

EL DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD.

**COMENTARIO A LA STC 99/2019, DE
18 DE JULIO DE 2019[1]**

**THE RIGHT TO SEXUAL IDENTITY
OF MINORS.**

**COMMENTARY ON THE JUDGMENT
OF THE CONSTITUTIONAL COURT
99/2019**

Octavio Salazar Benítez[2]

Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Córdoba.



"ReDCE núm. 32. Julio-Diciembre de 2019"

El interés público como problema jurídico.

SUMARIO

1. Introducción

2. La cuestión de inconstitucionalidad

3. Conclusiones: la urgencia de una ley que garantice el derecho a la identidad sexual

1. Introducción. ↓

La STC 99/2019, de 18 de julio de 2019, que resolvió 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, nos plantea varios interrogantes de interés desde el punto de vista constitucional. No solo nos enfrenta a una serie de reflexiones ante el que podríamos llamar derecho a la identidad sexual, y ante la cuestión de si las menores de edad son, y en qué medida, titulares de este[3], sino que también nos plantea el papel del Tribunal Constitucional en la garantía y reconocimiento de lo que podríamos denominar “nuevos derechos”[4]. Porque cuando hablamos de identidad sexual[5] nos estamos refiriendo a uno de esos derechos que no aparecen expresamente reconocidos en la Constitución española (CE) y que se han ido incorporado a nuestro ordenamiento gracias a los avances del Derecho Internacional y a su reconocimiento jurisprudencial.

La proclamación en el art. 10.1 CE de la “dignidad humana” y del “libre desarrollo de la personalidad” como fundamentos del orden político y de paz social constituye la base no solo del catálogo de derechos contenido en el título I de nuestra Constitución sino también la llave de apertura a otros que progresivamente han ido perfilando dimensiones del ser humano históricamente humilladas, o en el mejor de los casos desconocidas, por los ordenamientos jurídicos. Una de esas dimensiones es la relativa a la orientación y la identidad sexual de las personas, en cuyo reconocimiento ha sido decisivo el activismo del colectivo LGBTI. No solo la legislación sino también la jurisprudencia, que ha ido concretando derechos no reconocidos expresamente por la ley, han jugado un papel esencial, de la mano de los avances conseguidos en el ámbito internacional y, de manera más específica en nuestro contexto, en el Derecho Comunitario. Esta labor ha sido esencial para la transformación no solo de una cultura jurídica sino, de manera más general, de toda una cultura tradicionalmente forjada en torno a la heteronormatividad y el binarismo de género como ejes que han definido a los individuos y sus relaciones afectivo/sexuales[6]. Entre estos cambios evidentes, hay que destacar el fenómeno creciente de la visibilización de las personas trans en general y muy en particular de las menores de edad[7].

Aunque el derecho a la identidad sexual no ha sido expresamente reconocido como tal por nuestro ordenamiento, sí que es posible deducir su progresiva efectividad a partir del reconocimiento jurisprudencial de un ámbito de la persona estrechamente relacionado con su personalidad, que indudablemente tiene conexión con su vida privada pero que también se proyecta en lo público en la medida en que juega un papel esencial en el ámbito relacional del individuo[8]. No fue sin embargo hasta el año 2007

cuando a nivel estatal se aprobó la citada Ley 3/2007 que, lejos de ser una norma integral sobre el derecho en cuestión, se limitó a regular la modificación de la inscripción registral de las personas transexuales[9]. En ese mismo año, la reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía consagró en su art. 35 el derecho de toda persona “a que se respete su orientación sexual y su identidad de género”[10]. En ausencia de una normativa estatal, ha sido la legislación autonómica la que en la última década ha llevado a cabo un desarrollo más completo y preciso de este derecho, si bien, claro está, limitado al ámbito competencial propio[11]. Es por tanto en este complejo marco normativo en el que encontramos referencias expresas a los derechos de las personas trans menores de edad, de manera especial en lo que tiene que ver con los ámbitos sanitario y educativo[12]. Si bien en algunas de ellas se ha optado por una legislación específica sobre identidad sexual, en otras los derechos de las personas trans se han regulado en una única ley dedicada a los del colectivo LGBTI. Junto al reconocimiento específico de derechos, en casi todas ellas aparece como objetivo la lucha contra la discriminación de las personas integrantes del colectivo. Por otra parte, hay que señalar que ha sido en estos instrumentos normativos donde ha empezado a configurarse lo que podríamos llamar un derecho “a la autodeterminación de género”[13], así como una evidente apuesta por la despatologización de las personas trans[14].

La Ley 3/2007 generó casi de manera inmediata una reacción crítica por parte del colectivo al que resulta de aplicación. Además de no satisfacer la pretensión de tener un instrumento normativo completo en materia de derechos de las personas trans, los dos aspectos que merecieron mayores críticas fueron: a) La continuidad de un modelo patologizador[15]; b) La titularidad de los derechos reconocidos. Con relación a este último aspecto, el art. 1 solo reconoce legitimación para solicitar la rectificación registral a los nacionales mayores de edad. Por lo tanto, quedan excluidas las personas no nacionales y los menores de edad[16]. Tendrían que pasar diez años para que el Grupo Parlamentario Socialista presentara una Proposición de reforma de la Ley 3/2007, 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 que mejorasen la integración de las personas extranjeras residentes en España[17]. Esta proposición coincidió en el Congreso con la presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, mucho más ambiciosa, y que respondía al título 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”[18]. Ambas decayeron al disolverse las Cortes Generales y convocarse elecciones en abril de 2019 y dejaron por tanto sin resolver, desde el punto de vista legislativo, una de las cuestiones más controvertidas, la relativa a las personas menores de edad en cuanto titulares del derecho a la identidad sexual.

A todo ello hay que sumar que, en octubre de 2018, la Dirección General de los Registros y del Notariado aprobó la Instrucción de 23 de octubre de 2018, sobre cambio de nombre en el Registro Civil de personas transexuales, en la cual se prevén dos situaciones: 1ª) En el supuesto de que un mayor de edad o un menor emancipado solicitara el cambio de nombre, para la asignación de uno correspondiente al sexo diferente del resultante de la inscripción de nacimiento, tal solicitud será atendida, con tal de que ante el encargado del Registro Civil, o bien en documento público, el solicitante declare que se siente del sexo correspondiente al nombre solicitado, y que no le es posible obtener el cambio de la inscripción de su sexo en el Registro Civil, por no

cumplir los requisitos del art. 4 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas; 2ª) Los padres de los menores de edad, actuando conjuntamente, o quienes ejerzan la tutela sobre los mismos, podrán solicitar la inscripción del cambio de nombre, que será atendida en el Registro Civil, con tal de que ante el encargado del Registro Civil, o bien en documento público, los representantes del menor actuando conjuntamente declaren que el mismo siente como propio el sexo correspondiente al nombre solicitado de forma clara e incontestable. La solicitud será también firmada por el menor, si tuviera más de doce años. Si el menor tuviera una edad inferior, deberá en todo caso ser oído por el encargado del Registro Civil, mediante una comunicación comprensible para el mismo y adaptada a su edad y grado de madurez[19].

2. La cuestión de inconstitucionalidad. ↓↑

2.1. Los hechos: un menor de edad en un cuerpo de mujer.

La reclamación que está en el origen de la cuestión de inconstitucionalidad que se analiza en estas páginas ha sido una constante en los últimos años por parte de las familias con hijos e hijas que no se identifican con el nombre y el sexo asignados al nacer[20]. En el caso que nos ocupa, unos padres habían solicitado la rectificación del nombre y del sexo de su hijo ante el registro civil de Benasque, el cual había nacido en 2002 y había sido inscrito en el Registro con nombre y sexo de mujer. Desde edad muy temprana el menor manifestó sentirse varón y preferir usar un nombre masculino y así fue aceptado en su entorno familiar y social. Con fecha 1 de julio de 2014, el equipo médico de la unidad de identidad de género de Barnaclinic emitió un informe en el que reconocía que el paciente presentaba un fenotipo totalmente masculino y estaba adaptado a su rol de hombre. No se detectaba además ninguna patología psiquiátrica relevante que pueda influir en su decisión de cambio de sexo, por lo que se le derivaba al médico endocrino para prescribir un tratamiento hormonal. Así mismo, el informe hacía constar a quien procediese ante el registro civil que el paciente cumplía los requisitos solicitados por la Ley 3/2007, para solicitar el cambio de nombre y sexo, argumentando que la exigencia legal de tratamiento hormonal para acomodar las características físicas de la persona a las del sexo reclamado no serían de aplicación en este caso, ya que como prevé la ley dicho tratamiento no es necesario cuando concurren circunstancias de edad que lo imposibiliten. En el caso en cuestión, se recuerda 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».

La solicitud fue inadmitida a trámite mediante auto de 14 de agosto de 2014 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Boltaña, por no cumplirse por el interesado el requisito de la mayoría de edad, exigido por el art. 1 de la Ley 3/2007. Los interesados promovieron entonces la rectificación registral por vía judicial mediante demanda de

juicio ordinario presentada el 29 de septiembre de 2014. Además de documentos que acreditaban 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, los demandantes aportaron la jurisprudencia 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. En el recurso se resaltaba que tales valores y derechos 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).

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 5 de Huesca dictó sentencia el 5 de enero de 2015 en la que se desestimó la pretensión ejercitada por carecer el menor de edad de legitimación activa ad causam. El recurso planteado posteriormente ante la Audiencia Provincial de Huesca fue igualmente desestimado por sentencia 36/2015, de 13 de marzo de 2015, que confirmó la de instancia. El recurrente promovió entonces, a través de sus representantes legales, recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, que es el que daría lugar al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Supremo.

2.2. Los argumentos del Tribunal Supremo.

En el auto fechado el 10 de marzo de 2016, el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo analiza el marco jurisprudencial y legal de tratamiento de los derechos de las personas transexuales, con especial referencia al ámbito internacional. Así, resalta el giro jurisprudencial producido en la doctrina del Tribunal Supremo, 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. Es decir, el Auto parte del reconocimiento, apoyado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y de la legislación y jurisprudencia comparadas, de que la necesidad de una operación quirúrgica para el cambio registral constituye un freno al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). En este sentido, recuerda la jurisprudencia del TEDH en la que se ha ido perfilando cómo incide en el derecho a la vida privada (art. 8 CEDH) la necesidad de identificarse mediante documentos oficiales que no generen una discordancia entre el sexo legal y el sexo aparente, así como progresivamente 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[21]. 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.

El auto del Tribunal Supremo plantea hasta ocho proposiciones: 1ª) El tratamiento socio-jurídico de la transexualidad “se encuentra en constante y acelerada evolución”; 2ª) En la identidad de género debe primar el aspecto psicológico y psicosocial sobre el cromosómico o gonadal; 3ª) El reconocimiento de la identidad de género de un transexual no se puede condicionar al sometimiento a una operación quirúrgica de reasignación de sexo; 4ª) La transexualidad no debe ser considerada una patología psiquiátrica necesitada de curación; 5ª) Debe facilitarse a la persona transexual el cambio de sexo y nombre en su inscripción de nacimiento y en sus documentos de identidad; 6ª) 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; 7ª) 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 (art. 43 CE), así como de la jurisprudencia del TEDH y de la interpretación del Consejo de Europa; 10ª) “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”.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo apoya sus dudas sobre la constitucionalidad del requisito de la mayoría de edad exigido por la Ley 3/2007 en los siguientes argumentos: 1º) 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); 2º) 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; 3º) Toda restricción a los mismos debe tener una justificación adecuada y proporcionada para no incurrir en discriminación (art. 14 CE y art. 14 CEDH); 4º) La limitación del ejercicio de derechos fundamentales a los menores de edad, tal y como ha dejado claro el TC (STC 274/2005, de 7 de noviembre), 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).

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, el Auto 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).

Por último, el Auto 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. En cuanto al segundo, 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 pubertad, 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[22].

2.3. Los argumentos de la Abogacía del Estado y de la Fiscalía General del Estado.

Mientras que la Abogacía del Estado 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, la Fiscalía General del Estado considera que la restricción establecida en el art. 1.1 de la Ley 3/2007 por razón de edad no supera el test de proporcionalidad en orden a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo.

La Abogacía 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, y que no vulnera por tanto los arts. 15, 18 y 43 CE. Además, relativiza la importancia que en la actualidad 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 de su grado de madurez.

La Fiscalía General del Estado, por el contrario, entiende que la restricción establecida en el art. 1.1 de la Ley 3/2007 por razón de edad no supera el test de proporcionalidad en orden a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, suscribiéndose así la argumentación contenida en el auto de planteamiento de la cuestión. Apoya su posición en un largo listado de referencias internacionales y nacionales, tales como la jurisprudencia del TEDH ya mencionada o la Resolución 2048 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 22 de abril de 2015, en la que se hace un llamamiento 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». Destaca también en cuanto a la normativa nacional, 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 (art. 10.1 CE), y recuerda como en este sentido 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.

La última parte de su escrito de alegaciones es dedicado por la Fiscalía 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).

2.4. Las alegaciones del padre y de la madre del menor.

Los progenitores del menor alegaron el derecho a la identidad de género de los menores de edad, y cómo 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. En concreto, plantean tres argumentos principales:

1º) Con respecto a derecho a la identidad de género, argumentan que, aunque el mismo no está reconocido en la CE, 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. La identidad de género, tal y como se reconoce en los llamados Principios de Yogyakarta, sería la vivencia interna e individual del género por cada persona, que sería fruto de su autodeterminación. Así se ha ido recibiendo por diversa legislación dictada en todo el mundo sobre la identidad de género en los últimos años (art. 2 de la Ley argentina 26.743, de 23 de mayo de 2012; art. 2 de la Ley maltesa de 23 de abril de 2015; art. 3 de la Ley andaluza 2/2014, de 8 de julio; art. 1 de la Ley madrileña 2/2016, de 29 de marzo; art. 4 de la Ley murciana 8/2016, de 27 de mayo). 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.

2º) 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)[23].

3º) Sostienen 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.

2.5. Los argumentos del Tribunal Constitucional.

1º) La sentencia reconoce que el derecho a la identidad sexual guarda una estrecha relación con el libre desarrollo de la personalidad (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.”

El TC recuerda cómo la conexión entre autonomía, libre desarrollo de la personalidad y la identidad sexual ha sido reconocida por el TEDH (por todas, STEDH de 10 de marzo de 2015, asunto Y.Y. c. Turquía, § 57). En este sentido, el TEDH ha llegado a reconocer un derecho a la autodeterminación, que es fundamental para las personas trans y que estaría garantizado por el art. 8 CEDH (STEDH asunto A.P. Garçon y Nicot contra Francia, de 6 de abril de 2017). En el mismo sentido, la sentencia recuerda varios pronunciamientos del Tribunal Federal alemán, la Resolución 2048 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 22 de abril de 2015 o diversas sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo que fundó en el libre desarrollo de la personalidad la línea jurisprudencial 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.

Si en consecuencia, sostiene el TC, y tal como se puede deducir de la jurisprudencia analizada, así como de la actividad legislativa que introdujo la rectificación registral de la mención del sexo, 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, supone una restricción especialmente intensa para quienes tienen menos de 18 años. Por lo tanto, concluye, “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”.

2º) En segundo lugar, también estima la sentencia que la norma impugnada incide en el derecho fundamental a la intimidad personal (18.1 CE), en la medida en que “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.” De acuerdo con la doctrina reiterada por el TC sobre la intimidad personal, “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.”

3º) El TC entiende que no se ven afectados los arts. 15 y 43 CE, que según el Auto del TS se veían vulnerados ya que la persona menor de edad, al verse obligada a afrontar la falta de sintonía entre el sexo percibido y el sexo registrado, sería objeto de un trato

humillante e inhumano. El fallo alude a la STEDH 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.

4º) Las personas menores de edad han de gozar del reconocimiento de un espacio de autodeterminación, lo cual implica, como consagró la Convención de derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, que los Estados han de respetar el derecho “a preservar su identidad”. En este sentido, el TC recuerda su sentencia 154/2002, en la que reconoció 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. En aquel caso, 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, entiende el TC, 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 sobre la capacidad misma de autodeterminación del sujeto en todos los ámbitos en que esté protegida por el Derecho.

5º) En cuanto al alcance de la proporcionalidad de la medida adoptada en la Ley 3/2007, el TC recuerda 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). Ahora bien, cuando se produce una posible colisión entre bienes de relevancia constitucional y el legislador decide restringir el contenido protector de un derecho o principio constitucional en alguno de sus elementos centrales, el TC está legitimado para intervenir y controlar si efectivamente la ley atiende debidamente al principio de proporcionalidad. Este enjuiciamiento, además, estará condicionado por el «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).

En la cuestión planteada, entiende el TC que la previsión de la Ley 3/2007 que impide que los menores transexuales disfruten en el Registro de una mención de sus sexo y nombre coherentes con la identidad de género sentida supone “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”. Esta medida afecta no solo a la intimidad del menor sino también a su autonomía y a su capacidad de establecer relaciones sociales de acuerdo con su identidad. Por lo tanto, “el control de constitucionalidad que se reclama del Tribunal en este proceso... deberá realizarse verificando de un modo exigente los presupuestos sustantivos de la constitucionalidad de la medida que los genera”.

6º) El auto de planteamiento de la cuestión alude a dos posibles objetivos que podrían justificar en abstracto la medida legal enjuiciada. 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. Con respecto a la primera, argumenta la sentencia que “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 CE, 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 con relación al ejercicio de los derechos fundamentales”. En cuanto a la cláusula de protección de las personas menores de edad, es cierto que el TC 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 la ley, dentro del amplio margen que enmarca la Constitución, lo considere necesario. Ahora bien, entiende la sentencia, “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)”.

7º) En cuanto a la segunda parte del canon de proporcionalidad, el TC debe 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 (c)”.

a) Con respecto al juicio de adecuación, el TC sostiene que “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 entorpecedora o indiferente con relación a la consecución de la protección especial que al menor de edad le deben prestar los poderes públicos por mandato constitucional”.

b) Con relación al criterio de necesidad, el auto de planteamiento de la cuestión sostenía 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). Argumentaba 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”.

Entiende el TC que “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 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”.

c) Con respecto a la proporcionalidad en sentido estricto, el TC recuerda que “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 transcendencia, 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”.

No niega el TC que la restricción legal enjuiciada provoque beneficios para ciertos principios y derechos constitucionales. Ahora bien, “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”.

El TC aprecia que en el caso de las personas menores de edad con “suficiente madurez” y en una “situación estable de transexualidad”, “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”. En consecuencia, el art. 1.1 de la Ley 3/2007, en la medida en que se aplica a todos los casos de menores, incluidos los que tienen “suficiente madurez” y se hallan en “situación estable de transexualidad”, “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”.

3. Conclusiones: la urgencia de una ley que garantice el derecho a la identidad sexual.

3.1. Una cuestión sin resolver.

El fallo de la sentencia que nos ocupa resuelve la cuestión de inconstitucionalidad, pero no la “cuestión” de la titularidad del derecho a la identidad sexual. Es decir, el hecho de que el fallo estime la inconstitucionalidad del art. 1.1 de la Ley 3/2007, “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»”, no hace sino dejar abierto un frente que solo podrá ser resuelto por la ley[24]. En este sentido, comparto buena parte de la confusión que pone de relieve el voto particular de la magistrada Encarnación Roca en cuanto al carácter de la sentencia, si bien en otros puntos de su razonamiento mi discrepancia es evidente[25]. Queda sin resolver cómo entendemos la “suficiente madurez” y la “situación estable de transexualidad”, lo que a su vez nos remite al interrogante que de manera permanente planea sobre el reconocimiento de la identidad sexual y que no es otro que el relativo a quién tiene la capacidad para decidir sobre ella. Es decir, esta cuestión abierta nos remite al de la necesaria despatologización de la identidad sexual y por lo tanto a la necesaria superación de los requisitos establecidos por el art. 4 de la Ley 3/2007 (diagnóstico y tratamiento hormonal).

Lo que la sentencia comentada ha vuelto a poner de manifiesto es la urgente necesidad de una ley estatal que garantice de manera efectiva el derecho a la identidad sexual, así como, en paralelo, las limitaciones que en todo caso tiene, o debería tener, el Tribunal Constitucional en cuanto a la definición de nuevos derechos. La actuación del poder legislativo debería centrarse en dos aspectos esenciales: a) un tratamiento integral de todos y cada uno de los ámbitos en el que las personas trans siguen sufriendo discriminación y en los que incluso pueden requerir de acciones positivas; b) como

punto de partida inexcusable para el reconocimiento del derecho a la identidad sexual, la superación de la concepción “patologizadora” de la transexualidad y su ubicación en la tríada compuesta por la «dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad de reconocimiento»[26]. El objetivo es pues trasladar la transexualidad del ámbito médico y psiquiátrico al jurídico-constitucional de los derechos humanos y entenderla pues como una manifestación del “libre desarrollo de la personalidad”, de la “autodeterminación consciente y responsable” a la que cada individuo tiene derecho. En este sentido, el derecho a la identidad sexual guarda una estrecha relación con el concepto de “autonomía relacional”, la cual “nos permite rebelarnos contra la adscripción estática y coercitiva, heterónoma, a relaciones concretas, y contra el protagonismo que éstas puedan asumir en la definición de nuestra personalidad a costa de nuestra capacidad de auto-normarnos”[27]. En definitiva, se trataría de dejar de contemplar a la persona trans como una paciente y considerarla como una ciudadana.

En cuando derecho estrechamente relacionado con la dignidad y con el libre desarrollo de la personalidad, su titularidad debería superar las limitaciones que establece la Ley 3/2007. De una parte, debería ser un derecho reconocido a todos los individuos con independencia de su nacionalidad. De otra, y tal como apunta la sentencia comentada, y como ya han avanzado algunas leyes autonómicas, la identidad sexual debería reconocerse como un derecho de las personas menores de edad. Todo ello partiendo del presupuesto básico de que “el derecho a la identidad no es ni más ni menos que el derecho a ser uno mismo y a ser percibido por los demás como quien se es; en otras palabras, el derecho a la proyección y reconocimiento de la autoconstrucción personal”[28]. Un derecho sin el que obviamente el resto de los derechos carecen de sentido. El adjetivo sexual es a su vez determinante ya que “la sexualidad está presente en todas las manifestaciones de la personalidad del sujeto, encontrándose en estrecha conexión con una pluralidad de derechos, como los atinentes al libre desarrollo de la personalidad, a la salud, la integridad psicosomática y la disposición del propio cuerpo. La identidad sexual se entiende como la parte de la identidad total de las personas que posibilita el reconocerse, aceptarse y actuar como seres sexuados y sexuales”[29]. Todo ello incide, obviamente, no solo en el proceso de construcción personal sino también en cómo el individuo se inserta en un marco relacional que trasciende lo íntimo o privado.

El reconocimiento de las menores de edad como titulares del derecho a la identidad sexual es, por otra parte, una lógica consecuencia del significativo avance que en los últimos años se ha producido en nuestro ordenamiento jurídico con respecto a su reconocimiento como sujetos de derechos, y la cual sorprendentemente es ignorada en la argumentación jurídica del TC. Recordemos cómo la Ley 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia parte en su art. 2 de un principio consolidado, el interés superior del menor, si bien introduce criterios interpretativos decisivos muy ligados al tema que nos ocupa. Así, el art. 2.2.b introduce como criterio “la consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior”. De manera más específica, el apartado d) de dicho artículo deja claro que hay en todo caso que atender a “la preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad”. Por otra parte, el apartado 3 del art. 2 dispone una serie de factores que habrán de tenerse en cuenta en la aplicación

de los criterios señalados previamente. Todos ellos tienen una clara incidencia en el ejercicio del derecho a la identidad sexual: a) La edad y madurez del menor; b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante; c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo; d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro; e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales; f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores. De acuerdo con estas prescripciones, la reforma de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, llevada a cabo en 2015, introduce entre los criterios de actuación de los poderes públicos el libre desarrollo de la personalidad de las menores de edad conforme a su orientación e identidad sexual.

La ley, además, reconoce el derecho de la persona menor de edad a ser oído y escuchado “en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez” (art. 9). Es justo en este artículo donde encontramos una posible respuesta al interrogante que deja abierto el TC sobre el criterio de la “suficiente madurez” de la menor de edad: “La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos (art. 9.2)[30].

En todo caso, no podemos obviar las dificultades que de manera singular presenta la valoración de la suficiente madurez del menor en lo relativo su identidad sexual, sobre todo por las consecuencias que puede tener por ejemplo la aplicación de determinados tratamientos médicos sobre su integridad física[31]. A todo ello habría que sumar las dudas que plantea entre los especialistas la reversibilidad o no del proceso mediante el cual una persona menor de edad plantea su necesidad de vivir conforme a la identidad sexual que siente y que no se corresponde con la biológica[32]. Todo ello, al margen de que entiendo que es muy difícil de prescribir en una norma, que a lo sumo podrá establecer unos criterios generales o pautas de actuación, tendrá que concretarse de manera individualizada, lo cual, a su vez, plantea otro problema de hondo calado político cual es el poder que en este sentido pueden tener médicos o psicólogos sobre la propia identidad personal. Un poder mucho más acentuado, claro está, en el caso de las menores de edad que requieren una singular tutela. De esta manera, pareciera que la tutela del interés superior de la persona menor de edad y el reconocimiento de su derecho a definirse a sí misma se situarían siempre en una especie de círculo vicioso cuya única salida vendría de la mano de un tercero con una reconocida autoridad para decidir sobre ella[33]. En este sentido, el juicio de proporcionalidad, que como hemos visto es clave en el enjuiciamiento de las medidas restrictivas de derechos, mucho más cuando se trata de personas menores de edad, puede acabar siendo un arma de doble

filo, en cuanto que la misma se conecta, en el caso que nos ocupa, a la suficiente madurez y a la situación estable de transexualidad[34]. Se corre el riesgo de que, como apunta el voto particular, se sobrepase el límite del control negativo que responde al Tribunal Constitucional y que se incida en la autonomía propia del poder legislativo. En todo caso, no creo que quepan argumentos contra el reconocimiento a todas las personas, con independencia de su edad, de un derecho a ser uno mismo y ser percibido por los demás como quien se es. En este sentido, construcción personal y reconocimiento serían las dos caras de un mismo derecho fundamental[35]. Por lo tanto, no creo que la solución más benigna con el derecho en cuestión, la más idónea para contribuir a la efectividad del derecho a su “ser personal” y la que genere menos sacrificios en términos de dignidad humana, sea negar que un menor de edad pueda solicitar el cambio de su nombre y de su identidad sexual[36]. El dilema jurídico tiene que ver más bien con los paradigmas que el Derecho maneja en torno a la titularidad de derechos por parte de las menores. De una parte, la ficción legal de la mayoría de edad - ¿por qué un chico o una chica de 17 años y 11 meses no tiene reconocidos plenamente los mismos derechos que un chico o una chica con apenas un mes más? – y, de otra, el equilibrio siempre inestable entre la garantía del interés superior de la menor de edad y el criterio siempre movido relacionado con su madurez[37]. En esta tensión es donde, a su vez, las tensiones interpretativas que genera el principio de proporcionalidad alcanzan su máxima expresión[38].

3.2. Hacia un nuevo paradigma del sujeto de derechos.

El reconocimiento del derecho a la identidad sexual nos ha de llevar necesariamente a una reflexión mucho más profunda sobre la misma construcción de las subjetividades políticas, desde el momento en que tal derecho implica, o, mejor dicho, debería implicar, la ruptura de los estrechos límites marcados por el sistema binario de sexo-género y a la consiguiente apertura a una concepción plural de las personas. De esta forma el individuo con un determinado sexo biológico no estaría condicionado, tal y como en la actualidad lo sigue estando desde el punto de vista médico, social y jurídico, por la dualidad hombre/mujer. Al contrario, daríamos entrada a lo que desde la psicología se ha denominado erosdiversidad[39], lo cual supone reconocer la riqueza de cuerpos y sentires que caracterizan a los humanos. Es decir, así sería posible jurídicamente articular el paso de la transexualidad al transgenerismo y reconocer y amparar las diferentes maneras en que las personas viven su sexualidad, incluidos los diversos y plurales procesos de transición o de “fusión” entre un sexo y otro. Asumiendo que la identidad no es algo estático, que difícilmente podemos someterla a patrones rígidos, sino que más bien es un proceso dinámico, del que el individuo debe convertirse en principal artífice. Lo cual implica, insisto, superar la categoría sexo/género y los binomios jerárquicos construidos en el modelo patriarcal y heteronormativo. Un objetivo que requiere lógicamente de una transformación cultural y política a la que el Derecho, me temo, solo puede contribuir de forma muy limitada[40].

Es decir, el objetivo último debería ser la superación de los binomios jerárquicos del patriarcado, empezando lógicamente por el que divide las subjetividades de los

individuos en masculina y femenina. Una división jerárquica que implica una serie de roles y estereotipos de género que incide, de entrada, en el desigual estatus de hombres y mujeres en las sociedades contemporáneas, por más que sean democráticamente avanzadas. Ello supone el mantenimiento de muros y fronteras que hacen complicada, por no decir imposible, la efectividad de la igualdad como garantía de las diferencias que nos singularizan[41]. En este sentido, no podríamos perder de vista cómo una buena parte del activismo trans, lejos de superar ese dualismo de género, incide en su reafirmación a través del mantenimiento de dos referentes – masculino, femenino – que se persiguen como ideales. De ahí que, por ejemplo, la idea del tránsito de una identidad a otra, la cual limita la posibilidad de plantear subjetividades que no encajen en ninguno de los dos extremos creados social y culturalmente[42]. Ese tránsito de un extremo a otro supone reafirmar el presupuesto de que solo mediante la transformación del cuerpo, gracias a tratamientos médicos y/o la cirugía, será posible alcanzar una identidad con la que el individuo pueda desarrollarse libremente y alcanzar un mínimo nivel de bienestar físico, emocional y hasta moral[43]. O, lo que es lo mismo, una concepción que mantiene el paradigma de normalidad amparado durante siglos por la Medicina y el Derecho y que supone, de hecho, la expulsión de la ciudadanía de quienes viven y sienten cuerpos que se salen de la norma. En este sentido, la Ley de 2007, lejos de constituir un avance, no supuso sino la confirmación jurídica de “la normalidad del binomio hombre-mujer frente a la anormalidad que constituyen los sujetos que se apartan del binomio, de ese vivir conforme a una genitalidad determinada por el nacimiento”[44]. Por lo tanto, el presupuesto en el que deberíamos situarnos sería el siguiente: una persona trans “no es un niño con cuerpo de niña; no es una niña con cuerpo de niño. Es un niño transexual con su propio cuerpo; es una niña transexual con el suyo”[45].

El gran reto, político y cultural, pero también jurídico, es la definición de los sujetos de derechos al margen de los patrones que el género nos asigna jerárquicamente[46]. Ello ha de ir de la mano de la superación del paradigma que hoy por hoy mantiene que solo mediante la modificación de los cuerpos, para ajustarlos a los dos referentes de género, será posible que los individuos alcancen el bienestar que les permita desarrollar libremente su personalidad[47]. Es decir, no creo que la salida sea la confirmación de los dos géneros, mediante el libre tránsito de hombres y mujeres entre uno y otro, sino más bien su abolición en cuanto que suponen el fundamento de una estructura social, política y cultural que genera desigualdad y violencias. Estamos pues ante una cuestión de poder y ciudadanía, o sea, de democracia, que nos interpela de manera muy especial a través de las experiencias y vindicaciones de niños y niñas que son las principales víctimas de una sociedad “generizada”[48]. Es una cuestión de poder porque nos remite a quienes son sujetos con más potencias reconocidas en nuestras sociedades, frente a aquellos que se mantienen en una posición subordinada, y es una cuestión de ciudadanía porque incide de manera directa y principal en el goce y disfrute de los derechos fundamentales por parte de quienes escapan de la “normalidad”.

Resumen: El Tribunal Constitucional ha reconocido que las menores de edad, siempre que se demuestre su suficiente madurez y que se encuentren en situación estable de transexualidad, puedan solicitar el cambio de su nombre y sexo en el Registro Civil. En todo caso, la sentencia deja sin resolver cómo y quién ha de acreditar ambos requisitos. La resolución de esta cuestión demuestra que es necesaria una ley que regule a nivel

estatal y de manera completa el derecho a la identidad sexual. Una regulación que ha de partir de la superación de la patologización y del reconocimiento de dicho derecho como proyección de la dignidad y libre desarrollo de la personalidad del individuo.

Palabras clave: Menores de edad, identidad sexual, dignidad, personalidad, autonomía, binarismo, género.

Abstract: The Constitutional Court has recognized that minors, if their enough maturity is demonstrated and that they are in a stable situation of transsexuality, may request the change of their name and sex in the Civil Registry. In any case, the sentence leaves unsolved how and who has to prove both requirements. The resolution of this issue demonstrates that a law that regulates at the state level and in a complete manner the right to sexual identity is necessary. A regulation that has to start from the overcoming of pathologization and the recognition of this right as a projection of the dignity and free development of the personality of the individual.

Key words: Minors, sexual identity, dignity, personality, autonomy, binarism, gender.

Recibido: 5 de noviembre de 2019.

Aceptado: 15 de noviembre de 2019.

[1] Tanto en el título como a lo largo del texto uso el término “personas menores de edad” en cuanto que es un término más inclusivo que el masculino plural “los menores de edad”. De acuerdo con esta opción, en muchos casos, usaré el femenino “las menores de edad”, entendiendo que con ese término me refiero a las “personas” y no exclusivamente a las niñas.

[2] Este artículo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación GENERANDO UNA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO EN CLAVE DE IGUALDAD DE GÉNERO (Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad, Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, 2019-2021).

[3] Sobre la controvertida cuestión de la minoría de edad y los derechos fundamentales, véanse las aportaciones de B. ALÁEZ CORRAL, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003; “El ejercicio autónomo de los derechos fundamentales por el menor de edad”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 21, primer semestre 2013, pp. 37-78.

[4] De hecho, el voto particular de la magistrada Encarnación Roca cuestiona que el TC deba indicarle al legislador cuáles son las mejores opciones para delimitar el ejercicio de un derecho. Según esta magistrada, la sentencia 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”. El fallo, en el que se declara la inconstitucionalidad de la norma pero no la nulidad del precepto cuestionado, adolece según la magistrada de imprecisión, de forma que no está claro 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”.

[5] Aunque en un trabajo anterior optaba por la expresión “identidad de género”, que es de hecho la que se recoge en normas como el Estatuto de Autonomía de Andalucía, estimo que es menos confuso hablar de identidad sexual, en cuanto que los géneros, entendidos como construcción social y cultural que parten de una asimetría jerárquica entre hombres y mujeres, deberían ser abolidos. De ahí que entienda que hablar de derecho a la identidad de género pueda ayudar perversamente a mantener un discurso que en vez de acabar con la jerarquía masculino/femenino, contribuya a mantenerla. O. SALAZAR, “La identidad de género como derecho emergente”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 169, julio-septiembre 2015, pp. 75-107. Sobre los dilemas que desde el punto de vista de la teoría feminista plantea el concepto “género” véase R. M. RODRÍGUEZ MAGDA, *La mujer molesta. Feminismos postgénero y transidentidad sexual*, Ménades, Madrid, 2019.

[6] En este sentido, por ejemplo, la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se reconoció en nuestro país el matrimonio igualitario, y cuya constitucionalidad fue confirmada por la STC 198/2012 de 6 de noviembre de 2012, no solo supuso un evidente reconocimiento jurídico de derechos, sino que también contribuyó a generar una conciencia social de reconocimiento de la diversidad afectivo-sexual. Baste con recordar como en nuestro país hayamos pasado en relativamente poco tiempo de la persecución incluso penal de la homosexualidad al castigo de quienes promueven el odio o la discriminación de las personas por motivo de su orientación o identidad sexuales (art. 510 Código Penal).

[7] J. GAVILÁN, *Infancia y transexualidad*, Catarata, Madrid, 2016, p. 224.

[8] Sobre la construcción jurídica de la identidad sexual como “nuevo” derecho y la evolución en su tratamiento jurisprudencial y legal, véase O. SALAZAR BENÍTEZ, *op. cit.*, pp. 75-107.

[9] Dada la controversia que generan conceptos como “transexual” o “transgénero”, en la medida en que el primero parece referirse a quien está realizando o ha realizado la reasignación de sexo y el segundo a quienes no se identifican con ninguno de los dos

géneros, opto en el presente texto por usar el término “trans” como omnicomprendivo de las diferentes realidades de individuos que no encajan en el binomio hombre/mujer. De hecho, el art. 4 de la Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, señala que “el término «trans» ampara múltiples formas de expresión de la identidad de género o subcategorías como transexuales, transgénero, travestis, variantes de género, queer o personas de género diferenciado, así como a quienes definen su género como <<otro>> o describen su identidad en sus propias palabras”.

[10] Estamos en este caso ante la incorporación por vía estatutaria de un derecho realmente novedoso, en la medida en que no se limita a reproducir o especificar el contenido de un derecho constitucional, ni incorpora un derecho reconocido por la jurisprudencia del TC, como tampoco eleva el rango de un derecho ya reconocido por una ley estatal o autonómica. A. BARRERO ORTEGA, *Nuevos derechos y garantías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 25.

[11] 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; Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares en Andalucía; Ley 18/2018, de 20 de diciembre, de igualdad y protección integral contra la discriminación por razón de orientación sexual, expresión e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Aragón; Ley 4/2018, de 19 de abril, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad Autónoma de Aragón; Ley Balear 8/2016, de 30 junio, que garantiza los derechos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia; Ley 8/2014, de 28 de octubre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Canarias; Ley catalana 11/2014, de 10 octubre, que garantiza los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia; Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura; Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales en Galicia; Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid; Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; Ley Foral 8/2017, de 19 de junio, para la igualdad social de las personas LGTBI+; Ley 14/2012, de 28 junio, de derechos de las personas transexuales del País Vasco; Ley 8/2017, de 7 de abril, de la Generalitat, integral del reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género en la Comunitat Valenciana.

[12] Sobre los derechos de las menores trans en la legislación autonómica, véase F. RAMÓN FERNÁNDEZ, *Menor y diversidad sexual. Análisis de las medidas de*

protección en el ordenamiento jurídico español para la identidad de género, Universitat Politècnica de Valencia, Valencia, 2017.

[13] Por ejemplo, art. 2 de la Ley andaluza 2/2014, reconoce literalmente el “derecho a la autodeterminación de género”, o el art. 4 de la Ley madrileña 2/2016 señala que “toda persona tiene derecho a construir para sí una autodefinición con respecto a su cuerpo, sexo, género y su orientación sexual”.

[14] En esta línea, véanse el art. 23.4. Ley catalana 11/2014, el art. 8.2 de la Ley murciana 8/2016; el art. 22.4 de la Ley balear 8/2016; el art. 5 de la Ley valenciana 8/2017, de 7 de abril, o el art. 41.4 Ley foral 8/2017, de 19 de junio, para la igualdad social de las personas LGTBI+.

[15] El art. 4 de la ley exige para que sea posible la rectificación registral de la mención del sexo la acreditación de que a la persona le haya sido diagnosticada disforia de género. La acreditación del cumplimiento de este requisito se realizará mediante informe de médico o psicólogo clínico, colegiados en España o cuyos títulos hayan sido reconocidos u homologados en España. Además, se exige que haya sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado.

[16] Debemos recordar que en el Informe de la Defensora del Pueblo del año 2015 se señalaba literalmente que “La identificación pública con el nombre registrado en discordancia con el nombre que refleja su identidad provoca en los menores un malestar que puede ser perjudicial para el desarrollo personal del menor”. El Informe puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.defensordelpueblo.es/informe-anual/informe-anual-2015/> (consultado: 18/11/19)

[17] Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, serie B: Propositiones de Ley, 3 de marzo de 2017.

[18] Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie B: Propositiones de Ley, 2 de marzo de 2018.

[19] En la exposición de motivos de la Instrucción se abordaba de manera expresa la necesidad de ofrecer una respuesta a las menores trans: “La protección del interés preferente del menor, que prima sobre todos los intereses legítimos concurrentes, tiene tal importancia que se le debe reconocer el carácter, o al menos muchos de los efectos propios de un principio de orden público en nuestro ordenamiento jurídico, debiendo en tal concepto informar la interpretación de las normas jurídicas y obligando a su respeto incluso a los órganos legislativos, así como en todas las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, y los Tribunales, de acuerdo con el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en su redacción actual (tras la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, y la Ley 26/2015, de 28 de julio, ambas modificando el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia). Dicha norma, además, define como criterios para la interpretación y aplicación del interés superior del menor, en cada caso, entre otros la protección del derecho al desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades emocionales y afectivas, la preservación de la identidad, orientación e identidad sexual, y algo tan importante en los supuestos como los que se regulan en esta Instrucción como la

consideración del irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo, que obliga a no demorar medidas que puedan evitar graves daños en la formación de la personalidad del menor. A ello se añade la obligación de tener en cuenta los deseos, sentimientos y opiniones del menor, y su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior. Para ello debe ser informado, oído y escuchado sin discriminación alguna por edad o cualquier otra circunstancia, en cualquier procedimiento administrativo o judicial que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez, debiendo recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible según sus circunstancias (art. 9). A tal efecto, debe tenerse en cuenta que, si bien la Ley Orgánica citada establece como edad a partir de la cual el menor debe ser oído en todo caso la de doce años, también ordena que se le oiga en todos los casos en que ello se considere obligado en función de su grado de madurez. Esto, en la materia de la identidad de género, teniendo en cuenta que frecuentemente hay niños que en torno a los cuatro años experimentan ya con claridad la identidad sexual propia como diferente de la asignada, considerando el importante efecto perjudicial que puede tener el retraso en la adopción de las medidas, o lo que es lo mismo el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo, obliga a establecer un procedimiento para poder modificar el nombre a los niños menores de doce años, representados por sus padres o tutor pero con la intervención del menor que en cada caso proceda”. Por otra parte, no debe olvidarse que todas las anteriores normas y principios constituyen desarrollo legislativo de principios constitucionales básicos, como la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, la prohibición de cualquier discriminación, o el derecho a la integridad moral (arts. 10, 14 y 15).

[20] La práctica en la última década había dado lugar a una enorme inseguridad jurídica ya que mientras que en determinados Registros se accedía al cambio de nombre de los menores, en otros tal cambio no era posible. Como ejemplo de sentencias de instancia favorables a este reconocimiento, podemos citar la del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3, de Tolosa, de 28 de octubre de 2015, en la que se admitió que “los padres son los promotores del expediente, los que conviven habitualmente con el menor y que pretenden como única finalidad favorecer y facilitar el bienestar psicológico del menor”. Todo en base al fundamento que posibilita el art. 51 de la LRC: eliminar la prohibición de poder designar nombres que induzca error al sexo, permitiendo la libre elección del nombre y de aquellos que sean contrarios a la dignidad de las personas. En aplicación de dicha norma, el tribunal entiende como lesivo a la dignidad del menor el mantenimiento de un nombre de sexo contrario al sentido/a por el mismo/a. En otra sentencia, aún más novedosa, la Magistrada encargada del Registro Civil nº 2 de Valencia autorizó mediante Auto de 15 de febrero de 2016, la rectificación del sexo registral asignado al nacer en función de sus genitales, para adecuarlo a su identidad sexual, para ello aplica como norma al caso concreto el art. 3 del Código Civil: “las normas han de aplicarse en la realidad social en el tiempo que se apliquen”. La Sección Sexta de la Audiencia de Valencia interpreta que tras la promulgación de la Ley 3/2007 no procede la rectificación del sexo registral vía judicial, sino únicamente a través del expediente gubernativo, si bien hace una interpretación del artículo 1.1 de esa Ley que la mantiene conforme a la Constitución, declarando que no hay que entender que la referencia al requisito de la mayoría de edad y capacidad suficiente impida solicitar tal rectificación a las personas menores de edad o sin capacidad de obrar, sino que podrán hacerlo a través de sus correspondientes representantes legales. En concreto, afirma que

«es verdad que esa Ley no contempla expresamente la posibilidad de que una persona menor de edad pueda instar la rectificación registral de la mención relativa al sexo. Sin embargo, la mención que el artículo 1.1 de la ley hace al “mayor de edad y con capacidad suficiente para ello” no debe ser interpretada como una implícita exclusión de los menores e incapaces de la posibilidad de solicitar tal rectificación, pues no se podría entender semejante trato discriminatorio que hiciera a estas personas de peor condición legal, cerrándoles la vía legal más ágil, sencilla y económica para la solución de su problema. Muy al contrario, ese silencio legal debe ser interpretado en el sentido de que, no pudiendo tales personas actuar por si a causa de su minoría de edad o de su incapacidad, lo podrán hacer si actúan representados por sus padres o tutores, que complementen su capacidad de obrar (...) La interpretación que la Jueza encargada del Registro Civil núm. 2 de Valencia autorizó mediante Auto de 15 de febrero de 2016 ha hecho de ese artículo ha sido clave para lograr esta resolución al incorporar la tesis que la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia expuso en su Auto: “cabe suplir esta falta de capacidad del menor compareciendo en el expediente a través de quienes ejercen la patria potestad, en este caso, sus padres”. O. BURGOS GARCÍA, “El derecho a la identidad de género como derecho fundamental en interés del menor”, en C. GARCÍA GIL, C. FLECHA GARCÍA, I. VÁZQUEZ BERMÚDEZ, (coords.), (2016). *Mujeres e investigación. Aportaciones interdisciplinares: VI Congreso Universitario Internacional Investigación y Género. Sevilla: SIEMUS (Seminario Interdisciplinar de Estudios de las Mujeres de la Universidad de Sevilla)*, Sevilla, 2017, pp. 65-79. Sobre la lucha de los padres y de las madres de menores trans por el reconocimiento de este derecho véanse la información contenida en la web de Chrysallis, Asociación de Familias de menores transexuales (<https://chrysallis.org.es/>, consultada: 9/11/19).

[21] STEDH de 11 de septiembre de 2007, asunto L contra Lituania; STEDH de 25 de marzo de 1992, asunto B contra Francia; STEDH de la Gran Sala de 11 de julio de 2002, asunto I y Cristina Goodwin contra Reino Unido; STEDH de 16 de julio de 2014, asunto Hämäläinen contra Finlandia; STEDH de 10 de marzo de 2015, asunto YY contra República de Turquía.

[22] 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. Además, y atendido a la evidencia científica de 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, 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, lo cual excede el marco de un pronunciamiento de inconstitucionalidad.

[23] Se recuerda que, en el caso español, se plantearon algunas enmiendas en esta dirección durante la tramitación de la Ley 3/2007, que no se recogieron, y que a juicio de los alegantes convertirían al art. 1 de la finalmente aprobada Ley 3/2007 en inconstitucional.

[24] “Téngase en cuenta, sin embargo, que tras la STC 99/2019, el menor (emancipado o no), si tuviera condiciones de madurez suficiente y se encontrara en situación permanente de transexualidad (cumpliendo, además, los requisitos exigidos por el artículo 4 de la Ley 3/2007), podría, por sí solo, pedir directamente el cambio registral de sexo. Resulta, pues, absurdo, que, si no está emancipado, deban ser sus padres quienes (aunque tenga condiciones de madurez), mediante una declaración de voluntad propia, pidan su cambio de nombre, al amparo de la Instrucción de 23 de octubre de 2018, limitándose el menor a firmar la solicitud, si tuviera más de doce años. En cualquier caso, me pregunto si no hubiera sido más razonable profundizar en la vía del cambio de nombre de los menores de edad y dejar la posibilidad de cambiar el sexo, exclusivamente, a las mayores de edad (al menos, mientras siga vigente el art. 4 de la Ley”. J. R. DE VERDA Y BAHAMONDE, “Transexualidad, minoría de edad, cambio de sexo y cambio de nombre”, *Instituto de Derecho Iberoamericano*: <https://idibe.org/tribuna/transexualidad-minoria-edad-cambio-sexo-cambio-nombre/> (consultada: 11/11/19)

[25] No comparto la argumentación que la magistrada realiza en cuanto a lo que ella denomina “optimización de la norma”. La sentencia reconduce el juicio de constitucionalidad a un test de proporcionalidad, pero dicho análisis, sostiene Roca, “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”. No me parecen comparaciones equiparables en la medida en que la norma a la que se refiere la cuestión incide de manera directa y principal en ese espacio de autodeterminación personal que el propio TC conecta con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad. Es decir, el derecho en cuestión, el que hemos convenido en llamar “a la identidad sexual”, no creo que sea comparable en cuanto a su incidencia sobre el sujeto con los derechos a los que la magistrada alude. Es más, todos esos derechos solo alcanzarán una efectividad completa en la medida en que el sujeto pueda disfrutar plenamente de su identidad sexual.

[26] En este sentido, estoy de acuerdo con Abraham Barrero cuando señala que debería ser el poder legislativo y no la jurisdicción constitucional el que, a través de un proceso de discusión pública y decisión mayoritaria, abordase las cuestiones que la Constitución no resuelve o deja abiertas. A. BARRERO, *op. cit.*, p. 72. Incluso podríamos

plantearnos la conveniencia de que este “nuevo” derecho fuera incorporado de manera expresa en una hipotética reforma constitucional, en la que también sería necesario reflejar el estatuto jurídico de las personas menores de edad.

[27] B. RODRÍGUEZ RUIZ, “¿Identidad o autonomía? La autonomía relacional como pilar de la ciudadanía democrática”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 17, 2013, p. 90.

[28] P. SIVERINO BAVIO, “Diversidad sexual y derechos humanos: hacia el pleno reconocimiento de las personas sexualmente diversas”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 19, 2014, p. 4.

[29] P. SIVERINO BAVIO, *op. cit.* , p. 14.

[30] Recordemos que, con anterioridad a la aprobación de la Ley de 2015, el art. 9 de la Ley 41/2002, 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente, preveía que “cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención”, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. En los casos de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Ahora bien, la capacidad de las menores de edad con 16 años se veía limitada en el caso de actuación de grave riesgo, ante la que “los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”. Además, se prevén tres supuestos en los que se exigirá la mayoría de edad a los dieciocho años: interrupción voluntaria del embarazo, ensayos clínicos, técnicas de reproducción humana asistida y emisión del documento de instrucciones previas. Sobre la crítica de medir la capacidad de la menor de edad en función del criterio rígido de la edad, véase F. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, “Problemas legales acerca del tratamiento médico de la disforia de género en menores de edad transexuales”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 24, 2017, pp. 15-20.

[31] “En la edad pediátrica hemos de ser muy cautos en el manejo de la transexualidad puesto que existen muchas dudas sin resolver. La transexualidad es una situación poco frecuente en la infancia que en ocasiones puede remitir; la experiencia en el uso de análogos y terapias hormonales iniciadas en menores es limitada; no conocemos cuál va a ser la evolución a largo plazo de menores que inicien terapia con análogos en Tanner 2 ni su posible impacto en la talla final de los hombres transexuales; es previsible que puedan plantearse cambios en el manejo médico de esta situación a corto plazo pero no sabemos cuáles; y, finalmente, desconocemos cómo será el futuro de los menores transexuales que han hecho la transición al sexo sentido en edades prepuberales. Nos quedan muchos problemas para los que hoy no tenemos respuesta, pero esto no excluye a los endocrinólogos pediatras de implicarnos, e intentar garantizar el mejor tratamiento posible para los menores transexuales que lo soliciten en nuestro entorno”. T. RICA, G. GRAU, A. RODRÍGUEZ, A. VELA, “La atención a los menores transexuales”, *Revista Española de Endocrinología Pediátrica* , 2015, vol. 6, suplemento 2, pp. 38-44. “Si la evidencia científica mostrara que los menores que expresan en edades tempranas su deseo de vivir su propio proyecto de vida bajo un género distinto del inicialmente asignado de visu, mantienen tal deseo en la adolescencia o en la edad adulta, acoger una excepción al régimen general de capacidad de obrar en el ámbito del tratamiento médico

sería más plausible en atención a que podría mantenerse que claramente ello responde al interés superior del menor. Ello derivaría de la propia expresión de los deseos del menor como derecho al libre desarrollo de la personalidad que implica un verdadero derecho de sostener la identidad sexual como expresión de la identidad personal, que es un bien de la personalidad, en los términos proclamados por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 17 de septiembre de 2007, y más aún, cuando la temprana voluntad del cambio responde a que el inicio de la máxima expresión del sexo no vivido se produce muy tempranamente en la pubertad. Sin embargo, si existe un riesgo de reversión al género vinculado al sexo de origen, podría entonces mantenerse con claridad que los deseos del menor y sus padres no responden al mejor interés de aquél cuando además las consecuencias tanto del tratamiento farmacológico (de segunda fase) como quirúrgico son irreparables”, F. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, *op. cit.*, p. 29.

[32] Pesa que sobre esta cuestión las opiniones de las expertas son contradictorias, aunque parece haber una cierta constatación de que la identidad sexual suele ser persistente. El objetivo en cualquier caso debería ser “conocer lo más pronto posible la identidad de los niños y las niñas transexuales para aprender a responder a sus necesidades de la forma más adecuada posible”. J. GAVILÁN, *op. cit.*, p. 58.

[33] Esta encrucijada es especialmente perversa en el caso de las personas intersexuales, hasta el punto de que como señala D. J. GARCÍA, “los tratamientos médicos de normalización suponen un tipo de tortura, esterilización forzosa o, incluso, de persecución por motivos de género cometidos de forma sistemática en los hospitales públicos y privados contra un sector concreto de la población civil”, *Sobre el derecho de los hermafroditas*, Melusina, Santa Cruz de Tenerife, 2015, p. 174.

[34] De la amplia bibliografía en torno al principio de proporcionalidad y su incidencia en la interpretación de los derechos fundamentales, véanse, entre otros, M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Mc Graw Hill, Madrid, 1997; J. BARNÉS, “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, pp. 15 y ss.; C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2005; R. ALEXY, “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, 2011, pp. 11-29.

[35] Una reciente ley autonómica nos ofrece una serie de pautas que, entiendo, deberían ser las que configuraran el estatuto de las menores de edad en cuanto titulares de derechos. Me refiero a la Ley valenciana 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia. Esta ley, además de insistir en la protección del interés superior del menor (art. 3.1), deja claro el estatuto de ciudadanía de las personas menores de edad: “La consideración de niñas, niños y adolescentes como ciudadanas y ciudadanos y como sujetos activos de derecho, favoreciendo el ejercicio autónomo, hasta donde permita su nivel de madurez, de los derechos de los que son titulares” (art. 3.3). De manera expresa, con relación al tema que nos ocupa, el art. 3.5 se refiere expresamente al principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de orientación sexual, identidad o expresión de género. En este sentido, el art. 4 introduce como línea de actuación en su apartado 12 “el libre desarrollo de su personalidad, concorde con su identidad personal y con la identidad y expresión de género”. De acuerdo con estos principios, la Ley, al definir en su capítulo III los que

llama expresamente Derechos de Ciudadanía, se refiere expresamente a “el libre desarrollo de su personalidad, concorde con su identidad personal y con la identidad y expresión de género” (art. 4.12).

[36] “... la identidad de los menores transexuales emerge con una fuerza inaudita e irresistible contra la familia, contra la presión de los iguales y contra el proceso de socialización del sexo y el género. Es una identidad que se impone a pesar de todos los diques y todas las trabas que se le habían puesto. La identidad termina por afirmarse por mucha resistencia que le oponga”. J. GAVILÁN, *op. cit.* , p. 216.

[37] Esa inestabilidad se hace más precaria si cabe cuando nos referimos a cuestiones que tienen que ver con la identidad del individuo y que le afectan e incluso condicionan desde que es niño o niña, por lo que debería ser evidente la necesidad de garantizar que una menor pudiera desarrollar libremente su personalidad. Lo contrario, sería someterla a un proceso de negación de sí misma y de falta de reconocimiento, lo que supondría un grave atentado contra su dignidad. Es decir, no tendrá sentido esperar a una determinada edad para que, entonces sí, dicha persona pueda desenvolverse de acuerdo con la identidad que considera propia y que, lógicamente, no tiene por qué ser estable ni tampoco responder al esquema masculino/femenino.

[38] Unas tensiones que inciden en la concepción, absoluta o relativa, que finalmente tengamos de la “dignidad humana”, tal y como explica R. ALEXY en “La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad”, *Parlamento y Constitución* . Anuario, núm. 16, 2014, pp. 9-28. Las mismas condiciones que Alexy establece en dicho trabajo para definir el concepto de “persona” – inteligencia, sentimiento, consciencia – nos llevarían a un callejón de difícil salida en el caso de las menores de edad.

[39] M. HERÁNDEZ GONZÁLEZ, G. RODRÍGUEZ MORALES, J. GARCÍA-VALDECASA CAMPELO, “ Género y sexualidad: consideraciones contemporáneas a partir de una reflexión en torno a la transexualidad y los estados intersexuales”, *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, vol. XXX, enero-marzo, núm. 105, p. 89.

[40] En este sentido, es evidente el papel central que ha de jugar un sistema educativo en el que se rompa con el binarismo de género y en el que se pongan las bases para que los individuos no se desarrollen atrapados por el género. Véase al respecto M. SÁNCHEZ SÁINZ, *Pedagogías queer. ¿Nos arriesgamos a hacer otra educación?*, La Catarata, Madrid, 2019.

[41] Sobre la teoría de la ciudadanía como “igualdad diferenciada”, véase O. SALAZAR BENÍTEZ, *Cartografías de la igualdad. Ciudadanía e identidades en las democracias contemporáneas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

[42] “Desde los estándares internacionales de la práctica clínica se percibe con claridad que el punto de vista asumido por la medicina es el modelo binario que predomina en las sociedades occidentales. El problema consiste en que el sistema binario de ordenación de la sexualidad niega la existencia de las personas variantes de género, de las personas transexuales e intersexuales (...) Es más, la única forma de permanecer dentro de la sociedad consiste en encajar en una esas dos categorías opuestas”. J. GAVILÁN, *op. cit.* , p. 82.

[43] Sobre la crítica a esta concepción de los cuerpos como “equivocados” y, por tanto, a las vindicaciones ligadas a los tratamientos médicos y quirúrgicos de las personas trans, véase M. MISSÉ, *A la conquista del cuerpo equivocado*, Egales, Madrid, 2018.

[44] D. J. GARCÍA, “Bestiario jurídico: dispositivos de normalización ante la transexualidad”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 49, 2015, p. 413.

[45] J. GAVILÁN, *op. cit.*, p. 41.

[46] Incluso en este sentido cabría plantearse la opción de que nuestro sistema legal y administrativo prescindiera de la identificación como “hombre” o “mujer”, o bien, como ya sucede en alguna experiencia comparada, se introdujera lo que podríamos calificar como un “tercer sexo”. En todo caso, entiendo que mientras que la definición de las mujeres como sujetos políticos de las democracias siga siendo una cuestión por completar no deberíamos prescindir de la categoría que, hoy por hoy, nos indica con claridad un determinado estatus político y jurídico.

[47] “... este nuevo paradigma ético, en el que prima el consentimiento y la postergación de la cirugía, es imposible de realizar en tanto la ley no deje de inmunizar las categorías sexuales, en tanto la ley siga imponiendo dos únicos sexos”. D. J. GARCÍA, *Sobre el derecho de los hermafroditas*, cit., p. 188. De ahí la propuesta que este mismo autor realiza de los *cuerpos vivientes* como nuevo paradigma: “Frente a la concepción biopolítica de la persona, proponemos la noción cuerpo viviente, para traspasar, resignificando, los conceptos de sujeto o persona. El cuerpo o la corporalidad viviente implica una subjetividad antiesencialista, histórica, múltiple, inestable, abierta, sin una identidad fija sino en proceso, estratégica, performativa. El cuerpo ha quedado relegado a la frontera”. D. J. GARCÍA, “El fin de todos los derechos: el cuerpo viviente como umbra de la democracia”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 52, 2018, 223-247, especialmente p. 237.

[48] “La transexualidad no supone una distorsión ni una disonancia ni una incongruencia. No hay ni trastorno de la identidad ni problema de la identidad en la infancia. No hay más conflicto ni disforia que el que la sociedad ha logrado crear”. J. GAVILÁN, *op. cit.*, p. 229.