

# EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN INTERÉS DEL MENOR

Burgos García, Olga<sup>1</sup>

## RESUMEN

Existe una creciente demanda social en favor del reconocimiento jurídico pleno e institucional del derecho a la identidad de género en los menores de edad en nuestro país. Ante las barreras legales actuales, las familias afectadas se ven obligadas a acudir ante los tribunales ordinarios en amparo de la tutela judicial de dicho derecho, en beneficio de sus hijos e hijas. El reciente auto del Tribunal Supremo de fecha de 10 de Marzo de 2016, plantea una cuestión de inconstitucionalidad ante el TC, en relación al artículo 1 de la Ley 3/2007 Reguladora de la Rectificación Registral de la mención al sexo de las personas, que parece impedir su ámbito de aplicación a los menores de edad. Se trata en esta comunicación de abordar los fundamentos de derecho del TS sobre el derecho a la identidad de género en consonancia con el interés preferente del menor.

## PALABRAS CLAVE

Identidad de género, menor de edad, inconstitucionalidad, interés del menor, rectificación registral del sexo.

## ABSTRACT

The growing social demand on recognition of the right to gender identity at early age in a Full deployment of legal purposes.

By this objective, because the current legal barriers remains, the families are forced to keep, before the ordinary courts under the effective and rights-judicial protection of that right, for the benefit of their children. The recent Supreme Court ruling dated March 10, 2016 that resolves an appeal against the denial of the right to a child in our country, raises a question of unconstitutionality before the Constitutional Court in relation to Article 1 of Law 3/2007 regulator of the registry rectification of the mention of the sex of the people, which prevents its application to minors. It is an approach to address a legal basis put forward by the TS on the disputed infringement of the right to gender identity in the minors in the Act.

## KEYWORDS

gender identity, minors, registry rectification of the sex, unconstitutionality.

## INTRODUCCIÓN

La restricción del derecho a decidir un cambio registral de la mención del nombre y sexo por las personas que aún no han alcanzado legalmente, por razón de su edad, su plena capacidad

---

<sup>1</sup>Universidad de Sevilla  
[ocburgosgarcia@gmail.com](mailto:ocburgosgarcia@gmail.com)

jurídica -en consonancia con el sexo sentido- es decir, a los menores de edad, podría discriminarlos en una fase crucial de su vida, cuando se consolida el desarrollo de su personalidad. Entendiendo el derecho al desarrollo de la personalidad, según definición de José María Espinar Vicente (1995), como: *“la facultad de natural de la que gozan los hombres para actuar, de acuerdo con su peculiar modo de ser, al objeto de acrecentar, o simplemente llevar a la práctica, sus cualidades diferenciales de orden físico, intelectual o moral (...) la facultad como natural de que gozan los hombres para realizar sin obstáculos, las acciones u omisiones que le permitan expresar; y aumentar progresivamente, aquellas cualidades de capacidad, disposición, virtudes y prudencia que debe distinguir a la persona.”*

La afectación en la salud psico-física de los menores en el proceso de transición de género, los efectos secundarios de los tratamientos hormonal en menores y en su caso, la falta de determinación en estudios recientes sobre la permanencia en el menor de la identidad de género mostrada tras los primeros años distinta a la declarada en el nacimiento o registral genera controversias legales sobre si los mismos están legitimados, o sus progenitores a participar en la decisión que podría ser irreversible.

La Ley 3/2007 tras un intenso debate previo en su elaboración, en esta cuestión, reguló la prohibición de dicho derecho a los menores. Aunque existen opiniones discordantes incluso con que exista tal prohibición legal. La defensora del Pueblo Soledad Becerril (2016) en su informe anual del año 2015 expone: *“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”*.

Aún no existen estudios estadísticos y científicos sobre los menores trans determinantes sobre el tema, y dado que la regulación existente está amparada en criterios biomédicos proteccionistas con la seguridad jurídica del menor, se ha generado intenso debate moral, ético, jurídico y científico sobre la conveniencia o no de mantener dicha regulación, que está, en todo caso condicionado por la ausencia de datos reales y fiables sobre la permanencia o no en los menores de los deseos o sentimientos de pertenecer al sexo distinto del que ha sido asignado al nacer en su desarrollo evolutivo. Permanecen enfoques biologicistas que autores como Jose Antonio Nieto Piñero (2008) *“ignoran en sus fundamentos de partida la sexualidad humana, a diferencia de las ratas de laboratorio, se ensambla y adquiere significación por medio de los lenguajes, símbolos y discursos sociales”*.

Si bien la mayoría de la doctrina especializada reivindica la necesidad de un replanteamiento del sistema garantista y restrictivo actual que obliga a la permanencia del sexo registral hasta la mayoría de edad, los principales defensores de este sistema restrictivo aluden a motivos de incertidumbre y biomédicos, que alertan sobre los efectos secundarios y devastadores de permitir una decisión precipitada de dicha libertad de elección de la identidad de género en los padres, en representación de sus hijos, o en los jóvenes menores -con suficiente juicio- enumerando los riesgos sobre su salud física y mental de los tratamientos hormonales a edades tempranas. Frente a ellos autores como Nieto Piñero (2008) dicen *“Los derechos civiles de los ciudadanos están por encima de las subjetividades biológicas. La biología también es una ciencia social”*.

Sin embargo, son cada vez mayores las opiniones expertas internacionales divergentes que se despliegan atendiendo al interés del menor, en defensa del desarrollo natural y social del niño a su pleno reconocimiento jurídico de la identidad de género en sus manifestaciones sociales, una

vez consolidada dicha creencia o sentimiento en el menor, con suficiente juicio para ello, para evitar, al contrario un sufrimiento y daño irreparable.

Nuestra identificación sexual, personal, del derecho a la autoasignación cultural en un género concreto, se despliega como manifestación íntima y personal de cada desarrollo personal individual que interviene diferenciándonos, dotándonos de autonomía individual en las relaciones sociales desde edades tempranas. En palabras de Judith Butler (2006): *“qué es una persona y qué normas sociales deben respetar y expresar para que se le asigne tal cualidad, cómo reconocemos o no a los otros seres vivientes como personas dependiendo si reconocemos o no la manifestación de cierta norma en y a través del cuerpo del otro”*.

La preocupación por la importancia de la identidad de género en los menores, la relevancia en su desarrollo y la afectación en su vida futura, ha llevado a la Asociación Profesional Mundial de la Salud Transgénero (WPATH) a dictaminar unas normas de Atención para tratar de delimitar el papel del trabajo de los profesionales de la salud mental de niños y adolescentes con Disforia de género que incluye: 1) la evaluación de disforia de género, 2) la prestación de asesoramiento familiar y psicoterapia de apoyo para ayudar a explorar identidad de género, 3) la evaluación y el tratamiento de la coexistencia de problemas de salud mental, 4) referido a los profesionales médicos para el examen de los servicios de transición, 5) la educación en la defensa de los niños con disforia de género, 6) la remisión a grupos de iguales y de apoyo para padres.

No es una cuestión pacífica en los tribunales. Se discute por la doctrina si los menores tienen o no capacidad para decidir una cuestión tan trascendental para sus vidas, si la llamada disforia de género diagnosticada clínicamente en edades tempranas permanece en el tiempo y si es estable y determinante, o, según opiniones contrarias, se “corrige” en edades adolescentes en un determinado porcentaje. Por desgracia, los niños con disforia de género tienen, según los estudios, un alto riesgo de depresión y ansiedad, así como sufren de aislamiento social, con episodios de autolesiones e intentos de suicidio.

Los análisis realizados hasta la fecha han medido la prevalencia del, anteriormente llamado, trastorno de identidad de género, un diagnóstico psiquiátrico que fue reemplazado por disforia de género en la revisión de mayo de 2013 del Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales, quinta edición (DSM-5). El consenso de abandonar GID en el DSM-V representó un cambio paradigmático científico que restó importancia a las personas con una identidad de género no conforme a la asignada al nacer y abandonó el concepto patológico anterior y se centró en cambio en los potenciales desafíos psicosociales asociados con la no conformidad de género. Dada esta reformulación reciente, aún no existen estudios que hayan examinado la prevalencia GD (por DSM-5 criterios) en niños o adolescentes.

Paras ello, en una breve aproximación sobre la disforia de género debemos aproximarnos a distintos conceptos que están determinados por la doctrina científica:

#### 1.- *Disforia de género en niños*

*A. Existe una marcada incongruencia entre el sexo que uno siente o expresa, y sus caracteres sexuales primarios o secundarios (o en los adolescentes jóvenes, los caracteres sexuales secundarios previstos) que se le asignó, de una duración mínima de seis meses, manifestada por un mínimo de seis de las siguientes características (una de las cuales debe ser el Criterio A1):*

1. Poderoso deseo de ser del sexo sentido, o una insistencia de que él o ella es del sexo opuesto al asignado (o de un sexo alternativo distinto del asignado).

2. En los chicos (sexo asignado), una fuerte preferencia por el travestismo o por simular el atuendo femenino; en las chicas (sexo asignado) una fuerte preferencia por vestir solamente ropas típicamente masculinas y una fuerte resistencia a vestir ropas típicamente femeninas.

3. Preferencias marcadas y persistentes por el papel del sexo sentido, o fantasías referentes a pertenecer al mismo.

4. Una marcada preferencia por los juguetes, juegos o actividades habitualmente utilizados o practicados por el sexo sentido.

5. Una marcada preferencia por compañeros de juego del sexo sentido.

6. En los chicos (sexo asignado), un fuerte rechazo a los juguetes, juegos y actividades típicamente masculinos, así como una marcada evitación de los juegos bruscos; en las chicas (sexo asignado), un fuerte rechazo a los juguetes, juegos y actividades típicamente femeninos.

7. Un marcado disgusto con la propia anatomía sexual.

8. Un fuerte deseo por poseer los caracteres sexuales tanto primarios como secundarios, correspondientes al sexo que se siente.

B. El problema va asociado a un malestar clínicamente significativo o deterioro en lo social, escolar u otras áreas importantes del funcionamiento.

## 2.- Disforia de género en adolescentes

A. Existe una marcada incongruencia entre el sexo que uno siente o expresa (sexo sentido) y el que se le asignó, de una duración mínima de seis meses, manifestada por un mínimo de dos de las características siguientes:

2. Un fuerte deseo por desprenderse de los caracteres sexuales propios primarios o secundarios, a causa de una marcada incongruencia con el sexo que se siente o se expresa (o en adolescentes jóvenes, un deseo de impedir el desarrollo que los caracteres sexuales secundarios previstos).

3. Un fuerte deseo por poseer los caracteres sexuales, tanto primarios como secundarios, correspondientes al sexo sentido.

4. Un fuerte deseo de ser del otro sexo (o de un sexo alternativo distinto del que se le asignó).

5. Un fuerte deseo de ser tratado como del sexo sentido (o de un sexo alternativo distinto del que se le asignó).

6. Una fuerte convicción de que uno tiene los sentimientos y reacciones típicos del sexo sentido (o de un sexo alternativo distinto del que se le asignó).

B. El problema va asociado a un malestar clínicamente significativo o a deterioro en lo social, laboral u otras áreas importantes del funcionamiento.

Para establecerse el diagnóstico de transexualidad según clasificación internacional de enfermedades, el CIE 10, la persona afecta debe cumplir 3 criterios:

- El deseo de vivir y ser aceptado como el sexo sentido, y no como el asignado al nacimiento, generalmente acompañado por el deseo de hacer el cuerpo lo más similar posible al del sexo sentido por medio de tratamientos hormonales y quirúrgicos.

- La identidad transexual ha estado presente persistentemente durante por lo menos 2 años.

- La transexualidad no es síntoma de un trastorno mental ni orgánico. La persona que lo padece manifiesta un sentimiento constante y una convicción persistente de pertenecer al sexo sentido, hecho que le crea un permanente conflicto de identidad sexual, siendo éste el aspecto cardinal del fenómeno.”

Según estudios científicos reciente de Isaxo Rica, Gema Grau y otros *“La identidad de género (sentimiento de ser hombre o mujer) es un proceso de aprendizaje cognitivo y afectivo que evoluciona gradualmente durante la infancia y la juventud, y que ocurre en interacción con los familiares, los compañeros, los amigos y el entorno. Se desconoce en detalle cuándo cristaliza la identidad de género o qué factores contribuyen al desarrollo de una identidad de género atípica. A día de hoy, no hay una información clara sobre la etiopatogenia de la transexualidad.”*

En cuanto a la edad que manifiestan los diferentes estudios internacionales sobre el desarrollo de la identidad de género se señala la de 3 años, como la inicial en la que mayoría de los niños/as tienen una idea de lo que significa ser hombre o mujer, siendo la edad de 5 a 6 años en la que la mayoría de los niños se declara asimismo con una identidad de género de hombre o mujer.

Para la mayoría de los niños, esta identidad es consistente con su sexo de nacimiento-asignado y permanece constante durante toda la vida.

La mayoría de los niños no conforme con el género registrado al nacer, muestran comportamientos no conformes con el género oficial, es decir, un deseo de ser un género diferente al asignado al nacer.

Los estudios tradicionales sugerían que, sin tratamiento, la disforia de género no persistiría al final de la infancia o la adolescencia temprana en la mayoría de los niños pequeños que cumplían con los criterios para su identificación.

En los casos en que desaparecen los indicadores de la disforia de género en los menores en su desarrollo, la mayoría de los niños, según dichos estudios, procederán a identificar después como homosexuales o lesbianas, mientras que son pocos los que procederán a identificarse como heterosexuales.

Es imposible, aún, en base a los datos de que disponemos, pues se trata de una cuestión sobre la que no existen numerosos antecedentes científicos, predecir con certeza el porcentaje real de los niños seguirán experimentando disforia de género a través de final de la infancia y la adolescencia.

Sin embargo, los recientes hallazgos de una muestra clínica realizada, concretamente en los Países Bajos, se ha sugerido que la probabilidad de la identidad trans en la adolescencia puede ser prevista por varios factores, incluyendo, entre otros, una alta severidad de disforia de género en la infancia, la persistencia en la adolescencia, y una proclividad en niños hacer valer su condición de género cognitivamente frente a sólo su identificación (es decir, "yo soy una chica" frente a "me siento como una niña.").

## **I.- LOS MENORES SON TAMBIÉN TITULARES DE DERECHOS FUNDAMENTALES. EL LLAMADO LÍMITE DE LOS LÍMITES SEGÚN EL TS.**

Existen distintos pronunciamientos jurisprudenciales recientes, en nuestro país, que apoyan la tutela procesal del derecho a su identidad de género de los menores, bien a través de sus progenitores, tutores/as legales o defensores judiciales en base a sus derechos fundamentales. Tal y como sucede en amparo de sus derechos del ámbito de la personalidad ya admiten la posibilidad de que se puede suplir la capacidad jurídica o legal de los menores en demanda del reconocimiento de dicho derecho, en el ámbito del reconocimiento del cambio del nombre del menor, en discordancia con el nombre que refleja su identidad real. Aún permanece cierta prudencia en los tribunales para permitir, con la legislación actual, rectificar el sexo de los menores, en base al artículo 1 de la ley 3/2007, que reconoce expresamente dicho derecho a los mayores de edad.

La cuestión pendiente de resolver por el Tribunal Constitucional no es baladí, planteada a través del reciente auto del Tribunal Supremo de fecha de 10 de Marzo de 2016, plantea una cuestión de inconstitucionalidad ante el TC, en relación al artículo 1 de La Ley 3/2007 Reguladora de la Rectificación Registral de la mención al sexo de las personas, que parece impedir su ámbito de aplicación a los menores de edad.

No se trataría sólo de resolver o dilucidar si un menor (con suficiente juicio) adolescente o joven menor de edad puede decidir su identidad sexual, es decir, si tiene capacidad jurídica para ello, o si puede ser suplida, en la esfera de su autonomía personal. Se trataría de tratar de fundamentar en derecho, al amparo de nuestra norma constitucional y los distintos preceptos que regulan la identidad de género, en una interpretación extensiva, si cuenta o no con grado o juicio suficiente para cambiar su asignación sexual, de definir qué requisitos y límites se exigirían para regular dicho derecho de la personalidad en su reconocimiento a los menores de edad, de cómo y quién lo tutelaría, de qué manera se articularía su ejercicio legítimo en un ámbito que, en todo caso se mantuviera garantista y protector con los derechos del menor, velando en su propio interés como el más preferente.

La tutela del derecho a la identidad de género en menores en los tribunales se estrena en nuestro país en las demandas ante los tribunales ordinarios de solicitud del reconocimiento del cambio del sexo y nombre de los hijos por parte de sus progenitores.

Una de las sentencias más recientes, la del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3, de Tolosa, de fecha de A 28-10-2015, recaída en autos 621/2015 admite que *“los padres son los promotores del expediente, los que conviven habitualmente con el menor y que pretenden como único finalidad favorecer y facilitar el bienestar psicológico del menor “*

Todo en base al fundamento de derecho que esgrime el Artículo 51 de la LRC (EDL 1957/53) elimina 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 ha autorizado 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 Artículo 3 del C.C (EDL 1889/1) dispone que; *“las normas han de aplicarse en la realidad social en el tiempo que se apliquen”*.

Asimismo, con aún más controversia, 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 sí 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».*

Según el auto reciente del Tribunal Supremo de fecha de 10 de Marzo de 2016, en consonancia con los anteriores pronunciamientos:

*“ Los menores no son ajenos a la problemática de las personas transexuales. En ellos, a los problemas que atañen a las personas transexuales en general se añaden los que son inherentes a la etapa de la infancia y la adolescencia.”*

En dicho sentido, asimismo se muestra el parecer y juicio en los distintos argumentos esgrimidos por Soledad Becerril, la defensora del Pueblo en su informe anual del año 2015, publicado el 26 de Febrero de 2016, que es de bastante relevancia social pues esgrime entre sus fundamentos que:

*“Asimismo, ha sido objeto de preocupación por esta institución los diferentes tipos de discriminación que sufren los menores transexuales. Asociaciones de Familias de Menores Transexuales se dirigieron al Defensor del Pueblo exponiendo la disparidad de criterios sostenidos por los encargados de los registros civiles en el territorio español en las resoluciones de las solicitudes de rectificación registral del nombre propio inscrito, por el usado habitualmente, en los casos de los menores transexuales.*

*Estos menores presentan disforia de género o transexualidad y solicitan el cambio del nombre con el que están inscritos en el Registro Civil, el cual no se corresponde con la identidad sexual que sienten personalmente y muestran socialmente. 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.*

*La Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, solo legitima a solicitar la rectificación de la mención registral del sexo a las personas de nacionalidad española mayores de edad. En consecuencia, los progenitores solicitan el cambio de nombre, conforme lo previsto en el artículo 209 del Reglamento del Registro Civil, ante los registros civiles correspondientes que autorizan o deniegan el cambio de nombre con el resultado de una disparidad de criterios dependiendo del registro civil al que se dirijan.*

*Se ha solicitado a la Secretaría de Estado de Justicia valorar la oportunidad de impartir instrucciones a fin de facilitar la rectificación del nombre propio de los menores, a efectos de que no resulte discordante con su identidad de género y queden garantizados tanto el interés superior de menor, como la seguridad jurídica y las exigencias del interés general (14023317).”*

La mayoría de las demandas presentadas en España por tutores o representantes de menores para el reconocimiento de la identidad de género de sus hijos se resuelven con sentencias contradictorias respecto a la capacidad de los progenitores que sule a la de los menores de

edad. Queda pendiente por resolverse una cuestión primordial ¿Están sus tutores legales legitimados para solicitar el amparo de sus derechos?.

Dicha cuestión se ha abordado con distintas soluciones por parte de los tribunales españoles hasta la fecha. De un lado, la interpretación que la Jueza encargada del Registro Civil nº 2 de Valencia ha autorizado mediante Auto de 15 de febrero de 2016, la rectificación del sexo registral 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 el pasado 15 de noviembre 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”*

De otro, y según expone el Tribunal Supremo :*“Los menores como titulares (directos” de derechos fundamentales según el auto del TS se ampara en jurisprudencia aplicable al caso tales como las que dicta el Tribunal Constitucional en sentencias como las 197/1991, de 17 de octubre; 61/1998, de 17 de marzo; 134/1999, de 15 de julio; 141/2000, de 29 de mayo; 288/2000, de 27 de noviembre; 154/2002, de 18 de julio; 183/2008, de 22 de diciembre, 158/2009, de 29 de junio; 186/2013, de 4 de noviembre, en las que ha resuelto sobre la protección de los derechos fundamentales en casos en que los titulares de tales derechos eran personas menores de edad.”.*

Como podemos comprobar se cierne sobre estas cuestiones una clara inseguridad jurídica que demanda un pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional.

## **II.- INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL EXTENSIVA DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO. FUNDAMENTOS DERECHOS ESGRIMIDOS POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN EL AUTO EN DEFENSA DEL INTERES DEL MENOR**

En la normativa actual de reconocimiento de la identidad de género en nuestra legislación nacional, a través de la única legislación específica reguladora existente en la actualidad, es decir de la ley 3/2007 de 15 de marzo, Reguladora de la Rectificación Registral de la mención relativa al sexo de las personas, se identifica el derecho de identidad de género como el derecho a reconocer la reasignación sexual tras un cambio del sexo biológico del nacimiento.

Dicha ley ha sido muy criticada desde amplios sectores de la población afectada y expertos/as en la materia, dado que mantiene una identidad patologizada al presentar la necesidad que exista (art.3) un diagnóstico previo de disforia de género.

El reconocimiento del derecho según el TS en nuestra constitución es un derecho fundamental de mas largo recorrido y ampara su protección y garantía en varios preceptos de la misma según se establece en el auto reciente del Tribunal Supremo de fecha de 10 de Marzo de 2016 :

*“Este tratamiento jurídico de la transexualidad es consecuencia directa del principio de respeto a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la Constitución), del derecho a la integridad física y moral (art. 15 de la Constitución), del derecho a la intimidad (art. 18.1 de la Constitución) y del derecho a la protección de la salud (art. 43 de la Constitución), y tiene también anclaje en diversos principios y derechos reconocidos en los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por España, en el modo en que han sido interpretados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (respecto del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales) y las diversas*



*instituciones previstas en estos tratados y acuerdos para el control de las vulneraciones y la supervisión del respeto a los derechos en ellos reconocidos”.*

La identidad de género siguiendo la definición más aceptada y completa nos la encontramos en “Los principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género” que fueron adoptados en un reunión de especialistas en legislación internacional realizada en Yogyakarta, Indonesia, en noviembre de 2006, se define como :

*“La identidad de género se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder, o no, con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.”*

Y asimismo atender a los principios programáticos e inspiradores de Thomas Hammarberg en su Informe Temático Comisario de Derechos humanos del Consejo de Europa (2009) sobre un desarrollo de nuevas legislaciones actuales de la identidad de género extensivas y garantistas con su dimensión más integradora y diversa : *“Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. Las personas en toda su diversidad de orientaciones sexuales o identidades de género disfrutarán de capacidad jurídica en todos los aspectos de su vida. La orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para sí, es esencial a su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad. Ninguna persona será obligada a someterse a procedimientos médicos, incluyendo la cirugía de reasignación de sexo, la esterilización o la terapia hormonal, como requisito para el reconocimiento legal de su identidad de género. Ninguna condición, como el matrimonio o la maternidad o paternidad, podrá ser invocada como tal con el fin de impedir el reconocimiento legal de la identidad de género de una persona. Ninguna persona será sometida a presiones para ocultar, suprimir o negar su orientación sexual o identidad de género.”*

En dicha línea interpretativa se desarrollan las recomendaciones para el reconocimiento de este derecho a nivel europeo más recientes que se vierten en la Resolución 2048/2015 del Consejo de Europa.

En dicha Resolución 2048 (2015) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, aprobada el 22 de abril de 2015 (15ª sesión), sobre “La discriminación contra las personas transexuales en Europa”, la Asamblea llama a los Estados miembros:

*En lo que concierne al reconocimiento jurídico del género:*

- *6.2.1. A instaurar procedimientos, rápidos, transparentes y accesibles, basados en la autodeterminación, que permitan a las personas transexuales cambiar el nombre y el sexo en los certificados de nacimiento(...)*
- *6.2.2. A abolir la esterilización y otros tratamientos médicos obligatorios, así como el diagnóstico de salud mental, como una obligación legal previa para el reconocimiento de la identidad de género de una persona en las leyes que rigen el procedimiento de cambio del nombre y del género inscrito en el estado civil;”*

Es de gran interés, asimismo, la síntesis del de la regulación jurídica e interpretación extensiva del derecho a la identidad de género que esgrime el auto reciente del Tribunal Supremo de fecha de 10 de Marzo de 2016 en el ámbito internacional al resultar esclarecedor del desarrollo progresivo de dicho derecho y su consideración como derecho fundamental:

*“i) Se trata de una materia en la que las consideraciones de la ciencia médica, las percepciones sociales y el tratamiento jurídico dado por las legislaciones y los tribunales se encuentra en constante y acelerada evolución.*

*ii) En el reconocimiento de la identidad de género a las personas transexuales debe primar el aspecto psicológico y psicosocial sobre el puramente cromosómico, gonadal e incluso morfológico.*

*iii) No puede condicionarse el reconocimiento de la identidad de género de la persona transexual a su sometimiento a una operación quirúrgica de reasignación de sexo, ni tampoco a su esterilización.*

*iv) Debe abandonarse la consideración de la transexualidad como una patología psiquiátrica necesitada de curación.*

*v) Ha de facilitarse a las personas transexuales el cambio de la mención del sexo y el nombre en la inscripción de nacimiento y demás documentos de identidad mediante procedimientos rápidos y eficaces.*

*vi) Ha de protegerse la intimidad y dignidad de la persona transexual, y evitar que se vea sometida a situaciones humillantes, de modo que cuando tenga que identificarse en ámbitos como el escolar, el laboral, en sus relaciones con las autoridades públicas, etc, no quede de manifiesto su condición de persona transexual, permitiendo que sea la persona transexual quien decida sobre el conocimiento que los demás puedan tener de esa circunstancia, minimizando de este modo que pueda ser víctima de reacciones hostiles de su entorno.*

Para completar el escenario jurídico del sistema de reconocimiento y protección del derecho a la identidad de género y la prohibición de discriminación por razón de identidad de género, hacer referencia, asimismo, a que a nivel autonómico a través de distintas disposiciones legislativas en nuestro país en distintas normas actualmente vigentes, que tiene un carácter restringido y limitado tales como :

La Ley Foral 12/2009 de Navarra,  
la Ley 14/2012 del País Vasco,  
la Ley 2/2014 de Andalucía,  
la Ley 12/2015 de Extremadura, y  
la Ley 8/2014 de 28 de Octubre de Canarias.

En estas leyes se establecen disposiciones sobre la identidad de género en sus comunidades autónomas de residencia, y las medidas a adoptar en los ámbitos de la justicia y de la seguridad, laboral, familiar, de la salud, de la educación, de la cultura y del ocio, de la juventud y de la comunicación para la promoción de la igualdad visibilidad y no discriminación de los derechos de las personas con diversidad en su orientación sexual o que soliciten un reconocimiento de su identidad de género con referencia concreta a la situación de los menores transexuales, adolescentes y personas mayores.

Las personas beneficiarias de estas leyes son las personas residentes en cada una de las Comunidades Autónomas, así que las personas transexuales dependiendo de la comunidad

autónoma en la que vivan recibirán un trato u otro, por eso es tan importante que exista una Ley Integral a nivel estatal.

A nuestro parecer la cuestión fundamental residiría en si sería o no discriminatorio restringir el acceso a la rectificación registral del sexo sólo a las personas mayores de edad.

En base a los fundamentos legales expuestos con anterioridad y a la luz del Tribunal Supremo, las restricciones legislativas nacionales podrían violar las disposiciones de no discriminación en la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 3.1), los Principios de Yogyakarta, 43 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre "Edad", la Carta Social Europea y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Afectando directamente al derecho al derecho a la dignidad y autonomía personal, al derecho a la intimidad y el derecho de ser oído y jugar un papel activo en todos los procedimientos administrativos y judiciales que les conciernen.

Por lo tanto, se debería facilitar un ámbito de protección de dicho derecho y de posibilidad de proporcionar dicho reconocimiento a los menores de edad, teniendo en cuenta sus capacidades individuales o bajo criterios de suficiencia.

El Consejo de Europa confirma *que "un número creciente de adolescentes que ya han empezado a vivir en su rol de género deseado al entrar en la escuela secundaria"* y se destaca el gran número de adolescentes transexuales que muestran la continuidad identidad de género a lo largo de la edad adulta (WPATH, Normas de Atención versión 7). El 88% de los encuestados jóvenes trans (edad entre 18 - 24 años) expresaron el deseo de facilitar los procedimientos de reconocimiento de identidad de género ya que ello les permitiría tener una vida más cómoda como las personas trans.

Con este fin, el Consejo de Europa pide a los Estados miembros que proporcionen a los alumnos y estudiantes toda información necesaria, la protección y el apoyo que les permita vivir de acuerdo con su identidad de género. (Recomendación Com 2010 (5) Párrafo 31) y específicamente demanda *"que se facilite el cambio del registro como a nombre de pila o de género sentido en los documentos de identificación de los centros escolares"* para satisfacer adecuadamente las necesidades especiales de los estudiantes transgénero en su vida escolar (Rec Com 2010 (5) la exposición de motivos p. 18).

En *Schlumpf v. Suiza*, 48 la Corte sostuvo que las autoridades suizas deben aplicar una regla de tiempo de espera de dos años para acceder a un cambio de sexo, de una manera no excesivamente rígida, que debe tener en cuenta las circunstancias individuales de la parte demandante.

El Tribunal Constitucional alemán en 1982 dictaminó que limitar el reconocimiento del derecho a la identidad de género a los mayores de 25 años de edad era discriminatorio. Asimismo se ha pronunciado dicho tribunal en la República Federal de Alemania con las sentencias de 16 de marzo de 1982 y 26 de enero de 1993.

Actualmente los procedimientos legales de rectificación de sexo en Alemania y Austria y Suecia son accesibles a las personas trans menores de edad. Como paradoja a la flexibilidad en la normativa reciente, en noviembre de 2013, una niña de seis años de edad, fue capaz de cambiar sus documentos bajo la Ley de Identidad de Género en Argentina.

Es numerosa la doctrina jurisprudencial que impone la interpretación de las normas atendiendo al interés superior del menor (sentencias del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2015, de 6 de febrero de 2014, y de 1 abril de 2011).

Como vemos en el ámbito internacional va predominando una interpretación cada vez más favorable al reconocimiento de dicha identidad de género en menores basado en la legislación específica de los mismos que propugna el resto a sus derechos fundamentales y la libre desarrollo de su personalidad.

La restricciones de los derechos fundamentales, según dicta numerosa jurisprudencia constitucional, sólo es proporcionada, en sentido estricto si es «ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto» (STC 66/1995, de 8 de mayo).

Impedir al menor solicitar la modificación de la mención registral del sexo y del nombre, podría constituir, según se expone en el auto mencionado del TS una restricción desproporcionada de sus derechos fundamentales, interpretados a la luz del art. 10.1 de la Constitución, por las graves consecuencias que puede acarrearle, pueden no guardar una relación equilibrada con las ventajas obtenidas con tal medida.

## CONCLUSIONES

La cuestión de inconstitucionalidad planteada por el TS sobre la restricción o limitación del derecho a la identidad de género a los menores de edad abre una nueva vía de interpretación de dicho derecho a la luz de la jurisprudencia constitucional que podría consagrarlo definitivamente y dotarlo de nueva dimensión más integradora y diversa como derecho fundamental en conexión directa con el interés preferente del menor. Los fundamentos de derechos esgrimidos por el Tribunal supremo suponen un análisis pormenorizado sobre el desarrollo y consolidación del derecho a la identidad de género en consonancia con las más reciente doctrina y jurisprudencia internacional que potencian y animan a los países a desarrollar una específica protección en sus legislaciones nacionales y amparar su garantía en sus instituciones.

## BIBLIOGRAFÍA

Aguiar de Luque, Luis (1993): “Los límites de los derechos Fundamentales”, Revista del Centro de Estudios Constitucionales , nº14 (9-34)

Becerril, Soledad (2015): *Informe Anual Defensor del pueblo*.

Bell, Felicity. (2015): “Children with gender dysphoria and the jurisdiction of the family court”.UNSW Law Journal Volume 38(2). (426-454)

Butler, Judith (2006): *Deshacer el género*. Paidós, Buenos Aires.

Butler, Judith (2002): *Los cuerpos que importan* . Buenos Aires, Paidós.

Campos, Aranosa (2001): *La transexualidad y el derecho a la identidad sexual*. CTC-[www.transexualitat.org](http://www.transexualitat.org) (Valencia).

Coupet, Sacha M (2015): "Policing gender on the playground: interests, needs and rights of transgender and gender non-conforming youth". *Children, Sexuality and the Law*. NYU Press (186-223)

Cuesta López, Victor y Santana vega, Dulce M. (2014): *Estado de derecho y discriminación por razón de género, orientación sexual e identidad de género*. Aranzadi.

Elvira Perales, Ascención (2013): "Transexualidad y derechos ". *Revista de Derecho Constitucional* (1-29)

Espín Alba, Isabel (2008): *Transexualidad y tutela civil de la persona*. Colección jurídica General.

Fedders, Barbara (2015): "Gender at the crossroads LGTB youth in the children welfare and juvenile justice systems". *Children, Sexuality and the Law*. NYU Press (224-254)

Findlay Barbara (1996): *Finding our places: transgendered law reform projects* . Vancouver.

Goldberg, Susane B. (2011): "Identity-based discrimination and the barriers to complexity", *European union non discrimination law and intersectionality Investigating the triangle of racial, gender and disability discrimination*. Ashgate. (177-191)

Hammarberg Thomas.Commissaire aux droits de l'homme (2009): *Droit de l'homme et identité de genre*. Bureau du Commissaire aux droits de aux droits de l'homme. Conseil de l'Europe.

Harbour, Anthony (2008): *Children with Mental Disorder and the Law: A Guide to Law and Practice*. Jessica Kingsley Publishers.

Köhler Richard; Alecs Recher; Julia Ehrt (2013) *Legal Gender Recognition in Europe* .Toolkit Transgender europe. [http://www.tgeu.org/sites/default/files/Toolkit\\_web.pdf](http://www.tgeu.org/sites/default/files/Toolkit_web.pdf)

Mayeda, Graham : "Who do you think you are? When should the law let you be who you want to be?" (194-210): *You've changed Sex reassignment and personal identity*. Laurie J. Shrage (2009) Oxford University Press .

Nieto Piñeroba, Jose Antonio (2008): *Transexualidad, intersexualidad y dualidad de género*. Edicions Bellaterra, Barcelona.

Posada Kubissa, Luisa (2014): "Teoría queer en el contexto español. Reflexiones desde el feminismo", en *Daimon. Revista Internacional de Filosofía*, nº63, (147-158).

Rica, Itxaso, Grau Gema y otros (2015): "El transgénero desde la perspectiva de la endocrinología pediátrica. La atención a los menores transexuales", en *Rev Esp Endocrinol pediatr* , Volumen 6 , Suplemento 2, (38-44).

Rodríguez Ruiz, Blanca (2013): “¿Identidad o autonomía?: La autonomía relacional como pilar de la ciudadanía democrática”, en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, ISSN 1575-8427, N°. 17, (75-104).

Salazar Benítez, Octavio (2012): “El reconocimiento jurídico-constitucional de la diversidad afectiva y sexual”, en *Revista de estudios políticos*, (45-81).

Salazar Benítez Octavio (2012): “El derecho al libre desarrollo de la afectividad y la sexualidad. Hacia una política revolucionaria del deseo”, en Jesús C. Abellán Muñoz: *Las praxis de la paz y los derechos humanos: Joaquín Herrera Flores in memoriam*, ISBN 978-84-338-5439-1, (145-200)

Salazar Benítez Octavio (2015): “La identidad de género como derecho emergente”, en *Revista de estudios políticos*, ISSN 0048-7694, N° 169, (75-107)

Schmidt, Johannes (2001): *Treatment for Gender Identity Dysphoria Children’s Rights and Best Interests*. Thesis, Faculty of Law Monash University September.

Shrage Laurie J. (2009): *You’ve Changed: Sex reassignment and personal identity*. Oxford University Press, USA .

Shumer, Daniel E; Spack, Norman P. (2013): *Current management of gender identity disorder in childhood and adolescence: guidelines, barriers and areas of controversy*. Wolters Kluwer Health | Lippincott Williams & Wilkins.

Spack, Norman P. ; Edwards-Leeper, Laura y otros (2012); *Children and Adolescents With Gender Identity Disorder Referred to a Pediatric Medical Center*. Published online February 20; DOI: 10.1542/peds.2011-0907.

Tietjens Meyers, Diana . (2004) *Being yourself: Essays on Identity, Action and Social Life* Rowman & Littlefield.