ante la sociedad.³⁸

De la anterior categorización expuesta por los autores podemos coincidir en que el sexo morfológico que se fija en base a lo externo y objetivo del cuerpo, determina de manera arriesgada incluso arbitraria el comportamiento que habrá de asumir el individuo durante toda su vida.

Por otro lado, en opinión del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el tratamiento o denominación que le da al sexo, es en relación únicamente a las diferencias biológicas entre mujeres y hombres y es un presupuesto necesario para asignar los roles de género, éste último considerado un elemento de naturaleza social y cultural.³⁹

Como podemos observar, el acto de asignación sexual constituye una acción ajena a la voluntad de la persona, y esto es importante matizar, ya que aparece otro concepto fundamental como lo es la Identidad Sexual de naturaleza subjetiva y que en opinión de Rodríguez Molina, et al., recibe la denominación de sexo sentido que significa el sexo real a que la persona cree o siente pertenecer, más allá del sexo morfológico o de los genitales que posee.⁴⁰

La colisión entre el sexo sentido y el sexo morfológico constituyen uno de los problemas culturales incluso legales que enfrentan en la actualidad muchas personas, derivado de los estigmas y prejuicios sociales por los cuales tienen que atravesar.

³⁸ John Arturo, Cárdenas y Juan David, Velásquez. "Responsabilidad del Estado por intervenciones de reasignación de sexo y adecuación genital temprana". *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n°. 18 (2017):293-294. Redalyc, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=503857545012> último acceso 18 de abril de 2020.

³⁹ ACNUDH. "Orientación Sexual e Identidad de Género en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", *Oficina Regional para América del Sur*, s.n., (2013):2. <https://acnudh.org/orientacion-sexual-e-identidad-de-genero-en-el-derecho-internacional-de-los-derechos-humanos/> último acceso 14 de abril 2020.

⁴⁰ José Miguel, Rodríguez Molina, et al., "Escalas de depresión y ansiedad para personas transexuales". *Psicología desde el Caribe*, Vol. 32, n°. 1, (2015):56-57. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=21337152003> último acceso 2 de mayo de 2020.

Existe una evidente resistencia en aceptar que una persona se sienta identificada con otro sexo, también ocasiona un escándalo el que la modificación del cuerpo se adapte para hacerlo coherente con el sentir del individuo. Afortunadamente el cuerpo es dúctil o maleable, se puede transformar gracias a los avances de la tecnología y medicina que en la actualidad existen.

Bajo la anterior premisa, Ramírez Tovar y García Rodríguez ofrecen un argumento muy importante, y es que el cuerpo gracias a que puede ser transformado se resiste a ser sometido por la normalidad biológica y los patrones culturales, por consiguiente, se convierte en un espacio de concreción de alternativas o posibilidades.⁴¹

Vemos que lo natural se confronta con lo que podría ser considerado plástico o artificial, pero debemos tener siempre presente el derecho que tiene toda persona de ser y expresarse como quiere ser así como ser reconocida y respetada por la sociedad, pues de lo contrario vivirá en el ostracismo. Finalmente como bien lo manifiesta Soto Rodríguez, el progreso cultural y tecnológico hace posible que lo psíquico se materialice de manera eficiente en la corporalidad,⁴² es evidente que otras ramas del saber cómo es la psicología y la sexología exponen los verdaderos sentimientos internos de las personas e indudablemente es en el cuerpo donde se busca expresar o exteriorizar esa verdad subjetiva que reclama su posición en el mundo sensible.

2.2. El Género como Constructo Social.

Otra de las variables importantes que se encuentran vinculadas con el sexo es el concepto de Género, ya que en base a la diferenciación sexual la sociedad determina que aptitudes, funciones y comportamientos deben realizar hombres y mujeres. Según la Organización Mundial de la Salud, por género se entiende el conjunto de ideas de creación social respecto a que funciones, acciones y facultades serán llevadas a cabo en función de ser hombre o mujer,⁴³ esta definición es bastante precisa, ya que en la

⁴¹ Gabriela Elizabeth Ramírez Tovar y Raúl Ernesto García Rodríguez. "La modificación del cuerpo transgénero: experiencias y reflexiones". *Andamios*, Vol. 15, n°. 37, (2018):309. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=62857534014> último acceso 4 de mayo 2020.

⁴² Mario Andrés Soto Rodríguez. "La patologización de la transexualidad: contemplando posibilidades de resistir desde algunas construcciones identitarias de género no hegemónicas". *Cuadernos Inter.c.a.mbio sobre Centroamérica y el Caribe*, Vol. 11, n°. 2, (2014):163. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=476947242007> último acceso 1 de junio de 2020.

⁴³ OMS. "Temas de Salud: Género", consultado el día 20 de junio de 2020, <https://www.who.int/topics/gender/es/>

práctica este tipo de jerarquizaciones siguen fomentando y produciendo desigualdades e injusticias.

A través de una Guía de Educación Sexual, el Ministerio de Salud de la República de Argentina, resalta dos facetas sobre el género, como son: la expresión de género y los roles de género, respecto al primero se refiere a la manera de hablar, expresarse y vestir de un hombre y de una mujer, en cuanto al segundo a los trabajos, oficios, comportamiento o actividades según el sexo, por su parte la Identidad de Género de aspecto subjetivo, engloba la percepción, el sentimiento y la identificación que la persona tiene respecto al género masculino o femenino.⁴⁴

Es primordial hacer hincapié en que los conceptos de Identidad Sexual e Identidad de Género significan cosas distintas, pues según la investigación de Rodríguez Molina, et al., en la identidad sexual el individuo tiene la creencia de sentirse hombre o mujer, también se le denomina sexo sentido, en cuanto a la identidad de género la persona tiene el interés de concretar acciones y expresiones pertenecientes a determinado género, pero no necesariamente siente disconformidad con su sexo biológico, no obstante, cuando hay discrepancia entre la identidad sexual y el sexo asignado al nacer aparece la figura de la Transexualidad.⁴⁵

Como podemos ver el sexo y el género forman parte de las expresiones de la sexualidad, y son también una manera de organizar a la sociedad y al mundo, pero ¿qué pasa con todas aquellas personas que no se sienten identificadas con el sexo asignado, con los roles de género, así como manifestar una orientación sexual diferente? pues tal y como se vive en la realidad, las personas sufrirán discriminación y exclusión lo que provoca un menoscabo en el ejercicio y disfrute de los Derechos Humanos.

Este tipo de situaciones no solamente repercuten en la vida privada de las personas, sino que a nivel social y político involucra otros aspectos como lo es el fortalecimiento o debilitamiento de la Democracia, pues tal y como lo afirman Viveros Vigoya y Rodríguez Rondón los estudios sobre la ideología de género proporcionan herramientas para la apertura y ampliación del régimen democrático, esto permite reivindicar los derechos de las minorías que por razones de sexo y género su participación en la vida

⁴⁴ República de Argentina. "Guía Básica sobre Diversidad Sexual", *Ministerio de Salud, Presidencia de la Nación*, (2016):10-14. http://www.msal.gov.ar/images/stories/bes/graficos/0000000322cnt-2016-07_guia-diversidad-sexual-2016.pdf último acceso 20 de junio de 2020.

⁴⁵ Rodríguez Molina, et al., "Escalas de depresión y...", 56-57.

política se ve erosionada y limitada, estos colectivos son vistos como una amenaza para el orden social establecido de ahí su crítica académica, social y política.⁴⁶

La construcción del dialogo es muy importante para dar cavidad a la inclusión, reconocimiento y aceptación para aquellos que se sienten diferentes, en opinión de Pujal i Llombart disociar los afectos y las emociones del cuerpo convierten al ser humano en un individuo vulnerable, cita además a Michel Foucault quién advirtió que la única manera de lograr un cambio de conciencia social, es la realización de actividades para transformar la polaridad, la subjetividad y conquistar libertades.⁴⁷

La coherencia es un elemento fundamental en cualquier aspecto de la vida privada y social, la identidad entre el cuerpo y el sexo auto percibido debería ser coincidente ya que la desconexión genera un sufrimiento constante en las personas que viven en un cuerpo que consideran no les pertenece.

Las luchas y los movimientos sociales han permitido visibilizar los problemas que enfrentan determinados colectivos como consecuencia de su identidad disconforme. Es muy triste pensar que para poder ejercer libertades y derechos se requiera forzosamente identificarse con un grupo para poder hacerse visible. El derecho a la diversidad o al pluralismo es una de las libertades que en la época contemporánea exige una total reivindicación Fdez-Llebrez, al explicar los efectos de la identidad realiza unas aportaciones interesantes, pues advierte que la identidad en su aspecto benévolo une, pero desafortunadamente establece a la vez un distanciamiento entre los no iguales,⁴⁸ por lo tanto la diferencia se verá expuesta a diversos tipos de violencia que se viven todos los días en la sociedad.

2.3. La Transexualidad: confrontación entre el sexo sentido frente al sexo biológico.

⁴⁶ Mara Viveros Vigoya, y Manuel Alejandro Rodríguez Rondón. "Hacer y deshacer la ideología de género". *Sexualidad, Salud y Sociedad - Revista Latinoamericana*, n°. 27, (2017):123. Redalyc, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293355925006> último acceso 4 de junio de 2020.

⁴⁷ Margot Pujal i Llombart. "Reseña de "El Género desordenado. Críticas en torno a la patologización de la transexualidad" de Miquel Missé y Gerard Coll-Planas (Eds.)". *Athenea Digital. Revista de Pensamiento e Investigación Social*, Vol. 11, n°. 2, (2011):4. Redalyc, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=53719732014> último acceso 3 de junio de 2020.

⁴⁸ Fernando Fdez-Llebrez. "Democratización de las identidades, transgenerismo y malestares de género". *Desafíos*, Vol. 27, n°. 2, (2015):112-113. Redalyc, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=359638643003> último acceso 29 de mayo de 2020.

Desde una perspectiva de derechos humanos como lo hemos venido analizando en el anterior apartado teórico, el ejercicio del Derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad conlleva a que cada persona concrete su plan de vida de acuerdo a sus preferencias, gustos o aptitudes, lo que trae a colación que los aspectos psicológicos y corporales jueguen un papel importante en su actuación social para el desenvolvimiento de su personalidad.

Por ello toca el turno de estudiar una de las figuras en el ámbito de la sexualidad que ha causado polémica al momento de debatir la ampliación de derechos, nos referimos concretamente a la Transexualidad que será en lo particular el estudio concreto de análisis y debate en el siguiente capítulo.

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, define a las personas transexuales como aquellos individuos que no se sienten conformes o no están de acuerdo con su sexo asignado al nacer, su percepción y vivencia interna los orilla a identificarse con el género o sexo opuesto.⁴⁹

En la lucha por la defensa de los derechos humanos de las personas transexuales, que pedían la despatologización de la Transexualidad como enfermedad, en el año 2018 la Organización Mundial de la Salud retira del Manual de Clasificación Internacional de Enfermedades Mentales a la Transexualidad que se venía definiendo como un trastorno mental, y pasa a ser considerada como incongruencia de género, de ahí la necesidad de brindar cobertura médica para adaptar la vivencia interna de la persona con el sexo auto percibido.

En una investigación realizada por Borraz, dicho criterio sanitario internacional entraría en vigor a partir del 01 de enero de 2022, no obstante a pesar de ser un gran logro para la despatologización plena de la transexualidad, el nuevo concepto de incongruencia de género, sigue causando inconformidad, pues lo ideal es considerar a la transexualidad como una manifestación más de la diversidad sexual.⁵⁰ En otro artículo

⁴⁹ ACNUDH. “Orientación Sexual e Identidad de Género...”, 3.

⁵⁰ La nueva definición de la transexualidad en el Manual de Clasificación Internacional de Enfermedades queda de la siguiente manera: *"Una incongruencia marcada y persistente entre el género experimentado del individuo y el sexo asignado, que a menudo conduce a un deseo de 'transición' para vivir y ser aceptado como una persona del género experimentado a través del tratamiento hormonal, la cirugía u otras prestaciones sanitarias para alinear el cuerpo, tanto como se desee y en la medida de lo posible, con el género experimentado. El diagnóstico no puede asignarse antes del inicio de la pubertad. El comportamiento y las preferencias de género por sí solas no son una base para asignar el diagnóstico"*. Marta Borraz. “La OMS deja de considerar la transexualidad un trastorno mental”, *eldiario.es*, 18 de

publicado por Borraz, es importante la ubicación que la OMS dio a la Incongruencia de Género en el Manual de Clasificación Internacional de Enfermedades Mentales, pues es considerada una condición que incide en el estado de salud de las personas y la necesidad de la prestación pública de los servicios médicos.⁵¹

Sin embargo como podemos ver, la transexualidad aún está dentro de un Manual de Enfermedades Internacionales, lo que aún puede provocar un trato desigual hacia las personas, no obstante, es conveniente señalar que ha sido un gran avance ya no seguir considerando a esta condición como un trastorno, ya que eso implicaría seguir definiendo a la transexualidad como una patología que anularía o colocaría en entredicho la moral autónoma de la persona.

Con el afán de lograr la despatologización de la transexualidad y la ampliación de prerrogativas para este colectivo, en un estudio realizado por Farji Neer quién analizó los argumentos expuestos en los debates parlamentarios de la Ley de Identidad de Género de la República de Argentina, se consensaron tres puntos importantes: en primer lugar, la identidad es entendida como una verdad íntima y subjetiva de la persona, de esta manera se reconoce el derecho a ser uno mismo, en segundo lugar el derecho de cambiar de nombre y de sexo en los documentos de identidad y finalmente, la obligación de hacer por parte del Estado para proporcionar por medio de los avances tecnológicos, los tratamientos quirúrgicos y hormonales necesarios para adaptar el cuerpo a esa realidad en caso de ser solicitados por las y los interesados.⁵²

Observamos como la tecnología se pone al servicio del ser humano, pues el cuerpo pasa de ser materia estática e inmodificable, a ser una entidad maleable o acomodadiza, esto permite ser una vía de salvación o de escape para todas aquellas personas que no se sienten identificadas con el sexo biológico asignado al nacer. Indudablemente los debates planteados son en lo referente a los costos que son erogados por la práctica de

junio de 2018, https://www.eldiario.es/sociedad/OMS-considerar-transexualidad-enfermedad-incongruencia_0_783572396.html último acceso 19 de junio de 2020.

⁵¹ Marta Borraz. "La OMS dejará de considerar la transexualidad un trastorno, pero pasará a llamarla "incongruencia de género", *eldiario.es*, 31 de enero de 2017, https://www.eldiario.es/sociedad/OMS-considerar-transexualidad-trastorno-condicion_0_607189929.html último acceso 19 de junio de 2020.

⁵² Anahí Farji Neer. "Las tecnologías del cuerpo en el debate público. Análisis del debate parlamentario de la Ley de Identidad de Género argentina". *Sexualidad, Salud y Sociedad - Revista Latinoamericana*, n°. 16, (2014):67-68. Redalyc, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293330166004> último acceso 15 de junio de 2020.

dichos tratamientos y que serían asumidos por el Estado. El sector conservador lo vería como un capricho estético que lesionaría las arcas del erario público.

Dado que actualmente se continúan estableciendo límites al cuerpo así como condicionando reconocer a una persona transexual hasta en tanto no se superen ciertos requisitos legales, Nosedá Gutiérrez considera que existen herramientas de control sobre el cuerpo donde se utilizan criterios médicos, jurídicos y farmacéuticos que limitan los derechos de las personas transexuales, coincidiendo con el criterio expuesto por el Filósofo Foucault, interpreta dichas prácticas como un aspecto derivado de la biopolítica.⁵³

Como podemos observar tal y como lo advierte Michel Foucault, el cuerpo representa un espacio de naturaleza biopolítica, es decir, también se encuentra sujeto a un control dado por la razón objetiva, que en gran parte de las veces, se resiste en aceptar esa otra verdad interna o profunda que representa el verdadero sentir del ser humano.

En lo que respecta a España, la exposición de motivos de la Ley 2/2014, de 8 de julio promulgada por la Comunidad Autónoma de Andalucía, sustenta de manera muy progresista que el sexo y el género no son conceptos biológicos y su definición va más allá de la percepción visual de los órganos sexuales externos, sino que es una vivencia personal y subjetiva de las personas, de ahí el reconocer y respetar la soberanía autónoma o autodeterminación del individuo.⁵⁴

Para evitar injerencias arbitrarias en la voluntad de las personas, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en materias de género e identidad sexual en los

⁵³ Janet Nosedá Gutiérrez. "Muchas formas de transexualidad: diferencias de ser mujer transexual y de ser mujer transgénero". *Revista de Psicología*, Vol. 21, n.º. 2, (2012):12. Redalyc, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=26424861001> último acceso 25 de mayo de 2020.

⁵⁴ "La definición del sexo-género de una persona va mucho más allá de la apreciación visual de sus órganos genitales externos en el momento del nacimiento y no es un concepto puramente biológico, sino, sobre todo, psicosocial –como estableció el Tribunal europeo de Derechos Humanos, Sentencias de la Gran Sala de 11 de julio de 2002, en los casos *Christine Goodwin contra el Reino Unido* e *I. contra el Reino Unido*–. el concepto de identidad de género se refiere a la vivencia interna e individual del género tal y como cada persona la siente profundamente, incluyendo la vivencia personal del cuerpo y otras como la vestimenta, el modo de hablar y los modales. La identidad de género está generalmente acompañada del deseo de vivir y recibir aceptación como miembro de dicho género e incluso del deseo invencible de modificar, mediante métodos hormonales, quirúrgicos o de otra índole, el propio cuerpo, para hacerlo lo más congruente posible con el sexo-género sentido como propio". Comunidad Autónoma de Andalucía. Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía. *B.O. Andalucía*, de 18 de julio de 2014, núm. 139, pág. 9. <https://www.juntadeandalucia.es/boja/2014/139/1> último acceso 14 de mayo de 2020.

llamados Principios de Yogyakarta, concretamente en el principio número 18 dispone que ninguna persona será obligada a someterse a algún tipo de tratamiento médico o quirúrgico para corregir su identidad de género u orientación sexual, pues son condiciones que no son un enfermedad, y por ende, no requieren de determinado tratamiento para ser tratadas o sanadas.⁵⁵

El reconocimiento juega siempre un papel primordial en la esfera privada, pública y social de las personas, de tal manera que aceptar y respetar a una persona que se siente con un sexo y género diferente ocasiona rechazo y displicencia en la sociedad por las ideas convencionales que se profesan, creándose obstáculos y barreras para ejercer derechos y libertades de manera eficiente.

Las personas somos identificadas en sociedad por nuestra fisonomía, forma de ser, de vestir, de actuar, así como en los documentos de identidad que poseamos, a partir de estas circunstancias, se determina el trato que debemos recibir. La transexualidad es una realidad social, de tal manera que se exige a los poderes públicos que a través de sus actos de imperio, las personas transexuales reciban protección y amparo por parte del ordenamiento jurídico. El punto medular que se cuestiona en la actualidad es el cambio de sexo y nombre en los documentos de identidad para lograr ese reconocimiento social, no obstante, se condiciona a cumplir determinados requisitos para proceder a dichas modificaciones.

En el caso de España la Ley 3/2007, de 15 de marzo., en su artículo 1 prescribe que la persona legitimada para solicitar el cambio de sexo y nombre en sus documentos de identidad debe ser de nacionalidad española, mayor de edad y con conciencia o discernimiento suficiente para ello. La misma ley en su artículo 4 dispone que para aprobar la rectificación del sexo, la persona debe de acreditar poseer un dictamen médico donde se le haya diagnosticado disforia de género, también puede acreditarlo si la persona ha estado en un periodo de dos años recibiendo algún tratamiento médico para adaptar su sexo sentido con su cuerpo, sin embargo dicho requisito no será exigible si por determinadas circunstancias relativas a la edad o la salud, se ponga en riesgo la

⁵⁵ *“Ninguna persona será obligada a someterse a ninguna forma de tratamiento, procedimiento o exámenes médicos o psicológicos, ni a permanecer confinada en un centro médico, en base a su orientación sexual o identidad de género. Con independencia de cualquier clasificación que afirme lo contrario, la orientación sexual y la identidad de género de una persona no son, en sí mismas, condiciones médicas y no deberán ser tratadas, curadas o suprimidas”*. Principios de Yogyakarta. “Principio 18, Protección contra abusos médicos”, consultado el día 23 de junio de 2020, <https://yogyakartaprinciples.org/principle-18-sp/>

vida de la persona.⁵⁶ Del anterior análisis, la ley mantiene un criterio médico que condiciona la rectificación del sexo de la persona, lo que evidencia que la voluntad de un tercero o experto en la materia, será en realidad el consentimiento o visto bueno que se habrá de considerar para modificar los documentos de identidad.

El actual ordenamiento jurídico determina que la legitimación en la causa para solicitar la rectificación de datos, solo pueden ejercerla los mayores de edad y de nacionalidad española con los demás requisitos que exige la normativa, por consiguiente, se deduce que los menores de edad así como las personas extranjeras, no están legítimas para iniciar dicho procedimiento. Con el fin de garantizar el respeto a la dignidad humana y a la autodeterminación de la persona, existe una Proposición de Ley presentada al Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Unidas Podemos cuya exposición de motivos sustenta la necesidad de proteger los derechos de los menos transsexuales, pues se argumenta que solo reconociendo el derecho a ser uno mismo o al sexo sentido, se hará posible la autodeterminación de la persona, cuyo alcance comprenderá a su vez a los menores de edad.⁵⁷

En otra Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, se reconoce de manera definitiva el derecho de las y los niños y adolescentes transsexuales a desarrollarse libremente de acuerdo a su identidad sexual sentida, creando de esta manera seguridad jurídica y reformando los artículos 1 y 4 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo. En la nueva redacción las personas legitimadas para solicitar la rectificación del sexo y nombre en el Registro Civil, deberán de cumplir ciertos requisitos como lo es: el poseer nacionalidad española, mayores de edad, los mayores de 16 años si lo desean, podrán dar inicio a la solicitud y, para el caso de los menos de 16 años la solicitud la

⁵⁶ España. Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. *BOE*, de 16 de marzo de 2007, núm. 65, pp. 11251 a 11252. <https://www.boe.es/boe/dias/2007/03/16/pdfs/A11251-11253.pdf> último acceso 29 de abril de 2020.

⁵⁷ De manera literal, la proposición de ley señala lo siguiente: *“Como se ha expuesto, solo reconociendo el derecho a la libre determinación de la identidad sexual sentida, será posible que el desarrollo de la personalidad de los y las menores de dieciocho conforme a su identidad sexual sea verdaderamente libre”*.

España. Proposición de Ley sobre la protección jurídica de las personas trans y el derecho a la libre determinación de la identidad sexual y expresión de género. *B.O. Cortes Generales*, de 02 de marzo de 2018, núm. 220-1, pág. 5. http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-220-1.PDF último acceso 2 de mayo 2020.

harán sus padres, tutores o representantes legales, pero siempre se tomará en cuenta la voluntad del menor.⁵⁸

Además de lo anterior, la gran propuesta que plantea esta iniciativa de ley tiene como objetivo reformar los requisitos para dar inicio con la solicitud de cambio de sexo, en donde únicamente se requiere la manifestación expresa de la persona transexual, pero además, no será necesario acreditar el haber estado sometido a algún tipo de tratamiento de cualquier índole.⁵⁹

Finalmente, la propuesta de la ley agrega un nuevo artículo en donde se legitima a los ciudadanos extranjeros transexuales que se encuentren de manera legal en España, dar inicio con la solicitud de cambio de sexo y nombre en sus documentos de identidad, esto con el objetivo de velar por el respeto de su dignidad humana que se haya visto vulnerada por razones de discriminación, persecución o porque en sus países de origen los procedimientos de cambio de sexo no estén contemplados o exijan mayores requisitos que la legislación española.⁶⁰

Las anteriores propuestas de reforma a la ley, sin duda amplían los derechos de las personas transexuales, flexibilizan y agilizan los procedimientos de rectificación de cambio de sexo y nombre, pero además, despatologiza por completo a la

⁵⁸ España. Proposición de Ley para la reforma de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, para permitir la rectificación registral de la mención relativa al sexo y nombre de los menores transexuales y/o trans, para modificar exigencias establecidas en el artículo 4 respecto al registro del cambio de sexo, y para posibilitar medidas para mejorar la integración de las personas extranjeras residentes en España. *B.O, Cortes Generales*, 03 de marzo de 2017, núm. 91-1, pág. 3. http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-91-1.PDF último acceso 29 abril 2020.

⁵⁹ La nueva redacción del artículo 4 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, quedaría de la siguiente manera: «Artículo 4. Requisitos para acordar la rectificación. 1. La solicitud de rectificación registral de la mención de sexo no precisa de más requisitos que declaración expresa de la persona interesada del nombre propio y sexo registral con los que se siente identificado/a, que se expresará en una declaración que deje acreditada la voluntad, así como los datos necesarios de la inscripción que se pretende rectificar, y, en su caso, el número del Documento Nacional de Identidad. 2. La efectividad del derecho al reconocimiento de la identidad sexual y/o expresión de género y, en su caso, la rectificación de la mención registral del sexo no se podrá condicionar, en ningún caso, a la acreditación de haberse sometido a ningún tipo de cirugías, a terapias hormonales, o a tratamientos psicológicos, psiquiátricos o médicos de cualquier tipo.» *Ibidem.*, pág. 4.

⁶⁰ El nuevo artículo quedaría expresado de la siguiente forma: «Artículo 8. Las personas extranjeras que no pudieren o no hubieren rectificado la mención registral relativa al sexo y/o el cambio de nombre en su país de origen y que acrediten la imposibilidad legal de llevarlo a efecto o porque ello signifique riesgo para su propia vida o integridad, y siempre que cumplan los demás requisitos de esta ley, excepto el de la nacionalidad española, y que lo soliciten y cuenten con residencia legal en España, podrán interesar la rectificación de la mención del sexo, el cambio del nombre en la tarjeta de residencia y, en su caso, en el permiso de trabajo que les hayan sido expedidos a fin de hacerlos corresponder con su verdadera identidad sexual y/o expresión de género.» *Ídem.*

Transexualidad, pues el consentimiento expreso del interesado basta y sobra para cambiar de identidad, no siendo necesario el haber estado sometido a tratamientos médicos previos.

Para dar por concluido el presente apartado, es importante destacar que la mayor preocupación del legislador ordinario al momento de reglamentar la figura de la transexualidad es en lo referente a la posibilidad de reversión que pueden llegar a experimentar las personas trans, de ahí la justificación de velar por la madurez y el cumplimiento de determinados tratamientos médicos que generen certeza para permitir el cambio de sexo y nombre, empero, el cambio de identidad no es un problema como tal, sino en todo caso la reversión afectaría cuando la persona a través de tratamientos quirúrgicos o de cirugía plástica, su cuerpo ya haya sido transformado o modificado, no obstante, un cambio de documentos es fácilmente reemplazable, el cuerpo ya no.

Tomaremos de referencia el criterio expuesto por Salazar Benítez, en donde afirma que la única manera en que se puede superar el sistema binario de sexo y género de creación patriarcal, es aceptar y reconocer que la identidad es mutable, dinámica, y cambiante, la persona en base a su autodeterminación decide como proyectarse en sociedad y ejercer sus derechos, aunque eso implique ser estigmatizada por escapar de la llamada normalidad.⁶¹ Obviamente podría crearse una incertidumbre y una especie de fraude a la ley por la inestabilidad que pueda representar el cambio de identidad, para ello también la norma jurídica debe regular dicho aspecto, supuesto que ya está contemplado en la Ley 3/2007, de 15 de marzo, en donde en su artículo 5.3 dispone lo siguiente: *“El cambio de sexo y nombre acordado no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral”*.⁶² Así las cosas, el hecho de que se produzca un cambio en los documentos de identidad no debería de lesionar o menoscabar los derechos u obligaciones contraídos por la persona transexual si desea vivir con posterioridad una nueva realidad.

⁶¹ Octavio Salazar Benítez, “El Derecho a la Identidad Sexual de las Personas Menores de Edad. Comentario a la STC 99/2019, de 18 de julio de 2019”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º. 32, (2019): s.p. <https://www.ugr.es/~redce/REDCE32/ReDCEsumario32.htm> último acceso 27 de junio de 2020.

⁶² España. “Ley 3/2007, de 15 de marzo...”, 11252.

CAPITULO 3. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA EN MATERIA DE TRANSEXUALIDAD.

3.1. Precedentes Jurisprudenciales.

Antes de entrar al análisis de la Sentencia 99/2019, de 18 de julio de 2019 emitida por el Tribunal Constitucional de España que resolvió la Cuestión de Inconstitucionalidad en relación a la solicitud de cambio de sexo promovida por un menor de edad, es importante estudiar algunos precedentes previos que sustentaron el fallo constitucional y que forman parte de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo Español.

La primera sentencia que modifica el criterio jurisprudencial que hasta el momento defendía la necesidad de realizar operación quirúrgica para autorizar el cambio de sexo en el registro civil, es la Sentencia 929/2007, de 17 de septiembre, emitida por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, la cual destaca que debe primar el factor psicosocial para la determinación del sexo de una persona, lo que conlleva a reconocer a la identidad sexual como manifestación de la identidad individual y el desarrollo de la personalidad,⁶³ restando de esta manera la importancia del sexo gonadal y la exigencia de realización de intervención quirúrgica.

Por su parte la Sentencia 158/2008, de 28 de febrero, emitida por la Sala de lo Civil del mismo Órgano Jurisdiccional, advierte que no permitir el cambio de sexo por falta de intervención quirúrgica, conlleva a seguir manteniendo el criterio de restar valor al sexo psicológico frente al sexo biológico.⁶⁴

⁶³ “No hay, en puridad, una vulneración de los derechos a la intimidad o la propia imagen, pero hay un freno al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) que se proyecta en una lesión de la dignidad humana,, en una falta de tutela de la salud (art. 43.1 CE), al respeto a la intimidad y a la propia imagen (art. 18.1 CE) y a la protección de la integridad física y moral (artículo 15 CE), pues parece que el libre desarrollo de la personalidad (aceptado como soporte y justificación del cambio por las Sentencias de esta Sala de 15 de julio de 1988, 3 de marzo de 1989, 19 de abril de 1991 y 6 de septiembre de 2002) implica, dada la prevalencia de los factores psicosociales en la determinación del sexo, que han de primar en los supuestos de disforia de género, un derecho de sostener la identidad sexual como expresión de la identidad personal, que es un bien de la personalidad”. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1º). Sentencia núm. 929/2007, de 17 de septiembre. Pág. 9. <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp> último acceso 7 de mayo de 2020.

⁶⁴ “Pero, si bien se piensa, el resultado, de aceptar la posición que hasta ahora se ha venido sosteniendo en la jurisprudencia, sería el mismo: no aceptar el cambio por falta de la operación quirúrgica significa, en el fondo, hacer primar el factor fenotípico o cromosomático, que la operación, por otra parte, no puede corregir, con lo que no se da valor a las mutaciones psíquicas o los cambios en el rol socialmente

No obstante de que la Sentencia 182/2008, de 6 de marzo, emitida por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, reconoce la necesidad de reconocer la identidad sexual de la persona para proteger su intimidad, su salud, su imagen, su privacidad y su libre desarrollo, claramente mantiene el criterio de considerar a la disforia de género como una patología.⁶⁵

Continuando con el análisis de precedentes, la Sentencia 731/2008, de 18 de julio, emitida de igual manera por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, subraya el daño y perjuicio emocional que la persona transexual puede padecer derivado de la vulneración a su derecho a la privacidad, por la incongruencia de los datos asentados en los documentos de identidad con su sexo psicológico, situación que puede reproducirse constantemente cada vez que la persona se identifica en el ámbito público.⁶⁶

De la revisión de los anteriores precedentes emitidos por el Tribunal Supremo, se puede contemplar el reconocimiento de prohibir toda injerencia e intervención quirúrgica arbitraria sobre el cuerpo de las personas, a su vez, el reconocimiento del sexo sentido, a la identidad, el derecho a la intimidad, a la salud, a la imagen, a la privacidad y al libre desarrollo de la personalidad, en consecuencia, toca enseguida verificar si estos derechos también son disfrutados en igualdad de condiciones por los menores de edad en España.

3.2. La Sentencia 99/2019, de 18 de julio de 2019.

asumido, no obstante hallarse el interesado en situación patológica... haber sido diagnóstico y haber sido sometido a tratamiento". Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), Sección 1º). Sentencia núm. 158/2008, de 28 de febrero. pp. 5-6. <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp> último acceso 14 de abril de 2020.

⁶⁵ *"Hay que reconocer al individuo que sufre la patología denominada disforia de género, la facultad de conformar su identidad sexual de acuerdo con sus sentimientos profundos, con sus convicciones de pertenecer a otro sexo, pues de otro modo ni se protege su integridad, ni se le concede la protección de la salud, ni se trata adecuadamente el derecho a la imagen y a la intimidad familiar. Se trata, en una palabra, de dejar que el libre desarrollo de la personalidad se proyecte en su imagen y se desarrolle dentro de un ámbito de privacidad, sin invasiones ni injerencias"*. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1º). Sentencia 182/2008, de 6 de marzo. Pág. 6. <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp> último acceso 6 de junio de 2020.

⁶⁶ *"Cuando una persona ha superado los pasos dados por el recurrente, y falta la culminación del proceso debido normalmente a causas ajenas a la voluntad del actor, concretamente por razones económicas, y que en ese tiempo se va a prolongar innecesariamente el sufrimiento de una persona por mor de la discordancia entre lo real y lo registral, en cada acto que exija una identificación y que es algo tan habitual que se produce de manera constante y obligatoria en nuestras relaciones sociales, jurídicas y económicas de todo tipo (piénsese, a título de ejemplo, en la necesidad de mostrar el documento nacional de identidad cada vez que se paga con una tarjeta de crédito o en nuestras relaciones con la Administración, entidades financieras, etc...), pondría abiertamente de manifiesto su situación de transexual, con el consiguiente perjuicio emocional y social que ello implicaría"*. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1º). Sentencia 731/2008, de 18 de julio. Pág. 6. <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp> último acceso 8 de junio de 2020.

A continuación, daremos inicio al análisis de la Sentencia 99/2019, de 18 de julio de 2019, emitida por el Tribunal Constitucional de España, que resolvió la Cuestión de Inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Supremo, donde considera que el artículo 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, que reglamenta el cambio de sexo de la personas, vulnera los artículos 15,⁶⁷ 18.1,⁶⁸ 43.1,⁶⁹ y 10.1⁷⁰ de la Constitución Española, por ello, es esencial comenzar con la narrativa de hechos, agravios, derechos confrontados y el consecuente fallo constitucional.

Los hechos se remontan desde el año 2002, en donde una menor de edad nacida en Huesca expresa a sus padres y entorno social se deseó de sentirse varón, utilizando incluso un nombre de carácter masculino. En el año 2014 es diagnosticada por los profesionales de la salud con un fenotipo completamente masculino, en consecuencia, se le canaliza al área de endocrinología para recibir tratamiento hormonal, el equipo médico emite un informe que puede ayudar al paciente a solicitar el cambio de sexo y nombre en el Registro Civil.⁷¹

En julio de 2014 los padres del ahora menor en su representación, inician el trámite pertinente en el Registro Civil, en contraste con lo anterior, la solicitud fue inadmitida por no cumplirse el requisito de mayoría de edad contemplado en el artículo 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo. Los argumentos denegatorios por la autoridad administrativa defienden que el legislador entiende que la transexualidad es un proceso que se mantiene el tiempo, por ese motivo se permite que sea hasta la mayoría de edad cuando la persona interesada pueda ejercitar dicho derecho de cambio de sexo.⁷²

⁶⁷ La Constitución España prescribe lo siguiente: “Artículo 15. Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”. España. Constitución Española. BOE, 29 de diciembre de 1978, núm. 311, s.p. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

⁶⁸ El Artículo 18.1 de la CE precisa: “1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”. Ídem.

⁶⁹ Artículo 43.1 de la Constitución Española: “1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud”. Ídem.

⁷⁰ Artículo 10.1 de la Constitución Española: “1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Ídem.

⁷¹ Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia 99/2019, de 18 de julio de 2019, BOE, de 12 de agosto de 2019, núm. 192, pp. 89782-89783. <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/26021> último acceso 15 de junio de 2020.

⁷² “Se indica que es un criterio claro establecido por el legislador, que exceptúa la regla habitual en materia de derechos de la personalidad por entender que la transexualidad «es un proceso en cadena, que se puede prolongar en el tiempo... razón por la cual se retrasa hasta la mayoría de edad la

Inconformes con la decisión, los padres promueven demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia de Huesca en septiembre de 2014, donde argumentan que se obstaculiza a su hijo su derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues en razón de que se lesionan otros derechos como la imagen y su privacidad, se dificulta que pueda practicar deportes o pertenecer a equipos compuestos por varones, a pesar de las anteriores razones, en enero de 2015 el Juzgado de Primera Instancia rechaza la acción ejercitada por carecer el menor de edad el requisito de mayoría de edad que exige la ley, sustenta además que los menores de encuentran en crecimiento y desarrollo, siendo idóneo esperar hasta la mayoría de edad para evitar una regresión.⁷³

A fin de combatir la anterior resolución, los progenitores plantean Recurso de Apelación cuyo Tribunal Competente fue la Audiencia Provincial de Huesca, donde de igual manera, el Órgano Jurisdiccional desestima el recurso de apelación planteado, argumentando que los requisitos de mayoría de edad y discernimiento suficiente son decisiones objetivas del legislador para otorgar seguridad jurídica a las personas transexuales, se adhiere además a las razones expuestas por el Ministerio Fiscal en que el menor aún no cumplía el otro requisito de estar sometido a tratamiento médico por dos años tal y como lo establece la ley.⁷⁴

Como se puede observar, las resoluciones de los Tribunales de primera y segunda instancia, les preocupa el riesgo de reversión que puedan sufrir los menores transexuales, sin embargo la segunda instancia continua manteniendo un criterio

posibilidad del ejercicio de este derecho, sin excepción alguna». El auto añade que esta prescripción de la ley estatal debe prevalecer en virtud del principio de especialidad sobre la normativa autonómica invocada por el fiscal en su informe, a la sazón el art. 5 del Código de Derecho foral aragonés, en relación al derecho del menor a su desarrollo y a una formación conforme a su personalidad”. Ídem.

⁷³ “El órgano jurisdiccional considera que el legislador trata de proteger de esta manera los derechos de los menores, sobre todo teniendo en cuenta lo apreciado por los estudios científicos sobre «las dificultades del diagnóstico [...] más aún en la época puberal, ya que implica la atención a pacientes con gran complejidad en su expresión clínica y en sus posibilidades etiológicas, encontrándonos en una época de continua evolución y desarrollo. Se viene a señalar que si la identificación del menor con el otro sexo persiste al final de la adolescencia el riesgo de remisión es prácticamente nulo, sin que sea conveniente retrasar el tratamiento de la persona [...] hasta que tenga la mayoría de edad». Estas razones justifican que no procede el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, sino la aplicación de la ley en sus propios términos”. Ídem. *Ibidem.*, 89784.

⁷⁴ La Audiencia Provincial de Huesca argumenta en su resolución lo siguiente: “El recurso, tramitado como el número 54-2015 y al que se opuso la fiscalía provincial de Huesca, fue igualmente desestimado por sentencia 36/2015 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de 13 de marzo de 2015, que confirmó la de instancia. En ella se afirma que la exigencia de mayoría de edad y de capacidad suficiente para la solicitud de cambio de sexo en el registro civil es una decisión consciente del legislador a la hora de dictar una norma que pretende dar «cobertura y seguridad jurídica» a la necesidad sentida por las personas transexuales adecuadamente diagnosticadas”. Ídem.

patológico sobre la transexualidad, al exigir que deba encontrarse la persona bajo tratamiento dictado por los especialistas del ramo médico.

Invocando las sentencias analizadas en el anterior apartado y que fueron emitidas por el Tribunal de Casación Español, el menor a través de sus representantes promueve Recurso de Casación ante el Tribunal Supremo, donde argumenta que se lesionan los valores y derechos constitucionales como lo son: la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a su intimidad, a su vida privada y el derecho a no ser discriminado, sustenta que el cambio de sexo en el Registro Civil no es un derecho exclusivo para los mayores de edad, sino que debe de hacerse extensiva dicha prerrogativa para los menores de edad, a fin de respetar el interés del menor y su autodeterminación.⁷⁵

En marzo de 2016 la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, considera necesario plantear Cuestión de Inconstitucionalidad para que sea el Tribunal Constitucional, quién decida sobre el fondo del asunto y determine si el artículo 1 de la Ley 3/2007 que regula el cambio de sexo de las personas, vulnera los artículos 15, 18.1, 43.1 y 10.1 de la Constitución Española.⁷⁶

El contenido del Auto emitido por el Tribunal Supremo, enumera ocho proposiciones que estima oportuno sean resueltas por el Tribunal Constitucional como son las siguientes: el concepto socio-legal de la transexualidad es una variable en continua evolución, debe prevalecer el aspecto psicológico sobre el gonadal, no se puede condicionar el reconocimiento de la identidad sexual y de género a someterse a una operación quirúrgica, la transexualidad no es una enfermedad, por lo tanto, no necesita curación, debe autorizarse a la persona transexual el cambio de sexo y nombre en sus documentos de identidad, al identificarse en el ámbito público, la persona transexual se ve expuesta a la humillación y al descrédito, de ahí que deba protegerse su

⁷⁵ “El recurrente resaltaba que tales valores y derechos (libre desarrollo de la personalidad, dignidad de la persona, respeto a la intimidad y a la vida privada de las personas transexuales), afirmados por la jurisprudencia para permitir el cambio en la mención registral del sexo de personas transexuales, no son privativos de los mayores de edad, sino que también son predicables, y en la misma medida, de los menores de edad, cuyo interés superior debe prevalecer en la interpretación de las normas (sentencias 76/2015, de 17 de febrero; 835/2013, de 6 de febrero, o 221/2011, de 1 de abril)”. Ídem.

⁷⁶ “Mediante auto fechado el 10 de marzo de 2016 el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo acordó finalmente el planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 1 de la Ley 3/2007, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, por presunta vulneración de los arts. 15, 18.1 y 43.1, en relación al 10.1, todos ellos de la Constitución, en cuanto que solo reconoce legitimación a las personas mayores de edad para solicitar la rectificación de la mención registral del sexo y del nombre”. *Ibidem.*, 89786.

dignidad e intimidad, así pues, las anteriores proposiciones encuentran su fundamento en los artículos 10.1, 15, 18.1 y 43 de la Constitución Española.⁷⁷

La Sala del Tribunal Supremo defiende que acotar el ejercicio del derecho a cambio de sexo de los menores transexuales, solo es justificable cuando carezca de madurez y sea primordial defender a este colectivo, por ese motivo, enfatiza que las causas de restricción de derechos no pueden postergarse durante toda la minoría de edad, sino que debe ponderarse según la madurez de la persona.⁷⁸

El 10 de mayo de 2016 el Pleno del Tribunal Constitucional admite a trámite la Cuestión de Inconstitucionalidad dando traslado de los autos recibidos a los demás Órganos del Estado Español como lo es al Congreso de los Diputados, al Senado y al Gobierno. En junio de 2016 el Abogado del Estado se apersona y formula alegatos en torno a la Cuestión de Inconstitucionalidad abordada pidiendo que se desestime, pues respalda la tesis en que el legislador haya fijado la edad de 18 años conforme a la Carta Magna para determinar capacidad plena a las personas, argumenta además de que el cambio de sexo en los registros no evidencia que se erradiquen los actos de vulnerabilidad que enfrentan los menores transexuales, de ahí la importancia de adoptar otras medidas para protegerles.⁷⁹

⁷⁷ “Como conclusiones de los anteriores apartados, el auto del Tribunal Supremo plantea hasta ocho proposiciones: i) El tratamiento socio-jurídico de la transexualidad «se encuentra en constante y acelerada evolución»; ii) En la identidad de género debe primar el aspecto psicológico y psicosocial sobre el cromosomático o gonadal; iii) El reconocimiento de la identidad de género de un transexual no se puede condicionar al sometimiento a una operación quirúrgica de reasignación de sexo; iv) La transexualidad no debe ser considerada una patología psiquiátrica necesitada de curación; v) Debe facilitarse a la persona transexual el cambio de sexo y nombre en su inscripción de nacimiento y en sus documentos de identidad; vi) Debe protegerse la intimidad y dignidad de la persona transexual ante situaciones humillantes de identificación en el ámbito escolar, laboral o de relación con las autoridades públicas; vii) Estas exigencias derivan del respeto a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), en relación con el derecho a su integridad física y moral (art. 15 CE), el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), y el derecho a la protección de la salud (at. 43 CE), así como de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la interpretación del Consejo de Europa y viii) «Los menores no son ajenos a la problemática de las personas transexuales», padeciendo además problemas específicos «inherentes a la etapa de la infancia y la adolescencia». Ibídem., 89787.

⁷⁸ “En concreto, la Sala defiende que la limitación del ejercicio de derechos fundamentales a los menores de edad solo puede tener dos justificaciones fundamentales: la falta de madurez de la persona y la necesidad de proteger a este colectivo, tal como prescribe la propia Constitución (art. 39.3 y 4 CE) y ha subrayado la jurisprudencia constitucional (STC 274/2005, de 7 de noviembre). En este sentido, la citada sentencia del Tribunal Supremo 929/2007, de 17 de septiembre, habría postergado a un segundo plano las consideraciones sobre su incidencia en el orden público como argumentos válidos para restringir el ejercicio de derechos fundamentales. Además, se subraya que esas causas constitucionalmente legítimas de restricción de derechos no actúan de modo uniforme durante todo el periodo de la minoría de edad, sino de modo inversamente proporcional a la edad de la persona”. Ibídem., 89788.

⁷⁹ “Prevaleció así la tesis expresada por la representante del grupo parlamentario socialista, que defendía que «ante una decisión vital de tanta trascendencia sobre algo que es irreversible, sobre algo

Por su parte, la Fiscalía General del Estado se posiciona en que se dicte sentencia estimatoria y en consecuencia, se declare inconstitucional el artículo 1.1 de la Ley 3/2007. Expone en su escrito de comparecencia tres razones importantes: cita en primer lugar la Resolución 2048 del Consejo de Europa del 22 de abril de 2015, en donde percibe a los Estados Parte a implementar mecanismos legales ágiles y rápidos para el reconocimiento del cambio de sexo y género, sin importar la edad de la persona, atrae los argumentos expuestos en la exposición de motivos de la ley de identidad de género andaluza, en donde se defiende reconocer la identidad de género de los menores de edad, pues eso permitirá el desarrollo de su personalidad. Finalmente, considera que al existir una reglamentación excesiva en la ley para el cambio de sexo y género exclusiva a los mayores de edad, constituye un menoscabo a la dignidad humana y al libre desarrollo, pues la vida del menor transexual no es coherente con su sexo sentido.⁸⁰

Los padres del menor transexual acompañan a su escrito de alegaciones un informe de naturaleza psicológica/sexológica en donde se determina que la transexualidad es una condición innata en la persona que la vive, no se elige, y por lo tanto, no requiere de madurez para su establecimiento pleno, en consecuencia, dicha condición es irreversible.⁸¹

que es personal e intransferible, es razonable que esta decisión exija plena capacidad de obrar y esta, jurídicamente, todos los españoles, conforme a la Constitución, hemos decidido que se fije en dieciocho años, que es el límite de edad para considerarse mayor. Finalmente, el abogado del Estado se apoya en la propia opinión de la Sala proponente de la cuestión, que relativiza en la actualidad la importancia que tiene el sexo en el estado civil por la aproximación de roles y comportamientos sociales, para sostener que la rectificación del sexo de la persona en el registro civil ni es el origen de los posibles sentimientos de humillación, ansiedad y vulnerabilidad que puede padecer el menor transexual, ni evita que estos se puedan producir. Cuestión distinta es que el interés superior del menor requiera la adopción de las medidas necesarias para protegerle en este campo, [...]”. Ibídem., 89791.

⁸⁰ *“destaca la Resolución 2048 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 22 de abril de 2015 que, en cuanto al reconocimiento jurídico del género, llama a los estados a instaurar procedimientos ágiles de cambio de nombre y sexo «a disposición de todas las personas que deseen utilizarlos, independientemente de la edad» y de otras circunstancias (salud, situación financiera, situación de privación de libertad...), añadiendo que se deberá «garantizar que el interés superior del niño sea una consideración primaria en todas las decisiones que conciernen a los menores». Se cita además una referencia de la exposición de motivos de la ley andaluza, ya mencionada, sobre el derecho de los menores «a que les sea reconocida su propia identidad de género dentro del proceso de formación de su personalidad», [...]. La última parte de su escrito de alegaciones es dedicado por la fiscal general a argumentar que la prohibición a los menores de edad transexuales de cambiar la mención registral de su sexo y nombre constituye una injerencia en el libre desarrollo de su personalidad y en su dignidad humana (art. 10.1 CE), que conculca también otros derechos fundamentales (arts. 18.1, 15 y 43.1 CE). Se vulnera el art. 10.1 CE porque estamos ante una medida desproporcionada, que dificulta la construcción de una vida coherente con la identidad de género asumida por el menor transexual. Ese precepto constitucional es de aplicación a cualquier persona, con independencia de su edad y de su capacidad de obrar”. Ibídem., 89793.*

⁸¹ *“En apoyo de estas orientaciones se citan –y se adjuntan a las alegaciones– los informes de un psicólogo/sexólogo especialista en transexualidad y de un catedrático de psicobiología, ambos españoles,*

Cabe señalar de que el Tribunal Constitucional en el análisis de la Cuestión de Inconstitucionalidad planteada, no entra al estudio para declarar inconstitucional el artículo 4.1 de la Ley 3/2007, en lo relativo a las exigencias de tratamientos médicos, quirúrgicos y hormonales a que debe someterse la persona transexual, pues el Tribunal Supremo no lo solicitó.

El primer argumento expuesto por el Tribunal Constitucional para resolver este planteamiento de inconstitucionalidad, determina que la identidad involucra aspectos tales como el sexo y el nombre esenciales para la vida humana, es fundamental su reconocimiento para el desenvolvimiento de la personalidad del individuo. De tal manera que si la identidad verdadera de una persona se encuentra oculta, disminuye la posibilidad para establecer vínculos con las demás personas.⁸²

El tribunal Constitucional invoca la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 10 de marzo de 2015, cuyo precedente determina que los derechos a la identidad sexual, al género, al nombre y orientación sexual están reconocidos y garantizados en el artículo octavo del Convenio Europeo de Derechos Humanos, por consiguiente, el derecho a la autodeterminación de la persona y la facultad de establecer la propia identidad sexual, están garantizados por dicho instrumento.

El derecho a la rectificación de cambio de sexo y nombre a las personas transexuales mayores de edad, permite el libre desarrollo de su personalidad, por el contrario, limitar dicho derecho a los menores de edad por no cumplir el requisito de mayoría de edad, indudablemente se les priva del ejercicio de este principio constitucional transgrediendo su identidad.⁸³

sobre indicios neurológicos prenatales de conformación del sexo en el cerebro, al margen de la genitalidad de la persona. De manera que la transexualidad sería una condición innata de la persona, que no es elegida, y que por tanto no requeriría una capacidad, o madurez de discernimiento para su determinación. En coherencia con ello, también sería una condición estable de la persona, de carácter irreversible, citándose –y adjuntándose– referencias a un par de informes de especialistas en los que se niega conocer ningún caso de reversión espontánea o inducida de una persona transexual”. Ibídem., 89795.

⁸² *“La propia identidad, dentro de la cual se inscriben aspectos como el nombre y el sexo, es una cualidad principal de la persona humana. Establecer la propia identidad no es un acto más de la persona, sino una decisión vital, en el sentido que coloca al sujeto en posición de poder desenvolver su propia personalidad. Cualquiera que se vea obligado a vivir a la luz del Derecho conforme a una identidad distinta de la que le es propia sobrelleva un lastre que le condiciona de un modo muy notable en cuanto a la capacidad para conformar su personalidad característica y respecto a la posibilidad efectiva de entablar relaciones con otras personas”. Ibídem., 89798.*

⁸³ *“Si, por los motivos indicados, el derecho a obtener la rectificación registral de la mención del sexo que habilita la Ley 3/2007 se orienta a la realización del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1*

El tribunal Constitucional continúa analizando la cuestión planteada, en lo relativo a determinar si el arábigo impugnado transgrede el derecho a la intimidad personal, en el sentido de que el menor de edad transexual deba reiteradamente identificarse en público, pues dicho acontecimiento lo coloca en una situación de vulnerabilidad, acorde con lo anterior, el Tribunal asume el criterio de que la persona tiene el derecho de excluir del conocimiento ajeno su sexo atribuido en el nacimiento frente a su sexo sentido, por lo tanto, la norma cuestionada lesiona la intimidad personal reconocida en el artículo 18.1 de la Constitución Española.⁸⁴

No hace pronunciamiento alguno en base a los artículos 15 y 43 de la Constitución, pues la norma impugnada, no obliga a someterse a cirugías de cambio de sexo, por consiguiente no se ve afectada la salud del menor.

Por todo lo anterior, el Tribunal Constitucional, determina que el artículo de la ley impugnado, lesiona los derechos a la intimidad y a la moral autónoma, pues el sujeto expone en público situaciones que deben ser reservadas y limita su desenvolvimiento en la vida social en base a su identidad de género, transgrediéndose en consecuencia su dignidad humana.⁸⁵

CE), la limitación de su disfrute exclusivamente a favor de quien sea mayor de edad, restricción que aparece consignada en su art. 1 y que deja fuera del ámbito subjetivo de tal derecho a quienes no cumplan con ese requisito de edad, supone que a éstos se les priva de la eficacia de dicho principio constitucional en lo que se refiere a decidir acerca de la propia identidad". *Ibídem.*, 89799.

⁸⁴ [...] "El auto de planteamiento afirma igualmente que la norma impugnada incide en el derecho fundamental a la intimidad personal (18.1 CE) del menor transexual, pues «le expone –dice el auto– al conocimiento público de su condición de transexual cada vez que ha de identificarse en el ámbito escolar, de relaciones con las administraciones públicas, etc.». Existe, considera este Tribunal, una conexión entre la norma impugnada y esta situación que subraya el auto de planteamiento. En realidad, excluir al menor transexual de la opción de instar la rectificación de la mención de sexo en el registro, y del correlativo cambio de nombre, tiene un efecto reflejo en el sexo y nombre que aparecen en sus documentos oficiales, y en general condiciona todas y cada una de las acciones en que la persona tiene que identificarse. Se desprende de todo lo anterior que la norma impugnada también afecta a la intimidad personal ex art. 18.1 CE, a lo que debe añadirse que se trata de una profunda intromisión en ese derecho fundamental ya que se refiere a una circunstancia relativa al círculo más interno de la persona. c) Por el contrario, el Tribunal no considera que la norma impugnada afecte a los otros dos bienes jurídicos de relevancia constitucional a que alude el auto de planteamiento". *Ibídem.*, 89800.

⁸⁵ "Este Tribunal aprecia que esa medida legal tanto afecta al derecho a la intimidad, por exponer al público circunstancias que el sujeto puede pretender reservadas, como condiciona la autonomía personal por no poder desenvolver la vida propia y las relaciones sociales conforme a la identidad de género que se siente como propia. Y ambos detrimentos revisten una particular intensidad por recaer en aspectos especialmente conectados con la dignidad humana como los relativos a la propia identidad. Todo ello determina que el control de constitucionalidad que se reclama del Tribunal en este proceso deba alcanzar al examen de la proporcionalidad de la medida legal, a través de las dos fases antes indicadas, control que deberá realizarse verificando de un modo exigente los presupuestos sustantivos de la constitucionalidad de la medida que los genera". *Ibídem.*, 89803.

El Tribunal Constitucional advierte que el Tribunal Supremo no cuestiona en plenitud la inconstitucionalidad del artículo 1.1 de la Ley 3/2007, pues solo se limita a exponer que existe una reglamentación desproporcionada en no autorizar a un menor transexual con suficiente madurez solicitar el cambio de sexo y nombre en el Registro Civil, en todo caso, la restricción legal creada por el legislador tiene la teleología de proteger a los menores de edad, pero dicha protección, va disminuyendo en tanto el menor de edad alcanza la mayoría de edad, pero además, de acuerdo al interés superior del menor y a su libre desarrollo, mantener una prohibición legal para el cambio de sexo a todo aquel menor que mantenga una madurez suficiente, es una medida desproporcionada, por ello, es fundamental tutelar su derecho a la intimidad personal y su autonomía.⁸⁶

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional de España resuelve la Cuestión de Inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Supremo respecto al artículo 1.1 de la Ley 3/2007, determinando que al no existir un supuesto de individualización en la ley para aquellos menores de edad con suficiente discernimiento y madurez, así como encontrarse en una situación de transexualidad irreversible, constituye un vacío legal al no proveerse un tratamiento concreto, en consecuencia, el mandato legal restringe los valores y principios constitucionales invocados y procede en definitiva declarar su inconstitucionalidad. El artículo 1.1 de la ley 3/2007, es inconstitucional si se aplica a los menores de edad que se encuentren en una situación de transexualidad estable y gocen de suficiente madurez.⁸⁷

⁸⁶ “El órgano judicial remitente no cuestiona la constitucionalidad del art. 1.1 de la Ley 3/2007 en su integridad. Sostiene, por el contrario, que puede constituir una restricción desproporcionada una parte de él, aquella que excluye de la rectificación de la mención registral del sexo a los menores de edad «con suficiente madurez, que realiza[n] una petición seria por encontrarse en una situación estable de transexualidad». El contenido normativo del art. 1.1 de la Ley 3/2007 ocasiona a los sujetos excluidos del cambio de la mención registral del sexo restricciones muy notables en los bienes jurídicos constitucionales ya indicados. Estas limitaciones, que en sí mismas revisten enorme intensidad y se proyectan sobre bienes constitucionales de la mayor trascendencia, se manifiestan de un modo agravado cuando el menor de edad presenta una «madurez suficiente», en tanto que resulta inevitable reconocerle una mayor necesidad de tutela de su intimidad personal y del espacio de decisión que le habilita para desarrollar libremente los rasgos de su personalidad”. *Ibidem.*, 89806.

⁸⁷ “Consecuentemente, el Tribunal aprecia que la restricción legal enjuiciada, en su proyección respecto de los menores de edad con «suficiente madurez» y que se encuentren en una «situación estable de transexualidad», circunstancias que se valoran en los requisitos previstos en el art. 4 y que no han sido cuestionados en el auto de planteamiento, representa un grado de satisfacción más reducido del interés superior del menor de edad perseguido por el legislador. Mientras tanto, por el contrario, en estos casos se incrementan notablemente los perjuicios para su derecho a la intimidad personal y para el principio que le garantiza un espacio de libertad en la conformación de su identidad. En estas circunstancias, además, los perjuicios que estamos considerando se revelan de mayor intensidad por tratarse de una norma automática y que no contempla régimen intermedio alguno –i.e. cambio de nombre, pero no de

Existe un voto particular emitido por la Magistrada Encarnación Roca Trías, donde advierte del peligro de haber declarado inconstitucional el precepto de la norma, pero no su nulidad, lo que genera imprecisión y confusión, pues se desconoce si la sentencia inconstitucional es parcial, interpretativa, adictiva o monitoria, pues no se tiene claro si el Tribunal a cubierto una laguna legal, si recomienda al Poder Legislativo legislar sobre dicha deficiencia o dejar pendiente por materializar como se habrá de determinar el grado de madurez y estabilidad de la transexualidad.⁸⁸

A nuestro juicio consideramos que el Tribunal Constitucional trato de cubrir un vacío legal que el legislador no ha previsto, de tal manera que el arábigo normativo no fue declarado nulo, en todo caso, el menor transexual con suficiente madurez podrá solicitar el cambio de la mención relativa al sexo y nombre, ya que en el supuesto de que la autoridad administrativa trate de limitar dicho derecho invocando el artículo 1.1 de la Ley 3/2007, la resolución que emita, será un acto de autoridad o de imperio plagado de inconstitucionalidad.

En opinión de Salazar Benítez, la sentencia resuelve la cuestión de inconstitucionalidad, pero no la legitimación en la causa o la titularidad de la prerrogativa a la identidad sexual, pues se necesita una ley que la ampare,⁸⁹ empero, recordemos que la Jurisprudencia es una fuente más del derecho con suficiente fuerza de ley para ser aplicada, de tal manera de que en el supuesto de que los menores transexuales con suficiente madurez y con una transexualidad firme, deseen ejercer el

sexo— para las situaciones de transición. De este modo, el art. 1.1 de la Ley 3/2007, en la medida que se aplica también a los supuestos normativos indicados en el auto de planteamiento, sin habilitar un cauce de individualización de aquellos menores de edad con «suficiente madurez» y en una «situación estable de transexualidad» y sin prever un tratamiento específico para estos supuestos, constituye una medida legal que restringe los principios y derechos constitucionales que venimos considerando de un modo desproporcionado, dado que los perjuicios para los mismos claramente sobrepasan las menores necesidades de tutela especial que se manifiestan en estas categorías específicas de menores de edad, por lo que procede declarar su inconstitucionalidad. De la misma manera que se acordó en las SSTC 26/2017, de 16 de febrero, y 79/2019, de 5 de junio, este Tribunal declara que la inconstitucionalidad del art. 1.1 de la Ley 3/2007 lo es en la medida en que se aplica a menores de edad con suficiente madurez y que se encuentran en una situación estable de transexualidad. Ibídem., 89807.

⁸⁸ “Todo ello redundante finalmente en un fallo en el que se declara la inconstitucionalidad de la norma pero no la nulidad del precepto cuestionado, dando lugar a un pronunciamiento, a mi juicio confuso y con un efecto impreciso, pues no sabría determinar si estamos ante una sentencia «adictiva», en la que se declara inconstitucional la norma porque no se ha previsto algo que el legislador constitucionalmente estaba obligado a prever; o ante una sentencia de inconstitucionalidad parcial; o ante una sentencia «monitoria» en la que se aconseja al legislador que opte por una regulación más favorable o, en suma, ante una sentencia meramente interpretativa, dejando pendiente por concretar, quién y cómo se ha de determinar la «suficiente madurez del menor» y el grado de estabilidad de su transexualidad, de cara a extenderle la facultad de rectificar la mención registral relativa al sexo”. Ibídem., 89810.

⁸⁹ Octavio Salazar Benítez, “El Derecho a la Identidad Sexual de las Personas...”, s.p.

derecho subjetivo de cambio de sexo y género pueden hacerlo. No obstante, es una invitación tácita al Poder Legislativo para subsanar dicha laguna legal a fin de otorgar seguridad jurídica a los menores transexuales.

CONCLUSIONES GENERALES DEL TRABAJO

Primera.- A través de una parte elevada del pensamiento como lo es la sindéresis o la conciencia, el ser humano puede discernir para conocer el valor o idea perfecta como lo es la Dignidad Humana.

Segunda.- El reconocimiento, el respeto y la acción de positivar juegan un papel fundamental para aceptar o admitir que el valor de la Dignidad Humana le corresponde a todos los seres humanos por el simple hecho de existir.

Tercera.- El individuo al ser un fin en sí mismo, es valioso en sí, por ende, goza de moral autónoma para darse a sí mismo sus normas y atribuirse sus propios valores, por lo tanto, tiene la capacidad para auto determinarse reivindicando a la sociedad la manera de proyectarse, de ser y expresarse como quiere ser, con el objetivo de realizarse como persona.

Cuarta.- La Persona necesita actuar, concretar o poner en movimiento su autonomía moral en el mundo real, así pues, en nuestras relaciones intersubjetivas necesitamos ser reconocidos como personas o actores, pues eso conllevará a encarnar al personaje que deseemos interpretar así como a la personalidad que ostenta, en definitiva, la acción de actuar o de interpretar es esencial llevarla a cabo no solo en un escenario acotado como lo fue un teatro de la antigua Grecia, sino en el escenario actual de la vida familiar, social, política, etc., ya que el no hacer ni decir nos convierte en simples objetos, dicho de otra manera, en medios para los fines de otros, lo que trae a colación despreciar la dignidad y en definitiva, la moral autónoma de la persona.

Quinta.- El desenvolvimiento de la personalidad, conlleva a la proyección o representación en la esfera pública y privada del modo de ser de cada individuo, pero eso implica forzosamente el reconocimiento de otros derechos que permitirán el debut de la persona en cualquier tipo de escenario donde quiera actuar, verbigracia, una persona que mude de sexo o género está en su libertad de hacerlo, pues es una manera

de exteriorizar su autodeterminación adecuando su cuerpo o atuendo con el sexo con el cual se identifica, y a su vez, la necesidad de que la sociedad la reconozca tal como es y cómo quiere ser, por eso, los derechos a la identidad sexual, la identidad de género y la orientación sexual son necesarios reconocer y garantizar para que la persona que mude de sexo ejerza de manera efectiva el Derecho al Libre Desarrollo de su Personalidad, pues todo ello en conjunto incidirá en su plan de vida.

Sexta.- En un Estado Constitucional de Derecho, la sociedad asume como lo propone Zagrebelsky el compromiso de no colocar barreras y hacer todo lo posible para que los valores propios de cada persona puedan concretarse en el plan de vida que deseen forjar. Por tanto, la norma jurídica debe volverse dúctil o flexible para garantizar un espacio de libertad donde operen las decisiones subjetivas de cada persona lo que hará posible el desarrollo de su personalidad.

Séptima.- La colisión entre el sexo sentido y el sexo morfológico constituyen uno de los problemas culturales incluso legales que enfrentan en la actualidad muchas personas, derivado de los estigmas y prejuicios sociales por los cuales tienen que atravesar. Se mantiene una evidente resistencia en aceptar que una persona se sienta identificada con otro sexo, también ocasiona un escándalo el que la modificación del cuerpo se adapte para hacerlo coherente con el sentir del individuo. Afortunadamente el cuerpo es dúctil o maleable, se puede transformar gracias a los avances de la tecnología y medicina que en la actualidad existen.

Octava.- Lo natural se confronta con lo que podría ser considerado plástico o artificial, pero debemos tener siempre presente el derecho que tiene toda persona de ser y expresarse como quiere ser, así como ser reconocida y respetada por la sociedad, pues de lo contrario vivirá en el ostracismo. El progreso cultural y tecnológico hace posible que lo psíquico se materialice de manera eficiente en la corporalidad.

Novena.- La coherencia es un elemento fundamental en cualquier aspecto de la vida privada y social, la identidad entre el cuerpo y el sexo auto percibido debería ser coincidente ya que la desconexión genera un sufrimiento constante en las personas que viven en un cuerpo que consideran no les pertenece.

Décima.- La identidad debe de ser entendida como una verdad íntima, subjetiva y profunda de la persona, de esta manera se reconoce el derecho a ser uno mismo, no

obstante, tal y como lo advierte Michel Foucault, el cuerpo representa un espacio de naturaleza biopolítica, es decir, también se encuentra sujeto a un control dado por la razón objetiva, que en gran parte de las veces, se resiste en aceptar esa otra verdad interna que representa el verdadero sentir del ser humano.

Décima Primera.- El sexo y el género no son conceptos biológicos y su definición va más allá de la percepción visual de los órganos sexuales externos, es una vivencia personal y subjetiva de las personas, de ahí el reconocer y respetar la soberanía autónoma o autodeterminación del individuo. La transexualidad es una realidad social, de tal manera que se exige a los poderes públicos que a través de sus actos de imperio, las personas transexuales reciban protección y amparo por parte del ordenamiento jurídico. El punto medular que se cuestiona en la actualidad es el cambio de sexo y nombre en los documentos de identidad para lograr ese reconocimiento social, no obstante, se condiciona a cumplir determinados requisitos para proceder a dichas modificaciones.

Décima Segunda.- El actual ordenamiento jurídico español determina que la legitimación en la causa para solicitar la rectificación de cambio de sexo, solo pueden ejercerla los mayores de edad y de nacionalidad española con los demás requisitos que exige la normativa, por consiguiente, se deduce que los menores de edad así como las personas extranjeras, no están legítimas para iniciar dicho procedimiento.

Décima Tercera.- Las propuestas de reforma a la ley que ofrecen los grupos parlamentarios de Podemos y el Grupo Socialista, sin duda, amplían los derechos de las personas transexuales, flexibilizan y agilizan los procedimientos de rectificación de cambio de sexo y nombre, pero además, despatologiza por completo a la Transexualidad, pues el consentimiento expreso del interesado basta y sobra para cambiar de identidad, no siendo necesario el haber estado sometido a tratamientos médicos previos.

Décima Cuarta.- El criterio expuesto por Salazar Benítez, permite comprender que para superar el sistema binario de sexo y género de creación patriarcal, es aceptar y reconocer que la identidad es mutable, dinámica, y cambiante, la persona en base a su autodeterminación decide como proyectarse en sociedad y ejercer sus derechos, aunque eso implique ser estigmatizada por escapar de la llamada normalidad.

Décima Quinta.- De manera acertada, el Tribunal Constitucional para resolver la Cuestión de Inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Supremo (cuyo problema de fondo es el permitir que un menor de edad solicite el cambio de sexo y nombre en el Registro Civil), determina que la identidad involucra aspectos tales como el sexo y el nombre esenciales para la vida humana, por consiguiente, es fundamental su reconocimiento para el desenvolvimiento de la personalidad del individuo. De tal manera que si la identidad verdadera de una persona se encuentra oculta, disminuye la posibilidad para establecer vínculos con las demás personas. El derecho a la rectificación de cambio de sexo y nombre a las personas transexuales mayores de edad, permite el libre desarrollo de su personalidad, por el contrario, limitar dicho derecho a los menores de edad por no cumplir el requisito de mayoría de edad, indudablemente se les priva del ejercicio de este principio constitucional transgrediendo su identidad.

Décima Sexta.- El Tribunal Constitucional, determina que el artículo de la ley impugnado, lesiona los derechos a la intimidad y a la moral autónoma, pues el sujeto expone en público situaciones que deben ser reservadas y limita su desenvolvimiento en la vida social en base a su identidad de género, transgrediéndose en consecuencia su dignidad humana. La restricción legal creada por el legislador tiene la teleología de proteger a los menores de edad, pero dicha protección, va disminuyendo en tanto el menor de edad alcanza la mayoría de edad, pero además, de acuerdo al interés superior del menor y a su libre desarrollo, mantener una prohibición legal para el cambio de sexo a todo aquel menor que mantenga una madurez suficiente, es una medida desproporcionada, por ello, es fundamental tutelar su derecho a la intimidad personal y su autonomía.

Décima Séptima.- Al no existir un supuesto de individualización en la ley para aquellos menores de edad con suficiente discernimiento y madurez, así como encontrarse en una situación de transexualidad irreversible, constituye un vacío legal al no proveerse un tratamiento concreto, en consecuencia, el mandato legal restringe los valores y principios constitucionales invocados y se procede en definitiva declarar su inconstitucionalidad.

Décima Octava.- El Tribunal Constitucional trato de cubrir un vacío legal que el legislador no ha previsto, de tal manera que el arábigo normativo no fue declarado nulo, en todo caso, el menor transexual con suficiente madurez podrá solicitar el cambio de la

mención relativa al sexo y nombre, ya que en el supuesto de que la autoridad administrativa trate de limitar dicho derecho invocando el artículo 1.1 de la Ley 3/2007, la resolución que emita, será un acto de autoridad o de imperio plagado de inconstitucionalidad.

Décima Novena.- La Jurisprudencia es una fuente más del derecho con suficiente fuerza de ley para ser aplicada, de tal manera de que en el supuesto de que los menores transexuales con suficiente madurez y con una transexualidad firme que deseen ejercer el derecho subjetivo de cambio de sexo y género, pueden hacerlo. No obstante, tácitamente es una invitación al Poder Legislativo para subsanar dicha laguna legal a fin de otorgar seguridad jurídica a los menores transexuales.

CONCLUSIÓN PERSONAL

Después de una síntesis de conclusiones generales del trabajo investigado, toca ahora presentar mi criterio o punto de vista acerca de los hechos y argumentos expuestos a fin de adherirme u objetar algunas de las tesis planteadas, así pues, considero lo siguiente:

El filósofo español Julián Marías en su obra titulada: *La Felicidad Humana*, expone el siguiente argumento: [...] *“la realidad humana es nacida, originada en otros, pero sobre todo criada y cuidada –es importante que la criatura humana sea tan largo tiempo menesterosa -: la personalidad se constituye en convivencia”*. [...] *hay muchas formas de despersonalización [...], la limitación no viene de la condición personal, sino de la animal, biológica, física: de lo que tiene de cosa”*.⁹⁰

Del anterior párrafo podemos de nuevo reafirmar tres aspectos importantes: la empatía, el reconocimiento y el respeto al otro, la importancia de ser persona y, las limitaciones externas que impiden su desenvolvimiento para proyectarse en el mundo real, es decir, la dignidad se vuelve hacer presente, actuar por si mismos nos convierte en actores de nuestras propias vidas, de nuestro propio destino, no obstante las barreras pueden incluso emanar de nuestro propio cuerpo.

⁹⁰ Julián Marías, *La Felicidad Humana*, 6° reimpresión. (Madrid: Alianza, 2003) pp. 282-283.

En el estudio de la Transexualidad nos hemos dado cuenta de que el sexo sentido en relación con el sexo biológico son discrepantes, a veces, no necesariamente la persona que se identifica con otro sexo o género, busca una transformación en su cuerpo, sino que, basta simplemente que a nivel jurídico y social sus documentos de identidad y el trato social que reciba, acepten y reconozcan su sentir, aunque objetivamente o la realidad externa, no lo respalden.

En el proceso de convivencia el libre desarrollo de la personalidad se forja, se robustece, da frutos, empero, si la sociedad se resiste en aceptar la verdad interna o profunda del ser humano, la autodeterminación se atrofia y se produce un estado de despersonalización que convierte al individuo en indigno o en un simple objeto.

En la época actual aún queda un largo camino por recorrer para lograr un cambio de conciencia y mentalidad en las personas para aceptar otro tipo de ideas, otro tipo de realidades.

Utilizando un poco más de filosofía, Marías en su obra cumbre denominada PERSONA, nos dice que este ente, se hace presente en el mundo real gracias al acto de la encarnación en el cuerpo,⁹¹ lo que viene a deducir que a la persona le corresponde el ámbito de la realidad subjetiva y no la realidad objetiva que nuestros sentidos perciben. Por lo tanto, prosigue Marías, en el acto de convivencia la persona convive con otras, pero es una realidad inacabada, por lo tanto siempre se está haciendo, siempre se está realizando, su cuerpo como soporte en el mundo real, lo que es, proviene de sus antepasados y de su genética, pero al ser parte de la irrealidad, es ella la que tiene que decidir en uso de su conciencia quién en realidad es.⁹²

Este pasaje filosófico nos invita a reflexionar sobre la realidad y el sentir de las personas transexuales, y de aceptar que la identidad debe de ser reconocida como esa verdad interna del ser humano, por lo tanto la transexualidad, se debería de

⁹¹ *“El descubrimiento de la persona humana acontece mediante un dato primario y esencial, pero acaso desorientador: la corporeidad. El soporte carnal hace posible la inserción del hombre en el mundo: aunque en principio la instalación mundana parece primaria, antropológicamente no lo es: porque es corpórea está en el mundo, y está en el corporalmente. Pero su carácter de encarnación significa la inserción en el mundo, la vinculación a lo real y corpóreo; esto hace que la persona humana escape a la irrealidad que en cierto sentido le pertenece inevitablemente”.* Julián Marías, *Persona*, 1º ed. (Madrid: Alianza, 1996) pp. 14-15.

⁹² *“Insertada en el mundo mediante su corporeidad, rodeada de cosas con las cuales tiene que hacer su vida, conviviendo con otras personas, es una realidad inconclusa, siempre abierta, empresa de sí misma, cuya consistencia es hacerse. Lo que es ha sido recibido, es derivable de los padres y demás antepasados y de la realidad cósmica, pero tiene que imaginar, elegir, decidir quién va a intentar ser”.* *Ibidem.*, 167.

despatologizar por completo y ser reconocida como una expresión más de la diversidad sexual lo que conllevaría a eliminar el sistema binario de sexos.

En el caso que nos ocupa, el Tribunal Constitucional al haber juzgado con perspectiva de derechos humanos, para que los menores transexuales con discernimiento y madurez puedan solicitar el cambio de sexo y nombre en sus documentos de identidad, sin duda es una conquista para la democracia y el progreso de los valores universales, pero sobre todo, el compromiso de reconocer y proteger la intimidad del menor y su libre desarrollo.

No obstante de que fue declarado inconstitucional el artículo 1.1 de la Ley 3/2007, claramente existe un vacío legal que es necesario que la ley contemple, pues de esta manera los menores de edad transexuales contarán con seguridad y protección legal para proteger su identidad.

Pienso que lo único que es necesario trabajar, es en lo relativo en medir el grado de percepción de madurez del menor cuando este decida solicitar el cambio de sexo y nombre en el Registro Civil, por lo cual, considero que es esencial elaborar algún protocolo de actuación en donde se determine que profesionales además del Funcionario del Registro Civil, estarían involucrados, pero solo para velar o verificar que la voluntad del menor no tenga perturbaciones o este a lesionada.

Por todo lo demás, me adhiero a la postura y criterios expuestos en las propuestas o iniciativas de ley presentadas por los Grupos Parlamentarios de Unidas Podemos y del Grupo Socialista, en donde la sola manifestación de voluntad de una persona para cambiar de nombre y sexo, es suficiente para autorizar el cambios pertinentes en los documentos de identidad, pues tal y como lo expone Octavio Salazar Benítez, la identidad no es algo estático, sino un proceso dinámico.

El poder legislativo desafortunadamente al omitir una obligación positiva de no legislar en dicho aspecto, y mantener una laguna legal, está cometiendo violencia institucional, lo que lesiona a los valores de la democracia y el progreso de los derechos humanos.

La felicidad de las personas es importante, si aceptamos que el ser humano es complejo, lograremos eliminar barreras y prejuicios, rechazando controles o políticas sobre el cuerpo que lo único que hacen es fomentar más ignorancia y represión a la

otredad, solo haciendo uso permanente de la conciencia, comprenderemos lo valioso del ser humano, y de esta manera continuaremos haciendo posible: EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD, EL DERECHO A SER UNO MISMO.

REFERENCIAS

- Borraz, Marta. “La OMS deja de considerar la transexualidad un trastorno mental”. *eldiario.es*, 18 de junio de 2018. https://www.eldiario.es/sociedad/OMS-considerar-transexualidad-enfermedad-incongruencia_0_783572396.html.
- Borraz, Marta. “La OMS dejará de considerar la transexualidad un trastorno, pero pasará a llamarla "incongruencia de género". *eldiario.es*, 31 de enero de 2017. https://www.eldiario.es/sociedad/OMS-considerar-transexualidad-trastorno-condicion_0_607189929.html.
- Camps, Victòria. “La paradoja de la Dignidad Humana”. *Bioètica & debat: tribuna abierta del Institut Borja de Bioètica*, Vol. 13, n°. 50, (2007): 6-7. https://www.raco.cat/index.php/BioeticaDebat_es/article/view/259481/346701.
- Comunidad Autónoma de Andalucía. Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía. *B.O, Andalucía*, de 18 de julio de 2014, núm. 139, pág. 9. <https://www.juntadeandalucia.es/boja/2014/139/1>.
- Contreras Ugarte, Jesús Víctor Alfredo. “Cimentando en Valores para empoderar en Derechos y al Derecho. Empatía del Reconocimiento. Una reflexión desde la Filosofía de Hegel”. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n° 23, (2016): 189. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/UNIV/article/view/2950/1653>.
- España. Constitución Española. *BOE*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311, s.p. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>.

- España. Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. *BOE*, de 16 de marzo de 2007, núm. 65, pp. 11251 a 11252. <https://www.boe.es/boe/dias/2007/03/16/pdfs/A11251-11253.pdf>.
- España. Proposición de Ley para la reforma de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, para permitir la rectificación registral de la mención relativa al sexo y nombre de los menores transexuales y/o trans, para modificar exigencias establecidas en el artículo 4 respecto al registro del cambio de sexo, y para posibilitar medidas para mejorar la integración de las personas extranjeras residentes en España. *B.O, Cortes Generales*, 03 de marzo de 2017, núm. 91-1, pág. 3. http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-91-1.PDF
- España. Proposición de Ley sobre la protección jurídica de las personas trans y el derecho a la libre determinación de la identidad sexual y expresión de género. *B.O, Cortes Generales*, de 02 de marzo de 2018, núm. 220-1, pág. 5. http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-220-1.PDF.
- Farji Neer, Anahí. "Las tecnologías del cuerpo en el debate público. Análisis del debate parlamentario de la Ley de Identidad de Género argentina". *Sexualidad, Salud y Sociedad - Revista Latinoamericana*, n.º. 16, (2014):67-68. Redalyc, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293330166004>.
- Fdez-Llebrez, Fernando. "Democratización de las identidades, transgenerismo y malestares de género". *Desafíos*, Vol. 27, n.º. 2, (2015):112-113. Redalyc, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=359638643003>.
- Forum Larramendi. "Xabier Etxeberría Mauleón: El debate ético sobre la dignidad humana. 1º Parte". Video de Youtube, 30:25. Publicado el 15 de julio de 2014. <https://www.youtube.com/watch?v=D2Rovu3mNag>
- García Manrique, Ricardo. "Blade Runner" o la pregunta por la dignidad humana". *Revista de bioética y derecho*, n.º 6, (2006): 2.

<https://www.raco.cat/index.php/RevistaBioeticaDerecho/article/view/124427/172421>.

López Calera, Nicolás María. *Introducción al Estudio del Derecho*. Granada: Gráficas del Sur, S.A., Universidad de Granada, 1987.

Marías, Julián. *La Felicidad Humana*, 6º reimpresión. Madrid: Alianza, 2003.

Marías, Julián. *Persona*, 1º ed. Madrid: Alianza, 1996.

Marín Castán, María Luisa. “La dignidad humana en la Declaración Universal como piedra angular para la construcción de una ética mundial”, Algunas consideraciones tras el 70 aniversario de su proclamación”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Vol. 69, N° 274-2, (2019): 889. <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/70048/61878>.

México. Suprema Corte de Justicia de la Nación (Pleno). “Derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad. Aspectos que comprende.” *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tesis Aislada (Civil, Constitucional) núm. LXVI/2009, Registro No. 165822, consultado el día 26 de abril de 2020. Disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Paginas/tesis.aspx>.

México. Suprema Corte de Justicia de la Nación (Pleno). “Reasignación Sexual. Es una decisión que forma parte de los Derechos al Libre Desarrollo de la Personalidad”. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tesis Aislada (Civil) núm. LXIX/2009, Registro No. 165698, consultada el día 26 de abril de 2020. Disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Paginas/tesis.aspx>.

México. Suprema Corte de Justicia de la Nación (Primera Sala). “Dignidad Humana. Constituye una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de las personas y no una simple declaración ética”. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tesis Jurisprudencial (Constitucional) núm. 37/2016 (10a.), Registro No. 2012363, consultada el día 26 de abril de 2020. Disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Paginas/tesis.aspx>.

México. Tribunales Colegiados de Circuito. “Dignidad Humana. Constituye un Derecho Fundamental que es la base de los demás Derechos Humanos reconocidos Constitucional y Convencionalmente”. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tesis Aislada (Constitucional) núm. I.10º.A.1 CS (10a.), Registro

No. 2016923, consultada el día 26 de abril de 2020. Disponible en:
<https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Paginas/tesis.aspx>.

Noseda Gutiérrez, Janet. "Muchas formas de transexualidad: diferencias de ser mujer transexual y de ser mujer transgénero". *Revista de Psicología*, Vol. 21, n.º. 2, (2012):12. Redalyc, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=26424861001>.

OMS. "Temas de Salud: Género", consultado el día 20 de junio de 2020.
<https://www.who.int/topics/gender/es/>.

Ontiveros Alonso, Miguel. "El libre desarrollo de la personalidad (Un bien jurídico digno del estado constitucional)". *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, vol. 8, n.º 15, (2006): 154.
<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=28281510>.

ONU. "Declaración Universal de los Derechos Humanos", consultado el 19 de abril de 2020. <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

Pelé, Antonio. "Filosofía e Historia en el Fundamento de la Dignidad Humana". Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2006. 1103-1108, https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/3052/Tesis_Pele.pdf?sequence=7.

Principios de Yogyakarta. "Principio 18, Protección contra abusos médicos", consultado el día 23 de junio de 2020. <https://yogyakartaprinciples.org/principle-18-sp/>.

Pujal i Lombart, Margot. "Reseña de "El Género desordenado. Críticas en torno a la patologización de la transexualidad" de Miquel Missé y Gerard Coll-Planas (Eds.)". *Athenea Digital. Revista de Pensamiento e Investigación Social*, Vol. 11, n.º. 2, (2011):4. Redalyc, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=53719732014>.

RAE. *Diccionario de la Real Academia Española*. "moralidad", acceso el 19 de abril de 2020. <https://dle.rae.es/moralidad>

Ramírez Tovar, Gabriela Elizabeth y García Rodríguez, Raúl Ernesto. "La modificación del cuerpo transgénero: experiencias y reflexiones". *Andamios*, Vol. 15, n.º. 37, (2018):309. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=62857534014>.

República de Argentina. "Guía Básica sobre Diversidad Sexual". *Ministerio de Salud, Presidencia de la Nación*, (2016):10-14.

http://www.msal.gob.ar/images/stories/bes/graficos/0000000322cnt-2016-07_guia-diversidad-sexual-2016.pdf.

Rodríguez Molina, José Miguel, Asenjo Araque, Nuria, Becerra Fernández, Antonio, y Lucio Pérez, María Jesús. "Escalas de depresión y ansiedad para personas transexuales". *Psicología desde el Caribe*, Vol. 32, n.º. 1 (2015):56-57. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=21337152003>.

Salazar Benítez, Octavio. "El Derecho a la Identidad Sexual de las Personas Menores de Edad. Comentario a la STC 99/2019, de 18 de julio de 2019". *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º. 32, (2019): s.p. <https://www.ugr.es/~redce/REDCE32/ReDCEsumario32.htm>.

Soto Rodríguez, Mario Andrés. "La patologización de la transexualidad: contemplando posibilidades de resistir desde algunas construcciones identitarias de género no hegemónicas". *Cuadernos Inter.c.a.mbio sobre Centroamérica y el Caribe*, Vol. 11, n.º. 2, (2014):163. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=476947242007>.

Stevenson, Leslie., y Haberman, David L. *Diez Teorías sobre la Naturaleza Humana*. Madrid: Cátedra Colección Teorema, 2001.

Torralba Roselló, Francesc. "¿De qué hablamos cuando hablamos de dignidad?". *Educació Social. Revista d'Intervenció Socioeducativa*, n.º 72, (2019): 125-133. <https://www.raco.cat/index.php/EducacioSocial/article/view/350981/452104>.

Tribunal Constitucional. (Pleno). Sentencia 99/2019, de 18 de julio de 2019, *BOE*, de 12 de agosto de 2019, núm. 192, pp. 89782-89783. <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/26021>.

Tribunal Supremo. (Sala de lo Civil), Sección 1º). Sentencia núm. 158/2008, de 28 de febrero. pp. 5-6. <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>.

Tribunal Supremo. (Sala de lo Civil, Sección 1º). Sentencia 182/2008, de 6 de marzo. Pág. 6. <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>.

Tribunal Supremo. (Sala de lo Civil, Sección 1º). Sentencia 731/2008, de 18 de julio. Pág. 6. <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>.

Tribunal Supremo. (Sala de lo Civil, Sección 1º). Sentencia Núm. 929/2007, de 17 de septiembre. Pág. 9. <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>.

Unboxing Philosophy. “Daniel Rosende: Platón: Ontología, Epistemología y La Línea Dividida”. Video de Youtube, 12:02. Publicado el 04 de octubre de 2015, https://www.youtube.com/watch?v=DouMb_ABSzE

Unboxing Philosophy. “Daniel Rosende: Platón: Teoría de las Ideas y Mito de la Caverna”. Video de Youtube, 09:18. Publicado el 17 de octubre de 2015, <https://www.youtube.com/watch?v=uLaqau9pfv4>

Valls Plana, Ramón. “El concepto de dignidad humana”. *Revista de bioética y derecho*, n.º 5, (2005): 1-5. <https://www.msn.com/es-es/?ocid=wispr&pc=u477>.

Valverde Brenes, Francisco Javier. “Persona o individuo en el (neo) liberalismo: algunos fundamentos ideológicos”. *Revista Pensamiento Actual. Universidad de Costa Rica*, Vol. 14, nº22, (2014): 30. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5821494>

Viveros Vigoya, Mara, y Rodríguez Rondón, Manuel Alejandro. "Hacer y deshacer la ideología de género". *Sexualidad, Salud y Sociedad - Revista Latinoamericana*, n.º. 27, (2017):123. Redalyc, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293355925006>.

Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 8.ª ed. Madrid: Trotta, 2008.

ANEXOS

Se adjuntará a este Trabajo de Fin de Máster, la Sentencia 99/2019, 18 de julio de 2019 del Tribunal Constitucional de España.

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

11911 *Pleno. Sentencia 99/2019, de 18 de julio de 2019. Cuestión de inconstitucionalidad 1595-2016. Planteada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo respecto al artículo 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Derechos a la integridad física y moral, a la intimidad y a la protección de la salud, en relación con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad: inconstitucionalidad del precepto legal en la medida en que prohíbe cambiar la mención registral del sexo y nombre a los menores de edad con suficiente madurez y que se encuentren en una situación estable de transexualidad. Voto particular.*

ECLI:ES:TC:2019:99

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por el magistrado don Juan José González Rivas, presidente; la magistrada doña Encarnación Roca Trías; los magistrados don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Santiago Martínez Vares, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Antonio Narváez Rodríguez, don Alfredo Montoya Melgar, don Ricardo Enríquez Sancho y don Cándido Conde-Pumpido Tourón y la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1595-2016, promovida por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, respecto al art. 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, por presunta vulneración de los arts. 15, 18.1 y 43.1 CE, en relación con el art. 10.1 CE. Han comparecido y presentado alegaciones la abogacía del Estado, la fiscalía general del Estado y don M.V.G y doña N.A.B., progenitores y representantes legales de P.G.A, que es parte en el proceso de instancia. Ha sido ponente el presidente don Juan José González Rivas.

I. Antecedentes

1. El 23 de marzo de 2016 se recibió en el registro general de este Tribunal un escrito de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo al que se acompañaba, junto al testimonio del recurso de casación núm. 1583-2015, el auto de 10 de marzo de 2016, por el que el pleno de la mencionada Sala plantea cuestión de inconstitucionalidad respecto al art. 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

2. Los antecedentes procesales de la cuestión de inconstitucionalidad planteada son los siguientes:

a) P.G.A. (en adelante el menor) nació en B. (Huesca) el 20 de marzo de 2002 y se inscribió en el registro civil de B. (Huesca) con nombre y sexo de mujer. Desde edad muy temprana el menor manifestó sentirse varón y preferir usar un nombre masculino y así

parece que fue aceptado en su entorno familiar y social. Con fecha 1 de julio de 2014 fue diagnosticado por el equipo médico –compuesto por un psiquiatra, un endocrinólogo y un psicólogo– de la unidad de identidad de género de Barnaclinic, entidad vinculada al Hospital Clínico de Barcelona para la prestación de servicios no financiados por el sistema público de salud. En el informe se afirma que «[E]l paciente presenta un fenotipo totalmente masculino, y está totalmente adaptado a su rol masculino», sin que se detecte ninguna patología psiquiátrica relevante que pueda influir en su decisión de cambio de sexo, por lo que se le deriva al médico endocrino para prescribir un tratamiento hormonal. Así mismo, el informe hace constar a quien proceda ante el registro civil que el paciente «cumple los requisitos solicitados por la ley de identidad de género, aprobada por el Congreso de los Diputados el 1 de marzo de 2007, para solicitar el cambio de nombre y sexo en el registro, y en los documentos pertinentes», argumentando que la exigencia legal de tratamiento hormonal para acomodar las características físicas de la persona a las del sexo reclamado no sería de aplicación según la propia ley cuando concurren circunstancias de edad que imposibiliten ese tratamiento, como ocurre en este caso, «ya que el paciente no pudo hormonarse con anterioridad, pues por edad no había empezado el cambio puberal, por lo que el tratamiento hormonal no tenía sentido de ser aplicado».

b) A continuación, el 21 de julio de 2014 los padres y titulares de la patria potestad del menor don M.V.G y doña N.A.B., promovieron en su nombre expediente gubernativo ante el registro civil de B., solicitando la rectificación registral del sexo y nombre del menor, al amparo de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la mención relativa al sexo de las personas. Esta fue inadmitida a trámite mediante auto de 14 de agosto de 2014 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Boltaña, en cuanto encargado del registro civil del domicilio del solicitante, en el expediente gubernativo 53-2014, por no cumplirse por el interesado el requisito de la mayoría de edad, previsto en el art. 1 de la mencionada ley. Se indica que es un criterio claro establecido por el legislador, que exceptúa la regla habitual en materia de derechos de la personalidad por entender que la transexualidad «es un proceso en cadena, que se puede prolongar en el tiempo... razón por la cual se retrasa hasta la mayoría de edad la posibilidad del ejercicio de este derecho, sin excepción alguna». El auto añade que esta prescripción de la ley estatal debe prevalecer en virtud del principio de especialidad sobre la normativa autonómica invocada por el fiscal en su informe, a la sazón el art. 5 del Código de Derecho foral aragonés, en relación al derecho del menor a su desarrollo y a una formación conforme a su personalidad.

c) Los interesados promovieron entonces la rectificación registral por vía judicial mediante demanda de juicio ordinario presentada el 29 de septiembre de 2014 con la misma pretensión de alteración registral, con el fin de que «el libre desarrollo de la personalidad [del menor] se proyecte en su imagen y se desarrolle dentro de un ámbito de privacidad, sin invasiones ni injerencias», tal como viene reconociendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Este desarrollo, protegido por el art. 10 CE, y los derechos recogidos en los arts. 14 y 18.1 CE, así como en el art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH) y en otras declaraciones internacionales de derechos, se estarían coartando por la constancia en el registro civil del demandante como mujer. Se aportan en este sentido documentos que acreditan las dificultades planteadas para practicar deportes como baloncesto, judo o snowboard a nivel federado en equipos masculinos, así como distintos escritos de centros educativos y culturales en el que se reconoce con naturalidad el nombre masculino utilizado por el menor. Consta en los autos de este procedimiento ordinario 447-2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 5 de Huesca, que el ministerio fiscal se opuso a la demanda y que, tras la audiencia de las partes, se dictó sentencia de 5 de enero de 2015 en la que se desestima la pretensión ejercitada por carecer el menor de edad de legitimación activa *ad causam*, tal como exige la ley hoy cuestionada ante este Tribunal.

El órgano jurisdiccional considera que el legislador trata de proteger de esta manera los derechos de los menores, sobre todo teniendo en cuenta lo apreciado por los

estudios científicos sobre «las dificultades del diagnóstico [...] más aún en la época puberal, ya que implica la atención a pacientes con gran complejidad en su expresión clínica y en sus posibilidades etiológicas, encontrándonos en una época de continua evolución y desarrollo. Se viene a señalar que si la identificación del menor con el otro sexo persiste al final de la adolescencia el riesgo de remisión es prácticamente nulo, sin que sea conveniente retrasar el tratamiento de la persona [...] hasta que tenga la mayoría de edad». Estas razones justifican que no procede el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, sino la aplicación de la ley en sus propios términos.

d) Planteado recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Huesca, la parte insiste en que los requisitos de legitimación para el procedimiento registral o expediente gubernativo de cambio de sexo no serían aplicables a los casos de rectificación judicial y alega que se habría vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva. El recurso, tramitado como el número 54-2015 y al que se opuso la fiscalía provincial de Huesca, fue igualmente desestimado por sentencia 36/2015 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de 13 de marzo de 2015, que confirmó la de instancia. En ella se afirma que la exigencia de mayoría de edad y de capacidad suficiente para la solicitud de cambio de sexo en el registro civil es una decisión consciente del legislador a la hora de dictar una norma que pretende dar «cobertura y seguridad jurídica» a la necesidad sentida por las personas transexuales adecuadamente diagnosticadas. De manera que la invocación del interés superior del menor no puede servir «para dejar de aplicar la exigencia normativa en cuestión sobre una materia que podemos considerar discutible –la exigencia de la mayoría de edad–, pero que el legislador ha zanjado de una manera determinada sin traspasar los límites constitucionales, según nuestro criterio, por lo que los tribunales no tienen más opción que cumplir el mandato legal». Este requisito se considera además exigible tanto en los procedimientos gubernativos de rectificación registral, a los que alude la Ley 3/2007, como en los procesos judiciales declarativos ordinarios, emprendidos con el mismo objeto al amparo de la Ley del registro civil (art. 92 de la Ley de 1957, aplicable al proceso, que hoy ha pasado a ser el art. 90 de la Ley de 2011). Adicionalmente, la sentencia da también la razón al ministerio fiscal en el sentido de que en este caso el menor no cumplía tampoco el requisito de haber estado bajo tratamiento médico de reorientación de sus características físicas durante al menos dos años anteriores a la petición ante el registro del cambio de sexo y nombre, tal como requiere el apartado b) del art. 4.2 de la Ley 3/2007.

e) El recurrente promovió entonces, a través de sus representantes legales, recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, fundados en la disconformidad de la sentencia recurrida con los arts. 10.1 y 24 CE y con los principios de exactitud registral y de interés superior del menor. Se invocaba además para ello la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (sentencias 929/2007, de 17 de septiembre, secundada por otras posteriores: 158/2008, de 28 de febrero; 182/2008, de 6 de marzo; 732/2008, de 17 de julio; 731/2008, de 18 de julio, y 465/2009, de 22 de junio) en la que se afirma, al efecto de la determinación del sexo de una persona, la prevalencia del factor psicológico sobre el gonadal o cromosómico, pues lo contrario traería consigo un freno al libre desarrollo de la personalidad, con la consiguiente lesión de la dignidad humana. El recurrente resaltaba que tales valores y derechos (libre desarrollo de la personalidad, dignidad de la persona, respeto a la intimidad y a la vida privada de las personas transexuales), afirmados por la jurisprudencia para permitir el cambio en la mención registral del sexo de personas transexuales, no son privativos de los mayores de edad, sino que también son predicables, y en la misma medida, de los menores de edad, cuyo interés superior debe prevalecer en la interpretación de las normas (sentencias 76/2015, de 17 de febrero; 835/2013, de 6 de febrero, o 221/2011, de 1 de abril).

Ambos recursos fueron admitidos a trámite mediante auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2015. En un extenso escrito de 14 de octubre de 2015 la fiscalía, tras recoger abundantes antecedentes jurisprudenciales, doctrinales e incluso referencias de prensa y de la literatura científica, se opuso a los motivos del

recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación. Pese a reconocer que la opción del legislador de restringir el derecho al cambio registral del sexo a los mayores de edad «puede ser criticable y no apropiada y quizá debió redactarse de otra manera», se indica que «el Ministerio Fiscal está sujeto a la defensa de la legalidad [...] y debe cumplirla», por lo que asume y suscribe el dictamen del fiscal de Huesca en el recurso de apelación. En él se rechaza que el requisito legal de la mayoría de edad para solicitar la rectificación del registro civil en cuanto al sexo y nombre de la persona se restrinja solo a la vía del recurso gubernativo que habilita la propia ley, al tratarse de una legitimación *ad causam* para alcanzar el efecto jurídico pretendido del cambio registral en sí. El dictamen indaga en la tramitación parlamentaria de la Ley 3/2007, corroborando que la exigencia de la mayoría de edad obedece a una voluntad explícita del legislador. Por un lado, en el Congreso de los Diputados se rechazó una enmienda del Grupo Popular que solicitaba la expresa exclusión de legitimación de menores emancipados, precisamente por estar ello implícito en el concepto de mayoría de edad. Por otro lado, se rechazó otra enmienda del grupo parlamentario Entesa de Cataluña ante el Senado para que menores emancipados y menores con 16 años cumplidos pudieran solicitar personalmente el cambio de sexo registral. De manera que al juzgador «le está vedado no aplicar ese mandato, restándole como única posibilidad la de plantear una cuestión de inconstitucionalidad», que sin lugar a dudas en el presente caso no procede promover. El informe del fiscal ante el Tribunal Supremo concluye con la apelación a la necesidad de una ley de regulación integral sobre la protección de los derechos fundamentales de los menores de edad maduros, sin perjuicio de las facultades del Tribunal de complementar el ordenamiento jurídico (art. 1.6 del Código civil), en especial lo relativo a los derechos de las personas ante el registro civil (art. 11 de la Ley del registro civil, en adelante LRgC).

Mediante providencia de 26 de octubre de 2015 se acordó remitir el asunto para conocimiento del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, se designó nuevo magistrado ponente del recurso, y se fijó fecha para votación y fallo el día 16 de diciembre de 2015. A resultas de las deliberaciones desarrolladas en esa fecha y en días posteriores, la Sala dictó providencia de 27 de enero de 2016 en la que «conforme a lo establecido en el art. 35 LOTC, se concede a las partes y al ministerio fiscal trámite de audiencia para que en el plazo común e improrrogable de diez días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad, o sobre el fondo de esta, respecto de la exigencia de ser mayor de edad que establece el art. 1 de la Ley reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, como requisito de legitimación para solicitar la rectificación de la mención registral del sexo, en relación a lo previsto en los arts. 10.1, 15, 18.1 y 43.1 CE».

En respuesta a esa providencia de la Sala, el ministerio fiscal se limita a expresar su conformidad con el planteamiento de «esta delicada cuestión» ante el Tribunal Constitucional. Por su parte, la representación procesal del menor también solicita a la Sala que dicte auto de planteamiento de la cuestión, pero no solo en relación con el art. 1 de la Ley 3/2007, sino que mediante otrosí solicita la extensión de la misma también al art. 4, que es el que establece el requisito del tratamiento médico previo durante dos años de la persona diagnosticada de disforia de sexo para poder solicitar el cambio registral.

Respecto a lo primero, se alega que la transexualidad es una condición innata de la persona, y no fruto de una decisión de la misma que, por tanto, requiera una capacidad de discernimiento. De manera que negar legitimación a los menores de edad para rectificar el sexo que consta en el registro impide el libre desarrollo de la personalidad del menor de acuerdo con su identidad sexual (art. 10.1 CE) y vulnera sus derechos fundamentales a la integridad moral (art. 15 CE), a la intimidad (art. 18 CE) y al respeto a su vida privada (art. 8 CEDH). Además, se estaría incurriendo en una discriminación respecto a las personas transexuales mayores de edad, que sí pueden proceder a la rectificación registral de su sexo, con vulneración del art. 14 CE. Cita en su apoyo, y acompaña como anexo, una sentencia de la Corte Constitucional de Colombia de 13 de

febrero de 2015 sobre el derecho de las personas a definir de manera autónoma su identidad sexual y de género, así como a la correspondencia del mismo con los datos consignados en el registro civil.

La parte argumenta que los derechos fundamentales anteriormente citados, así como el derecho a la protección de la salud (art. 43.1 CE) comportan que cada persona pueda escoger de manera autónoma sus opciones vitales sin ninguna intromisión o injerencia, y específicamente pueda decidir sobre su identidad sexual autopercibida, sin necesidad de diagnóstico médico ni tratamiento alguno. La ley cuestionada parte de una concepción de la transexualidad como patología y supone una forma de «hetero asignación» de la identidad sexual, en la medida en que se requiere la intervención de un médico o psicólogo clínico, que vendría a estigmatizar a la persona transexual. En este sentido, la Resolución 2048 (2015) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 22 de abril de 2015 califica de afrenta a la dignidad humana y de obstáculo a la inclusión social de los transexuales la consideración de su situación como enfermedad por parte de los manuales internacionales de diagnóstico, e insta a los estados a abolir los tratamientos médicos obligatorios y el diagnóstico de salud mental como exigencias legales previas al cambio de nombre y género inscritos en el estado civil. Se trataría de argumentos análogos a los ya empleados hace unos años para rechazar la necesidad de una operación quirúrgica de reasignación sexual previa al cambio del registro civil, que la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2007 calificó como freno al libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE. El escrito invoca los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, así como diversa legislación (Ley andaluza 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las persona transexuales; Ley argentina 26.743, de 23 de mayo de 2012, por la que se establece el derecho a la identidad de género de las personas; Ley de Malta de 23 de abril de 2015) y la ya conocida sentencia del Tribunal Constitucional de Colombia de 2015, que defienden la idea de la identidad de género como simple decisión libre de la persona y de su necesidad de reconocimiento sin adicionales exigencias quirúrgicas ni terapéuticas de ningún tipo.

3. Mediante auto fechado el 10 de marzo de 2016 el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo acordó finalmente el planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 1 de la Ley 3/2007, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, por presunta vulneración de los arts. 15, 18.1 y 43.1, en relación al 10.1, todos ellos de la Constitución, en cuanto que solo reconoce legitimación a las personas mayores de edad para solicitar la rectificación de la mención registral del sexo y del nombre.

Tras un minucioso recorrido por los antecedentes procesales del asunto (fundamento de derecho primero), y antes de formular tanto el juicio de pertinencia y relevancia como la específica duda de constitucionalidad que se plantea (fundamentos de derecho sexto y séptimo), el auto analiza el marco jurisprudencial y legal de tratamiento de los derechos de las personas transexuales, con especial referencia al ámbito internacional. En relación con la posibilidad de rectificación de la mención de sexo en los registros y documentos oficiales, se resalta el giro jurisprudencial producido en la doctrina del Tribunal Supremo, plasmado en la sentencia 929/2007, de 17 de septiembre (que luego fue consolidado en fallos posteriores como las sentencias 158/2008, de 28 de febrero; 182/2008, de 6 de marzo; 183/2008, de 6 de marzo; 731/2008, de 18 de julio, o 465/2009, de 22 de junio), que cambió el criterio mantenido desde los años ochenta de dar prevalencia a los aspectos psíquicos y psicosociales en la determinación del sexo – frente a los cromosómicos o gonadales– solo en el caso de las personas transexuales que hubieran sido sometidas a una cirugía de reasignación de sexo.

Con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la legislación y jurisprudencia comparadas, se aprecia que la necesidad de una operación quirúrgica para el cambio registral constituye un freno al libre desarrollo de la

personalidad (art. 10.1 CE). Por su parte, el Tribunal Europeo ha desarrollado su doctrina en torno a la protección que ofrece el art. 8 CEDH respecto al derecho a la vida privada, que puede englobar en algunas ocasiones aspectos de la identidad física y moral de la persona, como su orientación sexual (STEDH de 11 de septiembre de 2007, asunto *L contra Lituania*). Desde hace muchos años se reconoce la incidencia que en este derecho puede tener la necesidad de identificarse mediante documentos oficiales que indican el sexo, con la consiguiente revelación en el caso de las personas transexuales de una discordancia entre el sexo legal y el sexo aparente (STEDH de 25 de marzo de 1992, asunto *B contra Francia*), lo cual puede generar estrés, sentimientos de vulnerabilidad, humillación y ansiedad (STEDH de la Gran Sala de 11 de julio de 2002, asunto *I y Cristina Goodwin contra Reino Unido*). Recientemente (SSTEDH de 16 de julio de 2014, asunto *Hämäläinen contra Finlandia*, y de 10 de marzo de 2015, asunto *YY contra República de Turquía*) se ha dado un paso más y se ha restado valor al requisito de la operación quirúrgica para el reconocimiento de la transexualidad de una persona por los poderes públicos, siguiendo una recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa y una resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, ambos de 2010.

Adicionalmente, el auto de planteamiento de la cuestión enumera una serie de resoluciones, recomendaciones e informes dictados por instituciones internacionales entre 1989 y 2015 sobre el reconocimiento de la transexualidad y la necesidad de protección de las personas transexuales frente a la discriminación y a la vulneración de su dignidad personal y de su derecho a la vida privada, facilitando la modificación de las menciones de sexo y de nombre en la inscripción de nacimiento y en los documentos de identidad, sin necesidad de esterilización, intervención quirúrgica de reasignación de sexo u otros tratamientos médicos, y sin considerar su situación como una enfermedad mental. Específicamente sobre menores de edad transexuales se cita un informe del comisario de derechos humanos del Consejo de Europa, que alude a las dificultades de comprensión que con frecuencia padecen en el seno de sus propias familias y a la consiguiente restricción en el acceso a información, apoyo y tratamiento adecuados. Por su parte, la Resolución 2048 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 22 de abril de 2015 recomienda la instauración de procedimientos rápidos, transparentes y accesibles para el cambio de nombre y sexo de las personas transexuales en los documentos oficiales con independencia de su edad.

Como conclusiones de los anteriores apartados, el auto del Tribunal Supremo plantea hasta ocho proposiciones: i) El tratamiento socio-jurídico de la transexualidad «se encuentra en constante y acelerada evolución»; ii) En la identidad de género debe primar el aspecto psicológico y psicosocial sobre el cromosómico o gonadal; iii) El reconocimiento de la identidad de género de un transexual no se puede condicionar al sometimiento a una operación quirúrgica de reasignación de sexo; iv) La transexualidad no debe ser considerada una patología psiquiátrica necesitada de curación; v) Debe facilitarse a la persona transexual el cambio de sexo y nombre en su inscripción de nacimiento y en sus documentos de identidad; vi) Debe protegerse la intimidad y dignidad de la persona transexual ante situaciones humillantes de identificación en el ámbito escolar, laboral o de relación con las autoridades públicas; vii) Estas exigencias derivan del respeto a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), en relación con el derecho a su integridad física y moral (art. 15 CE), el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), y el derecho a la protección de la salud (at. 43 CE), así como de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la interpretación del Consejo de Europa y viii) «Los menores no son ajenos a la problemática de las personas transexuales», padeciendo además problemas específicos «inherentes a la etapa de la infancia y la adolescencia».

A partir de los anteriores postulados, el Tribunal Supremo constata que en el recurso de casación que conoce, relativo a la pretensión de un demandante de cambiar la mención de sexo y de nombre en su inscripción de nacimiento siendo este menor de edad (algo más de doce años al presentar la demanda y casi catorce a la hora de dictar

el auto de planteamiento de la cuestión), existe una norma con rango de ley, aplicable al caso y de cuya validez depende el fallo, que establece que la legitimación para solicitar tal cambio solo corresponde a los españoles mayores de edad y con capacidad suficiente (art. 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas). De manera que la constitucionalidad de esta exigencia es una cuestión fundamental para resolver el recurso de casación formulado por el menor demandante. El Tribunal manifiesta sus reparos para interpretar el precepto cuestionado en el sentido de que el requisito de la mayoría de edad solo sería exigible para promover el expediente gubernativo registral contemplado en la Ley 3/2007, y no para las rectificaciones registrales mediante sentencia firme dictada en juicio ordinario, previstas con carácter general en la Ley del registro civil. Primero, porque tal planteamiento privaría a los supuestos de cambio registral de las menciones de sexo y nombre mediante juicio declarativo de toda regulación sustantiva; segundo, porque el art. 91.2 de la nueva Ley del registro civil de 2011, dispone taxativamente que la identificación registral del sexo de las personas, cuando se cumplan los requisitos del art. 4 de la Ley 3/2007, «se rectificará mediante procedimiento registral» y tercero, porque en la tramitación parlamentaria de la Ley 3/2007 se rechazaron expresamente dos enmiendas de supresión del requisito de la mayoría de edad para estos supuestos. Por todo ello, la sala proponente considera que corresponde al Tribunal Constitucional pronunciarse sobre la edad mínima en que se pueda instar los cambios registrales de sexo o nombre, tal como ha ocurrido en Alemania a través de las sentencias del Tribunal Constitucional Federal de 16 de marzo de 1982 y de 26 de enero de 1993.

Además del juicio de aplicabilidad y relevancia, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo formula en el fundamento de derecho séptimo del auto de planteamiento sus dudas positivas sobre la constitucionalidad del requisito de la mayoría de edad exigido por la Ley 3/2007, que resultan de la aplicación del test de proporcionalidad a la limitación que supone impedir a las personas transexuales rectificar la referencia al sexo en el registro civil hasta los dieciocho años, el cual no se superaría por la actual regulación legal. Así, tras constatar la titularidad de derechos fundamentales por parte de los menores de edad (SSTC 197/1991, 61/1998, 134/1999, 141/2000, 288/2000, 154/2002, 183/2008, 158/2009 o 186/2013), así como la aplicabilidad a los mismos de los principios de libre desarrollo de la personalidad y de respeto a la dignidad de las personas –en los cuales se viene apoyando la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo para defender el derecho a cambiar la mención registral del sexo en el caso de las personas transexuales–, se defiende que toda restricción a los mismos debe tener una justificación adecuada y proporcionada para no incurrir en discriminación (art. 14 CE y art. 14 CEDH).

En concreto, la Sala defiende que la limitación del ejercicio de derechos fundamentales a los menores de edad solo puede tener dos justificaciones fundamentales: la falta de madurez de la persona y la necesidad de proteger a este colectivo, tal como prescribe la propia Constitución (art. 39.3 y 4 CE) y ha subrayado la jurisprudencia constitucional (STC 274/2005, de 7 de noviembre). En este sentido, la citada sentencia del Tribunal Supremo 929/2007, de 17 de septiembre, habría postergado a un segundo plano las consideraciones sobre su incidencia en el orden público como argumentos válidos para restringir el ejercicio de derechos fundamentales. Además, se subraya que esas causas constitucionalmente legítimas de restricción de derechos no actúan de modo uniforme durante todo el periodo de la minoría de edad, sino de modo inversamente proporcional a la edad de la persona.

En cuanto al examen en sí de la proporcionalidad, en sus tres escalones, de la medida legal cuestionada, el auto reconoce en primer lugar que la restricción que examina supera el juicio de adecuación, pues está dirigida a un fin que constitucionalmente justifica la restricción del derecho y es apta para conseguir dicho fin, que en este caso sería el principio de seguridad jurídica en su aspecto de indisponibilidad y estabilidad del estado civil. Sin embargo, la Sala proponente de la cuestión entiende que no ocurre lo mismo con las otras dos fases del juicio de

proporcionalidad. Por un lado, en cuanto al juicio de necesidad o indispensabilidad, se pone en duda que no haya alternativas de preservación de esos bienes constitucionales que sean menos gravosas o restrictivas de derechos fundamentales. Sobre todo «cuando se trata de un menor con suficiente madurez, que realiza una petición seria por encontrarse en una situación estable de transexualidad, y cuando la discrepancia entre el sexo psicológico y el registral le provoca unos sentimientos de vulnerabilidad, humillación y ansiedad incompatibles con las exigencias del derecho a la integridad moral del art. 15 CE y a la salud, entendida en su sentido más integral de bienestar físico y moral, del art 43 CE, y le expone al conocimiento público de su condición de transexual cada vez que ha de identificarse en el ámbito escolar, de relaciones con las administraciones públicas, etc., con la vulneración que ello supone de su derecho a la intimidad del art. 18.1 CE». Por otro, en cuanto al juicio estricto de proporcionalidad, la Sala duda también que haya un equilibrio entre las ventajas y perjuicios que genera la limitación en sí del derecho que se valora (STC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 5): «impedir al menor, en las circunstancias ya repetidas a lo largo de la resolución, solicitar la modificación registral del sexo y del nombre puede constituir una restricción desproporcionada de sus derechos fundamentales, interpretados a la luz del art. 10.1 de la Constitución, por las graves consecuencias que puede acarrearle, que pueden no guardar una relación equilibrada con las ventajas obtenidas con tal medida», como sería el respeto al llamado «riesgo de remisión».

Por último, el auto de planteamiento justifica la exclusión como objeto de la cuestión de inconstitucionalidad del art. 4.1 de la Ley 3/2007, que establece los requisitos previos de diagnóstico de la disforia de sexo y de su tratamiento médico durante dos años para poder solicitar el cambio registral del sexo de la persona. El primer requisito carece de relevancia en este caso por no condicionar el resultado del litigio, puesto que el recurrente ha justificado de hecho la existencia de diagnóstico mediante un informe médico. Algo parecido ocurre con la segunda condición, puesto que a pesar de no haber completado el recurrente los dos años de tratamiento médico en el momento de interposición de su demanda, la Sala destaca que sería de aplicación la excepción legal recogida en el art. 4.2 de la ley, que exime de la necesidad de cubrir ese periodo «cuando concurren razones de salud o edad que imposibiliten su seguimiento y se aporte certificación médica de tal circunstancia». En la medida en que no tiene sentido iniciar un tratamiento hormonal antes de la edad puberal, el auto considera que el recurrente se encontraría en el supuesto excepcional en que por razones de edad no sería necesario cumplir ese requisito, por lo que no tendría relevancia en este caso la constitucionalidad de esa exigencia legal.

El auto de planteamiento de la cuestión viene acompañado de un voto particular discrepante. En él se argumenta en una doble dirección. Por un lado, se subraya que la restricción que el legislador establece para solicitar un cambio registral de sexo es coherente con la propia configuración de este supuesto legal, que en palabras de la propia exposición de motivos de la norma consiste en la constatación «como un hecho cierto el cambio ya producido en la identidad de género» de una persona, y no por tanto en la mera recepción de la manifestación de voluntad de la misma. De ahí derivan precisamente los requisitos recogidos por el art. 4 de la Ley 3/2007 en relación al diagnóstico y tratamiento de las personas. Y como la literatura científica [se citan una serie de publicaciones anglosajonas, a su vez referenciadas en el trabajo del grupo de identidad y diferenciación sexual de la sociedad española de endocrinología, (Gidseen), «la disforia de género en la infancia en las clasificaciones diagnósticas», publicado en 2014] «advierte que solo una minoría de los trastornos de identidad de género o disforia de género en la infancia se mantienen en la vida adulta y desarrolla un transexualismo», resultaría que la limitación de los derechos fundamentales del menor a la integridad física y moral, a la intimidad y a la salud estaría justificada por la necesidad de constatación del cambio de identidad sexual de la persona, que es presupuesto esencial del cambio en la mención registral del sexo y debe estar cualificada por su estabilidad y persistencia [art. 4.1 a).1 de la Ley], por lo que no podría considerarse

desproporcionada. Por otro lado, el voto particular subraya que «el problema que subyace al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad no se resuelve con una mera supresión de la exigencia de la mayoría de edad para el ejercicio de estos derechos». Puesto que la minoría de edad no es una situación uniforme y el desarrollo de la personalidad del menor es progresivo, debe ser el legislador el que regule en qué casos y con qué garantías y requisitos relativos a su madurez y a la estabilidad y persistencia del cambio de identidad de género, podría un menor de edad proceder a la rectificación de la mención registral de su sexo, que es algo que excede el marco de un pronunciamiento de inconstitucionalidad.

4. El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 10 de mayo de 2016, acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo respecto al art. 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, en cuanto que solo reconoce legitimación a las personas mayores de edad para solicitar la rectificación de la mención registral del sexo y del nombre, por posible vulneración de los arts. 15, 18.1 y 43.1, en relación con el art. 10.1 CE. En esa misma providencia el pleno del Tribunal se reservó para sí el conocimiento de la cuestión de inconstitucionalidad y dio traslado de las actuaciones recibidas al Congreso de los Diputados, al Senado, al Gobierno de la Nación, por conducto del Ministro de Justicia, y a la fiscalía general del Estado, en los términos del art. 37.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC). Igualmente, se acordó comunicar la citada providencia a la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, a fin de que mantuviese suspendido el proceso hasta que se resolviese la presente cuestión, según dispone el art. 35.3 LOTC. Por último, se ordenó la publicación de la incoación de la cuestión de inconstitucionalidad en el «Boletín Oficial del Estado», lo que se cumplimentó en el «BOE» número 121, de 19 de mayo de 2016.

5. Mediante escrito de 26 de mayo de 2016, registrado en este Tribunal el 30 de mayo, el presidente del Senado, en ejercicio de la delegación conferida por la mesa de la Diputación Permanente de la Cámara, notificó el acuerdo por el que Senado se persona en este proceso, ofreciendo además su colaboración a los efectos de lo dispuesto en el art. 88.1 LOTC.

6. Con fecha de 7 de junio de 2016 el abogado del Estado, en la representación que ostenta, dirigió un escrito al pleno de este Tribunal por el que se personó en el proceso y formuló las correspondientes alegaciones, el cual fue recibido en la misma fecha en el registro general del Tribunal Constitucional. En él defiende que la exigencia de la mayoría de edad para poder rectificar el sexo de una persona en el registro civil es una medida proporcionada conforme al interés superior del menor, por lo que termina solicitando que se dicte sentencia íntegramente desestimatoria de la cuestión planteada y, por tanto, confirmatoria de la constitucionalidad del art. 1 de la Ley 3/2007.

Comienza el abogado del Estado incidiendo en que el objeto de la cuestión no es todo el art. 1 de la Ley 3/2007, sino solo uno de los requisitos recogidos en el apartado primero del precepto, relativo a la mayoría de edad, para poder solicitar el cambio de sexo en el registro civil, el cual vulneraría de manera conjunta los arts. 15, 18.1 y 43.1, interpretados de conformidad con el art. 10.1, todos ellos de la Constitución. Para el Tribunal Supremo, esa limitación no tendría una justificación proporcional al no tener en cuenta la madurez del menor e impide evitar los sentimientos de vulnerabilidad, humillación y ansiedad que genera en la persona la exposición al conocimiento público de su condición de transexual cada vez que ha de identificarse en el ámbito escolar, de relación con las administraciones públicas y otros.

Para pronunciarse sobre el objeto de la cuestión, el abogado del Estado invoca con carácter previo la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la titularidad de derechos fundamentales por parte de los menores de edad. En este punto el escrito se limita en realidad a reproducir tres citas de otras tantas sentencias de este Tribunal en las que se

reconoce a los menores algunos derechos concretos. Es el caso de la STC 183/2008, de 22 de diciembre, FJ 3, que en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, alude al «derecho de los menores que estén en condiciones de formarse un juicio propio a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte», tal como prescriben varias declaraciones internacionales de derechos y la propia legislación española. Por su parte, la STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9, siguiendo a la STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5, señala en relación al art. 16 CE que «los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guardia y custodia». Finalmente, la STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 5, reconoce la posible afectación del derecho fundamental de un menor de edad a la intimidad personal y familiar como «consecuencia de la divulgación de la identidad de quien dice ser la madre biológica del menor adoptado, su particular profesión y, en definitiva, de la filiación e identificación del menor adoptado». Por su parte, el legislador ordinario ha intervenido para proteger la situación de vulnerabilidad del menor, erigiendo el principio del interés superior del menor en la piedra angular del sistema de protección, en los términos que detalla el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, sobre protección jurídica del menor.

En relación con la concreta exigencia legal de la mayoría de edad para poder acometer el cambio registral del sexo de una persona transexual, el abogado del Estado destaca, por un lado, que se trata de un requisito conscientemente introducido por el legislador, y por otro, que es un criterio de prudencia, basado en lo que sostiene la doctrina científica en la actualidad, que no vulnera por tanto los arts. 15, 18 y 43 CE. Respecto a lo primero, para el representante del Estado resulta clarificador que durante la tramitación parlamentaria hubiera enmiendas concretas, como la del grupo parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds en el Congreso, que promovieron el reconocimiento del derecho al cambio a menores de edad emancipados y a mayores de 16 años, que fueron rechazadas. Prevalció así la tesis expresada por el representante del grupo parlamentario socialista, que defendía que «ante una decisión vital de tanta trascendencia sobre algo que es irreversible, sobre algo que es personal e intransferible, es razonable que esta decisión exija plena capacidad de obrar y esta, jurídicamente, todos los españoles, conforme a la Constitución, hemos decidido que se fije en dieciocho años, que es el límite de edad para considerarse mayor. Si mantenemos este límite para situaciones como la de ser elegidos y poder elegir electoralmente, para la donación de órganos, como por ejemplo, un riñón ¿cómo cambiarlo para la rectificación registral a fin de tener la suficiente garantía de que la decisión adoptada es una decisión firme y coherente con la persona? Además, lo recogido en esta ley no significa que el adolescente en esta situación, debidamente diagnosticado, comience en su caso el tratamiento médico, con supervisión y apoyo y esperar a su mayoría de edad para que, si así lo desea, rectifique la mención registral de su sexo». En cuanto a lo segundo, y a la proporcionalidad de la limitación impuesta a la legitimación de los menores de edad para cambiar de sexo ante el registro, el abogado del Estado se remite a las evidencias científicas recogidas en el voto particular al auto de planteamiento de la cuestión sobre la dificultad de diagnóstico definitivo de la disforia de género en la adolescencia y sobre el reducido número de trastornos de este tipo en la infancia que se mantienen en la edad adulta, las cuales reproduce.

Finalmente, el abogado del Estado se apoya en la propia opinión de la Sala proponente de la cuestión, que relativiza en la actualidad la importancia que tiene el sexo en el estado civil por la aproximación de roles y comportamientos sociales, para sostener que la rectificación del sexo de la persona en el registro civil ni es el origen de los posibles sentimientos de humillación, ansiedad y vulnerabilidad que puede padecer el menor transexual, ni evita que estos se puedan producir. Cuestión distinta es que el interés superior del menor requiera la adopción de las medidas necesarias para protegerle en este campo, las cuales no están exclusivamente en función del grado de

madurez del menor. De hecho, la protección de esos sentimientos y de sus eventuales derechos fundamentales afectados debe serlo con independencia de que el menor tenga o no madurez suficiente. En esa línea, varias comunidades autónomas han legislado ya introduciendo medidas de protección de diverso tipo, especialmente en el ámbito escolar. Se argumenta, en fin, que el criterio de la madurez del menor no se discute en cambio por el auto de planteamiento de la cuestión respecto a otros asuntos vitales que pueden afectar al menor, como otorgar testamento, contraer matrimonio, o ejercer el derecho de sufragio, a los que podría ser aplicado el mismo esquema lógico de la madurez suficiente, pero que tendría una indudable afectación de la seguridad jurídica, que no es deseable.

7. La fiscal general del Estado presentó sus alegaciones en el registro general del Tribunal Constitucional el 24 de junio de 2016, en las que concluye solicitando que el Pleno de este Tribunal dicte sentencia estimatoria de la cuestión y declare la inconstitucionalidad del art. 1.1 de la Ley 3/2007.

Tras los antecedentes y la delimitación precisa del objeto de controversia –que es solo la exigencia de la mayoría de edad recogido en ese apartado primero del art. 1 de la ley, y que excluye el cuestionamiento de los requisitos materiales detallados en el art. 4– el escrito analiza el juicio de aplicabilidad y relevancia del auto de planteamiento. En línea con los órganos jurisdiccionales que previamente intervinieron en el proceso, y en especial de la Sala Primera del Tribunal Supremo, la fiscalía rechaza la interpretación de la Ley 3/2007 propuesta por los representantes legales del menor, en el sentido de que la exigencia de la mayoría de edad solo sería exigible para los expedientes gubernativos de cambio de sexo ante el registro civil, y no a los procedimientos judiciales de rectificación. La voluntad del legislador, según los debates parlamentarios celebrados, fue la de no reconocer a los menores de edad, con independencia de su madurez, legitimación para solicitar el cambio de la mención registral de sexo y nombre, tanto directamente como a través de sus representantes. No se trata solo de falta de capacidad procesal para la utilización de la vía gubernativa, sino de no reconocimiento de la legitimación *ad causam*. Razón por la cual se corrobora el juicio de aplicabilidad y relevancia sostenido por el Tribunal Supremo respecto al precepto legal cuestionado. De todas formas, se somete a la consideración de este Tribunal Constitucional si al menor emancipado, dada la equiparación que el art. 323 del Código civil (CC) hace con la persona mayor de edad, podría reconocérsele legitimación a efectos del art.1.1 de la Ley 3/2007, si bien el mismo escrito reconoce que ello no resolvería la cuestión aquí planteada, suscitada en relación a un menor que no está emancipado.

Entrando en el fondo de la cuestión planteada, la fiscal general del Estado parte de la notoria posición de desventaja social y de marginación histórica que han padecido las personas transexuales, y analiza el abundante cúmulo de pronunciamientos y recomendaciones de los organismos internacionales de defensa de los derechos humanos, secundados en nuestra legislación interna, sobre todo por algunas comunidades autónomas, sobre el derecho al reconocimiento de la identidad de género de las personas transexuales. Así, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene proclamando que «el derecho a la identidad de género es una manifestación del derecho a la vida privada reconocido en el art. 8 CEDH», el cual comprendería el derecho al cambio de sexo y de nombre en los registros públicos y documentos de identidad, que los estados deben reconocer para no incurrir en violación de aquel precepto (especialmente SSTEDH de 16 de julio de 2014, asunto *Hämäläinen contra Finlandia*; de 11 de julio de 2002, asunto *Christine Goodwin contra Reino Unido*; y de 10 de marzo de 2015, asunto *Y.Y. contra Turquía*). Por su parte, tanto los principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género de 2006, pese a que «no han sido adoptados oficialmente como un estándar internacional», como diversas recomendaciones del Consejo de Europa, e incluso unas directrices del Consejo de la Unión Europea de 2013, defienden el reconocimiento por los estados de la identidad de

género de las personas, así como su derecho al cambio de sexo y de nombre en documentos y registros oficiales.

En especial, destaca la Resolución 2048 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 22 de abril de 2015 que, en cuanto al reconocimiento jurídico del género, llama a los estados a instaurar procedimientos ágiles de cambio de nombre y sexo «a disposición de todas las personas que deseen utilizarlos, independientemente de la edad» y de otras circunstancias (salud, situación financiera, situación de privación de libertad...), añadiendo que se deberá «garantizar que el interés superior del niño sea una consideración primaria en todas las decisiones que conciernan a los menores». Finalmente, en la legislación española han tenido recepción esas orientaciones internacionales, por supuesto a través de la Ley 3/2007, aquí cuestionada, pero sobre todo en diversa legislación autonómica sobre derechos de los transexuales (Ley andaluza 2/2014, de 8 de julio; Ley extremeña 12/2015, o Ley canaria 8/2014, de 28 de octubre), que protegen el derecho a la autodeterminación de género y sus consecuencias en la identidad de la persona y en el trato que debe recibir. Respecto a los menores de edad, se destacan dos menciones introducidas en 2015 en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero: la preservación de la identidad sexual del menor como criterio para interpretar y aplicar el llamado interés superior del menor [art. 2.2 d)] y el libre desarrollo de su personalidad conforme a su orientación e identidad sexual como principio rector de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores [art. 11.2.1)]. Se cita además una referencia de la exposición de motivos de la ley andaluza, ya mencionada, sobre el derecho de los menores «a que les sea reconocida su propia identidad de género dentro del proceso de formación de su personalidad», así como del art. 3 de la ley canaria, también mencionada, sobre el derecho del menor de edad transexual a la protección y atención integral por los poderes públicos para el desarrollo de su personalidad. Por todo ello se concluye que «los menores de edad tienen derecho a que se respete su identidad de género».

En cuanto al fundamento y anclaje constitucional de estos derechos, la fiscal general del Estado expone que el derecho a la identidad sexual está vinculado al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana, proclamados en el art. 10.1 CE. En esa dirección se han manifestado, en el orden internacional, los Tribunales Constitucionales federal alemán, de Colombia y de Italia, y en el orden nacional, el Tribunal Supremo, sobre todo en su sentencia 929/2007, de 17 de septiembre, y las exposiciones de motivos de la Ley 3/2007 y de la Ley Foral 12/2009, de 19 de noviembre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales. En ellos se sitúa como eje central del sistema la autodeterminación de la persona, que se proyecta en el ámbito de la determinación del género y que se plasmaría en el derecho a la rectificación de la identidad sexual y del nombre ante el registro civil.

La última parte de su escrito de alegaciones es dedicado por la fiscal general a argumentar que la prohibición a los menores de edad transexuales de cambiar la mención registral de su sexo y nombre constituye una injerencia en el libre desarrollo de su personalidad y en su dignidad humana (art. 10.1 CE), que conculca también otros derechos fundamentales (arts. 18.1, 15 y 43.1 CE). Se vulnera el art. 10.1 CE porque estamos ante una medida desproporcionada, que dificulta la construcción de una vida coherente con la identidad de género asumida por el menor transexual. Ese precepto constitucional es de aplicación a cualquier persona, con independencia de su edad y de su capacidad de obrar. Se muestra también el convencimiento de que impedir a los menores el cambio en el registro civil de las menciones de sexo y nombre es una injerencia ilegítima en el derecho a la intimidad personal y a la propia imagen (art. 18.1 CE), por traer como consecuencia la exposición del menor al conocimiento público de su condición, ante las administraciones públicas y ante terceros en el ámbito escolar, deportivo y social. Se incumple también la obligación constitucional de protección de la integridad física y moral de la persona (art. 15 CE), porque la prohibición cuestionada contribuye a perpetuar situaciones de discriminación, humillación, acoso, ansiedad y

exclusión social de menores transexuales. Y supone también una desprotección de la salud de la persona (art. 43.1 CE), entendida en sentido amplio como estado completo de bienestar físico, mental y social. Derechos de los cuales los menores son titulares plenos (SSTC 186/2013, de 4 de noviembre, FJ 5; 154/2002, de 18 de julio, FJ 9, y 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5).

La restricción establecida en el art. 1.1 de la Ley 3/2007 por razón de edad no supera a juicio de la fiscal general del Estado el test de proporcionalidad en orden a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo (como sería el principio de seguridad jurídica, en su aspecto de indisponibilidad y estabilidad del estado civil, sobre todo teniendo en cuenta la debilitación de la concepción del sexo como estado civil y la prevalencia de su orientación como factor psicosocial), suscribiéndose así la argumentación contenida en el auto de planteamiento de la cuestión. En especial atendiendo a que tanto la madurez como las necesidades de protección del menor de edad no son homogéneas durante ese periodo, sino que admiten modulaciones a la hora de determinar el interés superior del menor. Se afirma por ello que el legislador no puede prescindir de la edad y la madurez como criterios de ponderación en la adopción de las decisiones sobre cambio de sexo y de nombre. En consecuencia, el escrito subraya que la medida legal cuestionada no supera el juicio de necesidad, pues hay otras medidas menos gravosas que el legislador puede arbitrar para permitir el cambio registral, con respeto a la opinión y voluntad del menor transexual cuando se trata de una situación estable, en la línea de algunos países europeos (que no se especifican) y de las propuestas de algunas organizaciones internacionales de defensa de derechos humanos, como Amnistía Internacional. La restricción cuestionada solo tendría sentido si para un cambio registral fuera necesaria una cirugía de reasignación de sexo, que está prohibida para los menores de edad. Pero en la actualidad solo se requiere un tratamiento médico, previo diagnóstico y consentimiento informado, que puede ser aplicado en menores de edad, tal como reconocen expresamente varias leyes autonómicas sobre transexualidad (art. 5 de la Ley Foral 12/2009, de 19 de noviembre; Ley vasca 14/2012, de 28 de junio; art. 19.6 de la Ley andaluza 2/2014, de 8 de julio; art. 7 de la Ley canaria 8/2014, de 28 de octubre; art. 10 de la Ley extremeña 12/2015, y arts. 6 y 14 de la Ley madrileña 2/2016, de 29 de marzo). Por lo que resulta contradictorio que el ordenamiento permita acometer el tratamiento médico durante la minoría de edad y no acepte las consecuencias del mismo en la identidad de género de la persona.

Tampoco se superaría el juicio de proporcionalidad puesto que no se justifica una restricción de tanta intensidad en el ejercicio de derechos fundamentales por el menor transexual, atendiendo a las consecuencias que se derivan para el desarrollo de su personalidad y para su dignidad, por su especial exposición a sufrir tratos discriminatorios y humillantes de potenciales efectos perniciosos, como destaca el comisario de derechos humanos del Consejo de Europa. Al regular esta materia el legislador debe ponderar esta especial vulnerabilidad del menor transexual.

Termina la fiscal general del Estado subrayando las especiales circunstancias del caso que ha dado lugar a este proceso, por la seriedad de la solicitud del cambio registral, realizada en 2014 por un menor de doce años cumplidos, bien diagnosticado y sin patologías psiquiátricas, que habría asumido su rol masculino desde los tres años de edad. Se reconoce que en el momento de solicitar la rectificación del registro civil no cumplía el requisito de los dos años de tratamiento médico [art. 4.1 b) de la Ley 3/2007], pero coincide con la opinión de la Sala proponente de la cuestión de que el requisito no sería aplicable, de acuerdo con el art. 4.2 de la misma norma, por la inutilidad del tratamiento hormonal antes de la edad puberal. Además, ese plazo de dos años ya se habría cumplido a mediados de 2016. En definitiva, en el caso presente, se ha limitado intolerablemente por razón de edad el derecho al reconocimiento de la identidad de género. Motivo por el cual sería inconstitucional el art. 1.1 de la Ley 3/2007.

8. Finalmente, don M.V.G. y doña N.A.B., padres del menor, se personaron en el proceso mediante escrito presentado en el registro general de este Tribunal el 7 de junio de 2016. Posteriormente formularon sus alegaciones con fecha 27 de junio, tras

conferírseles para ello un plazo de quince días por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia del Pleno del Tribunal. En esas alegaciones, los padres del menor argumentan primero en positivo, sobre el derecho a la identidad de género de los menores de edad, y luego en negativo, sobre que la negación de legitimación para cambiar de sexo y nombre en el registro a quienes no tienen la mayoría de edad vulneraría, por un lado, los arts. 15, 18.1 y 43.1, en relación con el art. 10.1 CE, y por otro, el art. 14 CE por falta de una justificación objetiva y razonable para esa diferencia de trato con quienes sí la tienen.

Respecto al derecho a la identidad, se indica que, si bien este derecho no se reconoce como tal en la Constitución Española de 1978, se puede considerar tácitamente incluido en el art. 10.1 CE, aparte de que sí está reconocido tanto en el art. 8 de la Convención sobre los derechos del niño de 2006 como en la Carta europea de los derechos del niño de 1992. Y uno de los rasgos fundamentales de esa identidad sería el sexo. Algo parecido ocurre en México respecto a su Constitución, lo cual llevó a la Suprema Corte de Justicia el 1 de enero de 2010 a hacer ese reconocimiento a partir de lo establecido en los tratados internacionales. Es un dato objetivo que el sexo gonadal, el cerebral y el cromosomático no siempre coinciden, así como que «el actual estado de la ciencia no permite otra sexuación al nacer que la que se deduce de la forma que presentan los genitales de la persona», y ese sexo morfológico es el que se asigna a los recién nacidos. De manera que la transexualidad consiste en esa falta de coincidencia entre el sexo morfológico y el cerebral o psicológico, que no sería ninguna patología, sino tan solo reflejo de la diversidad de la naturaleza humana. A partir de ahí, la identidad de género sería la vivencia interna e individual del género por cada persona, que sería fruto de su autodeterminación.

Así lo expresan los conocidos Principios de Yogyakarta, y así se ha ido recibiendo por diversa legislación dictada en todo el mundo sobre la identidad de género en los últimos años (se invoca en concreto el art. 2 de la Ley argentina 26.743, de 23 de mayo de 2012, el art. 2 de la Ley maltesa de 23 de abril de 2015, el art. 3 de la Ley andaluza 2/2014, de 8 de julio, el art. 1 de la Ley madrileña 2/2016, de 29 de marzo, y el art. 4 de la Ley murciana 8/2016, de 27 de mayo), lo cual ha sido saludado por la resolución 2048 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 2015. Ya la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2007 se pronunció a favor de reconocer a las personas transexuales la facultad de conformar su identidad sexual de acuerdo con sus convicciones profundas. En apoyo de estas orientaciones se citan –y se adjuntan a las alegaciones– los informes de un psicólogo/sexólogo especialista en transexualidad y de un catedrático de psicobiología, ambos españoles, sobre indicios neurológicos prenatales de conformación del sexo en el cerebro, al margen de la genitalidad de la persona. De manera que la transexualidad sería una condición innata de la persona, que no es elegida, y que por tanto no requeriría una capacidad, o madurez de discernimiento para su determinación. En coherencia con ello, también sería una condición estable de la persona, de carácter irreversible, citándose –y adjuntándose– referencias a un par de informes de especialistas en los que se niega conocer ningún caso de reversión espontánea o inducida de una persona transexual. En este sentido, se adjunta certificado de la asociación Chrysallis de familias de menores transexuales, presidida por uno de los progenitores del menor que es parte en el proceso *a quo*, en el que consta que ninguna de las 321 personas asociadas hasta la fecha se haya dado de baja por reversión.

En segundo lugar, se suscriben por completo las dudas expresadas por la Sala proponente de la cuestión de inconstitucionalidad, en el sentido de que la falta de legitimación de los menores de edad para rectificar su sexo en el registro civil supone negarles su derecho a la identidad sexual, que es imprescindible para el libre desarrollo de su personalidad y dignidad (art. 10.1 CE), para evitar el menoscabo de su derecho a la integridad moral (art. 15 CE), a la intimidad (art. 18 CE) y a la vida privada (art. 8 CEDH), y para evitar repercusiones lesivas de su salud en sentido amplio, o bienestar [art. 43 CE, art. 25 de la Declaración universal de derechos humanos (DUDH) y art. 12

del Pacto internacional de derechos económicos y sociales]. Con ello se obstaculiza a los menores transexuales el vivir con la dignidad de quien puede desarrollar su identidad sexual, exponiéndoles a situaciones humillantes cada vez que se pone de relieve su condición, lo cual puede afectar a su rendimiento escolar y a la continuación de sus estudios postobligatorios, con claro riesgo de exclusión social. Se invocan sendos fallos del Tribunal Constitucional de Colombia de 13 de febrero de 2015 y de la Suprema Corte de Justicia de México de 1 de enero de 2011, que reconocen el derecho de cada persona a definir de manera autónoma su identidad sexual y a que el registro civil esté en consonancia con esa identidad, y aprecian que lo contrario vulnera los derechos fundamentales a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. De allí se deriva que «todos los menores, sea cual sea su edad y grado de madurez, son titulares de todos los derechos fundamentales mencionados» y en concreto del derecho a la identidad sexual, que deriva del derecho a la dignidad humana, y por tanto a la legitimación para la rectificación registral de sexo, sobre todo teniendo en cuenta que la transexualidad es una condición innata de la persona.

En esta línea, se invocan la resolución de 2015 del Consejo de Europa, ya citada, que anima a los estados a reconocer esa legitimación con independencia de la edad, como ya lo hacen varias leyes extranjeras sin atender al grado de madurez del menor (se recoge el art. 5 de la Ley argentina 26.743, que sin embargo sí alude expresamente a los principios de capacidad progresiva y de interés superior del niño; el art. 7 de la Ley maltesa de 2015, que requiere que la solicitud se presente por los representantes legales y se haga ante el juez mediante un acto de jurisdicción voluntaria, y que en la letra 2 b) alude a la necesidad de tener en cuenta la edad y madurez del niño, y el art. 4 de una reciente Ley noruega de 2016). En el caso español, se plantearon algunas enmiendas en esta dirección durante la tramitación de la ley, que no se recogieron, y que a juicio de los alegantes convertirían al art. 1 de la finalmente aprobada Ley 3/2007 en inconstitucional.

En tercer lugar, se sostiene que el precepto cuestionado constituye una discriminación por razón de edad de los menores respecto a los transexuales mayores de edad, y una discriminación por razón de edad y de la identidad sexual frente a los mayores de edad en general, que no tiene justificación objetiva y razonable. Como la identidad sexual de los menores transexuales es tan estable o invariable como la de los que no lo son, los requisitos legales para el cambio registral recogidos en el art. 4 de la Ley 3/2007 también se pueden acreditar perfectamente por un menor de edad. Se citan expresamente dos sentencias del Tribunal Constitucional Federal alemán de 16 de marzo de 1982 y de 26 de enero de 1993, que a pesar de partir de una concepción anacrónica de la transexualidad como patología, consideraron contrario al principio de igualdad el límite de veinticinco años, tanto para proceder al cambio de sexo y nombre en el registro previa cirugía de reasignación sexual como para proceder al simple cambio de nombre con carácter previo a una posible operación. Por último, los alegantes aprovechan para insistir que precisamente la necesaria superación de la visión patológica de este fenómeno debe conducir a entender que las exigencias impuestas por el art. 4 de la Ley 3/2007 (diagnóstico y tratamiento hormonal) serían contrarias a la Constitución.

9. Por providencia de 16 de julio de 2019, se señaló para deliberación y votación de la presente sentencia el día 18 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Planteamiento y posiciones de las partes.

La presente cuestión de inconstitucionalidad, planteada por el Pleno de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, aunque formalmente tiene por objeto el art. 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, realmente se circunscribe al inciso «mayor de edad» contenido en el párrafo primero del apartado primero del mencionado precepto, es decir,

a la exigencia de mayoría de edad de la persona para poder solicitar la rectificación de la mención de su sexo en el registro civil y, complementariamente, de su nombre en consonancia con ese cambio.

Concretamente, el art. 1.1 de la Ley mencionada dispone:

«Toda persona de nacionalidad española, mayor de edad y con capacidad suficiente para ello, podrá solicitar la rectificación de la mención registral del sexo.

La rectificación del sexo conllevará el cambio del nombre propio de la persona a efectos de que no resulte discordante con su sexo registral.»

El motivo por el que se cuestiona ese inciso es que su contenido podría vulnerar los arts. 15 (derecho a la integridad física y moral), 18.1 (derecho a la intimidad personal y familiar) y 43.1 (derecho a la protección de la salud), en relación al 10.1 (dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad), todos ellos de la Constitución.

La Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo plantea la cuestión con ocasión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal presentados por los padres de un menor de edad que, como representantes legales del mismo, solicitaron la rectificación registral del sexo y nombre del menor al amparo de la mencionada Ley 3/2007 cuando este tenía doce años, primero en vía gubernativa ante el propio registro civil y luego en juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de Huesca, con posterior apelación ante la Audiencia Provincial de Huesca, denegándose en todos los casos su pretensión en atención a la minoría de edad de su hijo. La abogacía del Estado se opone a la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad, mientras que la fiscal general del Estado y quienes fueron parte actora en el proceso a quo, personados todos ellos en este proceso, solicitan que se estime por los argumentos recogidos en los antecedentes de esta sentencia. Esta última, además, sostiene que la necesaria superación de la visión patológica de este fenómeno debe conducir a entender que las exigencias impuestas por el art. 4 de la Ley 3/2007 (diagnóstico y tratamiento hormonal) son contrarias a la Constitución.

2. Consideración preliminar: identificación de la parte recurrente en el proceso a quo.

Con carácter previo a la exposición de la fundamentación de esta sentencia, y de manera semejante a como explicamos en nuestra STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 9, al considerar que corresponde «a este Tribunal la adopción, en cuanto a la forma de sus resoluciones, de 'las medidas que estime pertinentes para la protección de los derechos reconocidos en el art. 18.4 de la Constitución' (art. 86.3 LOTC), la presente sentencia no incluye la identificación completa del recurrente [en el proceso a quo, ni de sus progenitores, a fin de respetar la intimidad del menor], [...] tal como ya ha señalado este Tribunal en anteriores ocasiones (SSTC 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 1; 94/2003, de 19 de mayo, FJ 7; 30/2005, de 14 de febrero, FJ 7, y 114/2006, de 5 de abril, FJ 7)». Igualmente, se quiere hacer constar que las referencias que a lo largo de esta sentencia se hacen al menor en relación al cual se ha suscitado este proceso, pretenden serlo en sentido genérico o neutral, como equivalente a persona menor de edad, sin expresar ninguna connotación sobre su sexo ni sobre su identidad de género.

3. Delimitación del objeto.

Quienes fueron los recurrentes en el proceso a quo se han personado en este proceso y, además de instar la estimación de la cuestión planteada respecto del art. 1.1 de la Ley 3/2007, solicitan que también se declaren inconstitucionales las exigencias impuestas por el art. 4 de la Ley 3/2007 (diagnóstico y tratamiento hormonal) porque, al constituir una heteroasignación de la identidad sexual, lesiona la dignidad de la persona transexual.

El Tribunal aprecia que no procede acoger esta pretensión. El órgano que eleva la presente cuestión, tanto al conferir el trámite de audiencia como al razonar la

aplicabilidad y relevancia de los preceptos cuestionados respecto del supuesto litigioso subyacente (ambas presupuestos procesales requeridos por el art. 35.2 LOTC), entiende que las exigencias impuestas por el art. 4.1 de la Ley 3/2007 para que proceda la rectificación, o bien aparecen cumplidas por la persona solicitante, o bien dicho sujeto está exento de cumplirlas ex art. 4.2 de la misma ley. La consecuencia, en uno y otro caso, es que el órgano judicial no plantea cuestión alguna respecto del citado art. 4.1 de la Ley 3/2007. Este tema, que viene a suscitar en última instancia si resulta contrario a la Constitución que el legislador condicione la rectificación registral de la mención del sexo a cualesquiera exigencias distintas de la voluntad expresada por la persona transexual (el art. 4.1 requiere diagnóstico médico y tratamiento hormonal), no forma parte, por los motivos ya indicados, del objeto procesal y, por ello, el Tribunal no realizará ningún pronunciamiento sobre él.

4. Derechos fundamentales y principios constitucionales afectados por la norma cuestionada.

El fondo de este proceso constitucional requiere que el Tribunal decida si reservar al mayor de edad el derecho a rectificar la mención del sexo en la inscripción del registro civil, lo que en el sistema de la Ley 3/2017 conlleva de un modo inmediato el derecho al cambio registral del nombre (párrafo segundo del art. 1.1) constituye o no una restricción desproporcionada de alguna situación jurídica de la persona menor de edad que resulte garantizada por la Constitución Española.

Es constante la doctrina constitucional acerca de que el principio de proporcionalidad, como presupuesto de constitucionalidad de la ley, no opera en abstracto. El Tribunal ha insistido reiteradamente que dicho principio actúa únicamente por referencia a concretos derechos fundamentales (SSTC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 5, y 55/1996, de 28 de marzo, FJ 3) o a específicos principios constitucionales [STC 60/2010, de 7 de octubre, FFJJ 7 y 8 b)], derechos y principios que serían los vulnerados en caso de que el legislador los restrinja de un modo desproporcionado.

En coherencia con este pronunciamiento repetido en la doctrina constitucional, la citada STC 60/2010 destacó que «la primera cuestión que debe ser analizada como presupuesto de la comprobación de la proporcionalidad de una medida [legal] es la de cuáles son los principios o derechos constitucionales cuyo contenido se ve restringido como consecuencia de su adopción, puesto que, en caso de que no se produjera una restricción de esa naturaleza, carecería de sentido la exigencia de que la norma fuera proporcionada».

a) El primer bien jurídico de relevancia constitucional que el art. 1.1 de la Ley 3/2007 afecta es, y así se resalta en el auto de planteamiento, el principio constitucional que garantiza el libre desarrollo de la persona (art. 10.1 CE). En efecto, la norma impugnada habilita a la persona mayor transexual a rectificar la mención registral de su sexo, y correlativamente a cambiar la constancia registral de su nombre (párrafo segundo del art. 1.1) y a «ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición» (art. 5.2). Con ello está permitiendo a la persona adoptar decisiones con eficacia jurídica sobre su identidad. La propia identidad, dentro de la cual se inscriben aspectos como el nombre y el sexo, es una cualidad principal de la persona humana. Establecer la propia identidad no es un acto más de la persona, sino una decisión vital, en el sentido que coloca al sujeto en posición de poder desenvolver su propia personalidad. Cualquiera que se vea obligado a vivir a la luz del Derecho conforme a una identidad distinta de la que le es propia sobrelleva un lastre que le condiciona de un modo muy notable en cuanto a la capacidad para conformar su personalidad característica y respecto a la posibilidad efectiva de entablar relaciones con otras personas.

Este nexo entre decidir sobre la identidad de uno mismo y el goce por la persona de autonomía para organizar su propia vida y sus relaciones personales es reconocido y afirmado por diversas instituciones de nuestro entorno jurídico, lo que muestra que sobre este vínculo existe un extendido consenso y así el Tribunal Europeo de Derechos

Humanos, cuya jurisprudencia tiene un valor hermenéutico especial para este Tribunal, al abordar reclamaciones en que es relevante la situación de transexualidad alude expresamente a la protección del desarrollo personal y la pone en relación con «el derecho a establecer y consolidar relaciones con otros seres humanos y con el entorno que le rodea» (por todas, STEDH de 10 de marzo de 2015, asunto *Y.Y. c. Turquía*, § 57). En el mismo sentido el Tribunal ha destacado en numerosas ocasiones que el concepto de «vida privada» incluye no solo la integridad física y mental de la persona, sino que también puede en ocasiones comprender aspectos de la identidad física y social del individuo. Elementos tales como la identidad de género, el nombre, la orientación sexual y la vida sexual caen dentro de la esfera personal protegida por el art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH). Esto ha conducido a reconocer, en el contexto de la aplicación de este principio a las personas transgénero, que ello implica un derecho a la autodeterminación, que la libertad de definir la propia identidad sexual es uno de los elementos esenciales más básicos y que el derecho de las personas transgénero a su desarrollo personal y a la seguridad física y moral está garantizado en el art. 8 (STEDH asunto *A.P. Garçon y Nicot contra Francia*, de 6 de abril de 2017).

El Tribunal Federal alemán se ha pronunciado varias veces acerca de situaciones en las que pueden verse las personas transexuales (1 BvR 938/81, de 16 de marzo de 1982; 1 BvL 38/92, de 26 de enero de 1993; 1 BvL 3/03, de 6 de diciembre de 2005; 1 BvL 1/04, de 18 de julio de 2006; 1 BvL 10/05, de 27 de mayo de 2008; 1 BvR 3295/07, de 11 de enero de 2011 y 1 BvR 2019/16, de 10 de octubre de 2017). En todas ellas el marco básico de análisis ha sido el derecho general a la propia personalidad (arts. 1.1 y 2.1 GG). También la Resolución 2048 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 22 de abril de 2015, llama a los estados, en lo que concierne al reconocimiento jurídico del género, «[a] instaurar procedimientos, rápidos, transparentes y accesibles, fundados en la autodeterminación, que permitan a las personas transexuales cambiar el nombre y el sexo sobre los certificados de nacimiento, los documentos de identidad, los pasaportes, los diplomas y otros documentos similares: a poner los procedimientos a disposición de todas las personas que quieran utilizarlos, independientemente de la edad, el estado de salud, la situación financiera o de una condena pasada o presente». Finalmente la Sala Primera del Tribunal Supremo fundó en el libre desarrollo de la personalidad ex 10.1 CE la línea jurisprudencial (STS 929/2007, de 17 de septiembre; 158/2008, de 28 de febrero; 182/2008, de 6 de marzo; 183/2008, de 6 de marzo; 731/2008, de 18 de julio; 465/2009, de 22 de junio) en la que, dando prevalencia en la determinación del sexo a los factores psicosociales, dejó de exigir la operación quirúrgica de reasignación sexual para admitir la rectificación de las menciones de sexo y nombre en el registro civil.

Este criterio que vincula la determinación autónoma de la propia identidad con el libre desarrollo de la persona estuvo igualmente presente en la actividad legislativa que introdujo la rectificación registral de la mención del sexo. No en vano la exposición de motivos de la Ley 3/2007 aclara que lo que se pretendía con la nueva regulación era una realización de dicho principio constitucional. Lo presenta de un modo meridiano al razonar que se trata de «una respuesta del legislador para que la inicial asignación registral del sexo y del nombre propio puedan ser modificadas, con la finalidad de garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de las personas cuya identidad de género no se corresponde con el sexo con el que inicialmente fueron inscritas».

Si, por los motivos indicados, el derecho a obtener la rectificación registral de la mención del sexo que habilita la Ley 3/2007 se orienta a la realización del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), la limitación de su disfrute exclusivamente a favor de quien sea mayor de edad, restricción que aparece consignada en su art. 1 y que deja fuera del ámbito subjetivo de tal derecho a quienes no cumplan con ese requisito de edad, supone que a éstos se les priva de la eficacia de dicho principio constitucional en lo que se refiere a decidir acerca de la propia identidad.

Esta restricción, observa el Tribunal ya en este momento y lo retomará más adelante como elemento relevante para resolver este proceso, es de un grado particularmente intenso porque condiciona una manifestación de primer orden de la persona y, consecuentemente, incide de un modo principal en su dignidad como tal individuo, cuya salvaguarda es la justificación última de un Estado constitucional como el establecido en la Constitución de 1978.

En conclusión, el precepto legal cuestionado, en la medida que no permite a quien no reúna el requisito de mayoría de edad decidir autónomamente acerca de un aspecto esencial de su identidad, tiene una incidencia restrictiva sobre los efectos que se derivan de la cláusula de libre desarrollo de la personalidad ex art. 10.1 CE.

b) El auto de planteamiento afirma igualmente que la norma impugnada incide en el derecho fundamental a la intimidad personal (18.1 CE) del menor transexual, pues «le expone –dice el auto– al conocimiento público de su condición de transexual cada vez que ha de identificarse en el ámbito escolar, de relaciones con las administraciones públicas, etc.». Existe, considera este Tribunal, una conexión entre la norma impugnada y esta situación que subraya el auto de planteamiento. En realidad, excluir al menor transexual de la opción de instar la rectificación de la mención de sexo en el registro, y del correlativo cambio de nombre, tiene un efecto reflejo en el sexo y nombre que aparecen en sus documentos oficiales, y en general condiciona todas y cada una de las acciones en que la persona tiene que identificarse.

Resolver acerca de si la situación descrita afecta a la intimidad personal es una cuestión que ha de partir de la doctrina constitucional sobre esa dimensión del art. 18.1 CE. Se ha resaltado de un modo reiterado (por todas, STC 60/2010) que «el derecho a la intimidad personal del art. 18 CE implica ‘la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario –según las pautas de nuestra cultura– para mantener una calidad mínima de la vida humana’ (STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3)». Y a ello se ha añadido que «lo que el art. 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio (SSTC 127/2003, de 30 de junio, FJ 7, y 89/2006, de 27 de marzo, FJ 5)».

El Tribunal, aplicando la doctrina reseñada, aprecia que la falta de equivalencia entre el sexo atribuido al nacer, que es el que accede originariamente al registro civil, y el que un individuo percibe como suyo es una de esas circunstancias particularmente relevantes que la persona tiene derecho a proteger del conocimiento ajeno. Ello se debe a que esa reserva constituye un medio eficaz de que aparezca como único y verdadero sexo el segundo de ellos –el percibido por el sujeto– y, en consecuencia, no trascienda al conocimiento público su condición de transexual.

Se desprende de todo lo anterior que la norma impugnada también afecta a la intimidad personal ex art. 18.1 CE, a lo que debe añadirse que se trata de una profunda intromisión en ese derecho fundamental ya que se refiere a una circunstancia relativa al círculo más interno de la persona.

c) Por el contrario, el Tribunal no considera que la norma impugnada afecte a los otros dos bienes jurídicos de relevancia constitucional a que alude el auto de planteamiento.

Nótese que la invocación de los arts. 15 y 43 CE no va ligada a la necesidad de someterse a cirugías de readaptación (la normativa española no establece este requisito para la rectificación registral del sexo) o a otro tratamiento con incidencia corporal (el órgano judicial que eleva la cuestión no considera aplicable esa exigencia en quien acciona en el proceso a quo). El auto de planteamiento considera afectados los arts. 15 y 43 CE porque entiende que la persona menor de edad, al verse obligada a afrontar la falta de sintonía entre el sexo percibido y el sexo registrado, es objeto de un trato humillante e inhumano, lo que supone también una afectación de su salud. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos abordó esta cuestión en su sentencia de 11 de

septiembre 2007, asunto *L. c. Lituania*, § 46 y 47, resaltando que, en principio esta situación, aun reconociendo la angustia y frustración que puede generar, no reviste la intensidad suficiente para encontrar cobertura en el art. 3 CEDH, considerando más apropiado analizar su queja en el contexto del art. 8 CEDH, precepto que terminó considerando vulnerado.

5. Titularidad y ejercicio de esas posiciones jurídicas por el menor de edad.

Recogiendo una doctrina constitucional ya muy consolidada, y reseñada puntualmente en el auto de planteamiento, procede afirmar que también los menores de edad son titulares de los derechos fundamentales. Es abundante el acervo doctrinal (por todas, STC 183/2008, de 22 de diciembre, FJ 5) que afirma, como «parte del contenido esencial del art. 24.1 CE», el derecho de cualquier menor, con capacidad y madurez suficiente, a ser oído en vía judicial en la adopción de medidas que afectan a su esfera personal, y que añade que «con mayor razón, y por ser en muchos casos su presupuesto lógico, también forma parte del contenido esencial del art. 24.1 CE que se posibilite a cualquier menor, con capacidad y madurez suficiente, instar de los órganos judiciales, en cualquier orden jurisdiccional, la defensa de intereses que afecten a su esfera personal, incluso contra la voluntad de quienes ejerzan su representación legal».

Más ajustada a las cuestiones que se suscitan en este proceso —por tratarse de derechos de libertad y no de prestación como es el derecho a la tutela judicial efectiva— resulta la STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5, cuando afirma que «desde la perspectiva del art. 16 CE los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar».

Por su parte, la STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9 a), apoyándose expresamente en el pronunciamiento transcrito en la citada STC 141/2000, ha reconocido que el ámbito de autodeterminación sobre decisiones vitales —el rechazo de una transfusión de sangre a pesar de conllevar peligro para su vida— no solo se predica del mayor de edad sino igualmente de quien es menor de edad, menor que aparte de titular pleno de la libertad de creencias debe, cuando se trata de opciones personalísimas como la decisión vital de aceptar o rechazar una transfusión sanguínea por razón de creencias y se dispone de madurez suficiente que le habilite, reconocérsele la responsabilidad del ejercicio del derecho fundamental.

En aquel caso (STC 154/2002) la atribución de un espacio de libre decisión, con las salvedades que exigiesen otros bienes jurídicos, se justificaba en el respeto a sus creencias religiosas y, por tanto, en el derecho fundamental que el art. 16.1 CE consagra. Nada obsta, sin embargo, a que se generalice este criterio (reconocer tanto al mayor como al menor, con las excepciones que requieran otras relaciones jurídicas, un margen de libre configuración respecto de las opciones fundamentales de vida, entre las que se cuenta la definición de la propia identidad) y se proyecte, como asimismo aduce el auto de planteamiento, sobre la capacidad misma de autodeterminación del sujeto en todos los ámbitos en que esté protegida del Derecho. No en vano la Convención de derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, que adquiere aquí relevancia en virtud del art. 10.2 CE, vincula a los estados parte «a respetar el derecho del niño a preservar su identidad».

6. El alcance del control de la proporcionalidad de una medida legislativa.

Que la norma recurrida afecte al derecho fundamental a la intimidad personal y al principio constitucional al libre desarrollo de la personalidad no significa necesariamente que sea inconstitucional. Solo lo será si esa incidencia en los derechos o principios

constitucionales mencionados se manifiesta como desproporcionada. El enjuiciamiento de la proporcionalidad de una medida legislativa, como presupuesto de constitucionalidad de la misma, se articula en dos fases (por todas, STC 60/2010, FJ 9): a) la primera parte de ese canon de control consiste en examinar que la norma persigue una finalidad constitucionalmente legítima; y b) la segunda parte implica revisar si la medida legal se ampara en ese objetivo constitucional de un modo proporcionado. Esta segunda fase de análisis exige, a su vez, verificar (por todas, STC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 5), sucesivamente el cumplimiento de «la triple condición de (i) adecuación de la medida al objetivo propuesto (juicio de idoneidad); (ii) necesidad de la medida para alcanzar su objetivo, sin que sea posible su logro a través de otra más moderada con igual eficacia (juicio de necesidad) y (iii) ponderación de la medida por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)».

Antes de abordar los estadios de análisis que, según lo razonado, conforman el canon de enjuiciamiento de la proporcionalidad como presupuesto de constitucionalidad de la ley, debemos hacer algunas consideraciones previas sobre el alcance del control de proporcionalidad que incumbe a este Tribunal.

a) La primera observación es en clave institucional y atiende a la delimitación de las funciones respectivas del legislador y de este Tribunal. La STC 55/1996, FJ 6, después de establecer que cabía el control de proporcionalidad de la ley, matizó su afirmación para tomar en cuenta «[l]a posición constitucional del legislador», que «obliga a que la aplicación del principio de proporcionalidad para controlar constitucionalmente sus decisiones deba tener lugar de forma y con intensidad cualitativamente distinta a las aplicadas a los órganos encargados de interpretar y aplicar las leyes».

Esta apelación a la posición del legislador cobra sentido a la luz de que el art. 53.1 CE le atribuye delimitar el contenido y alcance de los derechos fundamentales, siempre que no resulten desconocidos los elementos centrales que los identifican como tales. Esta función del legislador de definir el ámbito de tutela que dispensan los derechos fundamentales entraña un margen de configuración muy extenso, amplio margen que el Tribunal ha proyectado también en relación a los principios constitucionales (STC 60/2010, FJ 7). El Tribunal, con motivo de enjuiciar ciertas medidas legislativas con arreglo al canon constitucional de proporcionalidad, ha precisado este margen de configuración al recordar que «el legislador no se limita a ejecutar o aplicar la Constitución, sino que, dentro del marco que esta traza, adopta libremente las opciones políticas que en cada momento estima más oportunas» (STC 55/1996, FJ 6).

Será, por tanto, el legislador quien en principio concretará las condiciones en que, como manifestación del derecho a la intimidad personal y del principio constitucional que protege el libre desarrollo de la personalidad.

Hay, sin embargo, decisiones del legislador que, con la finalidad de atender lo que en su criterio requiere la realización de un objetivo constitucionalmente legítimo, recaen propiamente sobre elementos centrales de un determinado derecho o principio constitucional, restringiéndolo más allá del margen de configuración que la Constitución le reserva. Estos supuestos de colisión entre bienes de relevancia constitucional, en los que el legislador para dar adecuada satisfacción a uno de los fines en conflicto acuerda restringir el contenido protector de un derecho o principio constitucional en alguno de sus elementos centrales, constituyen el ámbito propio en que el Tribunal Constitucional está llamado a desenvolver el control constitucional de la ley conforme al principio de proporcionalidad. En este sentido el Tribunal ha declarado que «cuando entran en colisión derechos fundamentales o determinadas limitaciones a los mismos en interés de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos, la función del interprete constitucional alcanza la máxima importancia 'y se ve obligado –como dice la STC 53/1985– a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos''' (SSTC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 5, y 215/1994, de 14 de julio, FJ 2).

b) La segunda consideración es de carácter sustantivo y conlleva que el alcance del enjuiciamiento constitucional del legislador resulta dependiente «del objeto sobre el que este se proyecte o del tipo de decisiones que incorpore», de tal modo que «cuanto más intensa sea la restricción de los principios constitucionales y, en particular, de los derechos y libertades reconocidos en el texto constitucional, tanto más exigentes son los presupuestos sustantivos de la constitucionalidad de la medida que los genera» (STC 60/2010, FJ 7).

c) Es tiempo de proyectar los dos anteriores criterios sobre las circunstancias del caso. En este proceso la norma impugnada excluye a determinadas personas —los menores transexuales— del derecho reconocido con carácter general al resto de españoles a que en el registro civil consten menciones de sexo y nombre coherentes con la identidad de género sentida. Ello comporta, como consecuencia directa, que estas personas no gozan de documentación que les permita identificarse en sus actividades en general conforme a su sexo y nombre queridos, con lo que no pueden reservar del conocimiento ajeno la diferencia entre el sexo atribuido originariamente y el percibido como propio. Se les impide, por tanto, excluir del conocimiento ajeno su condición de transexual, y esa publicidad forzada le obstaculiza conformar libremente su personalidad y establecer las relaciones personales de su preferencia.

Este Tribunal aprecia que esa medida legal tanto afecta al derecho a la intimidad, por exponer al público circunstancias que el sujeto puede pretender reservadas, como condiciona la autonomía personal por no poder desenvolver la vida propia y las relaciones sociales conforme a la identidad de género que se siente como propia. Y ambos detrimentos revisten una particular intensidad por recaer en aspectos especialmente conectados con la dignidad humana como los relativos a la propia identidad. Todo ello determina que el control de constitucionalidad que se reclama del Tribunal en este proceso deba alcanzar al examen de la proporcionalidad de la medida legal, a través de las dos fases antes indicadas, control que deberá realizarse verificando de un modo exigente los presupuestos sustantivos de la constitucionalidad de la medida que los genera.

7. La primera parte del canon: el objetivo constitucionalmente legítimo que justifica la restricción legal.

La primera parte del canon de enjuiciamiento de este proceso exige comprobar que la exclusión de los menores de edad de la rectificación de la mención registral del sexo persigue preservar algún bien o interés constitucionalmente legítimo de suficiente relevancia. La vulneración de la proporcionalidad —ha señalado este Tribunal— podría declararse ya en un primer momento del análisis «si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la prevención de bienes o intereses no solo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes» (STC 55/1996, FJ 7).

El auto de planteamiento se refiere, si bien que con muy distinto resultado, a dos posibles objetivos que podrían justificar en abstracto la medida legal restrictiva que enjuiciamos. De un lado, contiene una alusión a las consideraciones de orden público conectadas con la estabilidad e indisponibilidad del estado civil. De otro lado, menciona expresamente la «necesidad de protección de la persona menor de edad que la propia Constitución reconoce (art. 39.3 y 4 CE)», invocando al efecto la STC 274/2005.

Procede descartar, por los mismos motivos que lo hace el auto de planteamiento, la primera de las opciones. En la forma de Estado que articula la Constitución de 1978, el reconocimiento y la protección de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos actúa precisamente como el núcleo principal del orden público. Otros aspectos que tradicionalmente han quedado incluidos en ese orden público, como la estabilidad e indisponibilidad del estado civil o la seguridad que este sin duda aporta a las relaciones jurídicas y sociales, aunque conservan una cierta virtualidad, presentan ahora una importancia secundaria en relación al ejercicio de los derechos fundamentales. Este criterio ha sido acogido expresamente en nuestro entorno jurídico

para negar, precisamente en el contexto de las condiciones legales en que se admite el cambio de la mención registral del sexo, que las razones de seguridad jurídica que informaban el requerimientos legal de someterse a operación quirúrgica [STS (Sala Primera) 929/2007, de 17 de septiembre] o de sujetarse a un proceso de esterilización [sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 28 de enero de 2011 (BvR 3295/07)] pudieran prevalecer sobre la autonomía de la persona para determinar su propia identidad de género.

Por el contrario, el Tribunal ha admitido expresamente que el art. 39 CE incorpora un mandato dirigido a los poderes públicos para que atiendan de un modo preferente la situación del menor de edad, estableciendo regímenes especiales de tutela allí donde el legislador, dentro del amplio margen que enmarca la Constitución, lo considere necesario. La STC 274/2005, de 7 de noviembre, FJ 4, citada expresamente por el auto de planteamiento, reconoce que la diferencia legal entre hermanos mayores y menores de la fallecida en accidente de tráfico tiene por finalidad legítima la «de prestar la protección derivada del derecho a recibir indemnización a una categoría de personas también típicamente necesitada de una mayor protección: la de los menores de edad (art. 39.3 y 4 CE)». Por su parte, la STC 141/2000, FJ 5, declaró que «el estatuto del menor es, sin duda, una norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos, que constituye un legítimo límite a la libertad de manifestación de las propias creencias mediante su exposición a terceros, incluso de sus progenitores». Y la misma sentencia, líneas más arriba, había precisado que «[las] libertades y derechos de unos y otros ... deberán ser ponderados teniendo siempre presente el 'interés superior' de los menores de edad (arts. 15 y 16.1 CE en relación con el art. 39 CE)». En la misma línea de las dos sentencias anteriormente referidas, la STC 64/2019 ha declarado que el interés superior del menor de edad es un objetivo constitucionalmente legítimo que puede justificar límites al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Como conclusión de las anteriores consideraciones, cabe admitir que el interés superior del menor inherente a algunas de las previsiones del art. 39 CE es, considerado en abstracto, un bien constitucional suficientemente relevante para motivar la adopción de medidas legales que restrinjan derechos y principios constitucionales.

Debe precisarse, adicionalmente, que no se opone a esta apreciación del Tribunal que en este caso la restricción del principio o derecho constitucional –la exclusión del menor transexual de la rectificación registral de la mención de sexo– se apoye en lograr un beneficio para los mismos sujetos que sufren la limitación. No lo es, en primer lugar, porque se asienta en el mandato constitucional dirigido a todos los poderes públicos de dispensar una protección especial a los menores de edad. De otro lado, la propia doctrina constitucional ya ha admitido que otras manifestaciones del *agere licere* de la persona, que hunden igualmente sus raíces en la cláusula de libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y en la tutela dispensada por concretos derechos fundamentales (art. 16 CE), puedan ser objeto de limitación en aras de procurar la protección de la misma persona que sufre la restricción (entre otras, las citadas SSTC 120/1990, de 27 de junio, y 60/2010, de 7 de octubre).

8. La segunda parte del canon: la proporcionalidad en la persecución del objetivo legítimo.

La segunda parte del canon de enjuiciamiento de este proceso requiere verificar si la norma legal restrictiva de derechos y principios constitucionales –la exclusión de los menores de edad de la rectificación de la mención registral del sexo– se orienta de un modo proporcionado al bien jurídico constitucional que la justifica –la tutela privilegiada de los menores de edad como categoría de personas necesitadas de especial protección–, lo que sucederá únicamente si la medida restrictiva que incorpora es adecuada (a), necesaria (b) y proporcionada en sentido estricto (FJ 9).

a) Sobre el juicio de adecuación de una medida legal restrictiva a la finalidad constitucional que la justifica, este Tribunal ha precisado, con muy particular atención a la

posición constitucional del legislador, que «la necesaria consideración del espacio de libertad de configuración política que corresponde al legislador democrático obliga a precisar que para apreciar la adecuación [de la medida legal restrictiva], desde la posición que corresponde a este Tribunal, es suficiente con que la disposición cuestionada contribuya en alguna medida a la realización del fin que persigue, de tal modo que solo cabría declarar la inconstitucionalidad de aquella en este estadio del control de proporcionalidad si resultara manifiesto que [la medida legal restrictiva] entorpece o, cuando menos, es indiferente desde la perspectiva del cumplimiento de sus fines». (STC 60/2010, FJ 12).

El auto de planteamiento no presenta ninguna argumentación ordenada a evidenciar que aparece como manifiesto que la medida legal que cuestiona suponga, en todo caso, un entorpecimiento en el logro de la protección específica del menor o resulte indiferente respecto de ella.

De hecho, aunque extender el ámbito de aplicación del art. 1.1 de la Ley 3/2007 al menor transexual entrañaría sin duda un importante beneficio para él, al menos en términos de tutela de su intimidad y de reconocimiento de un ámbito de libre decisión sobre su persona, no cabe negar de un modo absoluto a la restricción general que contiene la norma cuestionada una contribución positiva al interés del menor de edad, en particular en todos aquellos supuestos en los que las manifestaciones que acreditan la transexualidad no estén consolidadas. Cuando se dan estas concretas circunstancias, excluir al menor de edad de esa opción, si bien supone para él una restricción en los derechos y principios constitucionales antes indicados, se justifica en la mejor salvaguarda de su interés, pues se le evitan las serias consecuencias negativas que podrían seguirse de una decisión precipitada. No resulta manifiesto, por tanto, que la medida legal cuestionada resulte en todo caso entorpedecedora o indiferente en relación a la consecución de la protección especial que al menor de edad le deben prestar los poderes públicos por mandato constitucional.

b) La doctrina constitucional también se ha ocupado reiteradamente sobre el control de la necesidad de la medida legal restrictiva de derechos y principios constitucionales en relación con el fin que la justifica, y lo ha hecho teniendo muy presente, de nuevo, la posición constitucional del legislador.

La STC 64/2019 resalta que el Tribunal «ha reiterado que, *prima facie*, el juicio de necesidad compete al legislador, lo que viene justificado [...] sobre todo [por] su naturaleza como 'representante en cada momento histórico de la soberanía popular' (SSTC 11/1981, y 332/1994)».

De un modo más preciso, la STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 23, estableció que desde la perspectiva constitucional solo cabrá calificar una norma legal como innecesaria cuando «resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador». A su vez, la STC 161/1997, FJ 11, había razonado que el control del Tribunal Constitucional sobre «la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia... tiene un alcance y una intensidad muy limitadas, so pena de arrogarse un papel de legislador imaginario que no le corresponde y de verse abocado a realizar las correspondientes consideraciones políticas, económicas y de oportunidad que le son institucionalmente ajenas y para las que no está constitucionalmente concebido».

El auto de planteamiento sostiene que la norma legal cuestionada es una restricción innecesaria del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) y del principio que garantiza el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Argumenta que «cuando se trata de un menor con suficiente madurez, que realiza una petición seria por encontrarse en una situación estable de transexualidad [...] este tribunal tiene dudas de que la restricción que supone la exigencia de la mayoría de edad para poder solicitar el cambio en la mención registral del sexo pueda superar el juicio de necesidad o indispensabilidad».

De este razonamiento se desprende que la medida alternativa menos gravosa considerada por el órgano remitente es aquella en que la exigencia de la mayoría de

edad no se proyectase sobre los menores de edad «con madurez suficiente» y que se encuentren «en situación estable de transexualidad».

En este análisis de proporcionalidad la norma legal aquí cuestionada incorpora una restricción que se proyecta sobre bienes constitucionales de la más alta significación: el derecho a la intimidad y el principio que garantiza el libre desarrollo de la persona.

Y además esta limitación recae sobre un aspecto de ellos como es la identidad personal que reviste una especial centralidad por su particularmente estrecha relación con la dignidad de la persona humana. Únase a todo ello que la restricción sobre esos bienes actúa de una manera radicalmente intensa: mediante la privación completa de algunas de sus manifestaciones respecto de un conjunto entero de sujetos.

La traducción de este criterio sustantivo al presente proceso, en tanto que la norma legal enjuiciada supone una restricción que se proyecta sobre un objeto particularmente vinculado a la dignidad humana y que se concreta en una limitación muy intensa del mismo, conlleva que el control de la proporcionalidad de dicha norma por el Tribunal debe desenvolverse de un modo especialmente incisivo, en el sentido de poder verificar si los beneficios obtenidos por la aplicación de la norma sean de una entidad tal que compensen la gravedad de los sacrificios que impone a los derechos fundamentales enfrentados.

9. La proporcionalidad en sentido estricto de la norma legal cuestionada.

El auto de planteamiento argumenta que «cuando se trata de un menor con suficiente madurez, que realiza una petición sería por encontrarse en una situación estable de transexualidad [...] este tribunal tiene dudas de que la restricción [...] pueda superar el juicio de necesidad [...] Y, lógicamente, tiene también dudas de que pueda superar la última fase del juicio, el juicio de proporcionalidad estricta [...] Impedir al menor, en las circunstancias ya repetidas a lo largo de la resolución, solicitar la modificación de la mención registral del sexo y del nombre, puede constituir una restricción desproporcionada de sus derechos fundamentales [...] por la graves consecuencias que pueden acarrearle, que pueden no guardar una relación equilibrada con las ventajas obtenidas con tal medida».

El órgano judicial remitente no cuestiona la constitucionalidad del art. 1.1 de la Ley 3/2007 en su integridad. Sostiene, por el contrario, que puede constituir una restricción desproporcionada una parte de él, aquella que excluye de la rectificación de la mención registral del sexo a los menores de edad «con suficiente madurez, que realiza[n] una petición sería por encontrarse en una situación estable de transexualidad».

El contenido normativo del art. 1.1 de la Ley 3/2007 ocasiona a los sujetos excluidos del cambio de la mención registral del sexo restricciones muy notables en los bienes jurídicos constitucionales ya indicados. Estas limitaciones, que en sí mismas revisten enorme intensidad y se proyectan sobre bienes constitucionales de la mayor trascendencia, se manifiestan de un modo agravado cuando el menor de edad presenta una «madurez suficiente», en tanto que resulta inevitable reconocerle una mayor necesidad de tutela de su intimidad personal y del espacio de decisión que le habilita para desarrollar libremente los rasgos de su personalidad.

La restricción legal que enjuiciamos, sin embargo, no solo da lugar a inconvenientes para ciertos principios y derechos constitucionales. Conlleva, por otro lado, determinados beneficios importantes para otros bienes jurídicos también de relevancia constitucional, ya que mediante esta restricción legal el legislador despliega la protección especial de los menores de edad que le incumbe en virtud del mandato derivado del art. 39 CE. Estos beneficios, cuya relevancia este Tribunal no desdeña, se relativizan paulatinamente según se avanza hacia la mayor edad por dos motivos. De un lado, a medida que cumple años el menor de edad adquiere mayores grados de entendimiento y, por tanto, disminuyen las necesidades específicas de protección, como se desprende de la regulación que hace el Código civil de la emancipación del menor de edad (arts. 314 y ss.). De otro lado, como argumenta el auto de planteamiento, el riesgo de remisión

de las manifestaciones de transexualidad merma cuando la persona se aproxima a la edad adulta.

Consecuentemente, el Tribunal aprecia que la restricción legal enjuiciada, en su proyección respecto de los menores de edad con «suficiente madurez» y que se encuentren en una «situación estable de transexualidad», circunstancias que se valoran en los requisitos previstos en el art. 4 y que no han sido cuestionados en el auto de planteamiento, representa un grado de satisfacción más reducido del interés superior del menor de edad perseguido por el legislador. Mientras tanto, por el contrario, en estos casos se incrementan notablemente los perjuicios para su derecho a la intimidad personal y para el principio que le garantiza un espacio de libertad en la conformación de su identidad. En estas circunstancias, además, los perjuicios que estamos considerando se revelan de mayor intensidad por tratarse de una norma automática y que no contempla régimen intermedio alguno –i.e. cambio de nombre, pero no de sexo– para las situaciones de transición.

De este modo, el art. 1.1 de la Ley 3/2007, en la medida que se aplica también a los supuestos normativos indicados en el auto de planteamiento, sin habilitar un cauce de individualización de aquellos menores de edad con «suficiente madurez» y en una «situación estable de transexualidad» y sin prever un tratamiento específico para estos supuestos, constituye una medida legal que restringe los principios y derechos constitucionales que venimos considerando de un modo desproporcionado, dado que los perjuicios para los mismos claramente sobrepasan las menores necesidades de tutela especial que se manifiestan en estas categorías específicas de menores de edad, por lo que procede declarar su inconstitucionalidad.

De la misma manera que se acordó en las SSTC 26/2017, de 16 de febrero, y 79/2019, de 5 de junio, este Tribunal declara que la inconstitucionalidad del art. 1.1 de la Ley 3/2007 lo es en la medida en que se aplica a menores de edad con suficiente madurez y que se encuentran en una situación estable de transexualidad.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el art. 1.1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, y, en consecuencia, declararlo inconstitucional, pero únicamente en la medida que incluye en el ámbito subjetivo de la prohibición a los menores de edad con «suficiente madurez» y que se encuentren en una «situación estable de transexualidad».

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a dieciocho de julio de dos mil diecinueve.–Juan José González Rivas.–Encarnación Roca Trías.–Andrés Ollero Tassara.–Fernando Valdés Dal-Ré.–Santiago Martínez-Vares García.–Juan Antonio Xiol Ríos.–Antonio Narváez Rodríguez.–Alfredo Montoya Melgar.–Ricardo Enríquez Sancho.–Cándido Conde-Pumpido Tourón.–María Luisa Balaguer Callejón.–Firmado y rubricado.

Voto particular que formula la magistrada doña Encarnación Roca Trías en relación con la sentencia dictada por de Pleno en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1595-2016, al que se adhiere el magistrado don Alfredo Montoya Melgar

En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con el máximo respeto a la opinión de mis compañeros,

formulo el presente voto particular a la sentencia recaída en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1595-2016, por discrepar de su fundamentación y fallo en los términos que defendí en la deliberación del Pleno y que resumidamente expongo a continuación.

1. Las razones de mi discrepancia traen causa de un enfoque constitucional radicalmente distinto al seguido por la mayoría del Pleno, pues entiendo que la labor del Tribunal Constitucional no es la de indicar al legislador cuál es la mejor opción legislativa dentro de las múltiples posibilidades que la Constitución ofrece, sino la defensa objetiva de la Constitución y de su primacía, mediante un juicio de adecuación del precepto, partiendo del principio de conservación de la norma y expulsando del ordenamiento jurídico solamente aquellos preceptos que choquen frontalmente con nuestra Ley Fundamental, lo que, a mi juicio, no se tiene en cuenta en la Sentencia de la que disiento, en la que se prescinde de un análisis previo de la finalidad y contenido de la norma de la que forma parte el precepto cuestionado.

En este sentido, el precepto discutido, que se reproduce íntegramente en el fundamento jurídico primero de la sentencia, forma parte de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, no tiene como finalidad el desarrollo del ejercicio de ningún derecho fundamental de la persona, sino que, como se indica literalmente en la exposición de motivos, exclusivamente persigue «regular los requisitos necesarios para acceder al cambio de la inscripción relativa al sexo de una persona en el registro civil, cuando dicha inscripción no se corresponde con su verdadera identidad de género». Por tanto, antes de llevar a cabo ningún juicio de constitucionalidad, es importante tener en cuenta que la naturaleza y finalidad del registro civil es la de constatar y publicar los hechos y actos que se refieren al estado civil de las personas y aquellos otros que determine la ley (art. 2 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del registro civil), lo que está en directa conexión con la finalidad del mismo, que es la de otorgar seguridad a las relaciones jurídicas y, correlativamente, justifica que el cambio de inscripción de sexo y nombre «no alterará la titularidad del resto de derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral» (art. 5.3 de la Ley 3/2007).

Por tanto, creo que resulta necesario aclarar que la Ley registral no otorga derechos, ni regula el libre ejercicio de los mismos, solo constata hechos y actos que se refieren al estado civil de las personas. Tales hechos y actos inscribibles, así como los requisitos que ha de cumplir una persona para formalizar una determinada inscripción en el registro civil, pertenecen a la libertad de configuración del legislador, toda vez que nada dice la Constitución respecto a dicho extremo. Todo ello sin perjuicio de que, como es lógico, una determinada exigencia legal (en el caso que nos ocupa la mayoría de edad para rectificar la mención registral del sexo), pudiera suponer una injerencia ilegítima en un derecho fundamental.

2. A partir de este marco, la ley parte del reconocimiento del derecho que tiene la persona transexual a rectificar la mención registral de su sexo y de su nombre para que ambos estén en concordancia. Con tal razón, el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración y en atención a la finalidad del registro, exige la mayoría de edad para formalizar dichos cambios, como también establece otra serie de requisitos, todo ello dirigido a constatar que exista un grado de madurez suficiente y una decisión firme y asentada (art. 4 de la Ley 3/2007). Como puede fácilmente comprenderse, desde el punto de vista jurídico, ello no solo conecta con los efectos de todo cambio registral y con la seguridad jurídica que el registro civil pretende garantizar, sino también con la obligada protección jurídica del interés del menor (art. 39.4 CE), toda vez que la rectificación registral de la mención relativa al sexo y al nombre no es más que la constatación formal de una previa decisión de naturaleza personalísima, como es el cambio de sexo, que el legislador entiende que ha de formalizarse solo cuando la persona tiene plena capacidad para ello, lo que identifica y, por razones de seguridad,

solo puede garantizar mediante la utilización de un criterio objetivo como es la mayoría de edad (art. 12 CE).

3. Expuesto lo anterior, creo que existen argumentos jurídicos suficientes para afirmar que la norma cuestionada es constitucional, al igual que también serían constitucionalmente legítimas otras opciones legislativas como la que se propone en la sentencia de la que discrepo, pues solo puedo calificar de propuesta legislativa la argumentación dirigida a optimizar la ley, lo que nada tiene que ver con su inconstitucionalidad, alejándose así del papel que le corresponde a este Tribunal en el Estado de Derecho. Dicho de otro modo: a mi juicio, no se trata de analizar si la facultad de rectificación registral puede o no graduarse en función de la madurez de los menores, pues no es misión de este Tribunal indicar qué norma podría ser más favorable al ejercicio de determinados derechos fundamentales (esta es labor exclusiva del legislador). Se trata de enjuiciar si el requisito de la mayoría de edad para cambiar la mención registral choca frontalmente con el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), con el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), o con la protección de la dignidad de la persona que se desprende del art. 10.1 CE. Creo que tales vulneraciones no concurren en el caso que nos ocupa por las razones ya expuestas y que están vinculadas a la naturaleza y finalidad del registro civil, pero también, porque la norma toma como parámetro justificativo del cambio de la mención registral no solo «la identidad de género sentida por el solicitante», sino la seguridad de que tal cambio de sexo vienen avalado por su «estabilidad y persistencia» (art. 4 de la Ley 3/2007), razón por la que utiliza un criterio objetivo como la mayoría de edad, que identifica con el pleno ejercicio de la capacidad de obrar (art. 12 CE). Lo que lejos de ser una restricción de derechos, ello es una garantía para el menor, que ejerce por sí mismo un derecho de naturaleza personalísima. Todo lo anterior no está reñido con el ejercicio de los derechos fundamentales de libertad del menor transexual, que podrá ejercer en su vida privada y en sus relaciones con la administración, de acuerdo con lo dispuesto en el resto de normas legales, de las que no es responsable el legislador registral.

4. Debo subrayar que en la sentencia de la que discrepo no encuentro suficientes argumentos jurídicos que avalen la inconstitucionalidad de la norma cuestionada, pues en la misma no se lleva a cabo un desarrollo de los derechos fundamentales y principios constitucionales que se entienden vulnerados. La sentencia prescinde de un análisis de fondo de la posible vulneración del derecho a la integridad física y moral del menor (art. 15 CE) a la luz del art. 39.4 CE, limitándose, por otro lado, a crear una nueva vertiente del derecho a la intimidad (que se identificaría con el derecho del menor a no tener que explicar, en sus relaciones privadas y públicas, su condición de persona transexual), pero no se conecta tal derecho de libertad (que, por otra parte, en ningún momento se cuestiona en la Ley 3/2007), con un pretendido derecho de prestación del Estado, consistente en permitir que el menor pueda cambiar el asiento registral.

Por el contrario, en la sentencia se alude constantemente a la STC 60/2010 aplicando el principio de proporcionalidad, que aquí es ocioso, porque no se confrontan diferentes derechos fundamentales. No tiene en cuenta que en la situación examinada en la STC 60/2010 se analizaba la constitucionalidad de una norma penal que restringe el derecho del penado y la víctima a mantener o reiniciar la relación afectiva, familiar o de convivencia que les unía, trasladando el juicio de constitucionalidad a un supuesto muy alejado al que nos ocupa pues la libertad de configuración del legislador penal es muy limitada. Además, en aquella sentencia el Tribunal Constitucional concluyó que aunque tal pena accesoria afecta negativamente al principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, de ello no se deriva sin más la inconstitucionalidad de la norma penal impugnada, sino su sujeción a un canon de control que satisfaga la finalidad constitucionalmente legítima y el cumplimiento del principio de proporcionalidad [FFJJ 8 b) y 9]. Igualmente dejó muy claro que la pena de alejamiento no incide en el contenido del derecho a la intimidad familiar y, en consecuencia, consideró que la norma era plenamente constitucional.

5. En suma, la sentencia de la que discrepo reconduce el juicio de constitucionalidad a un test de proporcionalidad, pero dicho análisis no se lleva a cabo desde un estudio detallado del contenido del derecho fundamental supuestamente infringido, sino que los argumentos parecen dirigidos a la optimización de la norma, pero no a declarar la inconstitucionalidad de la misma. En igual sentido y con parecidos argumentos podríamos entender que la edad límite de escolarización obligatoria no resulta la óptima en relación con el ejercicio del derecho a la educación, al igual que la de extracción de órganos respecto al derecho a la integridad, el consumo de alcohol o tabaco sobre el derecho a la salud, el secreto de las comunicaciones o el domicilio del menor en cuanto a la libertad personal y de circulación y de residencia, el ejercicio del derecho al voto y al derecho de participación política.

Todo ello redundando finalmente en un fallo en el que se declara la inconstitucionalidad de la norma pero no la nulidad del precepto cuestionado, dando lugar a un pronunciamiento, a mi juicio confuso y con un efecto impreciso, pues no sabría determinar si estamos ante una sentencia «aditiva», en la que se declara inconstitucional la norma porque no se ha previsto algo que el legislador constitucionalmente estaba obligado a prever; o ante una sentencia de inconstitucionalidad parcial; o ante una sentencia «monitoria» en la que se aconseja al legislador que opte por una regulación más favorable o, en suma, ante una sentencia meramente interpretativa, dejando pendiente por concretar, quién y cómo se ha de determinar la «suficiente madurez del menor» y el grado de estabilidad de su transexualidad, de cara a extenderle la facultad de rectificar la mención registral relativa al sexo.

Y en ese sentido emito mi voto particular.

Madrid, a dieciocho de julio de dos mil diecinueve.—Encarnación Roca Trías.—Alfredo Montoya Melgar.—Firmado y rubricado.