

Este documento está publicado en:

Celador Angón, R. (2020). Transexualidad, libre desarrollo de la personalidad e interés del menor: análisis comparado de los modelos español e inglés. *Revista de derecho público comparado*, 27 (2020).

URL: https://www.iustel.com//v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=422767

© Iustel, 2020



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

TRANSEXUALIDAD, LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD E INTERÉS DEL MENOR. ANÁLISIS COMPARADO DE LOS MODELOS ESPAÑOL E INGLÉS

Por

OSCAR CELADOR ANGÓN

Universidad Carlos III de Madrid (España)

oscar.celador@uc3m.es

Revista General de Derecho Público Comparado 27 (2020)

RESUMEN: Este artículo estudia los modelos previstos en los ordenamientos jurídicos inglés y español para cambiar jurídicamente de sexo, y en este contexto analiza las recientes decisiones del Tribunal Constitucional español y de la división de Derecho de familia del Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra, debido a su relevancia desde la perspectiva del interés del menor. En la primera parte de nuestra investigación se estudian las principales decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el contexto referido, y especialmente por lo que respecta al derecho al respeto a la vida privada y familiar, garantizado por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. A continuación, analizaremos tanto el marco jurídico como las decisiones judiciales más relevantes en los ordenamientos jurídicos inglés y español. Y finalmente, intentaremos explicar la congruencia interna de ambos modelos, así como el papel que en los mismos desempeña el principio del interés superior del menor en el contexto de la inscripción registral del sexo.

PALABRAS CLAVE: transexual; transgénero; interés superior del menor; derecho al respeto a la vida privada y familiar.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES INICIALES. - II. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. - III. MODELO ESPAÑOL. - III. 1. Marco normativo. - III. 1. 1. El Menor como sujeto de derecho y libertades fundamentales. - III.1.2. Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. - III.1.3. Instrucción de 23 de octubre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. - III. 2. Marco Jurisprudencial. - III.3. La STC 99/2019. - IV. MODELO INGLÉS. - IV. 1. Marco normativo. - IV. 2. Precedentes judiciales. - IV. 3. El asunto McConnel. - V. CONSIDERACIONES FINALES.

TRANSSEXUALITY, FREE DEVELOPMENT OF THE PERSONALITY AND BEST INTERESTS OF THE CHILD. A COMPARATIVE ANALYSIS OF THE SPANISH AND ENGLISH MODELS

ABSTRACT: This paper studies the models provided in the English and Spanish legal systems that allows people to change their legal sex. In the first part of our research we study the main decisions of the European Court of Human Rights in this context, and especially with regard to the right to respect for private and family life, guaranteed by Article 8 of the European Convention of Human Rights. Next, we will analyse the legal framework and the most relevant judicial decisions in the English and Spanish legal systems, and specially the recent decisions of the Spanish Constitutional Court and the Family Law division of the Superior Court of Justice of England, due to their relevance from the perspective of the child's interest. And finally, we will explain the internal congruence of both models, as well as the role that the principle of the best interests of the child plays in this context.

KEY-WORDS: transsexual; transgender; best interests of the child; right to respect for private and family life.

SUMMARY: I. INITIAL CONSIDERATIONS. - II. DECISIONS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. - III. THE SPANISH MODEL. - III. 1. Regulatory framework. - III. 1. 1. Fundamental rights and freedoms of the child. - III.1.2. The Law 3/2007, of March 15, regulating the registry rectification of the mention regarding the sex of people. - III.1.3. The Instruction of October 23, 2018, of the General Directorate of Registries and Notaries. - III. 2. Case law Framework. - III.3. The STC 99/2019. - IV. THE ENGLISH MODEL. - IV. 1. Regulatory framework. - IV. 2. Judicial precedents. - IV. 3. The McConnel case. - V. FINAL CONSIDERATIONS.

Fecha recepción: 20/01/2020

Fecha aceptación: 07/04/2020

I. CONSIDERACIONES INICIALES

El derecho de los menores al libre desarrollo de la personalidad en el terreno de la sexualidad está siendo objeto de un interesante debate con ocasión de dos decisiones judiciales recientes, que han basculado en torno al interés del menor en el contexto referido. Por una parte, el Tribunal Constitucional¹ se ha pronunciado sobre una cuestión planteada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en relación a la constitucionalidad del requisito de ser mayor de edad para poder solicitar la rectificación de la mención registral del sexo². Y por la otra, la división de Derecho de familia del Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra ha adoptado una decisión compleja, con ocasión de la demanda presentada por Freddy McConnel, debido a la negativa del Registro civil inglés a reconocerle como el “padre” de su hijo y a su inscripción como la “madre”, pese a que éste había modificado su sexo legamente, y a todos los efectos tenía la consideración de varón³. En ambos supuestos los tribunales han adoptado sus decisiones utilizando como referencia el principio del interés superior del menor, en un caso para poder modificar la mención registral del sexo, y en el otro para salvaguardar el derecho a la identidad del menor, entendido como el derecho de los descendientes a conocer los datos de su progenitor o progenitores.

Se trata de decisiones judiciales que ilustran en gran medida la capacidad de los ordenamientos jurídicos para adaptarse a los retos y demandas que plantea la sociedad, y evolucionar en paralelo a los mismos. Asimismo, en ambos supuestos los tribunales

¹ STC 99/2019, de 18 de julio de 2019.

² Vid. artículo 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

³ R (on the application of TT) -v- The Registrar General for England and Wales and others, [2019] EWHC 2384 (Fam.).

han tenido que determinar en qué medida la mención registral del sexo es coherente con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, en un caso referida a la posibilidad de que sean los menores de edad con suficiente madurez y que se encuentren en una situación estable de transexualidad los que decidan a este respecto; y en el otro debido a las consecuencias que dicha inscripción puede tener en el derecho a la identidad de los descendientes de las personas que cambian de sexo⁴.

A partir de este planteamiento, nos proponemos analizar los modelos previstos en los ordenamientos jurídicos inglés y español para cambiar jurídicamente de sexo, así como interpretar los mismos de acuerdo con las decisiones judiciales referidas. La elección del modelo inglés se debe a la relevancia que está llamada a tener la sentencia McConnel, toda vez que, como es sabido, los subsistemas jurídicos (inglés, galés, escocés y norirlandés) están sometidos a la jurisdicción del Tribunal Supremo del Reino Unido, pero en el ámbito del Derecho de familia y matrimonial presentan diferencias importantes

Con este objeto, en la primera parte de nuestro trabajo se estudian las principales decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el contexto referido, y especialmente por lo que respecta al derecho al respeto a la vida privada y familiar, garantizado por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). A continuación, analizaremos tanto el marco jurídico como las decisiones judiciales más relevantes en los ordenamientos jurídicos inglés y español. Y finalmente, intentaremos explicar la congruencia interna de ambos modelos, así como el papel que en los mismos desempeña el principio del interés superior del menor en el contexto de la inscripción registral del sexo.

II. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El artículo 8 del CEDH protege el derecho al respeto a la vida privada y familiar, estableciendo que: “1.

Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, excepto cuando dicha injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

⁴ Vid. S. Besson, “Enforcing the child's right to know her origins: Contrasting approaches under the convention on the rights of the child and the European convention on human rights”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 21 (2), 2007, pp. 137-159.

El TEDH ha venido pronunciándose sobre las demandas de los transexuales en el marco del artículo 8 del CEDH, con una jurisprudencia que, como a continuación veremos, ha evolucionado, por una parte, de forma paralela a los avances científicos; por otra, como consecuencia de las modificaciones legislativas operadas en los países firmantes del CEDH; y por último, para eliminar los obstáculos que impiden el libre desarrollo de la personalidad en el terreno de la identidad sexual⁵.

La primera sentencia relevante del TEDH en este contexto fue el asunto *Rees contra el Reino Unido*⁶. El sistema sanitario inglés financiaba la operación de cambio de sexo de las personas transexuales que cumplieran una serie de requisitos, y preveía la modificación de la documentación indicando un nombre acorde con su nuevo sexo. Sin embargo, el ordenamiento jurídico no permitía la modificación del sexo que constaba en el registro de nacimiento, ya que el Registro civil inglés recoge el sexo biológico y sólo puede modificarse cuando exista un error material en la inscripción original del nacimiento. Lo contrario, según la legislación inglesa, supondría falsear los hechos registrados y podría inducir a error a las personas que tuvieran un interés legítimo en obtener una información exacta. El tribunal estableció que el modelo inglés no violentaba el Derecho al respeto a la vida privada y familiar, ya que no permitía la modificación de los datos registrales, con el objeto de salvaguardar el interés público en que el Registro civil ofrezca información objetiva y seguridad jurídica en el contexto del Derecho de familia y sucesiones.

El TEDH se pronunció de nuevo sobre esta temática con ocasión del asunto *B. contra Francia*⁷. A diferencia de lo que ocurre en Inglaterra, en Francia la documentación administrativa y los certificados de estado civil y nacionalidad no identifican el sexo de su

⁵ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre el derecho al respeto a la vida privada y familiar de los transexuales. Vid. D. Gonzalez-Salzberg, "The Accepted Transsexual and the Absent Transgender: A Queer Reading of the Regulation of Sex/Gender by the European Court of Human Rights", *American University International Law Review*, Vol. 29 no. 4, 2014, pp. 798-829. H. Hall, J. Garcia Oliva, "Libertad Religiosa, Padres y Educación en Inglaterra: La Influencia de la Jurisprudencia de Estrasburgo", AAVV, *Libertad Religiosa, Neutralidad del Estado y Educación. Una Perspectiva Europea y Latinoamericana*, Aranzadi, 2019, pp. 175-195. L. Hart, *Relational Subjects: Family relations, law and gender in the European Court of Human Rights*, Publications of the Faculty of Social Sciences, Unigrafia, Publications of the Faculty of Social Sciences, Nº 9, Helsinki, 2016. L. S. Korkiamäki, "Legal Gender Recognition and (Lack of) Equality in the European Court of Human Rights", *The Equal Rights Review*, Vol. 13, 2014, pp. 20-50. V. Merino Sancho, "Una revisión de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la intimidad sexual y la autonomía individual", *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Nº 38, 2018, pp. 327-358. S. Sanz Caballero, "A propósito de sentencias de Goodwin e I o del debate sobre el matrimonio de transexuales ante TEDH", *Revista española de derecho internacional*, Vol. 55, Nº 1, 2003, pp. 307-316. S. Sanz Caballero, "El Tribunal Europeo De Derechos Humanos y su respuesta al reto de la transexualidad. Historia de un cambio de criterio", *American University International Law Review*, Vol. 29 no. 4, 2014, pp. 831-868.

⁶ *Rees contra el Reino Unido*, sentencia de 17 de octubre de 1986.

⁷ *B contra Francia*, sentencia de 25 de marzo de 1992.

titular; sin embargo, y de forma excepcional, la seguridad social utiliza una numeración para identificar a los beneficiarios de sus prestaciones que indica tácitamente el sexo de su titular, con el objeto de que su empleador pueda abonar correctamente sus contribuciones sociales. Los empleadores están obligados a mantener el número de la seguridad social de sus empleados en secreto, pero dado que éste podía indicar discrepancias entre el sexo jurídico y la apariencia sexual de los empleados, el tribunal estimó que la regulación francesa lesionaba los Derechos a la intimidad y a la vida privada de las personas que cambian de sexo.

El derecho de las personas que cambian de sexo a contraer matrimonio también ha sido objeto de debate en la jurisprudencia del TEDH. En el asunto *X, Y and Z contra Reino Unido*⁸ el tribunal se pronunció sobre un supuesto en el cual X, una mujer que cambió su sexo al de hombre, y tenía una relación con Y, una mujer que se quedó embarazada mediante inseminación artificial y posteriormente dio a luz a Z, no podía tener una relación jurídica con Z. El tribunal estimó que el Derecho inglés no lesionó el CEDH, ya que la dificultad para crear un vínculo entre Z y X no se debió a la identidad sexual de Z, sino al hecho de que el ordenamiento jurídico inglés no reconociese en aquel momento el matrimonio entre las parejas del mismo sexo.

La decisión más importante en este contexto es probablemente la adoptada en el asunto *Goodwin* contra el Reino Unido⁹, ya que va a generar una jurisprudencia tendente a reconocer a las personas que cambian de sexo todos los derechos inherentes a su nueva identidad sexual. La señora Goodwin cambió de sexo de hombre a mujer, pero a efectos de la seguridad social no estaba previsto el cambio de su número identificación numérica, por lo que ésta tenía la consideración de varón a efectos laborales y debía cotizar hasta los 65 años (mientras que las mujeres sólo cotizaban en aquel momento hasta los 60 años); asimismo, dado que la señora Goodwin conservó su número de la seguridad social, sus empleadores podían descubrir que previamente había trabajado y pagado cotizaciones como hombre y no como mujer. El TEDH sentenció a favor de la señora Goodwin, y señaló que aquellos países, como ocurre en el caso del Reino Unido y España, que reconozcan el Derecho a cambiar de sexo deben diseñar los mecanismos que necesarios para que, una vez que se produzca el cambio de sexo, los individuos puedan integrarse plenamente en la sociedad y actuar en el tráfico jurídico de acuerdo con su nuevo sexo.

Otro aspecto de especial relevancia en este ámbito es la coherencia al amparo del CEDH del requisito de someterse a una cirugía de reasignación de sexo para poder

⁸ *X, Y and Z contra el Reino Unido*, sentencia del 22 de abril de 1997.

⁹ *Christine Goodwin contra el Reino Unido*, sentencia de la Gran Cámara de 11 de julio de 2002.

solicitar el cambio de sexo. El TEDH se pronunció sobre esta temática con ocasión del asunto *A.P., Garçon y Nicot contra Francia*¹⁰. La legislación francesa requería que los solicitantes de cambio de sexo probasen de forma objetiva que habían modificado su apariencia física de forma irreversible. La regulación francesa se justificaba por motivos de seguridad jurídica, así como en la ausencia de unanimidad en la doctrina científica acerca de la reversibilidad y las consecuencias de los tratamientos hormonales en la esterilidad.

El tribunal señaló que era consciente de que no existía una posición uniforme en los países firmantes del CEDH en este terreno, pero estableció que el requisito exigido a las personas transexuales para modificar jurídicamente su sexo de demostrar la “naturaleza irreversible de su cambio de apariencia”, lesionaba el artículo 8 del CEDH¹¹. El tribunal fue consciente de que los requisitos exigidos por la regulación francesa pretendían salvaguardar los principios de seguridad jurídica y el interés general, pero lo hacían sacrificando u obstaculizando gravemente la integridad física y el libre desarrollo de la personalidad de los transexuales que querían acomodar la inscripción registral de su sexo con su género sentido¹².

El requisito de que los solicitantes tuvieran que probar que padecían un trastorno de identidad de género también fue objeto de debate, ya que para los demandantes suponía que fueran etiquetados como enfermos mentales, lo cual era lesivo para su dignidad. El diagnóstico de disforia de género tiene por objeto que los médicos tengan certeza sobre cuál es la situación médica de sus pacientes, antes de administrar un tratamiento hormonal o realizar una cirugía irreversible. Por los motivos señalados, el TEDH se decantó por reconocer un amplio margen de apreciación a los Estados en este terreno, y estimó que el sometimiento a una prueba de diagnóstico de trastorno de identidad de género no lesiona el CEDH¹³.

De acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, los individuos están obligados a cooperar con las autoridades sanitarias para acreditar que tienen disforia de género, pero el

¹⁰ *Asunto A.P., Garçon y Nicot contra Francia*, sentencia de 6 de abril 2017.

¹¹ Vid. Parágrafos 117-118.

¹² En palabras del tribunal, “el hecho de que el reconocimiento de la identidad de género de las personas transexuales esté condicionado al sometimiento a una cirugía o tratamiento de esterilización -cuya consecuencia más probable es la esterilización-, en la medida en la que no es deseada por las personas transexuales, equivale a condicionar el pleno ejercicio de su derecho al respeto de su vida privada, garantizado por el artículo 8 de la Convención, a que renuncien al pleno ejercicio de su Derecho al respeto de su integridad física, protegido por el artículo 3 de la Convención”. Vid. Parágrafo 131.

¹³ Vid. Parágrafo 139.

sometimiento a cualquier tipo de tratamiento quirúrgico posterior contra su voluntad, como condición para reconocer el cambio jurídico de sexo, lesiona el CEDH¹⁴.

Un último aspecto que es necesario conocer respecto de la jurisprudencia del TEDH, dado que éste no se ha pronunciado específicamente sobre la inscripción registral de los hijos nacidos de personas que han cambiado de sexo, es el alcance y contenido del derecho de los hijos a conocer cuál es la identidad de sus padres biológicos. La relevancia de esta cuestión no es baladí, ya que la respuesta al interrogante planteado puede exigir, aunque sea tácitamente, conocer cuál es el sexo biológico de los progenitores.

En el asunto *Godelli contra Italia*¹⁵ el TEDH se pronunció sobre la demanda presentada por la señora Godelli, que fue abandonada nada más nacer, y a la que las autoridades italianas negaron el derecho a conocer la identidad de su madre biológica, ya que el ordenamiento jurídico italiano garantiza el derecho de las madres a que, en el caso de que así lo soliciten, su identidad se mantenga en secreto. El tribunal adoptó su decisión buscando un equilibrio entre el Derecho a la intimidad de la madre y el Derecho de la señora Godelli a conocer cuáles son sus orígenes, en cuanto una manifestación de sus Derechos a la identidad y a la vida privada y familiar. El tribunal sentenció a favor de la señora Godelli, ya que, si bien reconoce cierto margen de apreciación a los Estados en este ámbito, el modelo italiano satisfacía exclusivamente los intereses y deseos de los progenitores.

El TEDH también se ha pronunciado sobre esta temática con ocasión del asunto *Menesson contra Francia*¹⁶, debido a la negativa de los tribunales franceses a reconocer las relaciones filiales que se habían establecido en Estados Unidos entre una pareja francesa y los niños nacidos como resultado de un embarazo subrogado. Los embriones fueron producidos con los espermatozoides del señor Mennesson y fueron implantados en el útero de una mujer diferente a su esposa, que dio a luz gemelos en el Estado de California. Los niños fueron registrados civilmente de acuerdo con el Derecho estadounidense como los hijos del Sr. y la Sra. Mennesson, pero el Registro civil francés no reconoció esa filiación porque el ordenamiento jurídico francés no reconoce los acuerdos de subrogación gestacional.

¹⁴ En enero de 2017, Francia modificó su regulación, de forma que: “los adultos o menores emancipados que demuestren, en base a una combinación suficiente de circunstancias, que el género que indica su estado civil no se corresponde con el género con el que se identifican, y con el que otros los identifican, podrán modificar el mismo”. Asimismo, el Código civil francés fue modificado señalando expresamente que la Administración no podrá denegar las solicitudes de cambio de sexo, por el hecho de los solicitantes no quieran someterse a un tratamiento médico, cirujía o esterilización. Vid. Parágrafo 108.

¹⁵ *Godelli contra Italia*, sentencia de 25 de septiembre de 2012.

¹⁶ *Menesson contra Francia*, sentencia de 26 de junio de 2014.

El TEDH estimó que no se vulneró el Derecho a la vida privada y familiar en el caso de los padres, y señaló que “el margen de apreciación que se reconoce a los Estados es estrecho cuando se trata de asuntos de paternidad, que involucran un aspecto clave de la identidad de los individuos”; ahora bien, en el caso de los niños el tribunal estableció que

se puede aceptar que Francia desee desalentar a sus nacionales para que utilicen en el extranjero métodos de reproducción asistida que están prohibidos en su territorio. Sin embargo, la ausencia de reconocimiento por la ley francesa de la relación paterno filial también afecta al Derecho al respeto la vida privada de los niños, que incluye el Derecho a conocer la identidad de sus padres¹⁷.

En este caso concreto, uno de los demandantes era el padre biológico de los niños, por lo que denegar la inscripción de esta relación en el Registro civil francés, y en consecuencia imposibilitar la creación de un lazo jurídico entre los niños y su padre, lesiona el Derecho de los niños a su vida privada y familiar.

III. MODELO ESPAÑOL

III. 1. Marco normativo

3.1.1. El Menor como sujeto de derecho y libertades fundamentales

El interés superior del menor tradicionalmente ha sido determinado por los tribunales atendiendo a las especificidades que presenta cada caso concreto¹⁸. Los tratados y acuerdos internacionales en materia de Derechos Humanos, así como la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, ofrecen algunas pautas en este terreno¹⁹.

¹⁷ Vid. Parágrafos 99-100.

¹⁸ Sobre el interés del menor en el contexto de la Ley 41/2002 de Autonomía del paciente y la LO 2/2010 de Salud sexual y reproductiva, Vid. M. A. Asensio Sánchez, A., *Patria potestad, minoría de edad y derecho a la salud*, Dykinson, 2012. M. Moreno Antón, “La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Vol. 15, 2011, pp. 95-123. V. Nevado Catalán, “El interés del menor maduro en situación de grave riesgo: entre la autonomía del paciente y el derecho a la vida”, *Anuario de derecho civil*, 2017, Vol.70 (4), pp.1543-1573. R. Ojeda Rivero, “El rechazo del tratamiento médico por los menores de edad en grave riesgo”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº. 3, 2015, pp. 1-39. M. J. Santos Morón, “Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Nº. 15, 2011, pp. 63-93. M. J. Santos Morón, “El interés del menor: Criterios de determinación y aplicación de casos concretos”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, Nº. 38, 2018, pp. 211-245.

¹⁹ Vid. P. Benavente Moreda, “Menores transexuales e intersexuales: La definición de la identidad sexual en la minoría de edad y el interés superior del menor”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, Nº. 38, 2018, pp. 273-316.

En el contexto internacional, la Convención sobre los Derechos del niño es la principal referencia, ya que su artículo 8 señala que:

los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad²⁰.

Se trata de un concepto de identidad que incluye la identidad de género, y que obliga a los Estados a remover los obstáculos que impidan a los niños preservar su Derecho a la identidad²¹.

La Ley Orgánica 1/1996, por una parte, incorpora entre los principios que ordenan el interés superior del menor, la preservación de su identidad sexual, así como la no discriminación por razón de su sexo u orientación sexual; por otra, ordena que se respete la dignidad, integridad e intimidad de los menores con independencia de cuál sea su edad, sexo, orientación e identidad sexual; y por último, entre los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores, se señala el libre desarrollo de su personalidad conforme a su orientación e identidad sexual²².

En aquellos supuestos en los que está en juego la preservación de la identidad, la orientación o la identidad sexual del menor, deberán ponderarse: su edad y grado de madurez²³; la satisfacción de sus necesidades emocionales y afectivas; sus deseos, sentimientos y opiniones; así como sus convicciones y el desarrollo armónico de su personalidad²⁴.

²⁰ Vid I. Campoy Cervera, *La fundamentación de los derechos de los niños: modelos de reconocimiento y protección*, Dykinson, Madrid, 2006. I. J. Cardona Llorens, "La Convención sobre los derechos del niño: significado, alcance y nuevos retos", *Educatio siglo XXI: Revista de la Facultad de Educación*, Vol. 30, N.º. 2, 2012, pp. 47-68. C. M. Díaz Barrado, "La convención sobre los derechos del niño", *Estudios jurídicos: en conmemoración del X aniversario de la Facultad de Derecho*, coord. P. Lucas Murillo de la Cueva Árbol. J. I. Font Galán, Universidad de Córdoba: Servicio de Publicaciones, Vol. 1, 1991, pp. 181-222.

²¹ Vid STC 99/2019, de 18 de Julio de 2019, FJ.5.

²² Vid. Artículos 2 d), 9.2 a), 11.2 i) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de acuerdo con la relación de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

²³ Vid Artículo 2.3. a) del texto consolidado de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

²⁴ Vid. Artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de acuerdo con la

Asimismo, el legislador ha establecido que el interés superior del menor se configura como un principio inspirador de todas las actuaciones administrativas y judiciales que puedan afectarle, y que cualquier limitación a la capacidad de obrar de los menores debe interpretarse de forma restrictiva. Con este objeto, la Ley Orgánica 1/1996 señala que

el menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias²⁵.

De acuerdo con estos parámetros, la opinión del menor deberá ser tenida en cuenta en todo lo que afecte a su identidad, orientación sexual y libre desarrollo de la personalidad, de acuerdo con su edad y grado de madurez²⁶.

Por lo que respecta a la doctrina constitucional, tradicionalmente ésta ha valorado positivamente la posibilidad de que los menores sean titulares de los derechos fundamentales que reconoce nuestro ordenamiento jurídico. A modo de ejemplo y respecto a los casos de derechos de prestación, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

entre esos intereses está, sin duda, y como ya se expuso anteriormente, el derecho de cualquier menor, con capacidad y madurez suficiente, a ser oído en vía judicial en la adopción de medidas que afectan a su esfera personal, en tanto que este tribunal ya ha reiterado que forma parte del contenido esencial del art. 24.1 CE. De ese modo, con mayor razón, y por ser en muchos casos su presupuesto lógico, también forma parte del contenido esencial del art. 24.1 CE que se posibilite a cualquier menor, con capacidad y madurez suficiente, instar de los órganos judiciales, en cualquier orden jurisdiccional, la defensa de intereses que afecten a su esfera personal, incluso contra la voluntad de quienes ejerzan su

relación de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

²⁵ Vid. Artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de acuerdo con la relación de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

²⁶ Vid. Maldonado, J., El reconocimiento del derecho a la identidad sexual de los menores transexuales en los ámbitos registral, educativo y sanitario, en *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, Nº. 36, 2017, pp. 153.

representación legal²⁷.

La posición del Tribunal Constitucional es la misma respecto de los derechos de libertad. Por ejemplo, el tribunal ha señalado, en el caso del derecho de libertad religiosa de los menores, que:

nada obsta, sin embargo, a que se generalice este criterio (reconocer tanto al mayor como al menor, con las excepciones que requieran otras relaciones jurídicas, un margen de libre configuración respecto de las opciones fundamentales de vida, entre las que se cuenta la definición de la propia identidad) y se proyecte, como asimismo aduce el auto de planteamiento, sobre la capacidad misma de autodeterminación del sujeto en todos los ámbitos en que esté protegida del Derecho²⁸.

Por último, hay que tener en cuenta que el hecho que los menores de edad sean titulares de derechos y libertades fundamentales supone que, al igual que ocurre en el caso de los mayores de edad, estos pueden ser limitados cuando su ejercicio entre en conflicto con otros bienes jurídicos de especial relevancia, y la limitación sea adecuada y proporcionada²⁹.

III.1.2. 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 fue la primera respuesta que el legislador ofreció a las personas que quieren modificar su nombre y asignación registral del sexo, en aquellos supuestos en los que existe discordancia entre el sexo inscrito y el sexo vivido. La rectificación registral tiene por objeto aportar seguridad jurídica y facilitar el libre desarrollo de la personalidad de los individuos en el contexto de su identidad sexual³⁰.

²⁷ Vid. STC 183/2008, de 22 de diciembre, FJ.5.

²⁸ Vid. STC 99/2019, de 18 de Julio de 2019, FJ.5.

²⁹ El Tribunal Supremo ha señalado que la restricción de los derechos fundamentales de los menores puede justificarse por dos motivos: "la falta de madurez de la persona para el ejercicio del derecho fundamental, como puede ocurrir por ejemplo con el derecho de sufragio o el derecho a contraer matrimonio; y, la más importante, la necesidad de protección de la persona menor de edad que la propia Constitución reconoce (art. 39.3 y 4) [...] Estas justificaciones no operan de modo uniforme durante toda la minoría de edad, puesto que tanto la madurez como la necesidad de protección no son homogéneas durante todo ese periodo, por lo que admiten modulaciones a lo largo del mismo, siendo más intensas las justificaciones a la restricción en el ejercicio de los derechos fundamentales cuanto menor es la edad de la persona". Vid. ATS 1790/2016 de 10 de marzo de 2016, FJ 7.

³⁰ Vid. J. M. Díaz Fraile, "Identidad sexual y Registro Civil. Exégesis de la ley 3/2007, de 15 de marzo reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas", *Estudios jurídicos sobre persona y familia*, coord. M. Teresa Areces Piñol, 2009, Comares, pp. 81-

Los solicitantes de la rectificación registral de la mención del sexo deben seguir el siguiente procedimiento:

Primero, solo pueden solicitar la rectificación del sexo los españoles mayores de edad y con capacidad suficiente, y ésta debe incluir la modificación del nombre para que éste sea coherente con el nuevo sexo registral³¹.

Segundo, es necesario que al solicitante le haya sido diagnosticada disforia de género, y que lo acredite mediante informe de médico o psicólogo clínico. El informe debe constatar, por una parte, la existencia de disonancia -estable y persistente- entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante o sexo psicosocial; por otra parte, es necesario acreditar la ausencia de trastornos de personalidad que pudieran influir en la disonancia; y por último, el solicitante debe haber sido tratado médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado³². Como ha señalado Elvira,

se ha cuestionado ese plazo de dos años de tratamiento impuesto, cuya finalidad es garantizar la seriedad de la voluntad de cambio de sexo, pero que carece de base científica, por este motivo debería darse primacía a los informes de los especialistas frente a otro tipo de consideraciones, lo que, por otra parte, evitaría situaciones incómodas como las que se producen ante la diferencia entre la apariencia física y los datos documentales³³.

La cirugía de reasignación sexual no es un condicionante para obtener la rectificación registral de la mención del sexo; asimismo, los tratamientos médicos necesarios para acomodar las características físicas a las correspondientes al sexo reclamado no son necesarias cuando se aporte una certificación médica que justifique que el solicitante no puede ser tratado por razones de salud o edad³⁴. Desde esta perspectiva, la Ley 3/2007 es coherente con la resolución 2048 (2015) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo

114. A. Elvira Perales, "Transexualidad y derechos", *Revista General de Derecho Constitucional*, Nº. 17, 2013, pp. 1-29. . a nta ar a a s, "La necesidad de una ley integral de identidad de género: crítica a la Ley 3/2007 de Rectificación Registral de Cambio de Sexo", *Laicidad y libertades: Escritos Jurídicos*, Nº. 16, 2016, pp. 163-196.

³¹ Vid art. 1.

³² Vid., F. de Montalvo Jääskeläinen, "Problemas legales acerca del tratamiento médico de la disforia de género en menores transsexuales", *Revista general de derecho constitucional*, Nº. 24, 2017, pp. 27-32.

³³ A. Elvira Perales, "Transexualidad y derechos", cit., p. 22.

³⁴ Vid art. 4.

de Europa³⁵, el informe del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa “Derechos Humanos e Identidad de Género” de 2009³⁶, y el Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas³⁷. En las disposiciones referidas, los organismos internacionales son críticos con las disposiciones de los Estados que condicionan el cambio de sexo jurídico al sometimiento a una cirugía de reasignación de sexo que, por definición, supone la mutilación o remoción de los órganos genitales³⁸.

Y tercero, una vez realizada la rectificación registral, el solicitante, si bien conservará su número del documento nacional de identidad (DNI), deberá solicitar la emisión de un nuevo DNI que recoja la inscripción registral rectificada. Una vez realizada la rectificación registral, las personas adquieren plena capacidad de actuar en el tráfico jurídico de acuerdo con nueva condición, pero sin alterar la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas previos a la inscripción del cambio registral³⁹.

La Ley 3/2007 fue aprobada en un contexto en el cual la transexualidad estaba clasificada como una enfermedad, de acuerdo con la Clasificación Internacional de Enfermedades de la OMS de 1990. Por este motivo, una vez que la transexualidad era diagnosticada y tratada, se preveía la modificación de la inscripción en el registro civil, y exclusivamente para los mayores de edad. La nueva clasificación de la OMS, que entrará en vigor en 2022, define la transexualidad como una “incongruencia de género”,

³⁵ La Resolución propuso a los Estados miembros abolir la esterilización, los tratamientos médicos obligatorios y/o un diagnóstico sobre su salud mental, como un requisito necesario para adecuar el nombre y el sexo registrado con el género sentido. Vid. <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=21736> (acceso 10.01.2020).

³⁶ Vid recomendaciones 3, 4 y 5. Entre las recomendaciones que el informe propuso a los países miembros del Consejo de Europa, destacan, por una parte, “desarrollar procedimientos eficaces y transparentes para el cambio de nombre y de sexo de una persona transgénero en los certificados de nacimiento, documentos de identidad, pasaportes, títulos académicos y otros documentos similares”; por otra, “abolir la esterilización y otros tratamientos médicos obligatorios como un requisito legal necesario para reconocer la identidad de género de una persona en las leyes que regulan el proceso de cambio de nombre y sexo; y por último, “hacer accesibles para las personas transgénero los procedimientos de reasignación de género, como el tratamiento hormonal, la cirugía y el apoyo psicológico, y asegurar que sean reembolsados por los sistemas de seguros de la sanidad pública”. Vid. <https://rm.coe.int/16806da753> (acceso 10.01.2020).

³⁷ Vid. A/HRC/22/53, párrafo 78.

³⁸ En este sentido, hay que tener en cuenta que, de acuerdo con el párrafo 24 de las Observaciones finales de los informes periódicos quinto y sexto combinados de España del Comité de los Derechos del Niño, “el Comité recomienda que el Estado parte prohíba la aplicación de tratamientos médicos o quirúrgicos innecesarios en el caso de los niños intersexuales, cuando esos procedimientos conlleven el riesgo de causar daños y puedan ser aplazados sin consecuencias hasta que el niño pueda participar activamente en el proceso de adopción de decisiones. También recomienda que el Estado parte garantice que los niños intersexuales y sus familias reciban asesoramiento y apoyo apropiados”. Vid. Campoy Cervera, “La construcción de un modelo de derechos humanos para los niños, con o sin discapacidad”, *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Nº 37, 2017, pp. 131-165.

³⁹ Vid arts. 5 y 6.

que “se caracteriza como una marcada y persistente incongruencia entre el género experimentado por un individuo y el género que se le asigna”⁴⁰.

La mayoría de las Comunidades Autónomas han regulado aspectos de la Ley 3/2007 en el marco de sus competencias, principalmente en el terreno sanitario, educativo y asistencial⁴¹. A priori no sería necesaria la aprobación de una regulación específica en el contexto autonómico, porque una vez habilitada la posibilidad de cambiar de sexo con efectos jurídicos la prohibición de discriminación por razón de sexo, que ordena el artículo 14 CE, debería ser una salvaguarda suficiente. Sin embargo, existen determinados contextos donde el papel de la Administración autonómica es muy relevante para facilitar el ejercicio del Derecho a la identidad de género, como ocurre, por ejemplo, en el terreno del diseño de políticas públicas que promuevan una cultura inclusiva, y especialmente en el terreno del ocio, el deporte y la cultura; la eliminación de cualquier forma de violencia en el ámbito familiar relacionada con la identidad o expresión de género; la erradicación de cualquier forma de discriminación por identidad de género en materia de acceso al empleo, contratación y condiciones de trabajo; el acceso a una cartera de servicios sanitarios adecuada, y fundamentalmente en el terreno de la terapia farmacológica y hormonal en el proceso de transición hacia el género sentido y los tratamientos quirúrgicos de cirugía; o, en el terreno educativo,

⁴⁰ Vid Marco introductorio de la Instrucción de 23 de octubre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre cambio de nombre en el Registro Civil de personas transexuales. Mas Grau, J., “Del transexualismo a la disforia de género en el DSM. Cambios terminológicos, misma esencia patologizante”, *Revista internacional de sociología*, Vol. 75, Nº. 2 (abril-junio, 2017), 2017.

⁴¹ Vid. Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía. Ley 18/2018, de 20 de diciembre, de igualdad y protección integral contra la discriminación por razón de orientación sexual, expresión e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Aragón. Ley 4/2018, de 19 de abril, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad Autónoma de Aragón. Ley 8/2016, de 30 junio, que garantiza los derechos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia. Ley 8/2014, de 28 de octubre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Canarias. Ley 11/2014, de 10 octubre, que garantiza los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia. Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura. Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales en Galicia. Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Ley Foral Navarra 8/2017, de 19 de junio, para la igualdad social de las personas LGTBI. Ley 14/2012, de 28 junio, de derechos de las personas transexuales del País Vasco. Ley 8/2017, de 7 de abril, de la Generalitat, integral del reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género en la Comunitat Valenciana.

promocionando un modelo escolar que sea respetuoso con el libre desarrollo de las personalidad de acuerdo con la identidad de género⁴².

Como regla general, las Comunidades Autónomas que han aprobado regulación en este terreno han optado por disociar de forma expresa la realización de cirugías, tratamientos hormonales o pruebas psiquiátricas, del reconocimiento del Derecho a ser tratado por la administración de acuerdo con el género sentido⁴³. Se trata de una regulación que, si bien pretende satisfacer las necesidades de este colectivo en el marco del ámbito competencial de las Comunidades Autónomas, presenta el inconveniente de que no es uniforme, lo cual puede generar grandes desigualdades atendiendo al territorio en el que resida el transexual⁴⁴.

III.1.3. Instrucción de 23 de octubre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado

La Ley del Registro Civil contiene dos disposiciones cuyo alcance y contenido puede colisionar en el caso de los transexuales, pues, por una parte, señala que “El Registro Civil constituye la prueba de los hechos inscritos”, pero por otra, prohíbe de forma expresa la inscripción de aquellos nombres que puedan generar perjuicios a las personas o inducir a error en cuanto al sexo⁴⁵. En consecuencia, en aquellos supuestos en los que el sexo inscrito y sexo vivido no coinciden, y éste no puede modificarse como ocurre con los menores de edad, pueden “generarse perjuicios” a los menores y se induce a error en cuanto al sexo sentido o vivido.

⁴² Sobre los criterios que han establecido las Comunidades Autónomas y su coherencia con los establecidos por el legislador estatal Vid. P. Benavente Moreda, “Menores transexuales e intersexuales: La definición de la identidad sexual en la minoría de edad y el interés superior del menor”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, Nº. 38, 2018, pp. 273-316.

⁴³ Por ejemplo, de acuerdo con el artículo 4 de la Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid, “Ninguna persona será objeto de requerimiento alguno de pruebas de realización total o parcial de cirugías genitales, tratamientos hormonales o pruebas psiquiátricas, psicológicas o tratamientos médicos para hacer uso de su derecho a la identidad de género o acceder a los servicios o a la documentación acorde a su identidad de género sentida en las administraciones públicas o entidades privadas de Madrid”. En la misma línea, el artículo 5.1.a) de la Ley 8/2017, de 7 de abril, de la Generalitat, integral del reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género en la Comunitat Valenciana, señala que: “Las personas a quienes les es de aplicación la presente ley tendrán los siguientes derechos: a) Al reconocimiento de su identidad de género libremente anifestada, sin la necesidad de prue a psicológica o édica [...]”.

⁴⁴ Vid. J. Alventosa del Río, “Menores transexuales. Su protección jurídica en la Constitución y legislación española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año nº 36, Nº 107, 2016, pp. 153-186. A. Elvira Perales, “Transexualidad y derechos”, *cit.*, pp. 25-27. J. Maldonado, “El reconocimiento del derecho a la identidad sexual de los menores transexuales en los ámbitos registral, educativo y sanitario”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, Nº. 36, 2017, pp. 135-169.

⁴⁵ Vid. Arts. 2 y 54 de la la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957.

La Instrucción de 23 de octubre de 2018⁴⁶ ofrece criterios de interpretación de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957⁴⁷, en aquellos supuestos en los que se pretenda modificar el nombre de las personas para que la nueva denominación coincida con el género sentido, y la ley impida el cambio de la indicación del sexo en el Registro Civil. En concreto, la Instrucción contiene dos disposiciones con el objeto de atender a las peticiones de cambio de nombre tanto en el supuesto de los mayores de edad como de los menores emancipados, de forma que la solicitud deberá ser atendida por el encargado del Registro Civil cuando el solicitante declare “que se siente del sexo correspondiente al nombre solicitado, y que no le es posible obtener el cambio de la inscripción de su sexo en el Registro Civil, por no cumplir los requisitos del art. 4 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas”.

En el caso de los menores de edad, deberán ser los padres los que soliciten la inscripción del cambio de nombre, debiendo estos declarar que el menor “siente como propio el sexo correspondiente al nombre solicitado de forma clara e incontestable”. La solicitud deberá incluir la firma del menor cuando éste tenga más de 12 años, y en el caso de que el menor tuviera menos de 12 años, éste será oído por el encargado del registro civil.

III.2. Marco Jurisprudencial

La ausencia de una normativa específica que regulase la situación de los transexuales en nuestro país hasta la aprobación de la ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, generó una laguna jurídica que obligó a los jueces, y muy especialmente al Tribunal Supremo, a resolver caso por caso las demandas planteadas por la comunidad transexual en este contexto⁴⁸.

⁴⁶ BOE núm. 257, de 24 de octubre de 2018, pp. 103340 a 103344.

⁴⁷ Según el artículo 54 de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957, redactado de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos y apartado tres de la disposición final segunda de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las persona, “En la inscripción se expresará el nombre que se da al nacido, si bien no podrá consignarse más de un nombre compuesto, ni más de dos simples. Quedan prohibidos los nombres que objetivamente perjudiquen a la persona, los que hagan confusa la identificación y los que induzcan a error en cuanto al sexo. No puede imponerse al nacido nombre que ostente uno de sus hermanos, a no ser que hubiera fallecido, así como tampoco su traducción usual a otra lengua. A petición del interesado o de su representante legal, el encargado del Registro sustituirá el nombre propio de aquél por su equivalente onomástico en cualquiera de las lenguas españolas”.

⁴⁸ Sobre la situación jurídica de los transexuales hasta la aprobación de la ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, Vid. R. Barba Álvarez “Cambio de sexo y sistema jurídico”, *Letras jurídicas: revista electrónica de*

En un primer momento, los tribunales reconocieron derechos y libertades a los transexuales mediante la técnica de la ficción jurídica, utilizando como marco de referencia las ficciones protegidas por los artículos 29, 124, 357, 440 y 466 del Código Civil⁴⁹. En el caso del transexual la ficción obedece a los cambios que la intervención quirúrgica opera en su morfología sexual; de forma que, según el tribunal, si bien la intervención quirúrgica genera una morfología sexual artificial, ésta debe ser valorada por nuestro ordenamiento jurídico de forma conjunta a la vivencia psíquica o al perfil psicológico del sexo de cada individuo⁵⁰. De esta manera, “el varón operado no pasa a ser hembra, sino que se le ha de tener por tal (al igual que ocurre a la inversa), ya que dejó de ser varón por extirpación y supresión de sus caracteres primarios y secundarios y presentar órganos sexuales similares a los femeninos, así como las características psíquicas y emociones propias de ese sexo”⁵¹.

Las primeras sentencias del tribunal favorables a la modificación de la mención del sexo de las personas transexuales en el Registro Civil se supeditaron al hecho de que el solicitante se hubiera sometido a una cirugía de reasignación de sexo, en la medida en la que la transexualidad se vinculaba con la apariencia externa de los individuos, y ésta podía modificarse gracias a los avances de la cirugía plástica⁵². La tesis del tribunal era que, con independencia de la operación quirúrgica, no existe un cambio biológico de sexo ya que continúan inmutables los cromosomas masculinos, por lo que la transexualidad se definía como el resultado de “una operación quirúrgica que ha dado como resultado una morfología sexual artificial de órganos externos e internos

derecho, Nº. 2, 2006. D. Espín Cánovas, “Los derechos fundamentales de igualdad e identidad en la familia y la identidad transexual”, *Anales* (Centro para la Investigación y Desarrollo del Derecho Registral e Inmobiliario y Mercantil), Nº. 6, 2004, pp. 27-52. D. Espín Cánovas, “Los derechos reconocidos al transexual”, *Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación*, Nº. 35, 2005, pp. 647-690. D. Llamazares Fernández, *Derecho de la libertad de conciencia II. Libertad de Conciencia, identidad personal y derecho de asociación*, Civitas, Madrid, 1999, p. 316.

⁴⁹ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1987, FD 3.

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1987, FD 3. En palabras del tribunal: “la transexualidad, en el caso que ahora se enjuicia, supone una operación quirúrgica que ha dado como resultado una morfología sexual artificial de órganos externos e internos practicables similares a los femeninos, unidos a una serie de caracteres de que ya se hizo mérito anteriormente. Será una ficción de hembra si se quiere; pero el Derecho también tiende su protección a las ficciones” Vid. FJ. 3

⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1989, FD 3.

⁵² De acuerdo con el artículo 156 del Código Penal: “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales”. Vid. Artículo 156 redactado por el número ochenta y cuatro del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo). Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1987, FJ 1.

practicables similares a los femeninos”⁵³. De acuerdo con esta lógica, y siempre condicionado a la intervención quirúrgica, se reconoció el derecho a cambiar el nombre para adaptar el mismo a la identidad sexual vivida, pero sin que la modificación registral supusiera una equiparación absoluta con la del nuevo sexo inscrito en contexto como, por ejemplo, el matrimonial⁵⁴.

La sentencia del Tribunal Supremo de 6 de septiembre de 2002 ilustra la posición del tribunal antes de la aprobación de la Ley 3/2007. El registro civil competente se negó a modificar el nombre de un transexual que no había realizado la pertinente cirugía de reasignación de sexo por motivos económicos, alegando que la regulación prohíbe la inscripción de cualquier nombre que haga confusa la designación o que induzca en su conjunto a error sobre el sexo. El tribunal desestimó el recurso de casación presentado por el transexual, y señaló que “si bien el dato cromosómico no es decisivo para el reconocimiento de la identidad sexual de una persona, tampoco pueden considerarse suficientes los factores puramente psicológicos para conceder relevancia jurídica a las demandas de admisión de cambio de sexo, resultando imprescindible que las personas transexuales que las formulan se hayan sometido a los tratamientos hormonales y quirúrgicos precisos para la supresión no solo de sus caracteres sexuales secundarios - que es lo que únicamente ha acreditado la recurrente en el caso que nos ocupa- sino, también y fundamentalmente, para la extirpación de los primarios y la dotación a los solicitantes de órganos sexuales semejantes, al menos en apariencia, a los correspondientes al sexo que emocionalmente sienten como propio”⁵⁵.

La aprobación de la Ley 3/2007 ha tenido un reflejo directo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ya que eliminó la obligación de someterse a una cirugía de reasignación sexual para modificar la inscripción registral del sexo. Pese a esto, existían numerosos procedimientos iniciados antes de la aprobación de la Ley 3/2007, en los

⁵³ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1987, FJ 2.

⁵⁴ Según el tribunal, si bien un transexual que se somete a una intervención quirúrgica y a un tratamiento hormonal deja de ser varón para adquirir los caracteres anatómicos, psicológicos y sociales del sexo femenino, por lo que tiene derecho a que, una vez que exista sentencia judicial al respecto, se modifique el dato sobre su sexo en la inscripción del Registro Civil, esto “no supone una equiparación absoluta con la del sexo femenino para realizar determinados actos o negocios jurídicos, toda vez que cada uno de estos exigirá la plena capacidad y aptitud en cada supuesto”. FJ 3. Sobre el Derecho al matrimonio de los transexuales en nuestro ordenamiento jurídico Vid. J. Gavidia Sánchez, “El matrimonio del transexual: Planteamiento y análisis jurisprudencial”, *Revista de derecho privado*, nº 86, 2002, pp. 517-569. R. García García, “El reciente derecho del transexual a contraer matrimonio: Comentario a la Sentencia de 21 de septiembre de 1999 del Juzgado de Primera Instancia Núm. 7 de Lleida y del Auto de 12 de enero de 2000 del Juzgado de Primera Instancia de Melilla”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, Nº. 3, 2000, pp. 227-249. M. D. Moreno-Torres Sánchez, “Derecho del matrimonio del transexual operado”, *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, Nº. 8 (JUL), 2000, pp. 301-307. J.R. de Verda y Beamonte, “La transexualidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista general de derecho*, Nº 660, 1999, pp. 10689-10696

⁵⁵ FJ 7.

cuales los tribunales venían exigiendo la operación quirúrgica de cambio de sexo para realizar la modificación registral, lo que obligó al Tribunal Supremo ha pronunciarse con ocasión de un recurso de casación⁵⁶.

El tribunal se planteó la cuestión de en qué medida era necesario subordinar el ejercicio de determinados derechos al sometimiento a una intervención quirúrgica, especialmente porque “tal operación no consigue cambiar otros factores, ni determina la total conversión del sexo, pues subsisten los caracteres genotípicos y fenotípicos”⁵⁷. Asimismo, el tribunal denunció la falta de lógica de someter forzosamente a una intervención quirúrgica de reasignación de sexo a una persona a la que, en la medida en la que le ha sido diagnosticada disforia de género, “exige un tratamiento que, obsérvese, no se dirige a corregir la tendencia hacia el sexo fenotípico o genotípico, sino hacia el psíquico o anímico, tratando de aproximar el soma hacia la psique, y no a la inversa”⁵⁸.

El tribunal estimó el recurso de casación, al entender que someter a los individuos que tienen disforia de género a una intervención quirúrgica, como condición para modificar su inscripción registral de sexo atenta contra la dignidad humana, obstaculiza el libre desarrollo de la personalidad de acuerdo con la identidad sexual vivida, y lesiona los derechos a la intimidad, a la propia imagen y a la integridad física y moral⁵⁹.

III.3. La STC 99/2019

La STC 99/2019, de 18 de Julio de 2019, se ha pronunciado sobre la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo respecto al artículo 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. El objeto de debate fue la determinación de en qué medida el mandato contenido en la norma referida, de que solamente los mayores de edad y con capacidad suficiente pueden solicitar la rectificación de la mención registral del sexo, lesiona los artículos 10.1, 15, 18.1 y 43.1 del texto constitucional.

El supuesto objeto de debate trae causa del proceso iniciado a raíz de la negativa del registro civil a admitir a trámite la solicitud de rectificación registral del sexo y nombre de un menor, porque éste no cumplía el requisito de la mayoría de edad. El menor había

⁵⁶ Vid. M. I. de la Iglesia Monje, “La transexualidad y el cambio de la mención de sexo y de nombre”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 705, Enero - Febrero 2008, 2008, págs. 367-375.

⁵⁷ Para los recurrentes, la operación quirúrgica de cambio de sexo era equivalente a una amputación a la que no querían someterse y era innecesaria a efectos jurídicos pues, tal y como ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, “en ningún modo técnicamente por medios quirúrgicos se puede adquirir la condición biológica del otro sexo, sino su ficción o simulación” Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2007, FJ 3.

⁵⁸ FJ 4.

⁵⁹ FJ 4.

sido diagnosticado como paciente con un fenotipo totalmente masculino, y completamente adaptado a su rol masculino, sin que existiese ninguna patología psiquiátrica relevante que pudiera influir en su decisión de cambio de sexo. La ausencia de un tratamiento hormonal para acomodar las características físicas del menor a las del sexo reclamado se justificaban en la edad del paciente, y en el hecho de que ése todavía no había empezado el cambio puberal.

El Tribunal Supremo apuntó las siguientes conclusiones respecto a la trascendencia constitucional del reconocimiento del derecho a la identidad sexual, y al cambio en la mención registral del sexo. Primero, en el estadio actual del profundo proceso que ha experimentado la situación jurídica de los transexuales, tanto en nuestro ordenamiento jurídico como en el contexto internacional, en el proceso de 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”⁶⁰. Segundo, la transexualidad, entendida como la disforia de género, no puede ser tratada como una enfermedad, ni supeditar el ejercicio del derecho al cambio de sexo al sometimiento a una operación quirúrgica de reasignación de sexo o a la esterilización. Tercero, el Derecho a la intimidad implica en este terreno, que los transexuales deben poder modificar su nombre para adaptarlo a su identidad sexual, y disponer de documentos de identidad acordes a la misma, especialmente para evitar que terceros conozcan su condición de persona transexual y puedan generarse situaciones humillantes o degradantes. Y cuarto, por lo que respecta a los transexuales menores de edad, estos tienen, además de las necesidades y demandas que plantean los mayores de edad, problemas específicos derivados de la infancia y la adolescencia⁶¹.

A partir de este planteamiento, se cuestionó la constitucionalidad de la situación de los menores de edad (en una situación estable de transexualidad y con un grado de madurez suficiente) que, debido a la discrepancia entre el sexo inscrito en el registro civil y su identidad sexual íntima, no pueden desarrollar libremente su personalidad hasta que alcancen la mayoría de edad; y además se ven obligados, bien a actuar en el tráfico jurídico de acuerdo con un sexo con el que no se identifican, o bien a enfrentarse con situaciones que pueden ser humillantes y degradantes para su dignidad e intimidad⁶².

Respecto a los Derechos fundamentales y principios constitucionales afectados por el artículo 1 de la Ley 3/2007, el Tribunal Constitucional señaló los siguientes:

Primero, el derecho a establecer la propia identidad “no es un acto más de la persona, sino una decisión vital, en el sentido que coloca al sujeto en posición de poder

⁶⁰ Vid. ATS 1790/2016 de 10 de marzo de 2016, FJ 5.

⁶¹ Vid. ATS 1790/2016 de 10 de marzo de 2016, FJ 5.

⁶² Vid. ATS 1790/2016 de 10 de marzo de 2016, FJ 7.

desenvolver su propia personalidad. Cualquiera que se vea obligado a vivir a la luz del Derecho conforme a una identidad distinta de la que le es propia sobrelleva un lastre que le condiciona de un modo muy notable en cuanto a la capacidad para conformar su personalidad característica y respecto a la posibilidad efectiva de entablar relaciones con otras personas”⁶³. Este planteamiento está presente en la Ley 3/2007, pues su exposición de motivos conecta de forma expresa la modificación de la inscripción inicial del sexo y del nombre con el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de aquellas personas cuya identidad de género no se corresponde con la inscrita⁶⁴.

Los menores de edad no pueden ejercer el Derecho a decidir sobre su propia identidad sexual, en la medida en la que no pueden modificar la inscripción registral de su sexo y su nombre, por lo que, en palabras del tribunal, el artículo 1 de la Ley 3/2007 lesiona el principio de dignidad y afecta negativamente en un aspecto esencial de la identidad personal⁶⁵.

Segundo, la norma recurrida incide en el Derecho a la intimidad, que garantiza el artículo 18.1 CE, del menor transexual. La norma objeto de discusión impide que un colectivo pueda ejercer un derecho que se reconoce al resto de los individuos exclusivamente por razón de su edad. La principal consecuencia de esta situación es que los menores que no identifiquen su género vivido con su sexo registral no puedan mantener en privado la discordancia referida, pues su documentación ilustra su transexualidad. En palabras del tribunal, “esa medida legal tanto afecta al derecho a la intimidad, por exponer al público circunstancias que el sujeto puede pretender reservadas, como condiciona la autonomía personal por no poder desenvolver la vida propia y las relaciones sociales conforme a la identidad de género que se siente como propia. Y ambos detrimentos revisten una particular intensidad por recaer en aspectos especialmente conectados con la dignidad humana como los relativos a la propia identidad”⁶⁶.

⁶³ Señala el tribunal, en relación a la jurisprudencia del TEDH, que “el concepto de “vida privada” incluye no solo la integridad física y mental de la persona, sino que también puede en ocasiones comprender aspectos de la identidad física y social del individuo. Elementos tales como la identidad de género, el nombre, la orientación sexual y la vida sexual caen dentro de la esfera personal protegida por el art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH). Esto ha conducido a reconocer, en el contexto de la aplicación de este principio a las personas transgénero, que ello implica un derecho a la autodeterminación, que la libertad de definir la propia identidad sexual es uno de los elementos esenciales más básicos y que el derecho de las personas transgénero a su desarrollo personal y a la seguridad física y moral está garantizado en el art. 8”. Vid. FJ 4.

⁶⁴ Vid exposición de motivos de la 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

⁶⁵ Vid. FJ 4.

⁶⁶ FJ 6.

Tercero, respecto a los bienes jurídicos garantizados en los artículos 15 y 43 CE, el tribunal interpretó que la falta de sintonía entre el sexo percibido y el registrado no supone un trato inhumano y degradante, que afecte al Derecho a la salud del menor. Según el tribunal, si bien la angustia y la frustración que genera la discordancia aludida no es baladí, ésta no tiene una intensidad suficiente como para lesionar los derechos constitucionales referidos⁶⁷.

Y, por último, el artículo 39 CE tiene relevancia en este terreno, ya que ordena a los poderes públicos que tengan en especial consideración la situación de los menores de edad. La regla general es que el alcance y contenido de los derechos y libertades puedan reducirse para salvaguardar el interés superior del menor; sin embargo, en este caso concreto, en palabras del tribunal, no se aprecia que “la restricción del principio o derecho constitucional -la exclusión del menor transexual de la rectificación registral de la mención de sexo- se apoye en lograr un beneficio para los mismos sujetos que sufren la limitación”⁶⁸. Ahora bien, el tribunal matizó que, si bien el artículo 39 CE ordena al legislador diseñar un modelo en el que los menores de edad sean objeto de una protección especial, dicha protección -y en consecuencia sus beneficios sobre el menor- deben relativizarse en función de la edad y grado de madurez del menor⁶⁹.

De acuerdo con esta argumentación, el tribunal declaró inconstitucional el artículo 1 de la Ley 3/2007, por tratarse de una norma de aplicación automática que no contempla un régimen intermedio o mecanismos que permitan eximir de su aplicación a los menores de edad con suficiente madurez que se encuentren en una situación estable de transexualidad, ya que “en estos casos se incrementan notablemente los perjuicios para su derecho a la intimidad personal y para el principio que le garantiza un espacio de libertad en la conformación de su identidad”⁷⁰. Asimismo, el tribunal estimó que el artículo 1 de la Ley 3/2007 suponía una restricción desproporcionada de los derechos de los

⁶⁷ En este apartado el tribunal utilizó como referente el asunto L contra Lituania decidido por el TEDH el 11 de septiembre de 2007. Vid. FJ 4.

⁶⁸ Continúa exponiendo el tribunal que “[...] No lo es, en primer lugar, porque se asienta en el mandato constitucional dirigido a todos los poderes públicos de dispensar una protección especial a los menores de edad. De otro lado, la propia doctrina constitucional ya ha admitido que otras manifestaciones del *agere licere* de la persona, que hunden igualmente sus raíces en la cláusula de libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y en la tutela dispensada por concretos derechos fundamentales (art. 16 CE), puedan ser objeto de limitación en aras de procurar la protección de la misma persona que sufre la restricción (entre otras, las citadas SSTC 120/1990, de 27 de junio, y 60/2010, de 7 de octubre)”. FJ 7.

⁶⁹ FJ 9.

⁷⁰ FJ 9.

menores de edad, que no se justificaba en la tutela especial a la que se somete este colectivo en nuestro ordenamiento jurídico⁷¹.

IV. MODELO INGLÉS

IV.1. Marco normativo

Antes de comenzar con el análisis del marco jurídico inglés, es conveniente hacer dos aclaraciones. Por una parte, el ordenamiento jurídico inglés prevé un procedimiento de cambio de género muy similar al previsto en nuestro ordenamiento para la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, para aquellos supuestos en los que la inscripción no se corresponde con la identidad sexual⁷². La principal diferencia entre ambos modelos reside en que en el modelo inglés al tratarse de género se da más relevancia a la vivencia e identidad personal. Por este motivo, aunque somos plenamente conscientes de la diferencia entre sexo y género, vamos a utilizar el término sexo para referirnos a los supuestos en los que el legislador británico utiliza el término género, ya que las consecuencias jurídicas del cambio de sexo en nuestro país son las mismas a las del cambio de género en Inglaterra. Y, por otra parte, es importante realizar una aclaración lingüística, pues padre y madre se traducen al inglés como *father* y *mother*; pero en castellano el término padres es genérico e incluye tanto al padre como a la madre, mientras que en inglés, además del término *parents* para referirse tanto al padre como a la madre, existe el término *parent* para referirse indistintamente al padre o a la madre⁷³.

En el ordenamiento jurídico inglés la inscripción de los nacimientos y defunciones se realiza al amparo del *Births and Deaths Registration Act* de 1953 (BDRA)⁷⁴. La regulación del certificado de nacimiento está supeditada al derecho de las personas a conocer la identidad de la persona responsable de su gestación y nacimiento con la mayor precisión posible. El BDRA prevé la emisión de dos tipos de certificados, uno de carácter breve donde consta exclusivamente información relacionada con los nacidos, y

⁷¹ De acuerdo con este planteamiento, el Tribunal Supremo, en su Sentencia nº 685/2019, de 17 de diciembre, “categoriza jurisprudencialmente una interpretación correctora de dicho precepto, a fin de que la minoría de edad no se erija en un obstáculo insalvable para poder rectificar la mención registral del sexo, siempre y cuando conste razonablemente que el menor tenga la madurez suficiente y se mantenga una estabilidad en el proceso de cambio de sexo”. P.J. Vela Torres, “Cambio de la mención registral del sexo y del nombre en la persona transexual menor de edad”, *Diario La Ley*, Nº 9588, 2020.

⁷² Vid. S. Minter, “Transgender Family Law”, *Family Court Review*, Vol. 56, 2016, pp 410-422.

⁷³ Vid. A. Margaria, M. Freeman, “Who and What is a Mother?” Maternity, Responsibility and Liberty, in *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 13, Nº. 1, 2012, pp. 153-178.

⁷⁴ Sobre el papel del registro civil en el proceso de certificación de la identidad de los nacidos Vid. A. Appell, “Certifying Identity”, *Capital University Law Review*, Vol. 42, 2014, pp. 1-42.

otro de carácter extenso, donde se incluye la información relativa tanto a los nacidos como a sus padres. Para la mayoría de los trámites administrativos es suficiente con el certificado breve, en el cual se hace constar el nombre, apellido, sexo y fecha de nacimiento de los individuos, y no se incluye información relacionada con la paternidad o adopción que conste en el registro⁷⁵. Los términos de padre y madre se relacionan con las características biológicas de los padres, de forma que, por ejemplo, en el caso de las adopciones el término padre en relación con un niño adoptado significa el padre biológico del niño, y la madre en relación con un niño adoptado significa la madre biológica del niño⁷⁶.

Los requisitos para cambiar de sexo en el ordenamiento jurídico inglés son muy similares a los del modelo español. El *Gender Recognition Act* (GRA) de 2004 habilita un procedimiento que culmina con la emisión de un certificado que reconoce el cambio de sexo con plenas consecuencias jurídicas a partir del día de su emisión, cuando los solicitantes cumplan los siguientes requisitos: ser mayores de edad, que les haya sido diagnosticada disforia de género, haber vivido en el género adquirido al menos dos años antes de presentar la solicitud de cambio de género y, a diferencia de nuestro país, en el caso inglés se requiere una declaración expresa de “la intención de seguir viviendo en el género adquirido hasta la muerte”⁷⁷. En ambos supuestos, no es necesario someterse a una cirugía de cambio de sexo, o incluso se prevé la exención a la obligación de haber sido tratado médicamente durante al menos dos años para acomodar las características físicas a las correspondientes al sexo reclamado, por motivos de salud o de edad.

Las consecuencias legales del reconocimiento de cambio de sexo en el marco del GRA no son baladíes, pues suponen que la persona actúa en el tráfico jurídico a todos los efectos de acuerdo con el sexo que el certificado hace constar⁷⁸. La declaración de cambio de sexo no es retroactiva, y solo genera efectos desde la emisión del certificado habilitante del nuevo sexo por la autoridad correspondiente⁷⁹. Con este objeto, una vez

⁷⁵ Vid. Sección 33 del Births and Deaths Registration Act de 1953.

⁷⁶ Vid. Sección 41 del Births and Deaths Registration Act de 1953

⁷⁷ Vid. Sección 2 del Gender Recognition Act de 2004.

⁷⁸ Vid. S. Whittle, “The Opposite of Sex is Politics. The UK Gender Recognition Act and Why it is Not Perfect, Just Like You and Me”, *Journal of Gender Studies*, Vol. 15, 2006, pp. 267-271. E. Grabham, “Governing Permanence: Trans Subjects, Time, and the Gender Recognition Act”. *Social & Legal Studies*, Vol. 19, 2010, pp. 107-126. A. Sharpe, “A Critique of the Gender Recognition Act 2004”, *Journal of Bioethical Inquiry*, Vol. 4, 2007, pp. 33-42.

⁷⁹ La sección 9 del Gender Recognition Act de 2004 señala que “(1) Where a full gender recognition certificate is issued to a person, the person’s gender becomes for all purposes the acquired gender (so that, if the acquired gender is the male gender, the person’s sex becomes that of a man and, if it is the female gender, the person’s sex becomes that of a woman). (2) Subsection (1) does not affect things done, or events occurring, before the certificate is issued; but it does operate for the interpretation of enactments passed, and instruments and other documents made,

emitido el certificado de cambio de sexo, de oficio se remitirá una copia del mismo para su inscripción en el Registro civil en el que estuviera inscrito el nacimiento del solicitante⁸⁰.

En el caso de que el solicitante estuviera casado, la solicitud de cambio de sexo deberá incluir, bien una declaración del cónyuge del solicitante indicando su deseo de que el matrimonio continúe después de la emisión del certificado de reconocimiento de género, o bien una declaración del solicitante indicando que su cónyuge no ha hecho una declaración legal de consentimiento⁸¹. De esta manera, en el supuesto de que uno de los cónyuges cambie de sexo, y dado que el matrimonio entre las parejas del mismo sexo es legal en Inglaterra, se prevé la posibilidad de que, si ambos cónyuges así lo acuerdan expresamente, su vínculo matrimonial continúe vigente⁸².

Respecto a la definición como padre o como madre de las personas que cambian de sexo, el GRA señala que, con independencia de cual fuera el sexo de nacimiento y el sexo sentido, el cambio del sexo no modifica la configuración registral como padre o madre de los transexuales⁸³. Por lo tanto, al menos teóricamente, una persona puede ser la madre (o el padre) de uno de sus hijos, y posteriormente, una vez modificado su sexo en el registro, conformarse como el padre (o la madre) de un segundo o posteriores hijos⁸⁴.

De esta manera, el sexo y la filiación se desligan, en la medida en la que, en el ordenamiento jurídico inglés, si bien se prevé la modificación del sexo con plenas consecuencias jurídicas, ésta no tiene carácter retroactivo para salvaguardar el principio

before the certificate is issued (as well as those passed or made afterwards)". En la misma línea, el artículo 5 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas señala que: "1. La resolución que acuerde la rectificación de la mención registral del sexo tendrá efectos constitutivos a partir de su inscripción en el Registro civil. 2. La rectificación registral permitirá a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición. 3. El cambio de sexo y nombre acordado no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral".

⁸⁰ Vid. Sección 10.1 del Gender Recognition Act de 2004.

⁸¹ Vid. Sección 6 B del Gender Recognition Act de 2004.

⁸² Vid. J. Taitz, "The Law Relating to the Consummation of Marriage where one of the Spouses is a Post-Operative Transsexual", *Anglo-American Law Review*, Vol. 15, 1986, pp. 141-148. A. Sharpe, "English Transgender Law Reform and the Spectre of Corbett", *Feminist Legal Studies*, Vol. 10, 2002, pp. 65-89.

⁸³ A. Margaria, M. Freeman, "Who and What is a Mother?", cit., pp. 156-157.

⁸⁴ La Sección 12 del Gender Recognition Act de 2004 señala que: "The fact that a person's gender has become the acquired gender under this Act does not affect the status of the person as the father or mother of a child".

de seguridad jurídica, toda vez que el papel del Registro civil se reconduce a generar una fotografía lo más precisa posible de las diferentes actuaciones inscritas en el mismo⁸⁵.

Las *Human Fertilisation and Embryology Acts* de 1990 y 2008 (HFEA) regulan la reproducción asistida, de forma que exclusivamente las mujeres pueden ser objeto de tratamiento⁸⁶. El HFEA de 1990 define los tratamientos de fertilidad como los “servicios médicos, quirúrgicos u obstétricos prestados al público o una sección del público con el propósito de ayudar a las mujeres a tener hijos”⁸⁷. En concreto, la madre se define como: “la mujer que está o ha estado embarazada como resultado de la implantación de un embrión o de espermia y óvulos, ninguna otra mujer podrá ser tratada como la madre del hijo o la hija”⁸⁸. El padre se define a partir de su relación con la madre⁸⁹.

La lógica de la regulación aludida reside en la vinculación que tradicionalmente se ha producido entre los órganos genitales y el papel de los seres humanos en el proceso de gestación. Sin embargo, la aplicación práctica de esta regulación supone que una mujer que modifique su sexo no puede, al menos teóricamente, recibir un tratamiento de fertilidad acorde con sus necesidades biológicas y capacidad reproductora.

En consecuencia, y con independencia de su conformación como padres o madres de hijos tenidos en relaciones anteriores al cambio del sexo, una mujer que cambia su sexo a hombre no puede recurrir a los tratamientos de fertilidad ni ser biológicamente padre de los hijos de su pareja si ésta es mujer; y un hombre que cambia su sexo a mujer, debido al estado actual de la ciencia, no puede ser la madre del hijo biológico de su pareja.

IV.2. Precedentes judiciales

Los tribunales ingleses solo se han pronunciado en una ocasión sobre un asunto relacionado directamente con la maternidad o la paternidad de las personas que cambian de sexo, con ocasión del recurso presentado contra la decisión del Registro civil

⁸⁵ C. Martínez de Aguirre Aldaz, “The Principle of Verisimilitude and Artificial Filiation Links: Biology as a Model for the Law of Parent and Child”, *International Journal of the Jurisprudence of Family*, Vol. 2, 2011, pp. 315-333.

⁸⁶ Vid. A. Alghrani, “The Human Fertilisation and Embryology Act 2008: a missed opportunity?”, *Journal of medical ethics*, Vol. 35, 2009, pp. 718-719. M. Fox, “The Human Fertilisation and Embryology Act 2008: Tinkering at the Margins”, *Feminist Legal Studies*, Vol. 17, 2009, pp 333-344.

⁸⁷ Vid. Secciones 2 y 27 del Human Fertilisation and Embryology Act 1990.

⁸⁸ Vid. Sección 33 del Human Fertilisation and Embryology Act 2008.

⁸⁹ “(2)If— (a)at the time of the placing in her of the embryo or the sperm and eggs or of her insemination, the woman was a party to a marriage, and (b)the creation of the embryo carried by her was not brought about with the sperm of the other party to the marriage, then, subject to subsection (5) below, the other party to the marriage shall be treated as the father of the child unless it is shown that he did not consent to the placing in her of the embryo or the sperm and eggs or to her insemination (as the case may be)”. Vid. Sección 28 del Human Fertilisation and Embryology Act 1990. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/section/28> (acceso 10.01.2020)

de inscribir a un sujeto como el padre de sus hijos, pese a que este solicitó ser registrado como *parent* -al tratarse de un término neutro- o, en el caso de que no fuera atendida su petición anterior, como *parent/father* de sus hijos⁹⁰. Asimismo, esta decisión fue utilizada como marco de referencia por la división de Derecho de familia del Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra, para resolver el asunto McConnel al que posteriormente nos referiremos.

El supuesto de hecho fue el siguiente. Un varón casado con una mujer y padre de sus dos hijos, inicio el procedimiento de cambio de sexo después del nacimiento de su primer hijo, y estando embarazada su mujer del segundo de sus hijos. La esposa del solicitante consintió, mediante el procedimiento habilitado a este respecto, a que cuando se produjese el cambio de sexo de su pareja el matrimonio entre ambas partes continuase vigente⁹¹. Dado que el demandante era jurídicamente varón -pues no había finalizado el proceso de cambio de sexo- fue inscrito en el Registro civil como el padre de sus dos hijos. Una vez que finalizó el proceso de cambio de sexo previsto por el GRA, en su nueva condición de mujer éste solicitó que su inscripción de paternidad fuera modificada, de forma que se indicase que era el *parent* o la madre de los niños. En otro caso, según el demandante, debido a la discordancia entre la información registral y su condición jurídica como mujer, los certificados de nacimiento de sus hijos mostrarían que había cambiado de sexo, lo cual lesionaría sus Derechos a la intimidad y al respeto a la vida privada y familiar, garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Los bienes jurídicos en conflicto fueron los siguientes. Por una parte, el interés público inherente al hecho de que el Registro civil ofrezca información objetiva y neutral relacionada con estado civil de las personas, y en este contexto toda aquella relacionada con los nacimientos y defunciones de los individuos; baste señalar que, por ejemplo, el certificado de nacimiento de los niños adoptados indica el nombre de sus progenitores biológicos, de forma que, cuando se produce la adopción, deba incluirse una anotación indicando tanto la misma como la identidad de los sujetos adoptantes, pero en cualquier supuesto la información relativa al nacimiento del adoptado permanece inmutable⁹². Y

⁹⁰ R (JK) v The Registrar General (The Secretary of State for the Home Department and others intervening) [2015] EWHC 990 (Admin); [2016] 1 All ER 354.

⁹¹ De acuerdo con la sección 5 del Marriage (Same-Sex Couple) Act de 2013: "(6B) If the applicant is married, and the marriage is a protected marriage, an application under section 1(1) must also include a) a statutory declaration by the applicant's spouse that the spouse consents to the marriage continuing after the issue of a full gender recognition certificate ("a statutory declaration of consent") (if the spouse has made such a declaration), or (b) a statutory declaration by the applicant that the applicant's spouse has not made a statutory declaration of consent (if that is the case)".

⁹² Vid. Parágrafo 104.

por la otra, los Derechos y libertades mencionados, garantizados tanto en el Derecho inglés como en el CEDH.

Según el tribunal, es cierto que el modelo de Registro civil inglés podría lesionar el Derecho a la vida privada y familiar del demandante, pero en este supuesto concreto estaban en juego, tanto el derecho de los hijos del solicitante a que constase en el Registro civil toda la información relacionada con la identidad de sus padres, como el derecho de la madre a que fuera inscrito el nombre del padre biológico de sus hijos. Ahora bien, según el tribunal, el problema de fondo es determinar en qué medida el ordenamiento jurídico inglés ha previsto mecanismos que sean lo menos lesivos posible para el Derecho a la intimidad del demandante⁹³. En palabras del tribunal,

si bien el sexo es un elemento fundamental de la identidad de un individuo, en la práctica, después de que un padre ha cambiado de sexo, el ordenamiento jurídico contiene una serie de controles y equilibrios, que dificultan revelar el cambio de sexo de un individuo mediante su identificación como *parent* en los certificados de nacimiento de sus hijos⁹⁴.

En este caso concreto, el tribunal señaló que debía primar el principio de seguridad jurídica, el cual, por una parte, garantiza los derechos de los hijos y de su madre a que se registre la identidad del padre biológico; y por otra, impide que puedan modificarse retroactivamente los hechos registrados atendiendo a los sucesos acaecidos después del registro de nacimiento de los individuos.

Por lo que respecta al uso del término *parent*, que también solicitó el demandante por tratarse de un término neutral, el tribunal señaló que en la legislación británica los términos *parent* y *father* son mutuamente excluyentes, pues el uso del término *parent* está restringido a una segunda mujer que será tratada como *parent* del niño de su pareja, de acuerdo con el *Human Fertilisation and Embryology Act* de 2008. Mientras que el término padre se utiliza para indicar quien es el padre biológico de los sujetos inscritos

⁹³ Vid. Parágrafo 71.

⁹⁴ Vid. Parágrafo 71. En palabras del tribunal: "in those circumstances, in my judgment, the birth registration scheme as it stands - with the requirement about which the Claimant complains (namely that the birth certificates of children of a father who changes gender are required to show that person as their father) - is well within the margin of appreciation of the State in recognizing the changed gender of an individual in the position of the Claimant. The State is thus entitled to conclude (as the United Kingdom Government has in respect of its current scheme) that the interference with the article 8 rights inherent in the scheme by virtue of this requirement is outweighed by the interference with the rights and interests of other individuals and the public interest that would be caused by not having such a restriction; and no less a restriction is compatible with the legitimate of protecting those other rights and interests. Therefore, insofar as the scheme interferes with the article 8 rights of such an individual and/or her children, that interference is justified". Vid. Parágrafo 124.

en el Registro civil, y tanto la Ley de 1953 como el Reglamento de 1987 no conceden al registrador ningún ámbito de discreción a este respecto⁹⁵.

De acuerdo con esta argumentación, el tribunal estableció que el demandante debía ser registrado como el padre de sus hijos, con independencia de que posteriormente éste hubiese modificado su sexo de masculino a femenino; al estimar que en este caso concreto el Derecho a vida privada y a la intimidad familiar del demandante debía ceder frente al Derecho de los individuos a obtener información objetiva y veraz sobre quiénes son sus padres biológicos⁹⁶.

IV.3. El asunto McConnel

La decisión de la división de Derecho de familia del Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra con ocasión del asunto McConnel, ilustra el último de los debates relacionados con el estatuto jurídico de las personas que cambian de sexo en el contexto del Derecho de familia, y plantea un reto de compleja solución a los poderes públicos. La confluencia de una serie de factores, añadida a los avances científicos, han permitido que una persona nacida con sexo de mujer, que posteriormente siguiendo el procedimiento habilitado a este respecto por el Derecho inglés modificó su sexo al de hombre y dio a luz, gracias al uso de las técnicas de reproducción asistida, plantee la cuestión de si se trata del padre o la madre de su hijo⁹⁷.

El señor McConnel defendió que es el padre de su hijo, ya que, una vez modificado su sexo de acuerdo con el GRA, tiene la consideración de varón en el ordenamiento jurídico inglés a todos los efectos, y los varones tradicionalmente han sido inscritos como los padres de sus hijos. Por otra parte, de acuerdo con el marco normativo expuesto, solamente las mujeres pueden ser receptoras de material genético masculino en el contexto de la reproducción asistida, y tradicionalmente la persona que ha dado a luz ha sido inscrita y reconocida jurídicamente como la madre de su hijo. Y por último, desde la perspectiva de los nacidos inscritos en el Registro civil competente, estos tienen derecho a conocer cuál es su identidad, y en este ámbito a conocer cuál es la identidad de sus progenitores, en la medida en la que esta posibilidad sea factible⁹⁸.

El señor McConnel fundamentó su demanda en tres factores. En primer lugar, era incoherente que el ordenamiento jurídico inglés le hubiera reconocido como hombre a

⁹⁵ Vid. Parágrafo 93.

⁹⁶ Vid. Parágrafo 124.

⁹⁷ Vid. D. Moyal, D. Shelley, "Future child's rights in new reproductive technology: thinking outside the tube and maintaining the connections", *Family Court Review*, Vol. 48 No. 3, 2010, pp. 431-446.

⁹⁸ R (on the application of TT) -v- The Registrar General for England and Wales and others, [2019] EWHC 2384 (Fam), párrafos 59-60.

todos los efectos, con el hecho de que el registro civil le inscribiese como la madre de su hijo, pese a tratarse de una referencia que social y culturalmente no encajaba con su nuevo rol jurídico. En segundo lugar, dado que el señor McConnel tenía la consideración de hombre y debía actuar en el tráfico jurídico como tal, su inscripción como madre de su hijo suponía un atentado, tanto contra su Derecho a la intimidad, como a su Derecho al libre desarrollo de la personalidad en el terreno de su identidad sexual. Y en tercer lugar, el demandante alegó que era discriminado frente a los siguientes supuestos: una mujer que cambia de sexo y se casa con una mujer, sería reconocido como el *parent* en el certificado de nacimiento de los futuros hijos de su pareja; una pareja compuesta de dos mujeres -con independencia de que hayan cambiado de sexo- serían denominadas *parent* al inscribir a su hijo en el registro civil, con independencia de fueran pareja de hecho civil o de que estuvieran casadas entre ellas; una pareja, con independencia de su sexo y orientación sexual, que recurra a la gestación subrogada obtendrá un certificado de nacimiento donde se les denomina *parents* de su hijo⁹⁹; y por último, una mujer que sea la pareja de hecho de otra mujer que dé a luz puede registrarse como *parent* si la madre biológica da su consentimiento¹⁰⁰.

A partir de estos datos, el tribunal tuvo que pronunciarse sobre el alcance y contenido de los términos padre y madre en el ordenamiento jurídico inglés, para determinar en cuál de estas categorías debía incluirse al señor McConnel, bien como madre debido al papel que tradicionalmente han desempeñado las mujeres en el proceso de gestación, así como por la conexión lingüística y cultural que existe entre los términos mujer y madre; o bien como el padre, dado que el señor McConnel tenía la consideración de hombre a todos los efectos en el ordenamiento jurídico inglés, y la conexión cultural y lingüística que existe entre los términos hombre y padre.

Un elemento adicional que es necesario tener en cuenta es que, de acuerdo con el Children Act de 1989, en el caso de que el padre y la madre del nacido no estuvieran casados entre sí en el momento del nacimiento, la responsabilidad parental del niño recaerá sobre la madre, y el otro padre solo tendrá la responsabilidad parental del niño si la tiene originariamente la madre¹⁰¹. Por lo tanto, en el supuesto de que el señor McConnel fuera reconocido como la madre éste podría ejercer la responsabilidad

⁹⁹ De acuerdo con la sección 1 (2) del Surrogacy Arrangements Act de 1985: "Surrogate mother means a woman who carries a child in pursuance of an arrangement— (a) made before she began to carry the child, and (b) made with a view to any child carried in pursuance of it being handed over to, and the parental rights being exercised (so far as practicable) by, another person or other persons".

¹⁰⁰ Vid. Parágrafo 241.

¹⁰¹ Señala la norma que "the other parent shall have parental responsibility for the child if she has acquired it (and has not ceased to have it) in accordance with the provisions of this Act". Vid. Parágrafo 35.

parental desde el momento del nacimiento del niño, pero en el supuesto de que fuera considerado como el padre habría que resolver la cuestión de quién es la madre de su hijo, ya que de acuerdo con el tenor literal de la norma es necesario que la madre tenga primariamente la responsabilidad parental, para que pueda ejercerla el otro padre¹⁰².

Debido a la ausencia de una definición específica del término madre en el ordenamiento jurídico inglés, pese a que se trata de un término que se utiliza de forma habitual y reiterada en el Derecho de familia, la normativa del Registro civil o la regulación de las técnicas de reproducción asistida, el tribunal señaló que el término madre se define como: “la persona que da a luz a su hijo”, “cada hijo tiene una madre”, y “la maternidad, pese a que es una relación jurídica, debe ser demostrada mediante el parto”¹⁰³. El tribunal se decantó por la conceptualización del término madre que se utiliza a efectos de determinar la filiación, de forma que existe una presunción jurídica de que la persona que protagoniza los procesos de gestación y parto es la madre del nacido.

El precedente más relevante a este respecto, y al que nos hemos referido anteriormente, se tradujo en que una persona tuviera una duplicidad de configuraciones jurídicas, en función de en qué momento tuvo eficacia jurídica su cambio de sexo. De forma que un hombre que cambio su sexo al del mujer, actúa en el tráfico jurídico a todos los efectos como mujer, pero jurídicamente es el padre de sus dos hijos para evitar lesionar, tanto los principios de seguridad jurídica y de conservación de los actos de acuerdo con el sexo previo a la emisión del certificado de modificación de sexo, como los derechos de terceros (en este supuesto concreto, el Derecho a la identidad de sus hijos y el derecho de su esposa a ser reconocida como la madre de sus hijos)¹⁰⁴.

El GRA no tiene por qué alterar el uso que tradicionalmente se ha dado a los términos padre y madre, ya que técnicamente éste se limita, una vez seguido el procedimiento

¹⁰² De acuerdo con la Sección 2 del Children Act 1989: “Parental responsibility for children. (1) Where a child’s father and mother were married to each other at the time of his birth, they shall each have parental responsibility for the child. [F1(1A) Where a child— (a)has a parent by virtue of section 42 of the Human Fertilisation and Embryology Act 2008; or (b)has a parent by virtue of section 43 of that Act and is a person to whom section 1(3) of the Family Law Reform Act 1987 applies, the child’s mother and the other parent shall each have parental responsibility for the child. (2) Where a child’s father and mother were not married to each other at the time of his birth— (a)the mother shall have parental responsibility for the child; (b)the father [F2shall have parental responsibility for the child if he has acquired it (and has not ceased to have it)] in accordance with the provisions of this Act.] [F3(2A) Where a child has a parent by virtue of section 43 of the Human Fertilisation and Embryology Act 2008 and is not a person to whom section 1(3) of the Family Law Reform Act 1987 applies— (a)the mother shall have parental responsibility for the child; (b)the other parent shall have parental responsibility for the child if she has acquired it (and has not ceased to have it) in accordance with the provisions of this Act.]”

¹⁰³ Vid. R (on the application of TT) -v- The Registrar General for England and Wales and others, [2019] EWHC 2384 (Fam), parágrafo 577, donde el tribunal utilizó como criterio la posición de Lord Simon en The Amptill Peerage [1988] AC 547.

¹⁰⁴ R (JK) v The Registrar General (The Secretary of State for the Home Department and others intervening) [2015] EWHC 990 (Admin); [2016] 1 All ER 354.

designado a este respecto, a modificar el sexo de las personas de hombre a mujer o de mujer a hombre, pero en ningún caso se pronuncia sobre el alcance y contenido de los términos padre o madre. En consecuencia, la paternidad y la maternidad se desligan del sexo y/o el género de los individuos. Desde esta perspectiva, según el tribunal, no parece que sea necesario alterar la regla general de que la madre se defina como la persona que protagoniza el proceso de gestación y parto, con independencia de cuál sea su sexo antes o después del parto¹⁰⁵.

Respecto a la posible discriminación del señor McConnel, el tribunal evitó pronunciarse sobre el uso del término *parent*, y se centró en quien tiene la consideración de madre en el Derecho inglés. Según el tribunal, los dos primeros supuestos de discriminación alegados por el señor McConnel eran coherentes con el *Gender Recognition Act* de 2004, pues la sección 12 del mismo establece que las personas que cambien de sexo serán tratados como si permanecieran en su sexo de nacimiento en el terreno de la paternidad¹⁰⁶. En el supuesto de la gestación subrogada, la gestante será considerada la madre legal del niño, y así constará en el certificado de nacimiento de su hijo, con independencia de que, como puede ocurrir en los supuestos de adopción, los contratantes de la subrogación sean inscritos a efectos legales como los *parent*. En el supuesto de una pareja de hecho de mujeres, con independencia de cuál sea su orientación sexual, la mujer que dé a luz será inscrita como la madre, mientras que pareja masculina o femenina de la madre será inscrita como *parent*¹⁰⁷.

De acuerdo con esta lógica, la discriminación se habría producido en el supuesto de que el señor McConnel hubiera sido inscrito como el padre de su hijo, ya que el único elemento que tiene en cuenta el ordenamiento jurídico inglés en este contexto es el papel de los individuos en los procesos de gestación y parto, denominándose la persona que protagoniza el mismo como madre, con independencia de cuál sea su sexo, género u orientación sexual.

El tribunal fue consciente de que el modelo registral inglés puede lesionar los Derechos a la intimidad y al respeto a la vida privada y familiar. Ahora bien, como expuso el tribunal, se trata del modelo menos lesivo para los derechos de las personas que cambian de sexo, ya que como regla general en Inglaterra sólo se requiere el denominado certificado de nacimiento breve para realizar trámites administrativos, y en el mismo no se indica el sexo de los progenitores, por lo que la lesión a los derechos

¹⁰⁵ Vid. Parágrafo 146.

¹⁰⁶ La sección 12 del *Gender Recognition Act* de 2004, señala que: "The fact that a person's gender has become the acquired gender under this Act does not affect the status of the person as the father or mother of a child".

¹⁰⁷ Vid. Parágrafo 242.

mencionados era muy reducido, y en todo caso pretendía salvaguardar el principio de seguridad jurídica y reflejar con la mayor exactitud posible la información relativa a la filiación de las personas¹⁰⁸.

Respecto a la petición del señor McConnel de registrarse como *male parent* o como *gestational parent* de su hijo, debido al carácter neutral de la terminología, el tribunal señaló que ninguna de las peticiones referidas era factible, y generaba una confusión lingüística innecesaria. Asimismo, en el caso de aceptarse la petición del señor McConnel no se inscribiría la identidad de la madre de su hijo, por lo que éste sería discriminado respecto a los demás niños.

Por último, el tribunal señaló que, tal y como ha establecido en reiteradas ocasiones la jurisprudencia del TEDH, los individuos tienen derecho a conocer la identidad de su madre, en cuanto una manifestación de su Derecho a la vida privada y familiar. En este caso concreto, la petición del señor McConnel impedía que su hijo conociese la identidad de su madre, entendida como la persona que le dio a luz, por lo que atender a su solicitud supondría sacrificar el derecho de los hijos atendiendo exclusivamente a cuáles sean los deseos de sus progenitores¹⁰⁹.

Como señaló el tribunal, “hay una diferencia material entre el género de una persona y su condición de padre. Ser madre, aunque hasta ahora siempre ha estado asociado con ser mujer, es el estado que se le otorga a una persona que se somete al proceso físico y biológico de quedarse embarazada y dar a luz. En la actualidad, es médicamente y legalmente posible que una persona, cuyo género es reconocido por ley como hombre, quede embarazada y dé a luz a su hijo. Ahora bien, pese a que el género de esa persona sea masculino, su parentesco, que se deriva de su papel biológico en el parto, es el de madre”¹¹⁰. Por los motivos señalados, el tribunal estableció que el señor McConnel era la madre de su hijo.

V. CONSIDERACIONES FINALES

¹⁰⁸ Vid. Parágrafo 242.

¹⁰⁹ Sobre el derecho al anonimato de los donantes en los tratamientos de fertilidad. Vid. K. Almack, “Seeking Sperm: Accounts of Lesbian Couples’ Reproductive Decision-Making and Understandings of the Needs of the Child”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, Volume 20, Issue 1, 2006, pp. 1-22. B. Clark, “A balancing act? the rights of donor-conceived children to know their biological origins”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 40, nº3, 2012, pp. 621-661. E. Farnós Amorós, “Donor anonymity, or the right to know one’s origins?”, *Butlletí del Comitè de Bioètica de Catalunya*, Vol. 15, 2015, pp. 1-11. R. Leckey, “Identity, Law, and the Right to a Dream”, *Dalhousie Law Journal*, Vol. 38:2, 2015, pp. 525-547. I. Turkmendag, “The donor-conceived child’s ‘right to personal identity’: The public debate on donor anonymity in the United Kingdom”, *Journal of Law and Society*, Vol. 39 (1), 2012, pp. 58-75.

¹¹⁰ Vid. Parágrafo 279.

Las palabras del magistrado Latour Brotons ilustran el proceso por el que ha pasado la regulación jurídica de la transexualidad en nuestro país, cuando hace poco más de tres décadas afirmó que “hay que tener en cuenta que las leyes positivas pueden subsistir intactas en el tiempo; pero hay que convenir también en que, bajo la presión de los hechos y de las necesidades prácticas, se presentan, las más de las veces, situaciones nuevas imprevistas por el legislador que demandan una solución. Tal ocurre con la transexualidad: un problema de nuestros días, una realidad evidente que demanda una solución práctica”¹¹¹. Pese a la claridad y sencillez de este mensaje, nuestro ordenamiento jurídico todavía no ha diseñado un modelo que garantice el libre y pleno desarrollo de la personalidad de los transexuales.

La STC 99/2019 es el último eslabón de la cadena legislativa y jurisprudencial conducente a remover los obstáculos que impiden el libre desarrollo de la personalidad del colectivo transexual, en la medida en la que amplía los derechos que la Ley 3/2007 reconoce a los menores de edad con “suficiente madurez” y que se encuentren en una “situación estable de transexualidad”, que cumplan con los requisitos previstos con carácter general a este respecto. Las cautelas previstas en la Ley 3/2007 para los menores de edad se justificaron en aquel momento en la especial protección e interés del menor, que ahora ha sido interpretado en sentido opuesto por el Tribunal Constitucional para aquellos supuestos en los que los menores cumplan los requisitos mencionados.

Desde la perspectiva legislativa, los ordenamientos jurídicos español e inglés habilitan las siguientes posibilidades para que las personas con disforia de género puedan acomodar el mismo con la identidad sexual vivida, y todas ellas son compatibles con la modificación del sexo y nombre registral. En primer lugar, los individuos pueden optar por ser tratados médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado, y someterse voluntariamente a una cirugía de reasignación sexual. En segundo lugar, los individuos pueden optar por ser tratados médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado, y no someterse a una cirugía de reasignación sexual. Y en tercer lugar, los individuos pueden no someterse a una cirugía de reasignación sexual, ni ser tratadas médicamente para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado, cuando concurren razones de salud o edad.

El abanico de posibilidades descrito pretende que los individuos puedan desarrollar libremente su personalidad en el terreno de su identidad sexual vivida, de forma que

¹¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1989, FJ 4.

sean ellos los que, atendiendo a sus convicciones, decidan qué modelo es el más adecuado con su desarrollo y vivencia personal.

El marco jurídico descrito, y especialmente la posibilidad de cambiar de sexo sin someterse a una operación quirúrgica de reasignación de sexo o ser esterilizado, añadido a los continuos avances científicos en el terreno de la reproducción asistida, permiten a las personas que cambian de sexo poder ser padres o madres, tal y como ilustra el supuesto enjuiciado en el asunto *McConnel*. Por lo tanto, el reto que se plantea ahora es cómo articular la relación paterno filial de los hijos de las personas que han cambiado su sexo, y que reclaman ser reconocidos jurídicamente de acuerdo con su nuevo sexo en este terreno.

La consideración como padre o madre tiene las mismas consecuencias jurídicas, ya que atribuir diferentes derechos y obligaciones a los progenitores atendiendo a cuál sea su sexo lesionaría claramente el mandato de igualdad y no discriminación, contenido en el artículo 14 del texto constitucional. De hecho, la principal relevancia de ser denominado como padre o madre se circunscribe a los efectos de determinar la filiación de los hijos. Un interés adicional que hay que valorar es el Derecho del menor a conocer la identidad de sus progenitores, en cuanto una manifestación de su Derecho a la identidad, tal y como señaló la división de Derecho de familia del Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra a la hora de decidir el asunto *McConnel*, utilizando como marco ineludible de referencia la jurisprudencia del TEDH en este contexto.

Desde la perspectiva comparada, hay que valorar que tanto en el asunto *McConnel* como en la STC 99/2019 los tribunales tomaron sus respectivas decisiones utilizando como marco de referencia el interés del menor, en un supuesto para que, en el caso de cumplir con requisitos asociados a su madurez y estabilidad, estos puedan modificar la referencia registral de su sexo y nombre, y en otro para limitar el derecho de un progenitor a inscribirse en el registro como el padre del menor. Asimismo, ambas decisiones judiciales han dado pasos importantes en el reconocimiento de derechos y libertades a los transexuales, que son trasladables a otros ordenamientos jurídicos. En el modelo inglés, siempre teniendo en cuenta que, a diferencia de lo que ocurre en nuestro ordenamiento jurídico, es necesaria una declaración expresa por parte del transexual de “la intención de seguir viviendo en el género adquirido hasta la muerte”, el sexo de los individuos y su rol paterno o materno se han disociado, de forma que la madre se define como la persona que da a luz, con independencia de cuál sea su sexo jurídico. Mientras que, en el modelo español, a diferencia de lo que ocurre en el inglés, se ha eliminado el requisito de la mayoría de edad para solicitar el cambio de sexo -siempre que se cumplan una serie de requisitos-, con el objeto de favorecer el libre desarrollo de su personalidad de acuerdo con la identidad sexual sentida.