



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Auto de 10 de marzo de 2016

Sala de lo Civil

Rec. n.º 1583/2015

SUMARIO:

Cuestión de inconstitucionalidad. Registro civil. Menores. Rectificación registral de nombre y sexo. Legitimación de menores. Solicitud al registro civil para que prevalezca el sexo psicológico sobre el biológico originario. El menor, representado por sus padres, inició un expediente gubernativo para el cambio de la mención del sexo y del nombre en el Registro Civil. La Jueza encargada del Registro Civil rechazó la solicitud porque no reunía los requisitos de legitimación previstos en la Ley 3/2007, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, pues no era mayor de edad. Si el demandante hubiera alcanzado la mayoría de edad, la solución a su pretensión de cambio en la mención del sexo en su inscripción de nacimiento, y correlativo cambio de nombre, no hubiera presentado especiales dificultades. El problema que se plantea en este litigio es que el demandante es menor de edad. Considerando este tribunal que los menores de edad son también titulares de esos derechos fundamentales. Así pues, cuando se trata de un menor con suficiente madurez, que realiza una petición sería por encontrarse en una situación estable de transexualidad este tribunal tiene dudas de que la restricción que supone la exigencia de la mayoría de edad para poder solicitar el cambio en la mención registral del sexo pueda superar el juicio de necesidad o indispensabilidad, esto es, que la medida restrictiva del derecho fundamental sea estrictamente indispensable para preservar los derechos o bienes constitucionales que la justifican y también de que exista un equilibrio entre las ventajas y perjuicios que inevitablemente se generan cuando se limita un derecho a fin de tutelar otro derecho o bien jurídico constitucionalmente protegido por lo que se plantea la cuestión de inconstitucionalidad del art. 1 de la Ley 3/2007, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Voto particular. [Vid, STS, sala de lo Civil, de 17 de septiembre de 2007, núm. 929/2007 (NCJ042166)].

PRECEPTOS:

Ley 3/2007 (rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas), arts. 1 y 4.

Constitución Española, arts. 10.1, 14, 15, 18.1, 43.1 y 163.

Ley Orgánica 2/1979 (LOTC), art. 35.

Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos de 1950 (CEDH), art. 8.

Ley de 8 de junio de 1957 (LRC), arts. 26 y 92.

Código Civil, art. 1.6.

DLeg. 1/2011 (Código de Derecho Foral de Aragón), art. 5.1.

Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, art. 3.

Ley Orgánica 1/1996 (Protección Jurídica del Menor), arts. 2 y 11.2.

PONENTE:

Don Rafael Saraza Jimena.



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

AUTO

Presidente Excmo. Sr. D . Francisco Marín Castán

Autos: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Fecha Auto: 10/03/2016

Recurso Num.: 1583/2015

Fallo/Acuerdo: Auto Texto Libre

Ponente Excmo. Sr. D.: Rafael Sarazá Jimena

Procedencia: AUD.PROVINCIAL de DIRECCION001 , SECCIÓN N. 1

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Escrito por: ACS

Auto planteando cuestión de inconstitucionalidad.

Auto: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Recurso Num.: 1583/2015

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Procurador:

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

AUTO

Excmos. Sres.:

D. Francisco Marín Castán



www.civil-mercantil.com

D. José Antonio Seijas Quintana
D. Antonio Salas Carceller
D. Francisco Javier Arroyo Fiestas
D. Ignacio Sancho Gargallo
D. Francisco Javier Orduña Moreno
D. Rafael Sarazá Jimena
D. Eduardo Baena Ruiz
D. Pedro José Vela Torres
D. Fernando Pantaleón Prieto
D. Xavier O' Callaghan Muñoz

En la Villa de Madrid, a diez de Marzo de dos mil dieciséis.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. *Tramitación del litigio en primera instancia.*

1.- El procurador D. Javier Muzas Rota, en nombre y representación de D. Luis Manuel y D^a Felicísima , que actuaban como representantes legales de D^a Rocío , interpuso demanda de juicio ordinario contra el Ministerio Fiscal, en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...] en la que se declare que debe rectificarse la inscripción de nacimiento del demandante en el Registro Civil, en el sentido de figurar en ella en lugar del sexo Mujer el de Hombre, y en vez del nombre de Rocío el de Eutimio , modificación que tendrá lugar en el Registro Civil de DIRECCION000 (DIRECCION001) en el que figura inscrito el demandante, al Tomo NUM000 , Folio nº NUM001 de la Sección NUM002 , así como los demás efectos inherentes a dicha modificación, en particular el traslado total del folio registral, con cancelación del actual asiento y apertura de uno nuevo en el que consten los datos que por consecuencia de este procedimiento resulten rectificados y modificados».

2.- La demanda fue presentada el 1 de octubre de 2014 y repartida al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de DIRECCION001 y fue registrada con el núm. NUM003 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento del Ministerio Fiscal.

3.- El Ministerio Fiscal contestó la demanda por informe de 15 de octubre de 2014.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de DIRECCION001 , dictó sentencia de fecha 5 de enero de 2015, con el siguiente fallo:

«Que desestimando la demanda presentada por el procurador señor Muzas Rota, en el nombre y representación dichos, debo decretar la no condena en costas a los actores».

Segundo. *Tramitación del litigio en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Luis Manuel y D^a Felicísima , como representantes legales de D^a Rocío . El Ministerio Fiscal se opuso al recurso.



www.civil-mercantil.com

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de DIRECCION001 , que lo tramitó con el número de rollo 54/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 36/2015 en fecha 13 de marzo de 2015 , cuyo fallo dispone:

«Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por los actores, Luis Manuel y Felicísima , contra la sentencia referida, que confirmamos íntegramente.

»No hacemos especial pronunciamiento sobre las costas de esta apelación. Disponemos asimismo la pérdida del depósito constituido para recurrir».

Tercero. Los recursos interpuestos ante esta Sala.

1.- El procurador D. José Javier Muzas Rota, en representación de D. Luis Manuel y D.^a Felicísima , como representantes legales de D.^a Rocío , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Al amparo del ordinal 4º del artículo 469.1 LEC , se denuncia vulneración en el proceso civil del derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24 de la Constitución , por error patente en la valoración de la prueba».

«Segundo.- Al amparo del ordinal 3º del artículo 469.1 LEC , se denuncia la infracción del artículo 465.5 LEC , por no haberse pronunciado la sentencia recurrida exclusivamente sobre cuestiones planteadas en apelación».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo del artículo 477.2.3º LEC , por infracción del artículo 10.1 de la Constitución , en relación con la doctrina jurisprudencial relativa a la rectificación registral vía judicial de la mención del sexo en la inscripción de nacimiento de las personas transexuales (STS Pleno de 17 de diciembre de 2007 , y sentencias del TS de 28 de febrero de 2008 , de 6 de marzo de 2008 , de 17 de julio de 2008 , de 18 de julio de 2008 y de 22 de junio de 2009), al rechazarse la rectificación registral demandada por vía judicial pese a cumplirse sustancialmente los requisitos que exige la Ley 3/2007».

«Segundo.- Al amparo del artículo 477.2.3º LEC , por infracción del principio de exactitud registral y de la doctrina jurisprudencial relativa al mismo y al predominio de la realidad extrarregistral (Sentencias del TS de 31 de octubre de 1898 , de 14 de noviembre de 1994 , de 5 de febrero de 1999 , de 15 de febrero de 2000 y de 7 de febrero de 2003), al no permitir a los menores transexuales la rectificación vía judicial de la mención relativa al sexo que figura en su inscripción de nacimiento a fin de que concuerde con la realidad extrarregistral».

«Tercero.- Al amparo del artículo 477.2.3º LEC , por infracción del principio del interés superior del menor, en relación con la doctrina jurisprudencial que impone la interpretación de las normas atendiendo al interés superior del menor (sentencias de 17 de febrero de 2015, de 6 de febrero de 2014, y 1 de abril de 2011), al interpretar que el artículo 1º de la Ley 3/2007 reserva a los mayores de edad la legitimidad ad causam para demandar la rectificación registral tanto mediante expediente gubernativo como por vía judicial».



www.civil-mercantil.com

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio del procurador mencionado en el encabezamiento, se dictó Auto de fecha 23 de septiembre de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1º) Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto por la representación procesal de D. Luis Manuel y Dª Felicísima contra la sentencia dictada, con fecha 13 de marzo de 2015, por la Audiencia Provincial de DIRECCION001 , Sección Primera, en el rollo de apelación nº 54/2015, dimanante de los autos del juicio ordinario nº 447/2014 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de DIRECCION001 .

»2º) Y entréguese copias del escrito de interposición del recurso de casación formalizado por la parte recurrente, con sus documentos adjuntos, al Ministerio Fiscal para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días»

3.- Se dio traslado al Ministerio Fiscal para que formalizara su oposición al recurso, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito, en el que terminaba afirmando:

«Por las razones expuestas el Fiscal como defensor de la legalidad interesa que se desestimen los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, sin perjuicio de lo que dicha Sala Primera pueda declarar en su función de complemento del Ordenamiento Jurídico (artículo 1.6 del Código Civil)».

4.- Por providencia de 26 de octubre de 2015, se nombró ponente al magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, por el pleno de la Sala, señalándose para votación y fallo el 16 de diciembre de 2015, en que ha tenido lugar. La deliberación se prolongó en días posteriores.

5.- La Sala acordó, mediante providencia de 27 de enero de 2016:

«Conforme a lo establecido en el art. 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional , se concede a las partes y al Ministerio Fiscal el trámite de audiencia para que en el plazo común e improrrogable de diez días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad, o sobre el fondo de ésta, respecto de la exigencia de ser mayor de edad que establece el art. 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo , reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, como requisito de legitimación para solicitar la rectificación de la mención registral del sexo, en relación a lo previsto en los arts. 10.1 , 15 , 18.1 y 43.1 de la Constitución ».

6.- El Ministerio Fiscal presentó un escrito en el que manifestaba:

«Pues bien, el Fiscal considera que debe plantearse dicha cuestión de inconstitucionalidad, para que se pronuncie el Tribunal Constitucional sobre esta delicada cuestión, y para que se pronuncie en su caso sobre las garantías, condiciones y edades que habría que tenerse en cuenta para la protección de los derechos e intereses de los menores de edad, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 10.1 , 15 , 18.1 , 43.1 y 39 nº 2 y 4 de la Constitución Española ».

7.- La parte demandante presentó escrito en el que solicitaba:



www.civil-mercantil.com

«[...] se dicte Auto planteando cuestión de inconstitucionalidad respecto de la exigencia de ser mayor de edad que establece el art. 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, como requisito de legitimación para solicitar la rectificación de la mención registral del sexo, en relación a lo previsto en los arts. 10.1, 15, 18 y 43.1 de la Constitución.

»[...] se dicte Auto planteando cuestión de inconstitucionalidad al artículo 4 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, respecto de la exigencia de que el solicitante acredite que le ha sido diagnosticada disforia de género y que ha sido tratado médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado, como requisitos para acordar la rectificación de la mención registral del sexo, en relación a lo previsto en los arts. 10.1, 15, 18 y 43.1 de la Constitución ».

Ha sido ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Antecedentes relevantes.

1.- La persona menor de edad que, representada por sus padres, ha presentado la demanda que ha dado lugar al recurso en el seno del cual se plantea la cuestión de inconstitucionalidad (a quien denominaremos en lo sucesivo "el menor"), nació el NUM004 de 2002. En el Registro Civil fue inscrito con sexo y nombre de mujer.

2.- Desde que era muy pequeño (ha sido aportada la grabación de un programa de televisión en el que se recoge a su vez una grabación "casera" realizada cuando el menor tenía cinco años de edad, y una certificación de la directora del colegio en que inició su escolarización a los tres años), este menor manifestó sentirse varón y prefirió usar un nombre masculino. Sus ropas, su corte de pelo, su aspecto en general, son los de un varón joven.

3.- En julio de 2014, esta persona fue examinada por un equipo compuesto por un psiquiatra, un endocrinólogo y un psicólogo. En su informe, estos profesionales realizan un diagnóstico de trastorno de identidad de género DSM-IV ICD-10, y manifiestan que la exploración psicopatológica no detecta ninguna patología psiquiátrica que pueda influir en su decisión de cambio de sexo. Afirman también que el paciente había asumido el rol genérico masculino desde los tres años, presenta un fenotipo totalmente masculino y está totalmente adaptado a su rol masculino. Indican asimismo que lo remiten al médico endocrino para iniciar el tratamiento hormonal, que no había iniciado con anterioridad por no haber comenzado el proceso natural del cambio puberal.

4.- El menor, representado por sus padres, inició un expediente gubernativo para el cambio de la mención del sexo y del nombre en el Registro Civil. La Jueza encargada del Registro Civil rechazó la solicitud porque no reunía los requisitos de legitimación previstos en la Ley 3/2007, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, pues no era mayor de edad.



www.civil-mercantil.com

5.- A la vista del rechazo de esta solicitud, el menor, representado por sus padres, promovió un juicio ordinario en el que solicitó la rectificación de la inscripción de nacimiento en el Registro Civil, en el sentido de que apareciera la mención de sexo como hombre, no como mujer, y un nombre masculino. Esa demanda es la que ha dado origen a este proceso.

En la demanda, fundaba su solicitud en la prevalencia del sexo psicológico sobre el biológico originario, que atiende al factor cromosómico o gonadal, y su necesario reflejo registral para permitir el libre desarrollo de la personalidad y para preservar la dignidad de las personas transexuales. Alegaba que la identidad sexual de la persona es uno de los factores más vitales y decisivos en la personalidad. El hecho de figurar en el Registro y en los documentos de identidad con un sexo distinto al psicológico, y que su nombre no se corresponda con el sexo que indica su apariencia externa, produce en las personas transexuales la vulneración en su dignidad y una coerción en el libre desarrollo de la personalidad, y les causa un importante sufrimiento, al identificarse públicamente en todos los ámbitos de la vida con un nombre y sexo distinto al que psicológicamente tienen y muestran externamente.

Se alegaba en la demanda que los niños y adolescentes transexuales deben identificarse públicamente con frecuencia en el ámbito escolar, poniendo abiertamente de manifiesto su situación ante sus compañeros de colegio o instituto, así como en otros ámbitos en los que hay que mostrar el documento de identidad o pasaporte, con el consiguiente perjuicio emocional y social que ello implica. En el caso de menores y adolescentes, este sufrimiento estaría especialmente agravado por las complicaciones propias de esa etapa de la vida y el particular entorno de la adolescencia, cuya "crueldad" obliga en algunos casos a cambios constantes de centros escolares, propicia el fracaso escolar y en definitiva la exclusión social del menor, llegando incluso a determinar la toma de decisiones vitales fatales e irreversibles. Al menor demandante, a partir de los doce años, para poder seguir practicando actividades deportivas, se le ha exigido optar entre sufrir la humillación pública de competir junto con quienes no tienen ni su apariencia externa ni su sexo psicológico, o no participar en esas actividades. Se aportaba con la demanda varios documentos que acreditaban su participación en actividades deportivas, antes de cumplir los doce años, en las que era identificado con nombre y sexo masculino.

La demanda invocaba en apoyo de su pretensión la jurisprudencia de esta Sala según la cual el principio de libre desarrollo de la personalidad hace prevalecer el sexo psicológico sobre el biológico originario, lo que debe tener reflejo en el Registro Civil, sin que para ello sea necesaria una intervención quirúrgica de reasignación de sexo. Se citaba, en concreto, la sentencia de Pleno 929/2007, de 17 de septiembre, y las que se dictaron a continuación.

Alegaba asimismo que se cumplían los requisitos establecidos en el art. 4 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, esto es, el diagnóstico de disforia de género y seguimiento de un tratamiento médico para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado, si bien por razón de edad no se habían podido completar dos años de tratamiento antes de la presentación de la demanda. Consideraba asimismo que el hecho de que el demandante fuera menor de edad, si bien le impide acudir al expediente gubernativo de rectificación de las menciones de sexo y nombre, no le impide acudir a la vía del juicio declarativo conforme prevé el art. 92 de la Ley del Registro Civil de 1957, vigente cuando se interpuso la demanda.

La petición formulada en la demanda se fundamentaba en el reconocimiento de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad contenida en el art. 10.1 de la Constitución, la protección de la integridad física y moral (art. 15 de la Constitución), el derecho a la intimidad (art. 18.1 de la Constitución y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) y la tutela de la salud (art. 43.1 de la Constitución), así como la prohibición de la



discriminación por razón de edad contenida en el art. 14 de la Constitución , pues el demandante consideraba que se le discriminaría si no se le reconociese el derecho al cambio de la mención del sexo y el nombre en el Registro Civil por razón de ser menor de edad, ya que en tal caso solo le estaría permitido a los mayores de edad. Invocaba también el art. 5.1 del Código de Derecho Foral de Aragón , conforme al cual el menor de edad tiene derecho a su desarrollo y a una formación conforme a su personalidad.

Asimismo se citaba el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, conforme al cual en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño, lo que también se preveía en los arts. 2 y 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor .

Invocaba por último el art. 26 de la Ley del Registro Civil , al considerar que las menciones al sexo y al nombre contenidas en la inscripción de nacimiento del menor debían corresponderse con la realidad extrarregistral, debiendo prevalecer el sexo psicológico sobre el biológico ordinario.

6.- El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Consideró que conforme al art. 1.1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo , solo los mayores de edad eran merecedores de la protección que otorgaba esta ley, lo que era posible porque el legislador tiene la potestad de dar amparo en dicha legitimación protectora solamente a los mayores de edad, entendiendo que trata, de buena fe, de proteger los derechos de los menores, pues los estudios científicos así lo aconsejan, por las dificultades del diagnóstico de la disforia de género, y más aún en la época puberal. Si la identificación del menor con el otro sexo persiste al final de la adolescencia, el riesgo de remisión es prácticamente nulo, sin que sea conveniente retrasar el tratamiento de la persona diagnosticada de disforia de género hasta que tenga la mayoría de edad.

7.- El menor recurrió en apelación la sentencia, pero la Audiencia Provincial desestimó su recurso y confirmó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

La Audiencia consideró que el art. 1.1 de la Ley 3/2007 tenía un carácter general, por lo que la exigencia de mayoría de edad era aplicable no solamente al expediente gubernativo de rectificación de la mención registral del sexo y el nombre, sino también al juicio declarativo en que se ejercita la acción de rectificación. Se trataría de una decisión del legislador adoptada conscientemente para dar cobertura y seguridad jurídica a la transexualidad con una legislación específica al igual que los países de nuestro entorno.

Además, la Audiencia Provincial consideraba que faltaba el requisito de que el demandante hubiera sido sometido a tratamiento médico durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado, dado que el tratamiento había comenzado en julio de 2014.

8.- El menor interpuso contra esta sentencia recurso extraordinario por infracción procesal y de casación.

En lo que aquí interesa, por cuanto que puede tener relevancia constitucional, el primer motivo del recurso de casación denunciaba la infracción del artículo 10.1 de la Constitución , en relación con la doctrina jurisprudencial relativa a la rectificación registral, en vía judicial, de la mención del sexo en la inscripción de nacimiento de las personas transexuales. En este motivo, el recurrente hacía un recorrido por la jurisprudencia de esta Sala en la que se afirma la prevalencia del factor psicológico sobre el gonadal o cromosómico cuando se solicita la



rectificación de la mención del sexo en el Registro Civil, y se exige del requisito de la operación quirúrgica de reasignación de sexo justamente porque exigirlo supondría otorgar más valor al elemento morfológico que al psicosocial, lo que traería consigo un freno al libre desarrollo de la personalidad que se proyecta en una lesión de la dignidad humana. Esta jurisprudencia ha otorgado a la persona con disforia de género la facultad de conformar su identidad sexual de acuerdo con sus sentimientos profundos, con su convicción de pertenecer al otro sexo, exigiendo la seriedad en la petición de rectificación registral.

El recurrente alegaba que tales valores y derechos (libre desarrollo de la personalidad, dignidad de la persona, respeto a la intimidad y a la vida privada de las personas transexuales), afirmados por la jurisprudencia para permitir el cambio en la mención del sexo en las personas transexuales, no son privativos de los mayores de edad. Los menores transexuales tienen también derecho a desarrollarse libremente durante su infancia y adolescencia conforme a la identidad sexual sentida, sin que deba quedar expuesta públicamente su condición transsexual ni, en consecuencia, deba ser vulnerada su dignidad e intimidad.

Por todo ello, el recurrente consideraba que la falta de legitimación de los menores transexuales para promover el expediente gubernativo de rectificación de la mención del sexo no significaba que no pudieran promover dicha rectificación por la vía judicial del proceso declarativo ordinario, conforme al art. 92 de la Ley del Registro Civil, cuando, como ocurre en este caso, se cumplen los requisitos del art. 4 de la Ley 3/2007, cuya dicción consideraba anacrónica por cuanto que actualmente el trastorno de identidad de género ha sido suprimido como enfermedad mental en el Manual Diagnóstico y Estadístico de Enfermedades Mentales (DSM-5) de la Asociación Americana de Psiquiatría.

9.- El tercer motivo del recurso denunciaba la infracción del principio del interés superior del menor, en relación con la doctrina jurisprudencial que impone la interpretación de las normas atendiendo al interés superior del menor, al haber interpretado la Audiencia Provincial que el artículo 1 de la Ley 3/2007 reserva a los mayores de edad la legitimación ad causam para demandar la rectificación registral tanto mediante expediente gubernativo como por vía judicial.

Los argumentos en que se basa el motivo son que no ha sido tenido en cuenta el interés del menor en la interpretación y aplicación de la Ley 3/2007, conforme imponen los preceptos convencionales internacionales y legales que invoca (art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, arts. 2 y 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor), y que ha sido acogido por la jurisprudencia.

Alegaba el recurrente que ningún precepto de la Ley 3/2007 impide que las personas transexuales menores de edad soliciten la modificación de la mención del sexo y el nombre en la inscripción de nacimiento en vía jurisdiccional, puesto que la legitimación exclusiva de los mayores de edad se reserva para la promoción del expediente gubernativo. Por ello, dicha ley habría de interpretarse conforme al principio de favorecimiento del menor, en tanto que dicha modificación es necesaria para evitar que la inscripción registral suponga un freno al libre desarrollo de la personalidad, y se evite el menoscabo de su intimidad.

Segundo. *El tratamiento jurisprudencial de la solicitud de rectificación de la mención del sexo y el cambio de nombre en la inscripción de nacimiento de las personas transexuales.*

1.- La solicitud de rectificación de la mención del sexo, y, consiguientemente, del nombre (para acomodarlo al sexo), en las personas transexuales ha sido abordada por esta Sala Primera del Tribunal Supremo en numerosas resoluciones, dictadas a lo largo de muchos años.



www.civil-mercantil.com

Ya en los años ochenta, la Sala consideró que la mención del sexo de las personas transexuales contenida en el Registro Civil debía ser modificada dando preferencia a los aspectos psíquicos y psicosociales sobre los puramente cromosomáticos o gonadales, si bien ciñó la aplicación de esta doctrina al caso de personas transexuales sometidas a la cirugía de reasignación de sexo. Así, en la sentencia de 3 de marzo de 1989, la Sala afirmó la prevalencia del factor fenotípico, y con mayor fuerza aún, del psicológico que determina el comportamiento caracterial y social del individuo, porque en los factores anímicos anida el centro del desarrollo de la personalidad, a la que atiende de manera expresa el mandato constitucional.

2. A partir de la sentencia 929/2007, de 17 de septiembre, la jurisprudencia de esta Sala dejó de exigir la operación quirúrgica de reasignación sexual para admitir la pretensión de rectificación de la mención del sexo y el nombre en la inscripción de nacimiento en el Registro Civil.

Tras realizar un amplio recorrido por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humano (en lo sucesivo, TEDH) y de la legislación y la jurisprudencia comparada, la citada sentencia consideró que no aceptar el cambio de la mención registral del sexo por falta de la operación quirúrgica suponía un freno al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la Constitución) que se proyectaba en una lesión de la dignidad humana, en una falta de tutela de la salud (art. 43.1 de la Constitución), al respeto a la intimidad y a la propia imagen (art. 18.1 de la Constitución) y a la protección de la integridad física y moral (artículo 15 de la Constitución), pues parecía que el libre desarrollo de la personalidad, aceptado como soporte y justificación del cambio por la jurisprudencia de la Sala, implicaba, dada la prevalencia de los factores psicosociales en la determinación del sexo, que en los supuestos de disforia de género había de primar el derecho de sostener la identidad sexual como expresión de la identidad personal, que es un bien de la personalidad. La sentencia concluía que había que reconocer al individuo que sufre la patología denominada disforia de género, la facultad de conformar su identidad sexual de acuerdo con sus sentimientos profundos, con sus convicciones de pertenecer a otro sexo, pues de otro modo ni se protege su integridad, ni se le concede la protección a la salud, ni se trata adecuadamente el derecho a la imagen y a la intimidad familiar. Se trataba, en una palabra, de dejar que el libre desarrollo de la personalidad se proyectara en su imagen y se desarrollara dentro de un ámbito de privacidad, sin invasiones ni injerencias.

Esta línea jurisprudencial se consolidó en sentencias posteriores como las 158/2008, de 28 de febrero , 182/2008, de 6 de marzo , 183/2008, de 6 de marzo , 731/2008, de 18 de julio , 465/2009, de 22 de junio .

Tercero. *El tratamiento de la cuestión por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).*

1.- También la jurisprudencia del TEDH ha abordado la cuestión, al resolver demandas en las que se denunciaba la vulneración del derecho a la vida privada protegido en el art. 8 del Convenio, por la negativa de algunos Estados miembros a reconocer el cambio de sexo respecto del que consta en la inscripción de nacimiento y en los documentos de identidad, en los transexuales sometidos a operación quirúrgica. En sus resoluciones, el TEDH reitera que se está ante una materia en la que la ciencia y las percepciones sociales evolucionan constantemente y en la que el Tribunal ha de tener un «enfoque dinámico y evolutivo», evolución que se observa a lo largo de sus sentencias sobre la cuestión.

En la sentencia de 25 de marzo de 1992 (caso "B" contra Francia), el TEDH , consideró que la necesidad de identificarse mediante documentos oficiales que indican el sexo, que



www.civil-mercantil.com

impiden que el transexual pueda desenvolverse en la vida cotidiana (frente a su empleador, su arrendador, para abrir una cuenta bancaria, ante la Administración, etc.) sin revelar la discordancia entre su sexo legal y su sexo aparente, supone unos inconvenientes que alcanzan un grado de gravedad suficiente como para ser tenidos en cuenta a efectos del artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en lo sucesivo, CEDH o el Convenio), pues la persona transexual se encuentra cotidianamente colocada en una situación global incompatible con el respeto debido a su vida privada.

2.- Diez años después, en las sentencias de la Gran Sala de 11 de julio de 2002 (casos "I." y Christina Goodwin contra Reino Unido), el TEDH declaró:

«[...] puede haber un grave ataque a la vida privada cuando el derecho interno es incompatible con un aspecto importante de la identidad personal (ver, «mutatis mutandis», Sentencia Dudgeon contra Reino Unido de 22 octubre 1981, serie A núm. 5, ap. 41). El stress y la enajenación que genera la discordancia entre el rol adoptado en la sociedad por un transexual operado y la condición impuesta por el derecho que rechaza consagrar el cambio de sexo no pueden ser considerados, en opinión del Tribunal, un inconveniente menor derivado de una formalidad. Se trata de un conflicto entre la realidad social y el derecho que pone al transexual en una situación anormal inspirándole sentimientos de vulnerabilidad, humillación y ansiedad

»[...] En el siglo XXI, la facultad para los transexuales de gozar plenamente, al igual que sus conciudadanos, del derecho al desarrollo personal y a la integridad física y moral, no puede considerarse una cuestión controvertida».

3.- Tras la sentencia de 11 de septiembre de 2007 (caso L. contra Lituania), en la que seguía la senda trazada en sus anteriores sentencias, en la sentencia de 8 de enero de 2009 (caso Schlumpf contra Suiza), el TEDH, en los párrafos 100 y 101, con cita de numerosas sentencias anteriores, declaró que la noción de "vida privada" es una noción amplia, sin una definición exhaustiva, que cubre la integridad física y moral de la persona y puede englobar, en ocasiones, algunos aspectos de la identidad física y moral de la persona. Algunos elementos como, por ejemplo, la identidad sexual, el nombre, la orientación sexual y la vida sexual pertenecen a la esfera personal que protege el artículo 8 CEDH. Siendo la dignidad y la libertad del hombre la esencia misma del Convenio, se garantiza el derecho al desarrollo personal y la integridad física y moral de los transexuales.

4.- Tras continuar en la misma línea en la sentencia de 16 de julio de 2014, (caso Hämäläinen contra Finlandia), en la sentencia de 10 de marzo de 2015 (caso Y.Y. contra República de Turquía), el TEDH ha dado un paso más y ha restado valor al requisito de la operación quirúrgica para el reconocimiento de la transexualidad de la persona por parte de los poderes públicos. En el párrafo 110 de la sentencia, el TEDH invoca el anexo de la Recomendación CM/Rec(2010)5, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, adoptada el 31 de marzo de 2010, sobre medidas dirigidas a combatir la discriminación fundada en la orientación sexual o la identidad de género, que afirma que los requisitos para el reconocimiento jurídico del cambio de género, incluidas las modificaciones de orden físico (como serían la operación quirúrgica de reasignación sexual o el tratamiento hormonal), deben ser reevaluadas con regularidad para eliminar las que fueran abusivas. El TEDH invoca también en su sentencia la Resolución 1728 (2010), adoptada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el 29 de abril de 2010, relativa a la discriminación por razones de



www.civil-mercantil.com

orientación sexual e identidad de género, que ha llamado a los Estados miembros a tratar la discriminación y las violaciones de los derechos humanos de las personas transexuales y, en particular, a garantizar en la legislación y en la práctica los derechos de estas personas a tener documentos oficiales que reflejen la identidad de género elegida, sin el requisito previo de sufrir una esterilización u otros procedimientos médicos como una operación de reasignación sexual o una terapia hormonal.

5.- También el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (hoy, Tribunal de Justicia de la Unión Europea) ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión, en materia de discriminación en la percepción de prestaciones sociales por personas transexuales, en las sentencias de 7 de enero de 2004, asunto C - 117/2001 (caso K. B. contra National Health Service Pensions Agency y otros) y 27 de abril de 2006, asunto C - 423/04 (caso Sarah Margaret Richards contra Secretary of State for Work and Pensions).

En estas sentencias, el TJCE ha seguido la jurisprudencia sentada por el TEDH en aquel momento.

Cuarto. *Las Resoluciones, Recomendaciones e Informes de las Instituciones Internacionales o Supranacionales sobre el reconocimiento de la transexualidad.*

1.- En la jurisprudencia de esta Sala y en la del TEDH se ha dado relevancia a las distintas Resoluciones, Recomendaciones e Informes de diversas Organizaciones Internacionales o Supranacionales, en los que también se aprecia esa evolución hacia un mayor reconocimiento de la transexualidad por el ordenamiento jurídico y una mayor protección de las personas transexuales frente a la discriminación y a la vulneración de su dignidad personal y de su vida privada.

2.- Pueden citarse, entre otros, los siguientes:

- Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 1989 sobre la discriminación de los transexuales.
- Recomendación 1117, de 29 de septiembre de 1989, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, relativa a la condición de los transexuales.
- Informe sobre derechos humanos e identidad de género del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, de 29 de julio de 2009.
- Recomendación CM/Rec(2010)5, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, adoptada el 31 de marzo de 2010, sobre medidas dirigidas a combatir la discriminación fundada en la orientación sexual o la identidad de género.
- Resolución 1728 (2010), adoptada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el 29 de abril de 2010, relativa a la discriminación por razones de orientación sexual e identidad de género.
- Informe del Alto Comisionado para los derechos humanos de la Organización de Naciones Unidas, de 17 de noviembre de 2011, sobre leyes y prácticas discriminatorias, y actos de violencia de que son víctimas las personas en razón de su orientación sexual o su identidad de género.
- Informe sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea (2010-2011), aprobado por la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo.
- Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de abril de 2012, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos en el mundo y la política de la Unión Europea al respecto,



www.civil-mercantil.com

incluidas las repercusiones para la política estratégica de la UE en materia de derechos humanos.

- Informe sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea (2012), aprobado por la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo.

- Informe sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea (2013-2014), aprobado por la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo.

- Resolución 2048 (2015), adoptada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el 22 de abril de 2015, relativa a la discriminación de las personas transexuales en Europa.

3.- En estas Resoluciones, Recomendaciones e Informes se ha abogado porque los Estados miembros de estas organizaciones, entre los que está España, realicen las actuaciones necesarias para evitar la discriminación por razón de identidad de género y para proteger el derecho a la privacidad de las personas transexuales, evitando que su situación tenga que ser revelada cuando, por ejemplo, solicitan un empleo; se articulen las medidas tanto médicas como legales que permitan a las personas transexuales hacer efectiva dicha identidad de género, facilitando la modificación de la mención del sexo, y el nombre, en la inscripción de nacimiento y en los documentos de identidad, pero rechazando que para la efectividad del reconocimiento jurídico de la transexualidad se exija como requisito la operación quirúrgica de reasignación de sexo o la esterilización u otros tratamientos médicos obligatorios; y, en los documentos más recientes, se ha solicitado que no se considere a las personas transexuales como enfermos mentales y se retire la identidad de género de la lista de trastornos mentales.

4.- La cuestión de los menores transexuales ha sido específicamente tratada en algunos de estos documentos. En el informe sobre derechos humanos e identidad de género del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, 29 de julio de 2009, se afirma:

«En ámbito escolar y familiar, los/as niños/as y los/as adultos/as jóvenes transexuales a menudo se enfrentan a un entorno inseguro, con acoso escolar e incluso expulsión de la familia. El 41% de los/as adolescentes transexuales de mujer-a- hombre y el 16% de hombre-a-mujer habían experimentado graves insultos por parte de su familia, hasta el punto de que el 20% de las personas transexuales de mujer-a-hombre habían sido desheredadas y abandonadas por completo por su familia. Cuando las personas se dan cuenta a una edad temprana de que se identifican mejor con el género opuesto y expresan el deseo de ser un niño o una niña, encuentran muy poca orientación apropiada y hay muy pocas redes de apoyo disponibles para estos/as jóvenes transexuales y sus padres. Por consiguiente, los/as niños/as y jóvenes transexuales se enfrentan a problemas en la búsqueda de información, apoyo o tratamiento. Recibir esta información y apoyo favorece el interés superior del niño, puesto que el silencio e ignorar sus problemas tan sólo les lleva a la exclusión, al odio hacia sí mismos/as, al acoso, al fracaso escolar y a las tasas excepcionalmente altas de suicidio que se observan entre los/as jóvenes transexuales. En Francia, una investigación reflejó que el 34% de los jóvenes transexuales habían intentado suicidarse antes de tener acceso a información y tratamiento».

5.- En la Resolución 2048 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 22 de abril de 2015, entre otras consideraciones, también se hace referencia a la cuestión de la

edad. En ella se realiza la siguiente recomendación en lo que concierne al reconocimiento jurídico del género:

«A instaurar procedimientos, rápidos, transparentes y accesibles, fundados en la autodeterminación, que permitan a las personas transexuales cambiar el nombre y el sexo sobre los certificados de nacimiento, los documentos de identidad, los pasaportes, los diplomas y otros documentos similares: a poner los procedimientos a disposición de todas las personas que quieran utilizarlos, independientemente de la edad, el estado de salud, la situación financiera o de una condena pasada o presente».

Quinto. Conclusiones. Trascendencia constitucional del reconocimiento del derecho a la identidad sexual y al cambio en la mención registral del sexo.

El examen de la jurisprudencia de esta Sala, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y de las Resoluciones, Recomendaciones e Informes de Organizaciones Internacionales o Supranacionales de las que España es miembro y que son tomadas en consideración por esta jurisprudencia, permite obtener algunas conclusiones, que pueden sintetizarse de este modo:

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

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

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

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

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

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

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



www.civil-mercantil.com

acuerdos para el control de las vulneraciones y la supervisión del respeto a los derechos en ellos reconocidos.

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

Sexto. Juicio de pertinencia y de relevancia.

1.- Si el demandante hubiera alcanzado la mayoría de edad, la solución a su pretensión de cambio en la mención del sexo en su inscripción de nacimiento, y correlativo cambio de nombre, no hubiera presentado especiales dificultades.

El problema que se plantea en este litigio es que el demandante es menor de edad. Cuando presentó la demanda tenía doce años y algunos meses de edad (la demanda se presentó el 1 de octubre de 2014 y el demandante había nacido el NUM004 de 2002), y cuando se redacta esta resolución está a punto de cumplir los 14 años.

2.- El art. 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, prevé:

«Toda persona de nacionalidad española, mayor de edad y con capacidad suficiente para ello, podrá solicitar la rectificación de la mención registral del sexo».

La mención a la mayoría de edad que se contiene en este precepto legal ha llevado al Juzgado de Primera Instancia y a la Audiencia Provincial a denegar la legitimación del demandante para solicitar el cambio en la mención registral del sexo, aun cuando su capacidad procesal estuviera integrada al comparecer representado por sus padres.

Por tanto, si las personas menores de edad están o no legitimadas para solicitar el cambio de la mención registral del sexo y el consecuente cambio del nombre por otro adaptado al sexo es una cuestión fundamental para dictar la sentencia que resuelva el recurso de casación formulado por el menor demandante.

La legitimación para solicitar este cambio se establece en el art. 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, y prevé que tal legitimación solo corresponde a los mayores de edad.

Se trata de una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez depende el fallo. Asimismo, el recurso se encuentra en el trámite de dictar sentencia, y se ha oído a la parte demandante y al Ministerio Fiscal sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, y sobre el fondo de ésta.

Procede por tanto analizar si concurren serias dudas de constitucionalidad del precepto que justifiquen el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

3.- El demandante propone que este Tribunal haga una interpretación de este precepto legal, conjuntamente con el art. 92 de la Ley del Registro Civil de 1957, vigente cuando se realizó la solicitud, que permita garantizar sus derechos fundamentales, en concreto, el respeto de su dignidad como persona y del libre desarrollo de su personalidad, su integridad física y moral y su derecho a la intimidad y a la salud. Considera que debería interpretarse que el requisito de la mayoría de edad solo es exigible en el expediente gubernativo registral regulado en la Ley 3/2007. Pero ello no debería impedir que el menor de edad transexual pueda promover el juicio declarativo que el art. 92 de la Ley del Registro Civil de 1957 prevé como

medio de rectificar las inscripciones registrales («[l]as inscripciones solo pueden rectificarse por sentencia firme en juicio ordinario»).

4.- La Sala encuentra serios obstáculos a esta tesis. La primera es que si se considera que la Ley 3/2007 solo fuera aplicable al expediente gubernativo de Registro Civil que en ella se regula, pero no a la solicitud de cambio de la mención registral relativa al sexo de las personas que pudiera plantearse a través de una demanda de juicio declarativo ordinario, esta se encontraría carente de cualquier regulación sustantiva, pues la única existente es la contenida en la citada Ley 3/2007.

A esto deben añadirse las dudas que podrían plantearse sobre la posibilidad de solicitar la rectificación de la mención registral relativa al nombre y sexo de las personas cuando se cumplan los requisitos del artículo 4 de la Ley 3/2007 a través del juicio declarativo ordinario en la nueva Ley del Registro Civil, a la vista de la redacción que se ha dado al art. 91.2 de dicha ley, que prevé:

«La mención registral relativa al nombre y sexo de las personas cuando se cumplan los requisitos del artículo 4 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral relativa al sexo de las personas, se rectificará mediante procedimiento registral» (énfasis añadido).

Otro dato que a tomar en consideración es el rechazo que en la tramitación parlamentaria de la Ley 3/2007 se hizo de dos enmiendas que pretendían suprimir el requisito de la mayoría de edad para poder instar el cambio de la mención registral del sexo. Aunque, ciertamente, también fue rechazada otra enmienda en la que se pretendía introducir el inciso consistente en que «[l]a declaración judicial que ordene la rectificación en el Registro Civil sólo podrá ser solicitada por persona de nacionalidad española, mayor de edad, con plena capacidad de obrar».

Por último, también se ha tomado en consideración que en otros países de nuestro entorno, la cuestión relativa a la edad mínima prevista en la ley para instar el cambio de la mención registral del sexo o del nombre ha sido resuelta por el Tribunal Constitucional. Así ha ocurrido en la República Federal de Alemania con las sentencias de su Tribunal Constitucional de 16 de marzo de 1982 y 26 de enero de 1993.

Todo ello ha llevado a este tribunal a considerar que si para resolver el recurso de casación realizara una interpretación del precepto legal como la propugnada por el recurrente, podría estar invadiendo el ámbito institucional de decisión propio del Tribunal Constitucional. Por ello consideramos que se está en el caso previsto en el art. 5.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y que procede plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Séptimo. *Dudas sobre la constitucionalidad de la exigencia de la mayoría de edad como requisito para solicitar el cambio de la mención registral del sexo y del nombre.*

1.- El recurrente alega que la falta de reconocimiento legal de su condición de transexual y su reflejo en la inscripción de nacimiento y documentos oficiales, mediante el cambio de la mención del sexo y el correlativo cambio de nombre, le provoca sufrimiento y humillación. Cada vez que debe mostrar su documento de identidad se hace patente la diferencia existente entre el sexo que le fue asignado al nacer y el sexo que "siente" como suyo y cuyo rol (vestimenta, corte de pelo, apariencia externa en general) asume en sus relaciones



www.civil-mercantil.com

sociales. En sus actividades deportivas, a partir de los 12 años, debe optar entre sufrir la humillación de practicar deporte en equipos femeninos, o abandonar tales prácticas deportivas.

2.- Como se ha expuesto anteriormente, la jurisprudencia de este tribunal ha fundado la procedencia del cambio en la mención registral del sexo de las personas transexuales en los principios y derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por España. También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo ha hecho sobre la base del art. 8 CEDH .

3.- Los menores de edad son también titulares de esos derechos fundamentales. Así lo ha considerado el Tribunal Constitucional en sentencias como las 197/1991, de 17 de octubre ; 61/1998, de 17 de marzo ; 134/1999, de 15 de julio ; 141/2000, de 29 de mayo ; 288/2000, de 27 de noviembre ; 154/2002, de 18 de julio ; 183/2008, de 22 de diciembre , 158/2009, de 29 de junio ; 186/2013, de 4 de noviembre , en las que ha resuelto sobre la protección de los derechos fundamentales en casos en que los titulares de tales derechos eran personas menores de edad. También son aplicables a los menores de edad los principios de respeto a la dignidad de las personas y libre desarrollo de la personalidad reconocidos en la Constitución y en los acuerdos y tratados internacionales sobre derechos humanos, que fundamentan toda la regulación constitucional de los derechos fundamentales.

En consecuencia, cualquier limitación o restricción en el ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales por parte de los menores de edad debe tener una justificación adecuada y proporcionada. Lo contrario supondría una restricción incompatible con los preceptos reguladores de tales principios y derechos y una discriminación prohibida por el art. 14 de la Constitución y el art. 14 del Convenio Europeo .

4.- Para este tribunal, la restricción en el disfrute de los derechos fundamentales por el menor puede tener dos justificaciones fundamentales: 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), puesto que, en palabras del Tribunal Constitucional, constituye una categoría de personas «típicamente necesitada de una mayor protección: la de los menores de edad (art. 39.3 y 4 CE)» (STC 274/2005, de 7 de noviembre).

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.

Además, la restricción o limitación que se imponga al ejercicio de un derecho fundamental por parte de un menor ha de respetar el principio de proporcionalidad, considerado tradicionalmente por la jurisprudencia constitucional como el "límite de los límites" de los derechos fundamentales y recogido hoy en el art. 52.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

5.- La sentencia de esta Sala 929/2007, de 17 de septiembre , y las que se dictaron con posterioridad sobre el cambio en la mención registral del sexo y del nombre en las personas transexuales, aceptaron que la concepción del sexo como estado civil se ha debilitado, y que las consideraciones sobre el orden público, la indisponibilidad del estado civil,



www.civil-mercantil.com

y similares, no pueden impedir la modificación de la mención registral del sexo, con todas sus consecuencias.

Por otra parte, la limitación del ejercicio de los derechos fundamentales derivada del orden público es difícilmente justificable, en tanto ese orden público no esté relacionado con la madurez del menor o con la protección del mismo, que, como se ha dicho, son las dos justificaciones fundamentales de la restricción del ejercicio de los derechos fundamentales por los menores. En un Estado social y democrático de derecho, el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos constituye justamente el núcleo fundamental del orden público, y otras cuestiones que tradicionalmente se consideraban incluidas en ese orden público, como la indisponibilidad del estado civil, presentan ahora una importancia secundaria con relación al ejercicio de los derechos fundamentales.

6.- Por otra parte, como se ha adelantado, es necesario realizar el juicio de proporcionalidad para valorar si está justificada, desde el punto de vista constitucional, una limitación del disfrute por el menor de edad de sus derechos fundamentales a la integridad física y moral, a la intimidad y a la salud, bajo los principios de respeto de su dignidad y del libre desarrollo de su personalidad, como la que supondría privar al menor transexual de la facultad de pedir el cambio de la mención registral del sexo y del nombre, facultad de la que disfrutaban los transexuales mayores de edad y mediante cuyo ejercicio pueden hacer efectivos sus derechos fundamentales.

El enjuiciamiento de la proporcionalidad de la medida puede superar su primera fase, el juicio de adecuación, esto es, que la medida restrictiva del derecho fundamental esté efectivamente dirigida a un fin que constitucionalmente justifica la restricción del derecho y es apta para la consecución del fin perseguido (SSTC 66/1991, de 22 de marzo , fj 2 , 66/1995, de 8 de mayo fj 5 , 55/1996, de 28 de marzo, fj 6 , y 37/1998, de 17 de febrero , fj 7), fin que en este caso sería el principio de seguridad jurídica, en su aspecto de indisponibilidad y estabilidad del estado civil.

Pero cuando se trata de un menor con suficiente madurez, que realiza una petición sería por encontrarse en una situación estable de transexualidad, y cuando la discrepancia entre el sexo psicológico y el registral le provoca unos sentimientos de vulnerabilidad, humillación y ansiedad incompatibles con las exigencias del derecho a la integridad moral del art. 15 de la Constitución y a la salud, entendida en su sentido más integral de bienestar físico y moral, del art. 43 de la Constitución , y le expone al conocimiento público de su condición de transexual cada vez que ha de identificarse en el ámbito escolar, de relaciones con las administraciones públicas, etc, con la vulneración que ello supone de su derecho a la intimidad del art. 18.1 de la Constitución , este tribunal tiene dudas de que la restricción que supone la exigencia de la mayoría de edad para poder solicitar el cambio en la mención registral del sexo pueda superar el juicio de necesidad o indispensabilidad, esto es, que la medida restrictiva del derecho fundamental sea estrictamente indispensable para preservar los derechos o bienes constitucionales que la justifican, porque no pueda encontrarse otra medida que implique una alternativa menos gravosa o restrictiva del derecho fundamental.

Y, lógicamente, tiene también dudas de que pueda superar la última fase, el juicio de proporcionalidad estricta, esto es, que exista un equilibrio entre las ventajas y perjuicios que inevitablemente se generan cuando se limita un derecho a fin de tutelar otro derecho o bien jurídico constitucionalmente protegido, realizando una valoración confrontada de intereses particulares y generales contrapuestos, lo que exige tomar en consideración todas las circunstancias relevantes del caso concreto. El juicio de proporcionalidad en sentido estricto abarca los dos polos de la relación; sólo si se ha efectuado una conciliación ponderada del derecho limitado con los bienes constitucionales que justifican la limitación, esta se encuentra



www.civil-mercantil.com

en relación razonable con el resultado perseguido. La restricción del derecho fundamental es proporcionada en sentido estricto si es «ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto» (STC 66/1995, de 8 de mayo , fj 5º). Impedir al menor, en las circunstancias ya repetidas a lo largo de la resolución, solicitar la modificación de la mención registral del sexo y del nombre, puede constituir una restricción desproporcionada de sus derechos fundamentales, interpretados a la luz del art. 10.1 de la Constitución , por las graves consecuencias que puede acarrearle, que pueden no guardar una relación equilibrada con las ventajas obtenidas con tal medida.

En definitiva, este tribunal tiene serias dudas de que la exigencia de estabilidad en el estado civil, que enlaza con el principio de seguridad jurídica, y que se vería amenazada por el «riesgo de remisión», en palabras de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, riesgo que ciertamente es mayor en la adolescencia que en la edad adulta y que debe llevar a realizar una cuidadosa evaluación de las circunstancias concurrentes para diagnosticar el trastorno de identidad de género del menor, constituya un límite proporcionado que justifique una restricción tan importante de los derechos fundamentales del menor transexual, dada la gravedad de esta restricción y de las consecuencias adversas que puede conllevar para el menor de edad.

Octavo. *Improcedencia de extender la cuestión de inconstitucionalidad a otros extremos de la Ley 3/2007, de 15 de marzo.*

1.- El recurrente, en el trámite de audiencia que se le ha concedido para que pueda alegar sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad y sobre el fondo de la misma, ha solicitado que la cuestión de inconstitucionalidad se plantee también respecto de otros dos aspectos de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, previstos en su art. 4 : la exigencia de que el solicitante acredite que le ha sido diagnosticada disforia de género y que ha sido tratado médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado.

2.- La primera exigencia a que hace referencia el recurrente es la prevista en el art. 4.1.a de la ley, esto es, la justificación de que al solicitante le ha sido diagnosticada disforia de género mediante informe de médico o psicólogo clínico, que deberá hacer referencia:

i) A la existencia de disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante o sexo psicosocial, así como la estabilidad y persistencia de esta disonancia.

ii) A la ausencia de trastornos de personalidad que pudieran influir, de forma determinante, en la existencia de la disonancia reseñada en el punto anterior.

3.- Sin necesidad de pronunciarnos sobre la existencia o no de dudas sobre la constitucionalidad de dicha exigencia legal, en el presente caso no concurre el requisito de relevancia porque el recurrente ha justificado el diagnóstico de disforia de género mediante un informe que reúne los requisitos exigidos en la ley. Por tanto, la validez constitucional de dicha exigencia legal no condiciona el fallo del litigio.

4.- Otro tanto sucede con la segunda exigencia legal, contenida en el art. 4.1.b que el solicitante haya sido tratado médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado.



www.civil-mercantil.com

En el proceso consta que el menor demandante había comenzado dicho tratamiento médico cuando interpuso la demanda, si bien en ese momento no había completado los dos años de tratamiento.

Dado que el propio art. 4.2 prevé, como excepción a la exigencia contenida en el art. 4.1.b, que «[l]os tratamientos médicos a los que se refiere la letra b) del apartado anterior no serán un requisito necesario para la concesión de la rectificación registral cuando concurren razones de salud o edad que imposibiliten su seguimiento y se aporte certificación médica de tal circunstancia», la validez o invalidez de la previsión del art. 4.1.b de la ley sería irrelevante porque, en caso de que se considerara inconstitucional la exclusión para los menores de edad de la legitimación para solicitar el cambio de la mención registral del sexo, sería de aplicación la excepción prevista en el art. 4.2, esto es, la concurrencia de razones de edad que imposibiliten su seguimiento.

En este caso, está justificado que el menor demandante, cuando realizó la solicitud, no hubiera recibido tratamiento médico durante dos años, puesto que carecía de cualquier utilidad someterlo al tratamiento hormonal antes de llegar a la edad puberal, por lo que puede considerarse aplicable la excepción prevista en dicho precepto. Falta, de nuevo, el requisito de la relevancia.

5. - No debe olvidarse que nos encontramos no ante el planteamiento de un recurso de inconstitucionalidad, en el que el recurrente puede cuestionar la constitucionalidad de cuantos preceptos legales considere que no se ajustan a las exigencias constitucionales, sino ante el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, que conforme a los artículos 163 de la Constitución , 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y 5.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , exige que concurren los requisitos de pertinencia y relevancia, esto es, que la norma con rango de Ley cuestionada sea aplicable al caso y de su validez dependa el fallo.

PARTE DISPOSITIVA

En virtud de lo expuesto,

LA SALA ACUERDA:

Por todo lo expuesto, y en base a lo dispuesto en los artículos 163 de la Constitución , 35 y 36 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y 5.2 y 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , la Sala acuerda:

Plantear al Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad en relación al art. 1 de la Ley 3/2007 , reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, por presunta vulneración de los artículos 15 , 18.1 y 43.1, en relación al 10.1, todos ellos de la Constitución , en cuanto que solo reconoce legitimación a las personas mayores de edad para solicitar la rectificación de la mención registral del sexo y del nombre.

Elévese esta cuestión al Tribunal Constitucional junto con testimonio íntegro de los autos principales y de las alegaciones del Ministerio Fiscal y la parte demandante.

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal y a la parte demandante, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.



www.civil-mercantil.com

VOTO PARTICULAR que formula el EXCMO. SR. D. IGNACIO SANCHO GARGALLO al Auto de 10/03/2016 (recurso de casación núm. 1583/2015).

Primero.

No comparto la opinión de la mayoría sobre la necesidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad del art. 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

Como se afirma en su exposición de motivos, esta «ley tiene por objeto regular los requisitos necesarios para acceder al cambio de inscripción relativa al sexo de una persona en el Registro Civil cuando dicha inscripción no se corresponde con su verdadera identidad de género», así como «el cambio del nombre propio para que no resulte discordante con el sexo reclamado».

La propia exposición parte de que la «transexualidad, considerada como un cambio de la identidad de género, ha sido ampliamente estudiada por la medicina y por la psicología». Y sobre la base de lo anterior, se añade que «la rectificación registral del sexo y el cambio del nombre se dirigen a constatar como un hecho cierto el cambio ya producido en la identidad de género, de manera que queden garantizadas la seguridad jurídica y las exigencias del interés general. Para ello, dicho cambio de identidad habrá de acreditarse debidamente...».

De este modo, la opción legislativa, que no considero inconstitucional, fue supeditar la rectificación registral del sexo no a la mera manifestación de voluntad de la persona, sino a la constatación del reseñado cambio de identidad.

Por eso el art. 4.1 exige, para que pueda acordarse la rectificación de la mención del sexo, que el solicitante acredite:

«a) Que le ha sido diagnosticada disforia de género.

La acreditación del cumplimiento de este requisito se realizará mediante informe de médico o psicólogo clínico, colegiados en España o cuyos títulos hayan sido reconocidos u homologados en España, y que deberá hacer referencia:

1. A la existencia de disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante o sexo psicosocial, así como la estabilidad y persistencia de esta disonancia.

2. A la ausencia de trastornos de personalidad que pudieran influir, de forma determinante, en la existencia de la disonancia reseñada en el punto anterior.

b) Que ha sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado. La acreditación del cumplimiento de este requisito se efectuará mediante informe del médico colegiado bajo cuya dirección se haya realizado el tratamiento o, en su defecto, mediante informe de un médico forense especializado.»

En el apartado 2 se aclara que no es necesario «que el tratamiento médico haya incluido cirugía de reasignación sexual». Y dispensa de la exigencia de «los tratamientos médicos a los que se refiere la letra b) del apartado anterior (...) cuando concurren razones de

salud o edad que imposibiliten su seguimiento y se aporte certificación médica de tal circunstancia».

Segundo.

En este contexto, tiene sentido que, al restringir la legitimación para solicitar la rectificación registral del sexo al propio interesado, la ley exija que sea mayor de edad. Esta exigencia se acomoda al presupuesto de la constatación del cambio de identidad (transexualidad) y a la realidad advertida por la literatura científica.

Así, la literatura especializada, para resaltar la dificultad de un diagnóstico definitivo en la adolescencia, advierte que sólo una minoría de los trastornos de identidad de género o disforia de género en la infancia se mantienen en la edad adulta y desarrolla un transexualismo:

Drummond, K.D., Bradley, S.J., Peterson-Badali, M., Zucker, K.J. (2008), A follow-up study of girls with gender identity disorder , *Developmental Psychology*, 44: 34-35, doi: 10.1037/0012-1649.44.1.34; Green, R. (1987), *The "sissy boy syndrome" and the development of homosexuality* , New Haven, CT, Yale University Press; Cohen-Kettenis, P.T., Delemarre-van der waal, H. y Gooren, L. (2008), Original Research, Intersex and gender identity disorders. The Treatment of Adolescent Transsexuals: Changing Insights , *The Journal of Sexual Medicine*, 5, 1892-1897; Zuker, K.J. y Bradley, S.J. (1995), *Gender identity disorder and psychosexual problems in children and adolescents* , New York, Guilford Press; todos ellos referenciados todos ellos por Fernández Rodríguez, M., Guerra Mora, P., Díaz Méndez, M., y Grupo GIDSEEN (Grupo de Identidad y diferenciación sexual de la Sociedad Española de Endocrinología), *La disforia de género en la infancia en las clasificaciones diagnósticas* , en *Cuadernos de Psicopatología infantil-juvenil*, nº 110 (2014), pp. 25 y ss.

Tercero.

Entiendo que la justificación de la limitación de los reseñados derechos fundamentales (integridad física y moral, intimidad y salud) que deriva de la exigencia de la mayoría de edad radica, precisamente, en que la mayoría de edad está ligada a la constatación del cambio de identidad sexual, presupuesto del cambio de la mención registral del sexo para cualquier persona. Afecta pues a uno de los presupuestos esenciales del cambio de inscripción registral.

En este sentido, la restricción de la legitimación a las personas mayores de edad no puede considerarse desproporcionada cuando la propia norma legal toma en consideración como parámetro justificativo del cambio de la mención registral «la identidad de género sentida por el solicitante» cualificada por su «estabilidad y persistencia» [art. 4.1.a).1].

Cuarto.

En todo caso, el problema que subyace al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad no se resuelve con una mera supresión de la exigencia de la mayoría de edad para el ejercicio de estos derechos. Esta supresión supondría equiparar, con carácter general, los menores de edad a los mayores, sin atender a que, a estos efectos, son dos realidades distintas y la minoría no constituye una situación uniforme. No se tendría en cuenta el progresivo desarrollo de la personalidad del menor, entre lo que destaca su identidad sexual, con el riesgo de unificar realidades evolutivas de características dispares, y, lo que más importa, no se establecerían, como contrapeso, garantías añadidas a su minoría de edad y



www.civil-mercantil.com

progresiva madurez. Por eso entiendo que es una cuestión que excede a un pronunciamiento de inconstitucionalidad, y queda en el ámbito del legislador, quien si decide permitir en algún caso el cambio de la mención registral del sexo de un menor de edad, deberá establecer otras garantías y requisitos vinculados al proceso de maduración y a la estabilidad y persistencia de la identidad de género sentida por el interesado.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.