



## TRANSEXUALIDAD Y MENORES

### (Minors and Transexuality)

**Almudena Carrión Vidal**

Licenciada en Derecho

Doctoranda en el departamento de Derecho Civil de la Universitat de València.

### Resumen

En el ámbito de la transexualidad los poderes públicos han ejercido desde un principio una política claramente restrictiva que ha requerido de años para poder abrirse a las nuevas necesidades y a la sociedad actual. Así, la normativa en la materia era totalmente excluyente de los menores de edad, considerándolos carentes de aptitud alguna para poder decidir sobre su identidad sexual y todo lo que ello conllevaba. Cómo afirman algunos autores, “la finalidad básica de esa prohibición es la de garantizar que la decisión de la rectificación registral sea una decisión firme y coherente, evitando así cambios arbitrarios o no fundados en el sexo” (Vázquez-Pastor, 2010).

Esta idea paternalista, inspiradora de la normativa, si bien intenta proteger a los mismos quizá lo hace de manera excesiva, privándoles de derechos fundamentales como su dignidad y libre desarrollo de la personalidad y contradiciendo, además, normas internacionales como la Convención de los Derechos del Niño (1989) que en su artículo 12 dispone lo siguiente “ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada”.

En este breve artículo examinaremos la evolución de la transexualidad, centrándonos fundamentalmente en las normas más actuales: la Ley reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas (Ley 3/2007) y la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de Julio de 2019 (99/2019), que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad (1595/2016) presentada por el Tribunal Supremo extrayendo a continuación una serie de conclusiones, acerca de si se han derribado esas barreras y se ha permitido a los menores desarrollar su personalidad conforme a su identidad sexual o si, por el contrario, estamos aún a medio camino de ese reconocimiento pleno.

**Palabras clave:** Transexualidad, menores de edad, identidad sexual, dignidad, libre desarrollo de la personalidad.

## Abstract

In the field of transsexuality, the public authorities have exerted from the beginning a clearly restrictive policy that has taken years to open up to new needs and current society. Thus, the regulations on the matter were totally exclusive to minors, considering them lacking any ability to decide on their sexual identity and all that this entailed.

This inspiring paternalistic idea of regulations, although it tries to protect them, perhaps does so excessively, depriving them of fundamental rights such as their dignity and free development of personality and also contradicting international norms such as the Convention on the Rights of the Child (1989), which in its article 12 establishes the following: “no child shall be the object of arbitrary or illegal interference in his private life”.

In this brief article we will examine the evolution of transsexuality, focusing mainly on the most current norms, the Law regulating the registry rectification of the mention regarding the sex of people (Law No. 3/2007) and the Judgment of the Constitutional Court of 18 July 2019 (ECLI: TC: 2019: 99), then drawing a series of conclusions about whether these barriers have been broken down and minors have been allowed to develop their personality according to their sexual identity or if, on the contrary, we are still halfway to that full recognition.

**Keywords:** Transsexuality, minors, sexual identity, dignity, free development of personality.

## 1. INTRODUCCIÓN

El principio de libre desarrollo de la personalidad reconocido en el artículo 10.1 de la CE es uno de los principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico que, junto con los derechos inviolables que le son inherentes, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son fundamento del orden político y de la paz social.

Este principio, entendido por la mayoría de los autores como libertad general de acción (Robles Morchón, 1995), implica la posibilidad de realizar aquellos actos necesarios para el desarrollo de la personalidad, por lo que no es, por tanto, una libertad de acción abstracta, sino más bien concreta.

Este libre desarrollo encierra, por tanto, una serie de actuaciones referidas a muy diversos ámbitos, necesarias para el crecimiento como persona, entre los que se encuentran aquellos dirigidos a lograr la identidad sexual deseada.

La identidad sexual forma parte de un ámbito privado e íntimo de la persona reconocido en el artículo 18 de nuestra norma suprema, ámbito que debe estar, en mi opinión, fuera de toda injerencia de los poderes públicos, ya se trate de mayores o de menores de edad. Parece, si atendemos a toda la regulación en la materia que nuestro legislador ha

optado por una actitud podríamos decir “paternalista” respecto de estos menores, alejándolos de la posibilidad de decidir en esta materia y dejando esa decisión tan personal a la persona encargada de los mismos, sean padres, tutores, curadores o cualquier otra encargada del menor, según los casos.

Esta exigencia no sólo podemos derivarla en el ámbito nacional de este artículo 10.1 de la CE, sino también de otras normas como la Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor, cuyo artículo 2 dispone textualmente que “primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

En el ámbito internacional se incide con más fuerza en la cuestión, y así normas como la Convención de los Derechos del niño (1989) afirman que “ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada” (artículo 16) o el Convenio de Roma (1950), que impone el respeto a la vida privada y familiar estableciendo que “no podrá haber injerencia de la autoridad pública en este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley, y constituya una medida que en una sociedad democrática sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico, la defensa del orden, y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y las libertades de los demás” (artículo 8).

También podemos destacar sentencias como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de abril de 2017 ( TEDH 2017,49), que sostiene que “cualquier exigencia de haberse sometido a un tratamiento de reasignación de género para poder cambiar legalmente de sexo va en contra del Convenio Europeo de Derechos Humanos”. En concreto, atenta contra el artículo 8 del Convenio relativo a la vida privada que incluye el derecho a la identidad sexual, al privar el Estado francés a tres personas transgénero de dicha nacionalidad, que querían cambiar la referencia de sexo y de nombre en su certificado de nacimiento, condicionándolo a ese tratamiento previo de reasignación de género.

En nuestro país, la Ley de regulación registral de la mención relativa al sexo de las personas (Ley 3/2007), que llega tras años de resoluciones judiciales discrepantes en la materia, supone un cambio de paradigma. Establece un procedimiento gubernativo que evita la necesidad previa de obtener una resolución judicial firme que autorice el reconocimiento registral de cambio de sexo. Así, se evitan arbitrariedades y soluciones totalmente discordantes de los jueces y tribunales en función de los diferentes casos.

Esta Ley, sin embargo, no fue perfecta, sino que presentaba aspectos cuestionables como la imposibilidad de que los menores de edad pudieran solicitar la rectificación de la mención registral de sexo en el registro civil, limitándola únicamente a los mayores (artículo 1). Ello ha generado que muchas familias promuevan la incoación de expedientes gubernativos de cambio del nombre propio para evitar situaciones traumáticas en esa etapa tan compleja que es la adolescencia para, al menos, minimizar ese sufrimiento que supone tener un nombre que no se corresponde con el género que psicológicamente tienen. Para los menores que se encuentran en esta situación, los

daños psíquicos son superiores que para los mayores de edad dado que se encuentran en esa fase en la que tienen que encontrarse a sí mismos y crecer como personas, de acuerdo, claro está, con una identidad sexual querida y deseada, con la que se sientan plenamente felices y que no siempre es la que por genética les corresponde. De ahí ese paso que supuso la Sentencia del Tribunal Constitucional ( 99/2019) de extender esta opción también a los menores, fuera algo necesario y muy esperado por el colectivo.

## 2. CONCEPTO DE TRANSEXUALIDAD

Según el Diccionario de la RAE se entiende por transexualidad la “cualidad de la persona que pertenece al sexo masculino o femenino bajo el aspecto fenotípico, y que tiene las funciones fisiológicas que responden a ese fenotipo, pero que, sin embargo, se experimenta y se concibe a sí misma como perteneciente al sexo contrario”.

La OMS, en su clasificación internacional de enfermedades (CIE -10) la definía como “el derecho de vivir y ser aceptado como un miembro del sexo opuesto, que suele acompañarse por sentimientos de malestar o desacuerdo con el sexo anatómico propio, y el deseo de someterse a tratamiento quirúrgico u hormonal para hacer que el propio cuerpo concuerde lo más posible con el sexo preferido”.

Si bien, posteriormente se ha sustituido el concepto de “transexual” por el de “incongruencia de género” definiéndola como “ una incongruencia marcada y persistente entre el género experimentado por el individuo y el sexo asignado, que a menudo conduce a un deseo de “transición” para vivir y ser aceptado como una persona del género experimentado a través del tratamiento hormonal, la cirugía u otras prestaciones sanitarias para alinear el cuerpo tanto cuanto como se desee y en la medida de lo posible con el género experimentado. El diagnóstico no puede asignarse antes del inicio de la pubertad. El comportamiento y las preferencias de género por sí solas no son una base para asignar el diagnóstico” (CIE-11).

Esta nueva clasificación se refiere igualmente a la infancia, pero añade un nuevo factor, una mayor intensidad o rechazo por el género que poseen y con el que no se encuentran identificados, que incluye “una fuerte aversión por parte del niño a su anatomía o características sexuales, un fuerte deseo de las que coinciden con el género experimentado y fantasear con juguetes, juegos y actividades o compañeros de juego que son típicos del género experimentado en lugar del sexo asignado”. Se exige, además, que “esa incongruencia haya persistido durante aproximadamente dos años y no se haya diagnosticado antes de los cinco”.

Este cambio de concepto ha alejado a la transexualidad de la enfermedad mental y la ha integrado en la salud sexual, si bien el colectivo de transexuales sigue considerando que se trata igualmente de un concepto peyorativo y discriminatorio, dando a entender que se encuentran en una situación de inestabilidad corporal, de incertidumbre, sin saber qué son exactamente.

Ellos mismos afirman que existe una confusión social acerca de su concepto y que no son el “tercer sexo”, sino que son personas que simplemente han nacido con el sexo equivocado y que merecen todo el derecho a vivir su día a día conforme al sexo con el cual se identifican. La cuestión radica en si lo que se llama “identidad sexual como parte del más genérico derecho a la identidad de la persona, tiene o no la importancia necesaria para que puede considerarse un derecho inherente a la persona y, por lo tanto, para que el derecho plantee ciertos mecanismos orientados al reconocimiento, tutela, y garantía de este derecho, como es la rectificación registral del sexo y las consecuencias jurídicas de esa rectificación” (Campos, 2008).

Creo que de todo lo anterior se deduce la confusión y no asunción completa por la sociedad de este colectivo, integrado no sólo por mayores de edad, sino cada vez más por menores, lo que les lleva a dificultades a la hora de integrarse en el mundo que les rodea. En el ámbito educativo quizás sea dónde más obstáculos existan, y así los menores transexuales pueden encontrarse ante situaciones de acoso, violencia de género o maltrato por razón de identidad de género.

Son situaciones que requieren de una previa formación a los profesionales que tratan con los menores a fin de que adopten todas las medidas posibles para evitar tal discriminación, medidas entre las que se encuentran el respeto al nombre y a la indumentaria elegida por el menor con independencia de su sexo biológico, así como, quizá, la necesidad de informar a los alumnos sobre estas situaciones a efectos de una mayor aceptación de las mismas.

Ya nuestra Constitución, en el artículo 27, dispone que “la educación tendrá por objeto el libre desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”, idea que inspira las posteriores normas en materia educativa, tanto estatales, como la Ley Orgánica de educación (Ley 2/2006) y la Ley para la mejora de la calidad educativa (Ley 8/2013), como autonómicas, por ejemplo, la Ley Foral (Ley 12/2009).

### **3. LA TRANSEXUALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA**

En materia de transexualidad no cabe duda de que debemos acudir, en primer lugar, a la Jurisprudencia, distinguiendo una primera época en la que destacan las sentencias del Tribunal Supremo de los años 1987, 1988 y 1989, y una segunda en la que nos referiremos a otras de 2002, 2005 y 2006.

#### **3.1. Primera etapa**

Comenzamos esta primera etapa con la famosa sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Julio de 1987 (ROJ 1987, 8700) en la que destaca la referencia a la llamada “ficción de hembra que se produce en los casos en los que el varón se somete a una operación

quirúrgica que da como resultado una morfología sexual artificial de órganos externos e internos practicables similares a los femeninos”.

“Esta ficción también se protege por el derecho porque la ficción desempeña en el Derecho un papel tan importante como las ciencias exactas. Por tanto, esta ficción ha de aceptarse para la transexualidad, porque el varón operado transexualmente no pasa a ser hembra, sino que se le ha de tener por tal por haber dejado de ser varón por extirpación y supresión de los caracteres primarios y secundarios y presentar unos órganos sexuales practicables similares a los femeninos y caracterología psíquica y emocional propias de este sexo”.

Es esta teoría de la ficción y por tanto del paso de hombre a mujer como consecuencia de una operación quirúrgica, unida al “irresistible sentimiento de pertenencia al sexo contrario, rechazo del propio, y deseo obsesivo de cambiar la morfología genital”, permite concluir ese cambio de sexo en la inscripción de nacimiento. Esta ficción es, sin embargo, rechazada por algunos autores que entienden que “la modificación del sexo de una persona, no se produce, en sentido estricto, con tratamientos específicos ni quirúrgicos, y que el establecimiento de una ficción legal en este sentido resulta sumamente perturbador. El derecho puede arbitrar-creemos- otra serie de medidas para preservar esa libertad imperiosa, necesaria a todo ser humano en el reducto de lo íntimo y que, lógicamente, se ve fuertemente amenazada en el caso de los transexuales” (Vidal, 1989).

Continuamos con la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de Julio de 1988 (ROJ 1988, 5722) que autoriza también esa rectificación registral en la inscripción de nacimiento, debido a que el recurrente “cromosómicamente varón ofrece en la actualidad y en lo que su proyección morfológica se refiere el sexo femenino, que a su vez y psíquicamente considerado pertenece a dicho sexo y que por ello no es ya ni físicamente ni socialmente varón”.

En esta sentencia no se acude a la teoría de la ficción, sino a esa apariencia externa como mujer y a ese sentimiento de sentirse como tal, actuando en todas sus facetas como perteneciente a dicho sexo.

Por último, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Marzo de 1989 (EDJ 1989, 2367) articula toda su argumentación en torno al principio del libre desarrollo de la personalidad reconocido en el artículo 10.1 de la CE, distinguiendo una serie de argumentos:

a) En primer lugar, la comprobación por la ciencia de que “en el momento inicial de la formación en el embrión del llamado sexo cromosómico y junto al proceso normal que comporta la atribución a los gametos masculinos de una fórmula de 46 XY, y para los femeninos de 46 XX se producen con cierta frecuencia desviaciones, las cuales tienen una decisiva influencia sobre la psique del sujeto que la padece, produciendo en el mismo un sexo psíquico distinto del que, por razón de su biología molecular, le correspondía”.

b) Estas situaciones obligan a la inclusión del sujeto dentro de alguno de los dos sexos que el derecho reconoce, para lo que “no sólo habremos de atender al comportamiento hormonal sino también a los restantes y más importantes elementos que determinan su entera personalidad, somática y psíquica”.

c) A la hora de valorar los parámetros para incluirlo en uno u otro sexo “no habrá de ser el factor cromosómico el que predomine, sino el fenotípico que atiende al desarrollo corporal, y con mayor fuerza aun, al psicológico que determina el comportamiento caracterial y social del individuo”.

d) Al no existir una norma concreta que regule la materia, estamos ante una laguna de ley “si bien esta no releva al órgano jurisdiccional de su deber de resolver la cuestión a él sometida, conforme al artículo 1.7 del C.C, que ordena a los jueces a resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, atendiéndose al sistema de fuentes y que por aplicación de la analogía iuris se aplicará el mandato constitucional del artículo 10 que obliga a respetar el libre desarrollo de la personalidad”.

e) Por último, tiene en cuenta que “desde los cinco años se sintió rechazado por sus compañeros de sexo por su inclinación a realizar juegos femeninos, que a los dieciocho inició su vida artística vistiéndose de mujer, que a los veintinueve se operó, desprendiéndose del pene que le impedía realizar su vida femenina, comenzando a tener problemas con su documentación que se contradecía con su aspecto, teniendo una personalidad atormentada y viviendo permanentemente en un estado de ansiedad.

De todo ello se desprende la necesidad que para su libre desarrollo de la personalidad requería el cambio de nombre en la inscripción de nacimiento del Registro civil de varón a mujer, estimándose así el recurso.

### **3.2 Segunda etapa**

En esta segunda etapa nos referiremos en primer lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 del septiembre de 2002 (ROJ 2002, 7180), en la que si bien se empieza a hablar con más detalle del sexo psicológico, se sigue exigiendo la cirugía transexual para poder hablar de cambio. Por ello, se rechaza la casación, al entenderse que no se han completado las etapas secuenciales necesarias para la reasignación sexual previstas por los informes elaborados por la Agencia de Evaluación de Tecnologías Sanitarias del Instituto de Salud Carlos III del Ministerio de Sanidad y Consumo, que son las siguientes: 1. Tratamientos hormonales, 2. Eliminación y esterilización de los caracteres sexuales primarios y secundarios, 3. Reconstrucción de órganos genitales externos del sexo pretendido. Dispone así, textualmente que “si bien el dato cromosómico no es suficiente para el reconocimiento de la identidad sexual de una persona, tampoco pueden considerarse suficientes los factores puramente psicológicos para conceder relevancia jurídica a las demandas de admisión de cambio de sexo,

resultando imprescindible que las personas transexuales que las formulan se hayan sometido a los tratamientos hormonales y quirúrgicos precisos para la supresión, no sólo de sus caracteres sexuales secundarios sino, también y fundamentalmente, para la extirpación de los primarios y la dotación a los solicitantes de órganos sexuales semejantes, al menos en apariencia, a los correspondientes al sexo que emocionalmente sienten como propio”.

Por otro lado, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 23 de Mayo de 2005 (EDJ 2005, 152422) marca un avance importante al reconocer que no es necesario someterse a una operación de reasignación sexual para la rectificación registral, afirmando textualmente que “no puede supeditarse el cambio de sexo solicitado a la plena asimilación morfológica con mutación plena de los órganos sexuales, pues el sexo responde a una carga genética, biológica y psicológica que supera el criterio meramente físico o morfológico”.

A pesar de que la jurisprudencia menor procedente de algunas Audiencias apostara por ese nuevo criterio, la postura del Tribunal Supremo se mantiene inalterable y así se manifiesta en sentencias como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 25 de Septiembre de 2006 (EDJ 2006, 309130), a la que se recurre después de que el Juzgado de Instancia dictara sentencia desestimatoria y en la que se incide de nuevo en la infracción del artículo 10.1 de la CE (libre desarrollo de la personalidad), al exigir ese tratamiento quirúrgico para el cambio de mención de sexo y nombre registral, pero también se añaden otros, como el artículo 18 (derecho a la intimidad y a la propia imagen), artículo 24 (tutela judicial efectiva), así como, el 3.1 (criterios de interpretación de las normas). Expone además que, “acreditados como están el padecimiento de un trastorno de identidad sexual, el inicio de un tratamiento hormonal y el grado de satisfacción conseguido con el mismo, se evidencia la seriedad de su deseo y la irreversibilidad de su proceso de reasignación corporal, por lo que en el caso estaría justificada una flexibilización de la doctrina del Tribunal Supremo a la recurrida, cuando la evolución social en el ámbito de los derechos humanos, y más concretamente en la tendencia a evitar cualquier tipo de discriminación por razón de sexo o identidad sexual, aboga por la flexibilización que se postula”.

Expuesto lo anterior, nos encontramos ante un panorama contradictorio en el que alguna jurisprudencia menor opta por permitir ese cambio de nombre y de sexo en el Registro sin necesidad de operación previa, mientras que otra sin embargo mantiene la del Tribunal Supremo, exigiendo la misma.

Ello produce, ante todo, una situación de incertidumbre y de falta de seguridad jurídica del colectivo al encontrarse con supuestos semejantes que son resueltos de manera diferente según el órgano judicial que resuelva el caso.

Es esa situación la que parece propiciar la promulgación de la Ley reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas (Ley 3/2007) que genera un cambio en la postura del Supremo, pasando a considerarse que el hacerse depender el cambio de sexo y nombre en el registro de la previa operación quirúrgica,



vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad reconocido en el artículo 10.1 de la CE y así se expone en sentencias como la de 17 de septiembre de 2007 (EDJ 2007, 152384) al afirmar lo siguiente, "el libre desarrollo de la personalidad implica un derecho a sostener la identidad sexual como expresión de la identidad personal que es un bien de la personalidad".

#### **4. LA TRANSEXUALIDAD EN LA LEY 3/2017 REGULADORA DE LA RECTIFICACIÓN REGISTRAL DE LA MENCIÓN RELATIVA AL SEXO DE LAS PERSONAS**

Esta Ley, como avanzábamos anteriormente, viene a cubrir ese vacío legal en materia de transexualidad, así como las dispares soluciones jurisprudenciales al respecto.

Son tres aspectos los aspectos nucleares o centrales en la misma: en primer lugar la mayor importancia otorgada al sexo psicológico, de manera que ya no es necesaria la cirugía total de reasignación sexual; en segundo lugar la no necesidad de una sentencia judicial firme que autorice el cambio registral de sexo, sino que se puede acudir directamente al Registro Civil para conseguirlo a través de un procedimiento administrativo dentro del mismo; y, por último, la concesión de efectos civiles plenos a la rectificación de sexo, de modo que ya no se trata de una mera ficción como sostenía anteriormente el Supremo.

Es una ley cuya regulación es más bien reducida, es decir, se limita a regular únicamente el reconocimiento de la rectificación registral de sexo como consecuencia jurídica de un proceso, sin examinar aquello que se ha producido anteriormente y ha llevado a dicha situación.

Su artículo 1 dispone que puede solicitar la rectificación de sexo "toda persona de nacionalidad española, mayor de edad y con capacidad suficiente para ello".

El requisito de nacionalidad española es un requisito lógico ya que se trata de datos que se van a recoger en el Registro Civil Español y por ello han de pertenecer a nacionales del mismo.

En lo relativo a la mayoría de edad, han surgido discrepancias, que abordaremos posteriormente y que generaron una cuestión de inconstitucionalidad resuelta por el Tribunal Constitucional en sentencia 99/2019 ya que en muchos de estos casos esta necesidad aparece con anterioridad, en menores que no han alcanzado aun los dieciocho años y que requieren de ese cambio para poder desarrollarse como personas de acuerdo a su identidad sexual, eliminando ese obstáculo.

En lo relativo a la capacidad suficiente, parece reiterarse el legislador al haber mencionado antes la mayoría de edad, que debería presumir la misma, máxime cuando en su artículo 4 exige "la ausencia de trastornos de la personalidad que puedan influir, de forma determinante, en la existencia de la disonancia". Podríamos pensar que la finalidad del legislador era reforzar aún más el requisito anterior, dejando clara cualquier duda acerca de esa capacidad exigible.

Además de estos requisitos de carácter personal, se exigen otros dos formales, el diagnóstico de disforia de género y el de tratamiento médico de al menos dos años.

La disforia de género es una disonancia entre el sexo morfológico o fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante o sexo psicosocial. Esta ha de hacerse constar en informe médico o de psicólogo clínico colegiado en España o cuyo título haya sido reconocido u homologado en España. Si bien, se exige además la constancia de otros dos requisitos, uno temporal, el de la estabilidad y persistencia de esta disonancia (evitando que responda a un mero capricho temporal), y otro relativo a la ausencia de trastornos de la personalidad que pudieran influir, de forma determinante, en la existencia de dicha disonancia.

La segunda exigencia formal para la solicitud de rectificación de mención de sexo viene referida a la necesidad de un tratamiento médico durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las del sexo reclamado (sin concretarse su dimensión), lo que se efectuará mediante informe de médico colegiado bajo cuya dirección se haya realizado el tratamiento o, en su defecto, mediante informe de un médico especializado. Este, sin embargo, se excluye cuando existan razones de salud o de edad que imposibiliten su seguimiento y se aporte certificación médica de tal circunstancia.

Así, se flexibilizan los requisitos exigidos anteriormente quedando limitados, por un lado, a la necesidad de informe médico en la que se acredite una disforia de género permanente con la finalidad de evitar supuestos pasajeros en los que la persona realmente no desea ese cambio de sexo o lo desea como consecuencia de un trastorno mental y, por otro, a la exigencia de tratamiento médico dos años antes en el que se haya producido una mínima adaptación del cuerpo del solicitante al sexo reclamado, externalizando la disonancia, siendo este último "un tanto excesivo" (Lloveras, 2008).

Para concluir este apartado, mencionar lo establecido en la citada Ley en cuanto a los efectos de la resolución (artículo 5), los cuales se producirán a partir de la inscripción en el Registro Civil, siendo por tanto constitutivos y permitiendo a partir de ese momento el ejercicio de todos los derechos inherentes a su nueva condición.

#### **4. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 99/2019**

Debido a la imposibilidad de los menores de edad, por sí o a través de sus representantes legales, de solicitar el cambio de mención registral de sexo conforme a

la Ley 3/2007 por tratarse de una decisión personalísima, el Tribunal Supremo, dudando de su constitucionalidad, presentó cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional que se resolvió por sentencia 99/2019. Así, hasta ese momento parecía existir “cierta prudencia en los Tribunales para permitir la rectificación de sexo de los menores, y una clara inseguridad jurídica que demandaba un pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional” (Burgos, 2016).

Los antecedentes de hecho son los que a continuación se exponen:

1) El menor de Huesca inscrito al nacer con nombre y sexo de mujer manifiesta desde temprana edad sentirse varón y preferir usar un nombre masculino, siendo esto aceptado en su entorno personal y social.

2) En 2014 el equipo médico emite un informe en el que reconoce que el paciente presentaba un fenotipo totalmente masculino y estaba adaptado a su rol de hombre. No se detectaba ninguna patología psiquiátrica relevante que pudiera influir en su decisión de cambio de sexo por lo que se le deriva a un médico endocrino para recibir un tratamiento hormonal. Asimismo, el informe hace constar que cumple los requisitos solicitados por la Ley 3/2007 para reclamar el cambio de nombre y de sexo en el registro y en los documentos pertinentes, argumentando que la exigencia legal del tratamiento hormonal para acomodar las características físicas de la persona a las del sexo reclamado no sería de aplicación según la propia ley cuando concurren circunstancias de edad que imposibiliten ese tratamiento, como ocurre en el caso ya que “el paciente no pudo hormonarse con anterioridad pues por edad no había empezado el cambio puberal, por lo que el tratamiento hormonal no tenía sentido de ser aplicado”.

3) Los padres del menor promueven expediente gubernativo ante el Registro Civil solicitando la rectificación registral de la mención registral de sexo y nombre que fue inadmitida a trámite por el Juzgado de Primera Instancia, por no cumplir el requisito de edad fijado en el artículo 1 de la Ley 3/2007.

4) Los padres acuden entonces a la vía judicial para solicitarla, presentando demanda de juicio ordinario, pero de nuevo vuelve a desestimarse por ausencia de dicho requisito.

5) Se acude así en apelación, pero la Audiencia Provincial de Huesca confirma la sentencia de instancia con el mismo argumento.

6) En vista de ello, se recurre en casación al Tribunal Supremo y este plantea al Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad estableciendo entre otros argumentos que “la limitación de los derechos fundamentales a los menores de edad solo puede tener dos justificaciones fundamentales, la falta de madurez de la persona y la necesidad de proteger a este colectivo conforme a los artículos 39.3 y 4 de la CE”, afirmando que en el caso en cuestión, “el menor tiene suficiente madurez y se encuentra en una situación estable de transexualidad, provocándole esa discrepancia entre el sexo

psicológico y registral sentimientos de vulnerabilidad, humillación y ansiedad”. Añade a continuación que “ello puede constituir una restricción desproporcionada de sus derechos fundamentales, interpretados a la luz del artículo 10.1 de la CE”.

El Tribunal Constitucional considera inconstitucional el artículo 1 de la citada Ley 3/2007 al privar a los menores de edad con suficiente madurez y que se encuentren en una situación estable de transexualidad del cambio de la mención de sexo y de nombre en el registro al ser una injerencia desproporcionada en su derecho a la intimidad y contraria al principio que les garantiza un espacio de libertad en la conformación de su identidad sexual. En todo caso habrá que ir caso por caso en espera de hipotéticas especificaciones normativas concretando estos requisitos (De Verda, 2019).

Expone también que el artículo 1.1 de la Ley, “en la medida en que se aplica a todos los menores de edad, sin establecer un cauce de individualización de aquellos menores de edad con suficiente madurez y en una 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”.

Se formula un voto particular a la sentencia por la Magistrada Encarna Roca Trías en el que se expone que “se trata de un fallo en el que se declara inconstitucionalidad de la norma, pero no la nulidad del precepto cuestionado, dando lugar a un pronunciamiento a mi juicio confuso y de efecto impreciso, pues no sabría determinar si estamos ante una sentencia “aditiva” en la que se declara inconstitucional la norma porque no se ha previsto algo que el legislador constitucionalmente estaba obligado a prever o ante una sentencia de inconstitucionalidad parcial, o ante una sentencia “monitoria”, en la que se aconseja al legislador que opte por una regulación más favorable o, en suma, ante una sentencia meramente interpretativa, dejando pendiente de 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”.

## 6. CONCLUSIONES

Expuesto lo anterior se llega a una serie de conclusiones:

La primera de ellas, la necesidad de acudir a ramas como la psicología o la medicina entre otras para concretar cuestiones que están fuera de alcance del derecho pero que han de guiar al mismo, como es la necesidad de informes de médicos que acrediten la disforia de género, ausencia de trastornos de la personalidad que influyan en la decisión de cambio de sexo y el tratamiento recibido para adecuar los caracteres físicos a los del sexo reclamado.

En segundo lugar los obstáculos sociales con los que cuentan los transexuales que no hacen sino agravar su situación, por ejemplo en el caso de los menores, el acoso por parte de compañeros, el sentirse rechazados incluso por su propia familia o amigos así como la dificultad de encontrar pareja, lo que les genera la necesidad de ese cambio también físico y no sólo psíquico, es decir no sólo basta el sentirse como hombre o mujer, sino que requieren de esa exteriorización.

En tercer lugar la Ley 3/2007, aunque aparentemente protectora de los menores de edad, en realidad no es sino una Ley que les perjudica, al coartarles el derecho a solicitar el cambio de sexo, derecho necesario para el desarrollo integral de su personalidad y que pertenece a su ámbito privado e íntimo. Esto se puso de manifiesto en la sentencia 99/2019 al resolver la cuestión de inconstitucional planteada, implicando un cambio necesario y satisfactorio para este colectivo, aunque con dudas sobre quién y cómo ha de determinar esa suficiente madurez del menor y el grado de estabilidad de la situación de transexualidad. Para su determinación lógicamente no bastará con el testimonio de los padres, pues estos son parciales, sino que será necesario informes de personas externas que actúen imparcialmente, médicos o psicólogos, a los que en ocasiones incluso se les generan dudas sobre dicha situación.

Esta incertidumbre no sólo afecta al ámbito registral, sino también al sanitario, de manera que también nos encontramos con criterios dispares a la hora de que los centros médicos acuerden o no el tratamiento según la edad, produciéndose situaciones discriminatorias al privar de esta posibilidad a menores que se encuentran en una situación idéntica a otros a los que sin embargo se les concede.

Por otro lado, en el ámbito educativo estamos, en mi opinión, a medio camino para derribar totalmente esta discriminación, ya que con un simple vistazo a la prensa o a la televisión nos encontramos con casos de acoso a estos menores por sus compañeros en colegios e institutos, en los que profesores no saben muy bien cómo actuar al carecer de medios y formación adecuada.

Es necesario advertir, en esta línea, de los suicidios de personas transexuales, como el del joven vizcaíno de dieciséis años que acabó con su vida en 2018 ante las dificultades de conseguir un tratamiento hormonal dada la estricta regulación, lo que le generaba una angustiosa situación que no pudo sobrellevar.

También es necesario insistir en que a pesar de las aportaciones internacionales en la materia, fundamentalmente los pronunciamientos de Tribunal de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como otras resoluciones, no se han llegado a aplicar en la práctica, por lo que esa evolución que pretendían generar no ha llegado a hacerse posible.

Creo, por tanto, que es necesario tomar una serie de medidas para acabar realmente con la discriminación del colectivo en todos los ámbitos, medidas que empiezan con la unificación de criterios, a fin de evitar la inseguridad jurídica y la arbitrariedad en la toma

de decisiones según la comunidad autónoma de que se trate, y que terminan con la necesidad de conciencia social y de sensibilización de la población hacia los transexuales.

Se pide a la sociedad que reconozca estas situaciones como normales, dejando atrás ese rechazo a quien siendo hombre se sentía y actuaba como mujer y viceversa, independientemente de haberse sometido o no a tratamiento hormonal, entendiendo que cada persona es distinta y que todas tenemos derecho a elegir nuestra identidad sexual, formando parte de nuestro desarrollo personal.

La identidad sexual pertenece a un ámbito privado e íntimo de la persona, y sólo ella por tanto es la que ha de tener la capacidad para decidir sobre esta cuestión, sin que en ningún caso pueda privárseles a los menores, por el mero hecho de serlo, de esta posibilidad si cuenta con la madurez necesaria para adoptar esa decisión de manera responsable. Entiendo, de otra parte, que se exijan otros requisitos como el de una cierta estabilidad, pues es cierto que debe ser un deseo que se mantenga en el tiempo y no un mero antojo propio de la adolescencia, así como el de acreditar que la persona no sufre un trastorno que le haya llevado a decidir algo que es mera consecuencia de su falta de lucidez en un momento dado.

Para concluir, considero que lo que debería hacerse es intentar compaginar dos principios, el de protección del menor, por un lado, y el del libre desarrollo de la personalidad, por otro, exceptuando lo menos posible su derecho al cambio de sexo y por tanto sólo en casos de falta de madurez y de inestabilidad en esa situación de transexualidad. De esta manera se les garantiza su derecho al libre desarrollo de la personalidad reconocido en el artículo 10.1 de la CE, cuyo contenido serán otros derechos reconocidos a lo largo del texto y que además guarda estrecha relación con ese carácter democrático del Estado previsto en el artículo 1.1 y con el 9.2 de dicha norma que establece la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.

## Bibliografía

- BOE: Real Decreto de 14 de Julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, "Gaceta de Madrid", núm. 206, de 25/7/1889. Entrada en vigor 16/08/1889.
- BOE: Constitución española, núm. 311 de 29/12/1978. Entrada en vigor 29/12/1978.
- BOE: Ley 3/2007, de 15 de Marzo reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al género de las personas, núm. 65 de 16/3/2007. Entrada en vigor 17/3/2007.

- Burgos García, O. (2016). El derecho a la identidad de género como derecho fundamental en interés del menor. En C. García Gil, C, Flecha García, M.J. Cala Carillo, M. Nuñez Gil y A. Guil Bozal (Eds), *Mujeres e investigación. Aportaciones Multidisciplinares: VI Congreso Universitario Internacional de Investigación y Género* (Sevilla 30 de junio y 1 de Julio de 2016) (pp. 65-78). Recuperado el 6 de abril, de <https://idus.us.es/xmlvi/handle/11441/51058>
- Campos Rubio, A. (2008). Familia, Género y Filiación. En Mestre, R (Coord.), *Mujeres, derechos y ciudadanías*. (pp. 193-220). Valencia. Tirant lo Blanch.
- De Verda, J. R. (2019). Transexualidad, minoría de edad, cambio de sexo y cambio de nombre. *Revista del Instituto de Derecho Iberoamericano (IDIBE). Tribuna*. Recuperado el 12 de abril, de <https://idibe.org/tribuna/transexualidad-minoria-edad-cambio-sexo-cambio-nombre/>
- Lloveras Ferrer, M-R. (2008). Una ley civil para la transexualidad. In *Dret: Revista para el análisis del Derecho* (1). Recuperado el 6 de abril de [http://www.indret.com/pdf/510\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/510_es.pdf)
- Robles Morchón, G. (1995). El libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la C.E). En García, L. (Coord), *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la C.E.* (pp. 45-61). Universidad de Alcalá. Servicio de publicaciones.
- Vázquez-Pastor Jiménez. L. (2010). El transexualismo primario y su contemplación legal en el ordenamiento jurídico español. En *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, 8, pp. 255-273.
- Vidal Martínez, J (1989). ¿Se incluye el "cambio de sexo" (transexualidad) en el "libre desarrollo de la personalidad" al que se refiere al artículo 10.1 de la Constitución Española?. En *Revista General de Derecho*. 534, pp. 987-1029.