

Trabajo recibido el 7 de octubre de 2019 y aprobado el 24 de octubre de 2019

## La realidad de la infancia y la adolescencia trans\*<sup>1</sup> en España a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional español 99/2019, de 18 de julio: avances y retrocesos

ISAAC RAVETLLAT BALLESTÉ<sup>2</sup>

INMA VIVAS TESÓN<sup>3</sup>

VICENTE CABEDO MALLOL<sup>4</sup>

### 1. Introducción

El Tribunal Constitucional español ha establecido que las personas menores de edad con “suficiente madurez” y que se encuentren en una “situación estable de transexualidad” puedan exigir el cambio de sexo en el Registro Civil, sin esperar a cumplir la mayoría de edad. Esto supone declarar parcialmente inconstitucional el artículo primero de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, que limita dicha posibilidad a “toda persona de nacionalidad española, mayor de edad y con capacidad suficiente para ello”.

Lo que a priori pareciera un avance definitivo, un paso determinante para visibilizar, por fin, la realidad de los niños, niñas y adolescentes trans\*, se ha quedado, o al menos esa es la sensación que nos provoca, en una simple llamada de atención al legislador español para que más pronto que tarde adapte su normativa —como ya han venido realizando diversos parlamentos autonómicos<sup>5</sup>— a la nueva corriente de pensamiento que entiende que no hay nada negativo, extraño o

---

<sup>1</sup> En el texto usaremos preferentemente el término trans\* con un asterisco, como un concepto paraguas que puede incluir diferentes expresiones e identidades de género, tales como: trans, transexual, transgénero. Lo que el asterisco añade es señalar la heterogeneidad a la hora de concebir el cuerpo, la identidad y las vivencias que van más allá de las normas sociales binarias impuestas. Toda esta terminología tiene en común ser autoelegida por sus protagonistas, frente a aquella que proviene y es impuesta por el ámbito médico y que señala una patología. El asterisco quiere especificar que se pueden librar luchas comunes, al tiempo que reconocer que hay muchas otras cuestiones en las que no hay un consenso o una única visión de lo que supone ser una persona trans.

<sup>2</sup> Profesor Asociado de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Chile. Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona, España. Director del Centro de Estudios sobre los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Universidad de Talca. Subcoordinador General de la Red de Universidades Unidas por la Infancia de Chile. Vocal del Observatorio de Infancia del Gobierno de la Generalitat de Cataluña, España. Correo electrónico: iravetllat@utalca.cl.

<sup>3</sup> Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla, España. Miembro del Comité de Apoyo del CERMI para el seguimiento de la Convención ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Este trabajo se incluye entre los resultados del Proyecto “Discapacidad, Enfermedad Crónica y Accesibilidad a los Derechos” (DER2016-80138-R), así como del Grupo de Investigación SEJ617 “Nuevas dinámicas del Derecho privado Español y Comparado” encuadrado en la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía. Correo electrónico: ivivas@us.es.

<sup>4</sup> Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Politécnica de Valencia, España. Director del Aula de Infancia y Adolescencia de la misma casa de estudios. Director de la Revista sobre la Infancia y la Adolescencia. Correo electrónico: vicamal@urb.upv.es.

<sup>5</sup> A nivel internacional, destacan los Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, los conocidos como Principios de Yogyakarta, presentados ante la Asamblea de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en marzo de 2007. Entre otras muchas cuestiones, este texto mantiene en su principio nº. 17, relativo a la protección contra abusos médicos, un claro enfoque de derechos humanos, al afirmar que “la orientación sexual y la identidad de género de una persona no constituyen, en sí mismas, trastornos de la salud y no deben ser sometidas a tratamiento o atención médicas, ni suprimidas”.

psicopatológico, en la decisión de una persona —incluso menor de edad— que decida transitar hacia una identidad de género distinta a la establecida por los estereotipos binarios o dicotómicos imperantes en nuestro modelo social<sup>6</sup>. Desde esta perspectiva es necesario entender la experiencia trans\* no como una patología, un desorden identitario o una incongruencia —lectura aun imperante en el artículo 4 de la Ley 3/2007—, sino como un conjunto de construcciones y elecciones de carácter personalísimo, de trayectorias heterogéneas, fluidas y cambiantes, que debieran ser legitimadas por la ley<sup>7</sup>. Se impulsa así, el pasaje de un modelo médico a otro fundamentado en los derechos humanos, en el que los y las profesionales de la salud pasan a asumir un rol de acompañamiento, pero dejan de ostentar la facultad de determinar las formas de entender y vivir las identidades y/o expresiones de género, las orientaciones y/o prácticas sexuales y las transformaciones corporales, que, en su caso, puedan llevarse a cabo<sup>8</sup>.

Nadie debiera precisar, de antemano, de ningún psicólogo ni psiquiatra que lo diagnostique o evalúe con respecto al género sentido. Las normas sociales de ordenación del sexo y el género deberían ser abiertas y flexibles para permitir que todas las personas, con independencia de su edad, pudieran ver reconocida su identidad sin problema alguno y que, en caso de incomodidad o divergencia, pudieran alterarla de la forma más sencilla y natural posible. En suma, evidenciar que las niñas y los niños trans\* no presentan ninguna dificultad médica, psicológica o psiquiátrica. Por el contrario, los problemas que se les pudieran suscitar guardan relación directa con la sociedad que no los admite y los excluye, segrega y estigmatiza<sup>9</sup>.

Este es precisamente el contexto en que se enmarca la sentencia del Tribunal Constitucional en comento, para cuyo adecuado análisis consideramos imprescindible, en primer lugar, y antes de entrar en el fondo del asunto, presentar el acervo legal y jurisprudencial —concretamente el precedente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>10</sup>— en vigor en el Estado español en el preciso instante en que se suscitó y resolvió la mentada cuestión de inconstitucionalidad. Este ejercicio previo debiera permitirnos acercarnos en mejor medida y con mayor conocimiento de causa a los razonamientos esgrimidos por el Tribunal Constitucional para declarar parcialmente inconstitucional el artículo primero de la Ley 3/2007, de 15 de marzo. El ampliar el espectro de aplicación de la citada norma a las personas menores de edad con “suficiente madurez” y que se encuentren en una “situación estable de transexualidad” abre un nuevo escenario en el que la capacidad natural —aptitud intelectual y volitiva— asume un denotado protagonismo. En igual modo, la referencia del Tribunal Constitucional a la pretendida “estabilidad” de la condición de transexualidad del individuo genera dudas acerca de quién y cómo constatarán dicha circunstancia, más aún cuando con ello se corre el riesgo de que un tercero, ajeno al propio sujeto menor de edad, sea quién valide y evidencie algo tan íntimo y personalísimo como la propia identidad.

---

<sup>6</sup> Ese mismo cambio de paradigma se aprecia en la conducta de las propias familias de los niños y niñas trans\*: antes los progenitores acudían a la consulta de un profesional de la psicología o la psiquiatría para tratar de resolver el problema del hijo/a, para que se *cure* y, últimamente, se acercan más a esos mismos profesionales para buscar y adquirir herramientas, información y saberes para poder comprender, atender y acompañar a ese hijo/a, para respetarlo y aceptarlo tal cual es. GAVILÁN (2016), p. 8.

<sup>7</sup> LÓPEZ (2013), p. 210, y VENTURA Y VAZ (2014), p. 462.

<sup>8</sup> GENERELO et al (2008), p. 15. También ARJONA (2016), pp. 70-73.

<sup>9</sup> SWANN Y HERBERT (2009), pp. 38-52. Además, preciso es destacar que la estigmatización es aún mayor en el caso de niñas, niños y adolescentes trans\* con capacidades diferentes, una realidad invisible que esconde una lucha contra la discriminación múltiple, la negación del derecho a la autodeterminación de género y el silencio de la sociedad y de las propias familias.

<sup>10</sup> No olvidar que la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en esta materia tiene un valor hermenéutico especial para el Tribunal Constitucional, al abordar reclamaciones en que es relevante la situación de transexualidad alude expresamente a la protección del desarrollo personal y la pone en relación con el derecho a establecer y consolidar relaciones con otros seres humanos y con el entorno que le rodea.

## 2. Notas jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Si bien es cierto que tradicionalmente se identificó, e incluso limitó, la cuestión legal referente a las personas trans\* con la autorización o no a las intervenciones quirúrgicas para la reasignación de sexo, la realidad que abarca esta materia es, sin lugar a dudas, mucho más amplia y compleja<sup>11</sup>. Así, sin ir más lejos, ya el Tribunal Europeo de Derechos Humanos —en adelante, TEDH— tuvo que pronunciarse en el Caso Rees c. Reino Unido —Sentencia de 17 de octubre de 1986— acerca de la denegación a un súbdito británico —al que previamente se le había admitido un cambio de sexo, nombre e incluso de pasaporte— de su tratamiento de “Sr.”; o en el Caso Cossey c. Reino Unido —Sentencia de 27 de septiembre de 1990— en el que un hombre británico hizo su tránsito legal al género femenino y después solicitó contraer nupcias con un varón italiano, cuestión esta que le fue denegada<sup>12</sup>; o el emblemático caso Christine Goodwin c. Reino Unido —Sentencia de 11 de julio de 2002—, que supuso un antes y un después en la línea jurisprudencial seguida por el Tribunal de Estrasburgo en estas cuestiones<sup>13</sup>.

Efectivamente, en los primeros casos presentados por demandantes trans\* que se consideraban víctimas de violaciones del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales —en adelante CEDH—, el TEDH al emitir sus decisiones siempre se había mostrado muy condescendiente con las políticas y las leyes nacionales en relación con este asunto. Para ello aludía a que la dispar legislación de los Estados en la materia demostraba la falta de unidad de criterio entre ellos y, en consecuencia, el amplio margen de apreciación estatal que quedaba y que el TEDH les debía reconocer<sup>14</sup>.

Pues bien, en el caso Christine Goodwin c. Reino Unido, el TEDH entiende que el Estado británico incumplió el CEDH al permitir a una persona someterse a una operación de reasignación de sexo, pero, acto seguido, negarle el cambio registral de los datos relativos a su género y, además, refutarle la posibilidad de contraer matrimonio con una persona del mismo sexo a aquel con el que el transexual nació. La opinión del TEDH en este caso fue que la oposición del Estado a proceder al cambio de datos oficiales supuso, por un lado, una intromisión desproporcionada en el disfrute de las personas transexuales a su derecho a la vida privada —artículo 8 CEDH—; y, de otro, que el Estado prohibiera al transexual casarse con persona de su mismo sexo cromosómico pero distinta expresión de género suponía, en definitiva, negarle sin más el derecho a contraer nupcias protegido por el artículo 12 del propio CEDH<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> Sin ir más lejos, en la Sentencia dictada el 30 de abril de 1996 en el asunto P. contra S. y Cornwall County Council, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (en adelante, TJCE) consideró que una discriminación basada en el cambio de sexo equivalía a una discriminación basada en el sexo y concluyó, en consecuencia, que el art. 5.1 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la puesta en marcha del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que concierne al acceso al trabajo, a la formación y a la promoción profesional y las condiciones de trabajo, se oponía al despido de un transexual por motivos ligados a su cambio de sexo.

<sup>12</sup> El TEDH consideró que no había vulneración del artículo 12 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH) —que recoge el derecho a contraer matrimonio— pues estimó que la protección del matrimonio tradicional es un valor tan importante para la sociedad que justificaría que el Estado siga empleando el criterio biológico a la hora de decidir quiénes pueden ser contrayentes. Por ello la Corte de Estrasburgo estimó que no debía cambiar su posición respecto a su jurisprudencia precedente.

<sup>13</sup> SANZ-CABALLERO (2014), pp. 831-868 y RAVETLLAT (2019), pp. 194-200.

<sup>14</sup> No obstante, antes de los emblemáticos casos Goodwin c. Reino Unido e I. c. Reino Unido, ambas Sentencias de 11 de julio de 2002, más concretamente en B. c. Francia, Sentencia de 25 de marzo de 1992, X.Y. y Z. c. Reino Unido, de 22 de abril de 1997, y Sheffield y Horsham c. Reino Unido, de 30 de julio de 1998, el TEDH pareció dar ya sus primeros pasos para alinearse con las pretensiones de las personas trans\*. En estas tres resoluciones de los años noventa, el TEDH estatuyó, si bien entre líneas, que simpatizaba con la difícil situación personal, familiar y social del colectivo de personas transexuales, si bien, aunque quisiera, no siempre podía responder afirmativamente a sus pretensiones porque no había un consenso europeo sobre la materia.

<sup>15</sup> Algo similar sucedió en el Caso I. c. Reino Unido, Sentencia del TEDH de 11 de julio de 2002, en que una nacional británica, transexual femenina operada, demandó al Estado británico por vulneración del respeto a la vida privada —artículo 8 del CEDH— y al derecho a casarse y fundar una familia —artículo 12 del CEDH—. Concretamente, el Estado británico se enfrentó a la demanda de una persona transexual femenina que trabajó un tiempo como enfermera del ejército y que, cuando tuvo la oportunidad de que este la empleara de

Posteriormente, y siguiendo la senda de ese paulatino proceso de reconocimiento de los derechos de las personas trans\*, el TEDH, primero en Sentencia de 12 de septiembre de 2003, caso Van Kück c. Alemania<sup>16</sup>, después en el caso H. c. Finlandia, en Sentencia de 13 de noviembre de 2012<sup>17</sup>, y más recientemente en Sentencia de 10 de marzo de 2015, caso Y.Y. c. Turquía, considera abiertamente, sin ningún tipo de reparos, que elementos como la identidad de género, nombre, orientación sexual y vida sexual caen dentro de la esfera de la protección de la vida privada del artículo 8 del CEDH. Asimismo, la Corte de Estrasburgo entiende que el derecho al desarrollo integral de la personalidad de un sujeto trans\* debe ser garantizado al amparo de los principios dimanantes del propio CEDH.

Finalmente, la Sentencia del TEDH de 6 de abril de 2017, A.P., Garçon y Nicot c. Francia<sup>18</sup>, condena al Estado francés por vulnerar el derecho a la identidad de género de las personas trans\*. En su resolución, la Corte de Estrasburgo apunta que el hecho de condicionar el reconocimiento de la identidad sexual de las personas transgénero a la realización de una operación o a un tratamiento de esterilización a la que estas no desean someterse, supone condicionar el pleno ejercicio del derecho al respeto de la vida privada —artículo 8 CEDH—, así como una renuncia al ejercicio del derecho al respeto de la integridad física<sup>19</sup>.

---

forma definitiva, tuvo que renunciar, al serle solicitado el certificado de nacimiento, en el que seguía figurando como de sexo masculino. Además, en todos sus trámites con la Administración —la solicitud de un préstamo, de una pensión de discapacidad y de un nuevo trabajo, entre otros— se le exigía un certificado de nacimiento que apoyara su solicitud. Por si ello fuera poco, vivía con un varón y quería contraer matrimonio con él, pero tampoco le fue posible, pues continuaba figurando como varón en el Registro Civil. Finalmente, el Reino Unido fue condenado.

<sup>16</sup> Este caso se originó en la demanda de una persona que descubrió su transexualidad de modo tardío, puesto que nunca se comportó o se vistió como alguien del otro sexo, sino que se casó con alguien de su sexo opuesto, intentó tener hijos y solo cuando se diagnosticó su esterilidad, se empezó a plantear una reasignación de sexo. Por esta razón, una aseguradora alemana se negaba a resarcirle el tratamiento médico y quirúrgico, siendo favorable únicamente al tratamiento psicológico del sujeto. Sin embargo, el TEDH entendió que obligar a la persona transexual a demostrar la necesidad médica de su tratamiento, incluyendo la cirugía irreversible, no era razonable. También mantuvo que, teniendo en cuenta las numerosas y dolorosísimas intervenciones médicas que implica un cambio de sexo, no se puede sugerir que haya algo arbitrario o caprichoso en la decisión de una persona que decide someterse a este tipo de procesos.

<sup>17</sup> En este asunto, una persona nacida de sexo masculino que se casó y tuvo un hijo es diagnosticada posteriormente como transexual y sigue todos los tratamientos médicos necesarios para adaptar su cuerpo al género que siente como propio (el femenino). Completado el proceso, lo único que pide la legislación finlandesa para proceder a cambiar su nombre y sexo en el Registro es, o bien que la persona no esté casada, o bien que su cónyuge consienta transformar su matrimonio —contraído legalmente— en una unión civil homosexual, contemplada también en la legislación finesa. La esposa se niega a ello y solo desea mantener su matrimonio. La demandante, por su parte, reprocha al Estado que quiera convertir a su esposa en una lesbiana y teme dejar de figurar como “padre” del hijo común, puesto que un niño no puede tener dos madres. El TEDH en su resolución al caso enfatiza que el Estado tiene la obligación positiva de asegurar el respeto de la vida privada y familiar, incluido el respeto a la dignidad humana y a la calidad de vida de las personas. También reconoce que algunos Estados europeos han extendido el derecho al matrimonio a las personas homosexuales, pero que esto solo refleja su propia visión sobre el rol del matrimonio en la sociedad. Sin embargo, entiende que a pesar de que la legislación finesa no admita matrimonios de personas del mismo sexo —en este caso femenino— sí que admite un partenariado o unión civil homosexual al que la demandante y su cónyuge —que hasta su conversión sexual era su esposa— tendrían acceso en cualquier momento si deciden disolver su vínculo conyugal, por ende, concluye entendiendo que no hay vulneración del artículo 12 del CEDH.

<sup>18</sup> El caso se refiere a tres personas transgénero de nacionalidad francesa que querían cambiar la referencia de su sexo y sus nombres en su certificado de nacimiento y se encontraron con la negativa de las autoridades del Estado francés. El argumento utilizado por las mentadas autoridades francesas fue que, para justificar dicha solicitud, debía probarse la realidad del síndrome transexual —disforia de género— que sufrían, así como la irreversibilidad de la transformación de su apariencia. Esta decisión se fundamentaba en dos sentencias que el Tribunal de Casación francés dictó (el 7 de junio de 2012 y el 13 de febrero de 2013) en que se establecía el principio de que “para justificar una solicitud de rectificación de la designación del sexo contenida en un nacimiento, la persona deberá establecer, en relación con lo que es comúnmente aceptado por la comunidad científica, la realidad del síndrome transexual y la irreversibilidad de la transformación de su apariencia. En suma, dos son las condiciones que se plantean: el diagnóstico de transexualismo y la irreversibilidad de la transformación de la apariencia física. Así, si bien la Ley no requiere cirugía, sí se pide, en cambio, un tratamiento médico irreversible que implica la esterilización”.

<sup>19</sup> Ciertamente que en Francia, tras la aprobación de la Ley de modernización de la justicia del siglo XXI, de 16 de octubre de 2016, se introdujeron en el Código Civil ciertos cambios relativos a la cuestión del género. Así, en la actualidad, el articulado reconoce a adultos y menores emancipados el derecho a solicitar en procedimiento ante el Tribunal Supremo el cambio de sexo en el Registro Civil. Entre los medios de prueba que enumera se encuentran: 1) que se presente públicamente como perteneciente al género reivindicado; 2) que su entorno familiar, de amistades y profesional le reconozcan con ese género; y 3) que haya obtenido el cambio de nombre para que coincida con el género reclamado. Por último, el nuevo articulado también dispone que el hecho de no haber sido sometido a un tratamiento médico, la cirugía o la esterilización, no puede motivar la denegación de la solicitud.

### 3. El derecho a la identidad de género de la niñez y la adolescencia trans\* a la luz de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas

La Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, de ámbito estatal, introdujo en España un sistema de modificación del sexo registral de carácter no contencioso, es decir, lo extrajo del ámbito judicial, donde hasta ese momento se encontraba desarrollado, y lo administrativizó. En otras palabras, a partir de su entrada en vigor se puede acudir directamente al Registro Civil e instar la modificación del sexo inscrito en la partida de nacimiento —cumpliendo eso sí con una serie de requisitos—, así como solicitar también el cambio de nombre propio para que este no resulte discordante con el sexo reclamado (artículo 1).

Aun reconociendo el importante avance que supuso la formulación y vigencia de esta norma, no podemos dejar de denunciar lo limitado y restrictivo de sus preceptos. Ciertamente, la norma sigue anclada en una visión patologizadora y medicalizada de la realidad trans\*<sup>20</sup>. Lo anterior se constata al enumerar (artículo 4) los requisitos legales que deben ser acreditados para proceder al cambio registral, como son la presentación de un informe emitido por un médico o un psicólogo clínico confirmando el diagnóstico de disforia de género, y el estar bajo tratamiento médico al menos dos años con el fin de “acomodar las características físicas a las correspondientes al sexo reclamado”. Este último extremo, también debe ser acreditado mediante informe del médico colegiado bajo cuya dirección se haya realizado el tratamiento o, en su defecto, mediante informe de un médico forense especializado<sup>21</sup>. Y por si lo anterior no fuera suficiente, y directamente relacionado con el tema que nos ocupa, el artículo 1 de la citada Ley cometió la injusticia de dejar fuera de sus previsiones tanto a las personas extranjeras como a las niñas, niños y adolescentes trans\* y a las personas intersex. De este modo, tan solo se otorga legitimación activa para principiar el expediente gubernativo de cambio de sexo a “toda persona de nacionalidad española, mayor de edad y con capacidad suficiente para ello”<sup>22</sup>.

Esta exclusión de las personas menores de edad de la Ley 3/2007, ha provocado que en la práctica muchas familias, o la propia persona menor de edad si ha cumplido la edad de 16 años, se hayan visto obligadas, por tratarse esta de la única alternativa viable, a promover la incoación de un expediente gubernativo —o procedimiento registral, usando la terminología propia de la nueva Ley del Registro Civil de cambio de nombre y no de sexo— ante el encargado del Registro Civil (artículo 52 de la Ley de Registro Civil), para con ello minimizar el riesgo de exposición pública<sup>23</sup>.

Ese expediente gubernativo de cambio de nombre debe ser tramitado ante el Registro Civil correspondiente al domicilio de la persona menor de edad, acreditando que el nombre solicitado es el nombre usado habitualmente (artículo 209 del Reglamento del Registro Civil), sin que haya perjuicio de tercero y concurriendo justa causa (artículo 210 del Reglamento del Registro Civil).

En la mayoría de los casos, los jueces titulares de los Registros acceden al cambio de nombre solicitado. Ello a pesar de lo estipulado en el artículo 54 de la todavía vigente Ley del Registro Civil de 1957, que “prohíbe los nombres que objetivamente perjudiquen a la persona, los que hagan confusa la identificación y los que induzcan a error en cuanto al sexo”. La argumentación sostenida

<sup>20</sup> ZÚÑIGA (2018), p. 231.

<sup>21</sup> Entendemos que esta lectura patologizadora y medicalizada de la realidad trans\* debería ser rectificadora de inmediato tras haber retirado recientemente la Organización Mundial de la Salud (OMS) de su clasificación internacional de enfermedades (CIE-11) a la transexualidad, dejando esta de ser considerada como un trastorno identitario y pasando a ser calificada como una incongruencia de género.

<sup>22</sup> RAVETLLAT (2017), pp. 42-62.

<sup>23</sup> MALDONADO (2016), p. 35.

para fundamentar tal decisión, considera que el nombre que muestran estos niños, niñas o adolescentes en la realidad extrarregistral, que ha de predominar sobre la registral cuando esta sea errónea, es precisamente el que se corresponde a su identidad de género —principio de exactitud registral—. Por ello, el nombre —social o identitario— usado y solicitado por estas personas menores de edad —o en su caso por sus representantes legales— no induce a error en cuanto a su sexo, sino que, por el contrario, el nombre que figura en la partida de nacimiento registral es el que suscita tal confusión. Por ende, el no permitir la adaptación del nombre inscrito originariamente en el Registro Civil al nombre efectivamente sentido, es lo que sería contrario a las previsiones del artículo 54 de la Ley del Registro Civil de 1957, y no lo opuesto<sup>24</sup>.

A lo anterior podría añadirse, que la no admisión de ese cambio de nombre registral estaría perjudicando gravemente el desarrollo integral de la personalidad del niño o la niña, o, en otros términos, supondría un menoscabo moral o material del mismo (artículo 18 de la Constitución española, artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 8 del CEDH y artículos 2 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

A mayor abundamiento, apuntar que con la futura entrada en vigor de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil —inicialmente prevista para el 22 de julio de 2014, pero que quedó pospuesta, por razones puramente organizativas, primero hasta el 15 de julio de 2015, después hasta el 30 de junio de 2017, más adelante hasta el 30 de junio de 2018, y por último hasta el 30 de junio de 2020<sup>26</sup>—, se consagra definitivamente en España el principio de libre elección del nombre propio (artículo 51). Este precepto señala que “no podrán imponerse nombres que sean contrarios a la dignidad de la persona, ni los que hagan confusa la identificación”. Por ende, desaparece cualquier referencia a la prohibición de nombres que “induzcan a error en cuanto al sexo”, excluyéndose, en cambio, aquellos nombres que “sean contrarios a la dignidad de la persona”, que es precisamente en lo que ha devenido el nombre registral de las personas menores de edad trans<sup>27</sup>.

Un paso definitivo en este sentido, se dio con la aprobación por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado de la Instrucción de 23 de octubre de 2018, sobre cambio de nombre en el Registro Civil de personas transexuales. En ella se estipula expresamente que

“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 la persona 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”.

Sin embargo, cuestión distinta es plantear la posibilidad, a la luz de lo prescrito por el artículo 1.1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, de rectificar la inscripción —ya no del nombre— sino

<sup>24</sup> RAVETLLAT (2018), pp. 111-114.

<sup>26</sup> La Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas, prevé en su Disposición Final Primera que se modifique de nuevo la Disposición Final Décima de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, ampliando con ello la *vacatio legis* de la norma, que prorroga una vez más su entrada en vigor hasta el 30 de junio de 2020.

<sup>27</sup> Traer a colación en este punto la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo N° 76/2015, de 17 de febrero, que en su Fundamento de Derecho 3°, se refiere a la *vacatio legis* de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil en los siguientes términos: “Evidentemente meritada Ley no ha entrado en vigor, pero autoriza una interpretación correctora de la vigente, porque en los aspectos sustantivos la vigencia constitucional de los principios que la inspiran sí se encuentran en vigor. (...) Se trata de una dilación exigida por razones estructurales y organizativas del nuevo Registro Civil, que no por inexigibilidad de los principios que informan sus novedades sustantivas”. En ese mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo N° 621/2015, de 12 de noviembre.

del sexo registral de una persona menor de edad trans\*. En este caso la solución es un tanto más compleja, pues ante la exclusión de las niñas, niños y adolescentes del espectro de la norma, tan solo nos queda acudir a la vía judicial contenciosa, interponiendo una demanda contra el Ministerio Fiscal.

Ahora bien, la solución propuesta no parece ser la más adecuada, en primer término, por complejizar la cuestión y en segundo lugar por no ser pacífica su aceptación. Así, algunos/as Magistrados/as encargados/as del Registro Civil, como por ejemplo el de Mislata o el de Valencia (2016), autorizaron a sendas personas menores de edad trans\* a cambiar el sexo con el que figuraban en el Registro Civil, y, por tanto, también en el documento nacional de identidad, sin esperar a la mayoría de edad y sin necesidad de acomodar sus características físicas al género reclamado<sup>28</sup>.

Anteriormente, y en esa misma línea, la Audiencia Provincial de Valencia (Sección sexta) dictó un Auto de fecha 10 de noviembre de 2015, en que se estima que tras la promulgación de la Ley 3/2007, no procede ya la rectificación del sexo registral vía judicial, sino única y exclusivamente a través del expediente gubernativo, y acto seguido nos ofrece una interpretación del artículo 1º de esa Ley que supera el viejo axioma del *in claris non fit interpretatio* —interpretación gramatical—. De este modo, se considera 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 con capacidad de obrar limitada, sino que, por el contrario, podrán hacerlo si bien mediante sus correspondientes representantes legales<sup>29</sup>.

Contrariamente, y sin minusvalorar la importancia significativa que sin duda presentan los citados Autos, hay que evidenciar que en otros Registros civiles del país la lectura acerca de la cuestión es totalmente contradictoria<sup>30</sup>. Tal circunstancia provoca, que en contra de las previsiones contenidas en la Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 2048 (2015), de 22 de abril de 2015, sobre la discriminación contra las personas transexuales en Europa, no exista en España un procedimiento rápido, transparente y accesible, basado en la autodeterminación que permita a las personas trans\* cambiar el nombre y el sexo en los certificados de nacimiento, documentos de identidad, pasaportes, diplomas y otros documentos similares, independientemente de la edad, estado de salud o situación financiera del individuo<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Destacar en este punto el Auto de 15 de febrero de 2016 de la Magistrada encargada del Registro Civil N° 2 de Valencia, que si bien no es la primera resolución que autoriza en España la rectificación del sexo registral de una persona menor de edad trans\*, sí es el primero en cuyo texto se contiene expresamente una interpretación conforme a la cual los menores transexuales emancipados no estarían excluidos de la Ley 3/2007, cumpliendo tras la emancipación el requisito de legitimación exigido por la mentada norma —mayoría de edad—. En concreto, en el Auto se afirma que tras la inscripción de la emancipación, se reúnen “los requisitos de legitimación con arreglo a la Ley”.

<sup>29</sup> En concreto, este Auto de 10 de noviembre de 2015, afirma que “es verdad que esta 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 3/2007, de 15 de marzo, 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 representadas por sus padres o tutores, que complementen su capacidad de obrar”.

<sup>30</sup> Así, algunos Registros Civiles solo han admitido el cambio registral del nombre de una persona menor de edad, atendiendo a aquel de uso habitual, cuando, además el sujeto había iniciado su tránsito social, avalado por informes de los responsables de su colegio, psicológicos y pediátricos. Citar a modo de ejemplo, el Auto del Registro Civil de Lugo de 18 de marzo de 2015; o el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N°. 3 de Tolosa, en sus funciones de Registro Civil, de 28 de octubre de 2015.

<sup>31</sup> El 22 de abril de 2015, la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa adoptó una resolución intitulada la discriminación contra las personas transgénero en Europa —Resolución 2048 (2015)—. En ella, se llama a los Estados miembros a abolir, en materia de reconocimiento de identidad de género, la obligación legal de esterilización o de sometimiento a otros tratamientos médicos, incluido el diagnóstico de trastornos mentales, en las leyes que incluyen el procedimiento de cambio de nombre y de sexo, y modificar la clasificación de las enfermedades utilizadas a nivel interno y abogar por el cambio para que las clasificaciones internacionales para transexuales, incluyendo a los niños y niñas, no se consideren enfermos mentales, garantizando no obstante el acceso al tratamiento médico necesario sin estigma alguno.

#### 4. Antecedentes del fallo

El caso de autos hace referencia a la situación de un adolescente de 14 años que al nacer fue inscrito con sexo y nombre de mujer, pero que desde la edad de los 3 años manifestó sentirse varón y prefirió usar un nombre identitario masculino. Sus ropas, su corte de pelo, su expresión de género, fueron siempre los de un chico joven. De hecho, en julio de 2014 —cuando contaba con 12 años de edad—, el adolescente ya había sido examinado por un equipo de profesionales —integrado por un psiquiatra, un endocrinólogo y un psicólogo— de la Unidad de identidad de género de Barnaclínic —complejo hospitalario privado sito en la ciudad de Barcelona—. En su informe final, estos expertos realizaron un diagnóstico de trastorno de la identidad de género —disforia de género—, de conformidad con lo preceptuado en la DSM-IV y CIE-10 vigentes en aquellos momentos<sup>32</sup>. Asimismo, manifestaron que de la exploración psicopatológica del sujeto no se infería alteración psiquiátrica alguna que hubiera podido influir en su decisión de instar el controvertido cambio registral. Por último, también se afirmaba que el paciente había asumido el rol genérico masculino desde su más tierna infancia —3 años—, presentaba un fenotipo totalmente masculino y su situación era plenamente aceptada por su entorno familiar y social, lo cual trajo como consecuencia que fuera derivado al médico endocrino para prescribirle un tratamiento hormonal.

Llegados a este punto, la persona menor de edad, representada por sus progenitores, inició, el 21 de julio de 2014, un expediente gubernativo para el cambio de la mención del sexo y del nombre ante el Registro Civil de Benasque. El Juzgado de Primera Instancia de Boltaña, encargado del Registro Civil del domicilio del solicitante, inadmitió a trámite la solicitud (14 de agosto de 2014), al considerar que conforme a la literalidad del artículo 1.1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, solo los mayores de edad son merecedores de la protección otorgada por la norma, entendiéndose que la misma trata, de buena fe, de proteger los derechos de las personas menores de edad, pues —siempre en opinión del Juez— los estudios científicos así lo aconsejan debido a las dificultades del diagnóstico de la disforia de género en niños, niñas y adolescentes, más aún si ello acaece durante la época puberal.

Acto seguido, y frente a la negativa del Registro Civil de Benasque, los interesados promovieron la rectificación registral por vía judicial mediante demanda de juicio ordinario presentada el 29 de septiembre de 2014 ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Huesca. Unos meses después, concretamente el 5 de enero de 2015, se desestimó nuevamente su pretensión.

Posteriormente, el adolescente —a través de sus representantes legales— recurrió en apelación la sentencia dictada por el juez *a quo*, pero la Audiencia Provincial de Huesca desestimó su recurso y confirmó la resolución del Juzgado de Primera Instancia, en Sentencia 36/2015, de 13 de marzo. La Audiencia consideró que el artículo 1.1 de la Ley 3/2007 tiene un carácter personal, que provoca que la exigencia de la mayoría de edad sea aplicable no solamente al expediente gubernativo de rectificación de la mención registral del sexo y el nombre, sino también al juicio declarativo en que se ejercita la acción de rectificación. Además, el órgano *ad quem* consideró que faltaba el requisito de que el demandante hubiera sido sometido a tratamiento médico durante, al menos, dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado

---

<sup>32</sup> En la actualidad, la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha retirado de su clasificación internacional de enfermedades (CIE-11) a la transexualidad, dejando esta de ser considerada como un trastorno identitario y pasando a ser calificada como una incongruencia de género. Ahora bien, aunque esta nueva clasificación (CIE-11) se hizo pública el 18 de junio de 2018, no entrará oficialmente en vigor hasta el 1 de enero de 2022. Lo anterior para permitir a los Estados estudiar, con margen de maniobra suficiente, la manera más adecuada de adaptarse a las nuevas exigencias. No obstante, mientras se hace efectivo el cambio se actualiza el CIE-10 y la transexualidad pasa a ser una “incongruencia de género” y se incorpora en el capítulo que lleva por rúbrica “factores que influyen en el estado de salud y contacto con los servicios de salud”.

—como estatuye el artículo 4 de la Ley 3/2007—, dado que el tratamiento recién había principiado en julio de 2014.

No conformes, los progenitores del adolescente, en su representación, interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal y de casación ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo<sup>33</sup>. El recurrente alegaba que los valores y derechos fundamentales —libre desarrollo de la personalidad, dignidad del individuo, respeto a la intimidad y a la vida privada— afirmados por la jurisprudencia para permitir el cambio en la mención del sexo en las inscripciones registrales, no debían ser predicables únicamente con respecto a las personas mayores de edad<sup>34</sup>, sino que, por el contrario, los niños, niñas y adolescentes trans ostentan también derecho a desarrollarse libremente durante su infancia y adolescencia conforme a la identidad sexual sentida, sin que debiera quedar expuesta públicamente su condición trans ni, en consecuencia, debiera ser vulnerada su dignidad e intimidad<sup>35</sup>. A mayor abundamiento, también se esgrimía la infracción del principio del interés superior del niño/a, vinculado con la necesaria interpretación de las normas atendiendo a dicho concepto jurídico indeterminado, puesto que la Audiencia Provincial al dar contenido al artículo 1 de la Ley 3/2007 reservó exclusivamente a los mayores de edad la legitimación *ad causam* para demandar la rectificación registral, ya fuera mediante expediente gubernativo o por vía judicial.

Ante tal tesis, y antes de pronunciarse sobre el fondo del asunto, el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo decidió plantear una cuestión de inconstitucionalidad (N° 1595/2016, de 10 de marzo) con el objetivo de que el Tribunal Constitucional se pronunciara acerca de la compatibilidad o no del artículo 1.1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, con las disposiciones de la Carta Magna, al excluir a las personas menores de edad trans\* de la posibilidad de instar un cambio de sexo, y por ende de nombre, en la inscripción registral de nacimiento. En particular, se plantea si el mentado precepto vulnera diversos derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes: la protección de la integridad física y moral, el derecho a la intimidad personal y a la propia imagen y el derecho a la salud, todos ellos directamente conectados con el derecho al libre desarrollo de la personalidad<sup>36</sup>.

Asimismo, el Tribunal Supremo declara la improcedencia de extender la cuestión de inconstitucionalidad, como pretendía la parte recurrente, a dos requerimientos contenidos en el artículo 4 de la propia Ley 3/2007, de 15 de marzo: por un lado, la exigencia de que el solicitante

<sup>33</sup> Ambos recursos fueron admitidos a trámite mediante Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2015.

<sup>34</sup> Ya en los años ochenta, la Sala Primera del Tribunal Supremo —STS 1564/1989, de 3 de marzo de 1989— consideró que la mención del sexo de las personas transexuales contenida en el Registro Civil debía ser modificada dando preferencia a los aspectos psíquicos y psicosociales sobre los puramente cromosómicos o gonadales, si bien cionó la aplicación de esta doctrina al caso de las personas transexuales sometidas a la cirugía de reasignación de sexo. Aproximadamente una década después, concretamente a partir de la Sentencia 929/2007, de 17 de septiembre, la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo dejó de exigir la operación quirúrgica de reasignación sexual para admitir la pretensión de rectificación de la mención del sexo y el nombre en la inscripción de nacimiento en el Registro Civil. Efectivamente, esta resolución consideró que no aceptar el cambio registral de sexo por falta de la operación quirúrgica suponía un freno al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la Constitución española, en adelante CE) que se proyectaba en una lesión de la dignidad humana, en una falta de tutela de la salud (artículo 43.1 de la CE), al respeto a la intimidad y a la propia imagen (artículo 18.1 de la CE), y a la protección de la integridad física y moral (artículo 15 de la CE). Se trataba, en definitiva, de dejar que el libre desarrollo de la personalidad se proyectara en su imagen y se desarrollara dentro de un ámbito de privacidad, sin invasiones ni injerencias. Esta línea jurisprudencial se consolidó en sentencias posteriores como las 158/2008, de 28 de febrero, 182/2008, de 6 de marzo, 183/2008, de 6 de marzo, 731/2008, de 18 de julio, y 465/2009, de 22 de junio.

<sup>35</sup> Por todo ello, el recurrente consideraba que la falta de legitimación de las personas menores de edad transexuales para promover el expediente gubernativo de rectificación de la mención del sexo —artículo 1 de la Ley 3/2007— no significaba que no se pudiera promover dicha rectificación por la vía judicial del proceso declarativo ordinario, conforme al artículo 92 de la Ley de Registro Civil, cuando, como ocurría en el presente caso, se cumplían los requisitos del artículo 4 de la Ley 3/2007 —declaración de la disforia de género—.

<sup>36</sup> El Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad iba acompañado de un voto particular discrepante. En él se argumenta en una doble dirección. Por un lado, por entender que el cambio registral de sexo debe constatar un hecho ya acaecido y no una mera recepción de la manifestación de voluntad en ese sentido. Así, la restricción contenida en el artículo 4.1. de la Ley 3/2007, no puede considerarse desproporcionada. Por otro lado, se afirma que el problema que subyace al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad no se resuelve con una mera supresión de la exigencia de la mayoría de edad para el ejercicio del derecho.

acredite que le ha sido diagnosticada disforia de género; y, de otro, que justifique, el haber sido tratado médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado. Por lo que al primer extremo se refiere, la Sala Primera del Tribunal Supremo entiende que debido a que el recurrente justificó el diagnóstico de disforia de género mediante un informe que reunía los requisitos exigidos en la ley, la validez constitucional de dicha exigencia normativa no supeditaba el fallo del litigio. Algo parecido sucede con la segunda de las condiciones, puesto que a pesar de no haber completado el recurrente los dos años de tratamiento médico en el momento de interposición de su demanda, la Sala destaca que sería de aplicación la excepción legal contenida en el artículo 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”. Por ende, en la medida en que no tenía sentido iniciar un tratamiento hormonal antes de la edad puberal, el Auto considera que el recurrente se encuentra en el supuesto excepcional en que por razones etarias no sería necesario cumplir ese requisito, por lo que no tiene relevancia en este caso la constitucionalidad de esa exigencia legal.

Una vez resumido el íter judicial proseguido por este caso, procedemos, a continuación, al análisis detallado del marco legal y jurisprudencial —en particular el emanado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos— vigente en España en el preciso instante en que se presentó y, ulteriormente, se tomó en consideración esta cuestión de inconstitucionalidad.

## 5. La situación de la infancia y la adolescencia trans\* tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio

El Pleno del Tribunal Constitucional, por Providencia de 10 de mayo de 2016, acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo respecto al artículo 1 de la Ley 3/2007, en cuanto solo reconoce legitimación a las personas mayores de edad para solicitar la rectificación de la mención registral del sexo y del nombre. Una vez analizada dicha resolución, y tomando en consideración los antecedentes esgrimidos *ut supra*, reputamos que son varios los aspectos a destacar del pronunciamiento emitido por el órgano constitucional español.

En primer término, el Tribunal Constitucional se reafirma en su doctrina ya muy consolidada de que las personas menores de edad son titulares de los derechos fundamentales<sup>37</sup>. Así, aun admitiendo que el ordenamiento jurídico civil contiene algunas limitaciones etarias para la toma de ciertas decisiones —en particular en el ámbito patrimonial—, se entiende que en un contexto tan íntimo y personalísimo como el identitario —de naturaleza extrapatrimonial—, esas restricciones debieran, en gran medida, remitir. Quién mejor que la persona menor de edad sabe lo que siente, cómo se siente, quién es y cuál es su verdadero “yo”<sup>38</sup>. Nadie, ni progenitores, ni familia, ni profesionales, ni instituciones se pueden irrogar el derecho de reprimir, corregir, castigar o

<sup>37</sup> En este sentido encontramos la Sentencia del Tribunal Constitucional 183/2008, de 22 de diciembre, en la que se afirma como parte del contenido esencial del artículo 24.1 CE el derecho de cualquier persona menor de edad, con capacidad y madurez suficiente, a ser oído en vía judicial en la adopción de medidas que afecten a su esfera personal, y que añade que “con mayor razón, también forma parte del mentado derecho fundamental que se posibilite a cualquier menor, con capacidad y madurez suficiente, instar de los órganos judiciales, en cualquier orden jurisdiccional, la defensa de intereses que afecten a su esfera personal, incluso contra la voluntad de quienes ejerzan su representación legal (FJ 5)”. Asimismo, la STC 141/2000, de 29 de mayo, cuando afirma que “desde la perspectiva del artículo 16 de la CE los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de su madurez y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar (FJ 5)”. Por último, la STC 154/2002, de 18 de julio, en la que se reconoce que el ámbito de autodeterminación sobre decisiones vitales —el rechazo de una transfusión de sangre a pesar de conllevar peligro para su vida— no solo se predica del mayor de edad sino igualmente de quien es menor de edad (FJ 9).

<sup>38</sup> BRILL Y PEPPER (2008), pp. 16-22.

modificar su identidad, pues ello supone atentar directamente contra el desarrollo integral de su personalidad. Aceptar al niño, niña y adolescente como un ser autónomo —principio de la autonomía progresiva— no significa, en ningún caso, cuestionar ni poner en entredicho la autoridad de los adultos de referencia, sino reconocer su derecho a estar presentes, a expresar lo que sienten, siempre por supuesto en atención a sus características evolutivas, en la toma de aquellas decisiones que les afecten y enfatizando, en todo caso, que el rol que tiene el adulto —progenitores, familia, profesionales, instituciones— es el de llevar a cabo una misión de acompañamiento, conducción, promoción y educación<sup>39</sup>.

Ahora bien, no obstante lo apuntado en el párrafo anterior, es verdaderamente complejo que una persona menor de edad afirme abiertamente ser trans\* —o incluso que lo manifieste un adulto en su representación—, en la medida en que nuestro sistema jurídico —y el artículo 1 de la Ley 3/2007 sería buena muestra de ello— continúa percibiendo mayoritariamente a los niños, niñas y adolescentes como unos seres inmaduros e incompletos, de manera que no se les considera capaces, por sí solos, de conocer o afirmar sus vivencias de género. Es precisamente esta consideración de estar en proceso la que hace que las personas menores de edad estén especialmente controladas, vigiladas con respecto a sus manifestaciones de identidad, convirtiéndose en una verdadera amenaza<sup>40</sup>.

En segundo lugar, y entrando ya en cuestiones de fondo, el Tribunal Constitucional evalúa 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 sujetos necesitados de especial protección—. Tal condición únicamente puede verificarse, en palabras propias del Tribunal Constitucional, si la medida restrictiva es adecuada, necesaria y proporcionada en sentido estricto.

Sobre el juicio de adecuación de la medida legal restrictiva a la finalidad constitucional que la justifica, el Tribunal entiende que si bien es cierto que extender el ámbito de aplicación del artículo 1.1 de la Ley 3/2007 a las personas menores de edad trans\* entrañaría un claro beneficio para estas, no cabe negar que la limitación general contenida en el cuestionado precepto, también puede leerse como una contribución positiva al interés de la niñez y la adolescencia, en particular en todos aquellos supuestos en los que las manifestaciones que acreditan la transexualidad no estén consolidadas, evitándose de este modo las consecuencias negativas que podrían generarse a partir de una decisión precipitada.

Acto seguido, el Tribunal Constitucional se centra en el control de la necesidad de la medida legal restrictiva del derecho a la intimidad personal y del principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad, referido a los sujetos menores de edad, producto de la mención a la “mayoría de edad” contenida en el redactado del art. 1.1 de la Ley 3/2007. En este extremo, la Corte parece hacer suyos los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo en su Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, en el sentido de entender que existe una medida alternativa menos gravosa y restrictiva para estos casos, que nos es otra que la de considerar que la exigencia de la mayoría de edad no se proyecta sobre los menores de edad “con madurez suficiente” y que se encuentren “en situación estable de transexualidad”.

Finalmente, y refiriéndonos ahora al examen de proporcionalidad en sentido estricto del precepto normativo objetado, el Tribunal aprecia que la restricción legal enjuiciada, en su aplicación con respecto a las personas menores de edad que presenten “suficiente madurez” y que se encuentren en una “situación estable de transexualidad” —remitiéndonos, eso sí, para valorar tales

<sup>39</sup> GAUCHÉ Y LOVERA (2019), pp. 376-384 y RAVETLLAT (2018), pp. 420-422.

<sup>40</sup> CASTAÑEDA (2014), pp. 59-61.

circunstancias al controvertido artículo 4 de la Ley 3/2007—, representa un grado de satisfacción más reducido del principio del interés superior del niño/a, propósito este último, no lo olvidemos, perseguido por el legislador al dar redacción al artículo 1.1 de la Ley 3/2007. Por el contrario, en casos como el descrito se incrementan notablemente los perjuicios para su derecho a la intimidad personal y para el principio de la libre conformación de su identidad individual. Y es por todo ello que tal limitación, únicamente cuando se refiera a personas menores de edad con “suficiente madurez” y en una “situación estable de transexualidad”, se valora como desproporcionada.

## 6. Voto particular

La Sentencia cuenta también con un voto particular de la magistrada Encarna Roca Trias que disiente del fallo adoptado por el Pleno del Tribunal Constitucional. Su discrepancia se fundamenta en la idea de que el precepto discutido —artículo 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo—, no tiene como finalidad el desarrollo del ejercicio de ningún derecho fundamental, sino que, exclusivamente persigue regular los requisitos necesarios para acceder al cambio de la inscripción relativa al sexo de una persona en el Registro Civil, cuando dicha inscripción no se corresponde con su verdadera identidad de género. En este sentido, nos recuerda la magistrada, la naturaleza y finalidad del Registro Civil es la de constatar y publicar hechos y actos referidos al estado civil de los individuos, y no otorgar derechos ni regular su libre ejercicio. En consecuencia, qué actos y hechos son inscribibles, así como los requisitos que ha de cumplir un sujeto para formalizar una determinada inscripción, pertenecen a la libertad de configuración del legislador. Todo ello, por supuesto, sin perjuicio de que una determinada exigencia legal pueda suponer una injerencia ilegítima en un derecho fundamental. En suma, la rectificación registral de la mención relativa al sexo y al nombre no es más que la constatación formal de una previa decisión de naturaleza personalísima, como es la identidad de género, que el legislador entiende que ha de formalizarse solo cuando la persona tiene plena capacidad para ello, lo que identifica, por razones de seguridad, con un criterio objetivo cronológico como es la mayoría de edad.

Fine el voto particular calificando el pronunciamiento de confuso e impreciso, al no poder determinarse con claridad si se está ante una sentencia *aditiva* —en la que se declara parcialmente inconstitucional la norma porque no se ha previsto algo que el legislador constitucionalmente estaba obligado a prever—; o ante una sentencia *monitoria*, en la que se aconseja al legislador que opte por una regulación más favorable; o, incluso ante una sentencia meramente *interpretativa*, dejando pendiente por concretar, quién y cómo ha de determinar la suficiente madurez del menor y el grado de estabilidad de su transexualidad.

## 7. A modo de conclusiones

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tras un inicio titubeante, parece asumir ya sin reparos que la identidad de género cae dentro de la esfera de protección de la vida privada del artículo 8 del CEDH. Asimismo, y a pesar de no existir pronunciamiento expreso alguno al respecto, pareciera también que las resoluciones emanadas del Tribunal de Estrasburgo estuvieran paulatinamente acercándose a la teoría de la autodeterminación de género, dejando atrás la lectura patologizante de la realidad trans\*.

Pues bien, atendiendo a este marco jurisprudencial del TEDH la Ley 3/2007, de 15 de marzo, parece haber quedado absolutamente obsoleta y no responder a lo que una sociedad moderna, diversa e inclusiva debiera ofrecer a las personas trans\*, y más aún si atendemos a la invisibilidad que dispensa a las personas menores de edad.

Por lo que a la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio se refiere, dos son los aspectos esenciales a destacar. Primero, el limitado alcance de su declaración de inconstitucionalidad, pues se refiere únicamente a las personas menores de edad con “suficiente madurez” y en una “situación estable de transexualidad”, lo que refuerza aún más nuestra idea de la imperiosa necesidad de un nuevo marco normativo basado en la autodeterminación de la identidad de género de todas las personas, con independencia de cuál sea su edad. Segundo, no se supera la visión patologizante y medicalizada de la realidad trans\*, especialmente la de los niños, niñas y adolescentes, por el contrario se agrava, pues tanto el Tribunal Supremo en su auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, como el propio Tribunal Constitucional en la resolución que le pone fin, hacen uso de expresiones que denotan tal circunstancia —“encontrarnos ante una petición seria por parte del o la adolescente trans\*”, “que la persona menor de edad se halle en una situación estable de transexualidad”, entre otras—. Todo ello parece abocarnos al omnipresente diagnóstico de disforia de género acreditado por médico o psicólogo clínico y a que se haya iniciado un tratamiento para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado; precisamente, los requisitos exigidos por el polémico artículo 4 de la Ley 3/2007.

En suma, despatologizar las identidades de las niñas, niños y adolescentes trans\* no significa únicamente eliminar su mención de las clasificaciones de los manuales de psiquiatría al uso o incorporar una referencia bienintencionada a su realidad en las respectivas leyes de identidad de género, sino que es preciso ir más allá, y admitir que las personas pueden decidir sobre sí mismas, que son autónomas respecto a su cuerpo y que es fundamental habilitar el espacio para generar el propio relato, y todo ello sin centrarse, exclusivamente, en una cuestión meramente etaria. Así, existen infinitas formas de construir subjetividad y las técnicas empleadas por psiquiatras, psicólogos, endocrinólogos y cirujanos más que soluciones para la conformación de un *género verdadero* debieran erigirse en meras herramientas de apoyo. En otras palabras, la tradicional función evaluadora de los profesionales debiera, pues, ser reemplazada por la de acompañamiento.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARJONA LEDESMA, SHEILA (2016): *Infancia con creatividad de género. Identidades no binarias, cuerpos transgresores y despatologización trans* (Granada, Universidad de Granada).

BRILL, STEPHANIE Y PEPPER, RACHEL (2008): *The transgender child: a handbook for families and professionals* (Berkley, Cleis Press).

CASTAÑEDA, CLAUDIA (2014): “Childhood”, en: *Transgender Studies Quarterly* (Vol. 1 N° 1-2), pp. 59-61.

GAUCHÉ MARCHETTI, XIMENA Y LOVERA PARMO, DOMINGO (2019): “Identidad de género de niños, niñas y adolescentes: una cuestión de derechos”, en: *Revista Ius et Praxis* (Año 25 N° 2), pp. 359-402.

GAVILÁN MACÍAS, JUAN (2016): “Modelo sociocultural para la intervención en la transexualidad infantil”, en: Gallego Molinero, Aránzazu y Espinosa Spínola, María (editoras), *Miradas no adultocéntricas sobre la infancia. Transexualidad, orígenes en la adopción, ciudadanía y justicia juvenil* (Granada, Comares), pp. 3-28.

GENERELO, JESÚS, PICHARDO, J. IGNACIO Y GALOFRÉ, GUILLEM (2008): *Adolescencia y sexualidades minoritarias. Voces desde la exclusión* (Jaén, Alcalá Grupo Editorial).

LÓPEZ SÁNCHEZ, FÉLIX (2013): “Identidad sexual y orientación del deseo en la infancia y la adolescencia”, en: AEPap, pp. 209-225.

MALDONADO MOLINA, JAVIER (2016): “Transexualidad infantil y derecho”, en: Gallego Molinero, Aránzazu y Espinosa Spínola, María (editoras), Miradas no adultocéntricas sobre la infancia. Transexualidad, orígenes en la adopción, ciudadanía y justicia juvenil (Granada, Comares), pp. 29-46.

RAVETLLAT BALLESTÉ, ISAAC (2019): “El derecho a la identidad (de género)”, en: Aguilar Cavallo, Gonzalo (coordinador), Nuevos derechos para una nueva Constitución (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 191-211.

\_\_\_\_\_ (2018): “El interés superior del niño como criterio de resolución de las nuevas realidades legales que enfrenta la infancia y la adolescencia en Cataluña: la identidad (de género) a escena”, en: Revista Catalana de Dret Privat (Vol. 18), pp. 89-132.

\_\_\_\_\_ (2018): “Igual de diferentes: la identidad de género de niñas, niños y adolescentes en Chile”, en: Revista Ius et Praxis (Año 24 N° 1), pp. 397-436.

\_\_\_\_\_ (2017): “El derecho a la identidad (de género) de la infancia y la adolescencia: del paradigma de la patología a la autodeterminación”, en: Actualidad Civil (N° 3), pp. 42-62.

SANZ-CABALLERO, SUSANA (2014): “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su respuesta al reto de la transexualidad: historia de un cambio de criterio”, en: American University International Law Review (Vol. 29, N° 4), pp. 831-868.

SWANN, STEPHANIE K. Y HERBERT, SARAH E. (2009): “Ethical issues in the mental health treatment of trans adolescents”, en: Mallon, Gerald P. (editor): Social work practice with transgender and gender variant youth (New York, Roudledge), pp. 38- 52.

VENTURA, RAFAEL Y VAZ, IVÁN (2014): “La identidad transexual infantil. Estudio del caso Málaga en el País.com”, en: Libro de Actas del II Congreso Internacional de Comunicación y Género (Sevilla, Universidad de Sevilla), pp. 462-472.

ZÚÑIGA AÑAZCO, YANIRA (2018): “Cuerpo, género y derecho. Apuntes para una teoría crítica de las relaciones entre cuerpo, poder y subjetividad” en: Revista Ius et Praxis (Año 24 N° 3), pp. 209-254.

## JURISPRUDENCIA CITADA

### TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

REES VS. REINO UNIDO (1986): Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 17 de octubre de 1986.

COSSEY VS. REINO UNIDO (1990): Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 27 de septiembre de 1990.

B. VS. FRANCIA (1992): Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 25 de marzo de 1992.

X., Y. Y Z. VS. REINO UNIDO (1997): Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 22 de abril de 1997.

SHEFFIELD Y HORSHAM VS. REINO UNIDO (1998): Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 30 de junio de 1998.

CRISTINE GOODWIN VS. REINO UNIDO (2002): Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 11 de julio de 2002.

I. VS. REINO UNIDO (2002): Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 11 de julio de 2002.

VAN KÜCK VS. ALEMANIA (2003): Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 12 de septiembre de 2003.

H. VS. FINLANDIA (2012): Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 13 de noviembre de 2012.

Y. Y. VS. TURQUÍA (2015): Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 10 de marzo de 2015.

A. P., GARÇON, Y NICAT VS. FRANCIA (2017): Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 6 de abril de 2017.

#### TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

STS 1564/1989, de 3 de marzo.

STS 929/2007, de 17 de septiembre.

STS 158/2008, de 28 de febrero.

STS 182/2008, de 6 de marzo.

STS 183/2008, de 6 de marzo.

STS 731/2008, de 18 de julio.

STS 465/2009, de 22 de junio.

STS 76/2015, de 17 de febrero.

STS 621/2015, de 12 de noviembre.

#### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

STC 141/2000, de 29 de mayo.

STC 154/2002, de 18 de julio.

STC 183/2008, de 22 de diciembre.