

LA LEY TRANS Y LA MODIFICACIÓN DE LA MENCIÓN DEL SEXO: MENORES Y MAYORES ¿TRANSEXUALES?¹

Margarita Herrero Oviedo

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Santiago de Compostela

TITLE: *The Trans Law and the modification of the mention of sex: minors and majors of age ¿transsexuals?*

RESUMEN: La denominada Ley Trans, de 28 de febrero de 2023, ha supuesto un avance más para los derechos de las personas LGTBI+ en muchos ámbitos, pero este trabajo se centra en el estrictamente registral, analizando las novedades más sustantivas que se han introducido con la Ley. El cambio de la mención del sexo en el Registro Civil se facilita enormemente y se permite que los menores de edad también puedan lograr ese cambio, aunque existan diferentes procedimientos según la horquilla de edad en la que se esté. La Ley trata de erigir el principio de autodeterminación de género en la piedra angular de la modificación de la mención, pero lo hace con algunas dudas que acaban provocando cierta incoherencia.

ABSTRACT: *The so-called Trans Law of february 28th, 2023, has meant a further advance for the rights of LGTBI+ people in many areas, but this paper focuses on the strictly registry, analyzing the most substantive developments that have introduced with the Law. The change of the mention of sex in the Civil Registry, is greatly facilitated and minors are also allowed to achieve this change, although there are different procedures depending on the range in which one is. The Law tries to establish the principle of self-determination of gender as the cornerstone of the modification of the mention, but it does so with certain doubts that end up causing certain incoherence.*

PALABRAS CLAVE: Transexuales, mención del sexo, interés superior del menor, principio de autodeterminación de género, despatologización.

KEY WORDS: *Transsexual, mention of sex, best interest of the child, principle of gender self-determination, depathologisation.*

SUMARIO: 1. SEXO Y ESTADO CIVIL. 2. ESTADO DE LA CUESTIÓN ANTES DE LA LEY TRANS. 3. LA RECTIFICACIÓN REGISTRAL DE LA MENCIÓN RELATIVA AL SEXO EN LA LEY TRANS. 3.1. *Novedades en torno a los menores.* 3.2. *Manifestación de la voluntad de rectificación del sexo registral.* 3.3. Principio de autodeterminación de la identidad de género. 4. EL DESDIBUJAMIENTO DE LA TRANSEXUALIDAD. 5. ELIMINACIÓN DE LA MENCIÓN DEL SEXO EN EL REGISTRO CIVIL. 6. IDEAS FINALES. BIBLIOGRAFÍA.

¹ El presente artículo se enmarca en la ejecución del Proyecto de investigación «El Derecho de familia que viene. Retos y respuestas» [ref. PID2019-109019RB-100], financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, dentro del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020. Convocatoria de 2019. Investigador principal: Santiago Álvarez González.

Sin duda alguna, en los tiempos más recientes, es la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI², la que ha incidido más directamente en el ámbito del Registro Civil que, como sabemos, es el Registro público destinado a acoger, entre otros, los hechos y actos referidos al estado civil (art. 2.2 LRC).

La Ley, en vigor desde el 2 de marzo de 2023, ha tratado varias cuestiones relacionadas con el Registro Civil, pero este trabajo va a centrarse únicamente en una de ellas, a saber, la rectificación registral de la mención relativa al sexo (art. 1.3 Ley Trans referido al objeto de la norma). Tal vez haya sido este uno de los temas que más polémica ha suscitado al permitir que los menores de edad mayores de 12 años puedan solicitar el cambio de sexo, pero, como espero mostrar, hay otros aspectos interesantes a destacar.

1. SEXO Y ESTADO CIVIL

Antes de pasar al análisis de las novedades de la denominada Ley Trans, considero oportuno adentrarnos en la noción de estado civil, donde tradicionalmente se ha incluido el sexo. El estado civil tiene una larga trayectoria cuyo comienzo se puede situar en el Derecho romano, que contemplaba tres categorías de status: *civitatis*, *libertatis* y *familiae*, y a partir de ese momento la figura fue evolucionando a compás de los tiempos. Sin embargo, a pesar de este extenso recorrido, el estado civil siempre se ha movido en un estado de indefinición, puesto que, si bien tanto la doctrina como el legislador intuían qué era el estado civil, nunca se ha ofrecido una definición cerrada del término. Los autores patrios enumeraban una serie de características propias del estado civil: indisponibilidad, carácter personal, elemento integrante del orden público...pero es que ni siquiera existía acuerdo en torno a cuáles eran los estados civiles (aunque es verdad que respecto a algunos había absoluta unanimidad: casado/soltero, incapacitado...).

En España, durante mucho tiempo, sin duda alguna por la gran influencia del Prof. D. FEDERICO DE CASTRO, el estado civil se apoyaba en la noción de capacidad de obrar, de tal forma que, si una determinada situación de la persona repercutía sobre su capacidad de obrar, estábamos ante un estado civil.

Sin embargo, se ha ido comprobando que esa construcción cada vez tenía menos sentido, y por ello, los autores poco a poco han ido abandonando el carácter central que se daba a la capacidad de obrar para contemplar, junto a ella, otros parámetros a

² En adelante, Ley Trans, y ello a pesar de lo controvertido que resulta optar por una u otra denominación.

tener en cuenta al hablar de estado civil; y así, se prefería, y se prefiere, examinar la figura, describiéndola como aquellas condiciones de la persona que la sitúan en la organización jurídica, que determinan su ámbito de poder y de responsabilidad...

La Constitución española supuso un terremoto en los cimientos de la noción de estado civil, terremoto que, sin embargo, tanto el legislador como la doctrina no hicieron visible tal vez atrapados por el rancio abolengo del término; porque, como explica la Profa. GETE-ALONSO³, la promulgación de la Constitución (y las reformas civiles que fueron necesarias después), «dio lugar a una nueva concepción de la persona y a una reordenación de sus circunstancias y condiciones relevantes y de la manera de estar en la sociedad». Es precisamente esta nueva dimensión de la persona la que, en mi opinión, debe conducirnos a abandonar la categoría de estado civil para construir la singularidad de cada persona a través del tratamiento específico de cada una de las cualidades que conforman la idiosincrasia del ser humano. Además, hoy, con la vigencia de la Ley de 2 de junio de 2021, «de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica» que directamente elimina del ámbito de la mayoría de edad la noción de capacidad de obrar, es fácil concluir que la definición que, en su día, elaboró D. Federico está claramente superada.

Pero, como mi tesis resulta claramente minoritaria, voy a mantener el uso del término estado civil para ponerlo en relación con el sexo, y acabar enlazando con la novedad de la Ley Trans a la que me he referido al comienzo.

Ni en nuestra primera LRC (la Ley provisional de 1870), ni en la intermedia de 1957, el sexo se configuraba como un estado civil, sino que se trataba como una mención que debía hacerse en la correspondiente inscripción de nacimiento; pero, aun así, algunos autores de la época consideraban el sexo como uno de los estados civiles, basándose, precisamente, en aquella noción del estado civil que giraba en torno a la capacidad de obrar (es de sobra conocido que, durante muchos años, la mujer tuvo en España capacidad de obrar restringida en comparación con la plena que se reconocía al hombre).

La vigente LRC de 21 de julio de 2011 altera el panorama tradicional y, al referirse a los hechos y actos inscribibles, enumera en el número 4º del art. 4 «el sexo y el cambio de sexo», ¿significa esto que estamos, ahora sin lugar a la duda, ante una modalidad de estado civil? En mi opinión, claramente no. Puede que en otra época el sexo pudiera considerarse un estado civil en cuanto incidía sobre la capacidad de obrar de las

³ «El estado civil y las condiciones de la persona», en *Tratado de Derecho de la persona física*, Tomo I, C. Gete-Alonso y Calera (dir.) y J. Solé Resina (coord.), Civitas Thomson Reuters, 2013, p. 184.

personas, pero, a día de hoy, por mor del art. 14 CE, no tiene ningún sentido. De hecho, el propio art. 4, antes de pasar a enunciar el elenco de hechos y actos inscribibles, aclara que no todos ellos se refieren al estado civil, sino que también atañen a «la identidad y demás circunstancias de la persona», con lo que se abre la puerta a considerar al sexo como un hecho relativo a la identidad o a las «demás circunstancias de la persona» y no como un estado civil.

Y es que, desde mi punto de vista, el legislador registral civil del 2011 se ha hecho eco de aquellas voces que entendían que el sexo es una característica, una circunstancia, si se prefiere, que atañe a la identidad de la persona, que contribuye a su individualización como ser humano, pero no un estado civil⁴.

Por tanto, el punto de partida es que el sexo es uno de los ingredientes de la identidad de la persona y que, sobre este elemento, también recae el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la dignidad de la persona del art. 10 CE, tal y como han declarado tanto el TC⁵ como el TS, siguiendo la estela de varios pronunciamientos y textos internacionales⁶. En consecuencia, debe reconocerse a la persona la posibilidad de adoptar decisiones eficaces jurídicamente en relación con esa identidad, la cual, como acabamos de señalar, abarca el sexo. Como explica el TC «establecer la propia identidad no es un acto más (...) sino una decisión vital, en el sentido de que coloca al sujeto en posición de poder desenvolver su propia personalidad». Como corolario de todo ello, se admite que la persona pueda decidir adoptar un sexo que no coincide con el que se le asignó en el momento de nacer y que es el que figura en la inscripción de nacimiento del Registro Civil⁷.

⁴ El TS reconoce que «la concepción del sexo como estado civil se debilita, y abundan ya los tratamientos científicos de la cuestión en los que se sostiene que el sexo no es un estado civil, sin perjuicio de la relevancia jurídica que todavía tiene» (STS de 17 de septiembre de 2017, RJA 2017\4968). Ahora bien, algunos autores continúan considerando el sexo como un estado civil y, como tal, indisponible (*vid.* editorial *Revista El Notario del Siglo XXI*, nº 108, [2023]).

⁵ En la STC de 18 de julio de 2019 (RTC 99\2019) se explica que «la propia identidad, dentro de la cual se inscriben aspectos como el nombre y el sexo, es una cualidad principal de la persona humana. 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 desenvolver su propia personalidad» (F.J. 4º).

⁶ Así, la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 1989, sobre la discriminación de los transexuales (DO C256, de 10 de octubre de 1989).

⁷ Como señala GETE-ALONSO Y CALERA, M^a Carmen, «El estado civil y las condiciones de la persona», en *Tratado de Derecho de la persona física*, Tomo I, Civitas Thomson Reuters, 2013, p. 211, «En estos casos de alteración de sexo (en el Registro Civil), estamos ante una creación jurídica, justificada en la dignidad de la persona y en el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE)». Precisamente por ello tiene carácter constitutivo.

2. ESTADO DE LA CUESTIÓN ANTES DE LA LEY TRANS

La nueva Ley de 28 de febrero de 2023, por lo que respecta al cambio de sexo de los mayores de edad y su reflejo en el Registro Civil, no es más que la culminación de una evolución en la que la Ley de 15 de marzo de 2007, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, supuso un hito importante pues permitió que aquellos que quisieran modificar el sexo que constaba en su inscripción de nacimiento porque no se correspondía con su verdadera identidad de género, pudieran hacerlo. Ahora bien, en aras de la seguridad jurídica, según la Exposición de Motivos de la Ley de 2007, se imponía una serie de requisitos para este cambio que podía solicitarse ante el propio encargado del Registro Civil. Así, en primer lugar, se debía acreditar mediante informe médico el diagnóstico de disforia de género, que no se padecían trastornos de la personalidad y que existía una disonancia, estable y persistente, entre el sexo inscrito y el sexo psicossocial. En segundo lugar, también debía acreditarse que dicha disonancia había sido tratada dos años antes para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado. Como novedad legal importante, no se exigía cirugía de reasignación sexual para lograr el cambio. El propio art. 4.2 de la Ley exoneraba al interesado de la necesidad de tratamiento médico si se acreditaba mediante certificación médica que no había recibido tratamiento médico anterior por razones de salud o edad que lo impedían.

Concurriendo estos requisitos el cambio de sexo debía venir acompañado por un cambio del nombre a efectos de que no resultara discordante con el denominado sexo registral (art. 1.2 Ley 3/2007). La nueva inscripción tendría efectos constitutivos y la mención del sexo quedaba sometida al régimen de publicidad restringida. Además, podría solicitarse el traslado de folio registral.

En contra de lo que pudiera parecer, esta Ley fue vista por muchos como un gran avance en pro de los derechos de los transexuales, entre otras razones, porque la cirugía no se establecía como presupuesto del cambio⁸. No obstante, también fue objeto de críticas puesto que, en opinión de algunos, debía haberse aprovechado la ocasión para elaborar una ley que abordara de forma integral las cuestiones atinentes a las personas transexuales, una verdadera ley de género⁹.

⁸ Si bien es cierto que, como recoge la STS de 17 de septiembre de 2007 —RJA 2007\4968—, ya antes algunas Audiencias habían permitido el cambio sin cirugía de reasignación.

⁹ BENAVENTE MOREDA, Pilar, «Menores transexuales e intersexuales. La definición de la identidad sexual en la minoría de edad y el interés superior del menor», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 38 (2018), p. 278, nota 6. También recoge esta crítica JORDÁ CAPITÁN, Eva Rosa, «La protección del derecho a la identidad de género de las personas menores de edad. La rectificación registral de la

Así estaba el panorama cuando, en el año 2014, los padres de un menor que pretendía rectificar el sexo que figuraba en su inscripción de nacimiento, iniciaron el correspondiente expediente ante el encargado del Registro Civil, pero se les negó la rectificación porque no cumplía con el requisito de la mayor edad exigido por la Ley. Esta negativa provocó el comienzo de un proceso judicial ante varias instancias, negándoseles el cambio en todas ellas, hasta que el TS planteó la cuestión de inconstitucionalidad en relación con el requisito de la mayoría de edad para poder instar el cambio registral de la mención del sexo. En concreto, se señalaba que el art. 1.1 de la Ley de 2007 podría vulnerar el derecho a la integridad física y moral, el derecho a la intimidad personal y familiar, así como la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad.

El TC, en su Sentencia de 18 de julio de 2019¹⁰, presenta la cuestión como una colisión de derechos fundamentales¹¹ para cuya resolución es necesario que la medida restrictiva de los derechos fundamentales, esto es, la negación del cambio a los menores de edad, pase por el filtro de la proporcionalidad; y hecha esta operación acaba concluyendo que la limitación al menor de edad como legitimado para proceder al cambio de sexo registral resulta desproporcionada y por ello declara la inconstitucionalidad del art. 1.1 Ley de 15 de marzo de 2007¹², en la medida en que prohíbe a los menores con suficiente madurez y que se encuentren en una situación estable de transexualidad¹³, solicitar el cambio registral.

mención relativa al sexo», en *Protección jurídica de las personas menores de edad. Un estudio multidisciplinar*. Verónica de Priego Fernández (coord.). Universidad Rey Juan Carlos, 2022, p.95.

¹⁰ RTC 2019\99.

¹¹ Para el TC sólo quedaban afectados los arts. 10 y 18 CE.

¹² Son destacables las palabras del voto particular formulado a esta sentencia por la Magistrada Roca Trías cuando tilda al pronunciamiento del Constitucional de «confuso y con un efecto impreciso» pues desconoce si está ante una sentencia «aditiva» (donde la inconstitucionalidad procede de que el legislador no ha previsto algo a lo que estaba obligado), de inconstitucionalidad parcial, monitoria (que aconseja al legislador que opte por una regulación más favorable) o meramente interpretativa. Palabras que son compartidas por GARCÍA RUBIO, M^a Paz, «¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 13, (2020), p. 31, nota 59. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Transexualidad y menor edad», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, num. 112/2020, versión *on line*, p. 20, también comparte la tesis del voto particular cuando afirma que «la Sentencia desborda los límites del juicio de constitucionalidad, que corresponde al Tribunal, para adentrarse en el papel de legislador».

¹³ Para ESTEVE ALGUACIL, Laura y FARNÓS AMORÓS, Esther, «Menores trans: decisiones relativas a la rectificación registral del sexo y a los tratamientos médicos asociados», *Derecho de Familia*, abril de 2021, versión *on line*, p.18, esta exigencia por parte del TC suponía «un cuestionamiento institucional de la identidad personal y carece, en nuestra opinión, de una base jurídica lo suficientemente sólida».

La Sentencia dio lugar a opiniones encontradas. Así, algún autor la definió como impecable¹⁴ al realizar una interpretación sociológica que llevaba a considerar derogados los requisitos de la mayoría de edad y los informes y tratamientos médicos¹⁵. Otros civilistas, aun compartiendo las cuestiones esenciales de la Sentencia, sin embargo, no dejaron de plantear ciertas dudas al respecto¹⁶.

Este fallo, que vino acompañado por un voto particular al que se adhirió otro magistrado, provocó que el TS, al retomar el proceso que originó el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, resolviera estimando el recurso de casación presentado por los padres del menor e imponiendo al Tribunal de instancia la necesidad de dar audiencia al menor a fin de comprobar si reunía la suficiente madurez y contaba con una situación estable de transexualidad, notas suficientes para reconocer su legitimación para instar el cambio registral de la mención de sexo (STS de 17 de diciembre de 2019¹⁷).

Como es fácilmente imaginable tanto la doctrina constitucional como la del TS han sido tenidas en cuenta por el legislador que ha elaborado la Ley Trans y, de hecho, se hace referencia a ambas sentencias en su Exposición de Motivos. De ahí que esta Ley, junto con la derogación expresa de la Ley de 15 de marzo de 2007, contenga, en sus arts. 43 y ss. un procedimiento específico para solicitar la rectificación registral de la mención

¹⁴ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, «Una “nueva” ley “trans” para España (Luces, sombras... y una mirada más allá del sexo)», *Actualidad Civil*, nº 4 (2023), versión *on line*, p. 3, comparte el contenido de la sentencia pues realizó una interpretación sociológica de las normas que dio lugar a una derogación tácita de la ley «que solo opera por vía interpretativa (según permite el Código Civil, ahora en su artículo 2.2)». Pero, en mi opinión, esa derogación tácita a la que se refiere el citado precepto no puede proceder de un fallo judicial, sino que debe ser otra norma la que, por incompatibilidad de contenidos, derogue tácitamente la norma anterior.

¹⁵ El TC declaró inconstitucional el art. 1.1 de la Ley de 15 de marzo de 2007, «pero únicamente en la medida que incluye en el ámbito subjetivo de la prohibición a los menores de edad con “suficiente madurez” y que se encuentren en “situación estable de transexualidad”», luego, en contra de lo que asevera CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, «Una “nueva” ley “trans” para España...*op.cit.*, p. 3, no entró en ningún momento en la constitucionalidad de los informes y tratamientos médicos.

¹⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Transexualidad y menor...*op.cit.*, pp. 19 y 20, veía con reparos que la Sentencia permitiese al menor decidir sobre la rectificación registral a la temprana edad de los 12 años, estimando también, de forma similar al voto particular, que el Tribunal Constitucional se había extralimitado en sus funciones. VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, «Minoría de edad y cambio de la mención registral de sexo. Comentario a la STS 99/2019, de 18 de julio», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 12 (2020), p. 828, no parece estar de acuerdo con el reconocimiento de esa posibilidad a los menores y estima más «razonable» profundizar en la vía de permitirles el cambio de nombre. GARCÍA RUBIO, M^a Paz, «¿Qué es y para qué...? *op.cit.*, p. 42, califica como «un tanto confuso» algún fragmento de la Sentencia.

¹⁷ RJA 2020\669.

relativa al sexo de las personas en el que, como no podía ser menos, asume (con matices, como veremos) las pautas señaladas por sendos Tribunales¹⁸.

3. LA RECTIFICACIÓN REGISTRAL DE LA MENCIÓN RELATIVA AL SEXO EN LA LEY TRANS

3.1 Novedades en torno a los menores

No voy a entrar a analizar los inextricables caminos prelegislativos que han precedido a la aprobación de la Ley Trans, pues son varios los autores que, de forma contemporánea a cada texto prelegal, han estudiado su contenido o parte de él¹⁹.

Como vengo señalando, la principal novedad «registral» de esta Ley está en el diseño de un procedimiento para la rectificación registral de la mención relativa al sexo (arts. 43-47) cuyos elementos estrella son, por un lado, el reconocimiento legal de la posibilidad de que los menores puedan acceder a ese cambio y, por otro lado, la configuración del principio de autodeterminación de la identidad de género como la piedra angular que va a servir de base a todo el procedimiento²⁰. También habrá que

¹⁸ Resulta inevitable traer a colación la IDGRN de 23 de octubre de 2018 (RIA 2020\669) en la que esta Dirección sentaba una serie de pautas que debían seguir los encargados del Registro Civil en aquellos casos en los que se pretendía lograr un cambio del nombre por personas que sentían un sexo diferente al que constaba registralmente, pero la Ley del Registro Civil les impedía dicho cambio al no venir acompañado de una modificación del sexo registral. En esta hipótesis se establecía que la solicitud de cambio de nombre debía ser atendida y, en el caso de que se tratara de menores de edad, serían sus representantes legales quienes, juntamente con el menor, harían esa solicitud de cambio de nombre que debería ser igualmente atendida. Más allá de la bondad del contenido de esta Instrucción relativa al cambio de nombre, tema que no puede ser tratado en ese trabajo, la razón de que la mencione radica en que, en mi opinión de forma flagrante, la Dirección General se excedió de sus funciones al realizar, como ella misma dice en la Instrucción, «una interpretación correctora» de la Ley de 15 de marzo de 2017. GARCÍA RUBIO, M^a Paz, «¿Qué es y para qué...? *op.cit.*, p. 31, nota 59, se refiere a esta Instrucción como de «dudosa legalidad y escasa técnica jurídica». También abundan en la crítica de esta Instrucción, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Personas transexuales y estado de derecho», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n^o 11/2018, versión *on line*, p. 4 y BENAVENTE MOREDA, Pilar, «Menores transexuales...*op.cit.*, p. 299.

¹⁹ Así, SILLERO CROVETTO, Blanca, «La rectificación registral del sexo y nombre de niñas, niños y adolescentes trans: presente y futuro», *RDC*, enero-marzo de 2020, tiene en cuenta la proposición de ley para la reforma de la Ley 3/2017, de 15 de marzo; GARCÍA RUBIO, M^a Paz, «Las repercusiones de las propuestas normativas sobre el género preferido en el ámbito de las relaciones familiares», *Derecho de Familia*, abril de 2021, maneja el Borrador del Ministerio de Igualdad de 2 de febrero de 2021, las Proposiciones de Ley presentadas por los Grupos parlamentarios Republicano y Plural y Ciudadanos y el Borrador de Anteproyecto de Ley presentado el 2 de febrero de 2021; VELA SÁNCHEZ, Antonio José, «El cambio de sexo en el anteproyecto de la llamada Ley Trans», *Diario La Ley*, marzo de 2022, se fija en el Anteproyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI aprobado por el Consejo de Ministros el 29 de junio de 2021.

²⁰ CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, Adán, «Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI: ¿El consentimiento debe estar siempre en el centro», *Actualidad Civil*, n^o 7, (2023), versión *on line*, p. 5, considera la adopción de este

tener en cuenta la IDGSJFP de 26 de mayo de 2023, sobre la rectificación registral de la mención relativa al sexo regulada en la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI²¹, por si puede aclarar algunas dudas que la Ley nos plantea.

A estas alturas existen ya varios trabajos que analizan de forma detenida el procedimiento de rectificación, por lo que me voy a limitar a destacar los puntos que me parecen más relevantes a la vez que discutibles.

Por lo que atañe al dato de la edad del solicitante del cambio de sexo, el nuevo procedimiento (art. 43), con relación a los menores, establece un sistema de «franjas de edad»²² que se supone que se han diseñado teniendo en cuenta el desarrollo progresivo del menor a medida que va alcanzando distintas etapas²³.

La primera horquilla discurre entre los 16 y los 18 años, donde se legitima directamente al menor para instar el cambio registral del sexo, de tal forma que, en este punto, se le equipara totalmente al mayor de edad.

El siguiente escalón lo representan quienes tienen entre 14 y 16 años, a los que se exige la «asistencia» en el procedimiento de sus representantes legales. Respecto a este intervalo se prevé el posible desacuerdo de las personas progenitoras o representantes legales del menor, entre sí o con el menor, en cuyo caso se procederá a nombrar un defensor judicial. Respecto a esta medida prevista para salvar el posible conflicto de intereses, la Ley (art. 43.2 párr. 2º) remite al Código Civil²⁴, donde se indica que el defensor deberá desempeñar su cargo «en interés del menor, de acuerdo con su personalidad y respeto a sus derechos»²⁵.

principio como «uno de los grandes logros de la ley (...) ya que despatologiza el procedimiento de rectificación además de eliminar la mayoría de edad para solicitar el inicio del mismo».

²¹ BOE de 3 de junio de 2023.

²² BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles, «Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI: ¿El consentimiento debe estar siempre en el centro?», *Actualidad Civil*, nº 7 (2023), versión *on line*, p. 4, critica que esta Ley haya optado por «un criterio objetivo que desatiende la enorme relevancia del desarrollo personal para la identificación y orientación sexual, que los expertos consideran en formación e inestable por lo menos hasta la mayoría de edad». En similar sentido se manifiesta ECHEBARRIA SAÉNZ, Marina, en la misma publicación (p. 9).

²³ Este desarrollo ha justificado, en otros ámbitos, el derecho de audiencia que se le reconoce cuando tenga suficiente madurez y se vayan a tomar decisiones que le afecten. Este concreto aspecto es recogido por el art. 12.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, al indicarse que han de tenerse en cuenta sus opiniones en *función de su edad y madurez*.

²⁴ En concreto, se remite a los arts. 235 y 236 CC, que, a su vez, llevan a los arts. 295 y ss. CC.

²⁵ MARTÍNEZ GALLEGOS, Eva, «Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI: ¿El consentimiento debe estar siempre en el centro?», *Actualidad Civil*, nº 7 (2023), versión *on line*, p. 10, critica esta intervención del defensor

Y, por último, se tiene en cuenta a los menores que tienen entre 12 y 14 años²⁶, para los que el cambio de sexo es posible también siempre que obtengan la autorización judicial conforme al procedimiento específico que se regula en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria (Capítulos I bis y I ter LJV)²⁷.

A pesar de que no tiene que ver con el dato de la edad, no me resisto a comentar la mención que, en esta sede de legitimación, se hace a las personas con discapacidad en el apartado tercero del mismo art. 43 de la Ley. Y es que este *recordatorio* de que estas personas podrán *también* solicitar el cambio de sexo con las medidas de apoyo que, en su caso, precisen, está totalmente fuera de lugar y da a entender que el legislador no ha comprendido bien la reforma de calado que se produjo en nuestro ordenamiento con la Ley 8/2021. Y es que esta previsión *ad hoc* resulta a todas luces innecesaria desde el momento en que las personas con discapacidad están en igualdad de condiciones que las demás para ejercitar los derechos de los que son titulares; y la posibilidad de que usen, si así lo estiman, los apoyos pertinentes, ya se contempla, con carácter general, en los arts. 249 y ss. CC. Luego este tercer apartado del art. 43 Ley Trans deja entrever que continúa vigente aquella visión de las personas con discapacidad como grupo necesitado de una norma propia igual que sucede con los menores²⁸. Da la impresión de que, lejos de lo que debería ser, ahora se piensa que hay que mencionar en todas las normas posibles a las personas con discapacidad para que quede claro que pueden ejercitar su capacidad jurídica sin cortapisa alguna, cuando, precisamente, si de lo que se trata es de equipararlas, lo que ha de hacerse es eliminar cualquier tratamiento individualizado innecesario (como es el caso).

judicial pues estima que es el Ministerio Fiscal quien debe defender el interés superior de estos. Pero aquella es la figura que, con carácter general, se utiliza siempre que hay un conflicto entre el menor y sus representantes legales (art. 235 CC), luego tiene sentido que sea la misma a la que se recurra también en este conflicto específico.

²⁶ CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, Adán, «Ley 4/2023...*op.cit.*, versión *on line*, p. 6 critica que no se permita el cambio a los menores de 12 años «por cuanto es una realidad que hay menores de doce años que sienten con claridad una identidad sexual propia diferente de la asignada (...) y la demora en la adopción de medidas en esos casos puede tener un efecto perjudicial en su desarrollo personal». HIDALGO GARCÍA, Santiago, *Transexualidad: sexo, género e identidad jurídica*. Aranzadi, 2023, p. 152, no encuentra justificación a por qué no se permite el cambio a los menores de 12 años.

²⁷ Para los menores de 14 años no se contempla el nombramiento de un defensor judicial en caso de conflicto de intereses, pues hay que entender que, en este último caso, la ineludible intervención judicial será suficiente para asegurar la defensa del interés superior del menor.

²⁸El legislador vuelve a referirse a las personas con discapacidad al hilo de la regulación del procedimiento para la rectificación para garantizarles todo lo necesario para que reciban correctamente la información pertinente y formen correctamente su consentimiento (art. 44.11 Ley Trans): de nuevo una mención innecesaria. La reforma que la Ley Trans hace de la Ley de Jurisdicción Voluntaria para que los mayores de 12 años y menores de 14 modifiquen el sexo que figura en el Registro Civil, cae de nuevo en la misma incongruencia al señalar que, si el expediente es incoado por una persona con discapacidad, se deberán poner a su alcance las medidas de apoyo que pueda necesitar (art. 26 ter. apdo. 3 LJV).

Intentando dejar fuera toda la carga ideológica que esta materia plantea y mantenerme en el estricto plano jurídico, es inevitable mencionar cómo la cuestión de la legitimación del menor de edad para solicitar el cambio de sexo (con los matices que acabamos de señalar según cuál sea la horquilla de edad) ha sido polémica. A este respecto coincido totalmente con HIDALGO GARCÍA cuando señala que es importante tener en cuenta un factor que muchas veces se omite al tratar el tema que es el de los distintos planos en los que el cambio de sexo puede plantearse: el médico y el registral. En el primero, la cuestión de los menores hace ya varios años que quedó atrás sin hacer tanto ruido, por cierto²⁹. Tal y como manda la distribución competencial recogida en nuestra Constitución, la sanidad es competencia de las CCAA, por lo que han sido estas las encargadas de contemplar en sus respectivas normas lo relativo a los tratamientos médicos a los que pueden recurrir las personas transexuales que así lo deseen³⁰. El autor citado, tras un análisis detallado la normativa autonómica existente³¹, acaba concluyendo que, por lo que se refiere a dichos tratamientos, el precepto a tener en cuenta no es otro que el art. 9.3 de la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, de 14 de noviembre de 2002 (Ley a la que expresamente remite el art. 57 Ley Trans). Y este precepto, que contempla los límites del consentimiento informado, admite que el menor de edad capaz de comprender el alcance de la intervención (interpretación *a contrario sensu* del apartado c) del apartado tercero) pueda consentir por sí mismo y, con ello, someterse al tratamiento de que se trate³². Además, se contempla específicamente el supuesto del emancipado y del mayor de 16 años (art. 9.4 Ley 41/2002, de 14 de noviembre) que consentirán ellos mismos, salvo que se trate de una actuación de grave riesgo para su vida o su salud, en cuyo caso, serán sus representantes legales quienes consientan³³.

²⁹HIDALGO GARCÍA, Santiago, *Transexualidad: ... op.cit.*, p. 176: «uno de los errores más frecuentes en este debate (...) es pensar que la ley nacional va a permitir a los menores de edad (...) someterse a tratamientos de reasignación sexual (...) lo cual no es cierto: tal cosa, detalladamente o de una manera más o menos genérica, ya está regulada por la CCAA».

³⁰ Sobre los diferentes tratamientos médicos de afirmación de género existentes puede verse ESTEVE ALGUACIL, Laura y FARNÓS AMORÓS, Esther, «Menores trans: decisiones...*op.cit.*, pp. 3 y ss., que explican de forma sencilla y clara las diferentes opciones.

³¹ HIDALGO GARCÍA, Santiago, *Transexualidad: ... op.cit.*, pp. 173 y ss. En torno a algunas de ellas el autor llega a plantear su posible inconstitucionalidad por no respetar el reparto competencial.

³²ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, «Menores transexuales. Su protección jurídica en la Constitución y legislación española», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 107, p.184, difiere en la interpretación del art. 9 de la Ley 41/2002, puesto que entiende que, al parecer en todo caso, la decisión sobre los tratamientos del menor que no haya cumplido 16 años la adoptarán sus representantes legales.

³³ No obstante, autores como DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico, «Problemas legales acerca del tratamiento médico de la disforia de género en menores de edad transexuales», *Revista General de*

Y, en caso contrario, es decir, cuando el menor no sea capaz de comprender ni intelectual ni emocionalmente el alcance de la intervención, siempre podrían ser sus representantes legales quienes presten el consentimiento («atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente» –art. 9.6 de la Ley 41/2002). Luego, llevando lo que acabamos de explicar al terreno concreto de la transexualidad, resulta patente que los menores transexuales ya podían someterse a los diferentes tratamientos existentes³⁴. Lo que, en mi opinión, carece de sentido es que, habiéndose sometido a alguno de estos tratamientos, no se permita que el nuevo género tenga reflejo en su inscripción de nacimiento. Por ello, considero que habría de ser en el ámbito estrictamente médico donde debería discutirse, en su caso, en qué condiciones los menores pueden acceder a los tratamientos pertinentes³⁵. Si el menor se ha sometido a alguno de los tratamientos posibles (o a alguna intervención quirúrgica) está claro que la situación estable de transexualidad³⁶ está más que acreditada y su reflejo registral no debe enfrentarse a ningún obstáculo. Se presupone³⁷ que cuando se admitió el consentimiento del menor a esos tratamientos o cirugías se tuvo como elemento central para decidir sobre esa admisión el interés superior del menor. Por todo ello, considero que serán los menores que no se hayan sometido a tratamiento ni

Derecho Constitucional, nº 24 (2017), pp. 27 y 28, entienden que tanto el tratamiento hormonal de segunda fase como las intervenciones quirúrgicas suponen grave riesgo para la vida o la salud (puesto que pueden provocar consecuencias irreparables e irreversibles) y, por tanto, ningún menor (ni siquiera el que tiene 16 años o más) podría autorizar estas actuaciones médicas por caer dentro de la excepción del párr. 2º del art. 9.4 de la Ley de Autonomía del Paciente. Y tampoco podrían hacerlo sus representantes legales porque han de actuar en interés del menor y si hay peligro para la salud o la vida, no será posible consentir dichos tratamientos o intervenciones. No obstante, este autor, *ibidem* p. 30, mantiene también que, si se confirmara con evidencia científica que el deseo de cambio de sexo que aparece en la minoría de edad persiste alcanzada edad adulta, resultaría claro que la defensa del interés superior del menor conllevaría permitir al sujeto menor de edad tanto los tratamientos hormonales de segunda fase como la cirugía. ESTEVE ALGUACIL, Laura y FARNÓS AMORÓS, Esther, «Menores trans: decisiones...*op.cit.*, pp. 12 y ss. analizan si hay «riesgo para la salud» según el tipo de tratamiento de afirmación de género que se vaya a utilizar y concluyen, *ibidem*, p. 18, que la decisión de acceder a tratamiento médico por los menores de 16 requiere un análisis casuístico de la capacidad para comprender del menor y de los efectos reversibles o irreversibles del tratamiento en su fertilidad.

³⁴ A ello se refería expresamente la Fiscalía General del Estado en sus alegaciones a la cuestión de inconstitucionalidad a la que pone fin la STC 99\2019, de 18 de julio: «resulta contradictorio que el ordenamiento permita acometer el tratamiento médico durante la minoría de edad y no acepte las consecuencias del mismo en la identidad de género de la persona» (Antecedente 7º).

³⁵ Esta cuestión es puesta de relieve en diversas ocasiones por HIDALGO GARCÍA, Santiago, *Transexualidad: sexo, género...op.cit.*, así, pp. 142 y 143.

³⁶ Presupuesto que considero necesario, pues estimo que los médicos que llevaron a cabo la intervención o los tratamientos necesarios, antes de hacerlo, valoraron la estabilidad de la situación de transexualidad como exigencia derivada del interés superior del menor que ha de tenerse en cuenta en «todas las acciones y decisiones que le conciernan» (art. 2.1 LOPJM).

³⁷ Queda fuera de toda duda que, en el ámbito sanitario, también ha de tenerse en cuenta el interés superior del menor (art. 2 LOPJM).

cirugía alguna los que requieran que se tenga en cuenta su interés para admitir o no el cambio registral.

Por tanto, la novedad de la Ley Trans *únicamente* aparece en la posibilidad de que el cambio de sexo de los menores (bajo los presupuestos que ya hemos mencionado) pueda figurar en el Registro Civil sin necesidad de sometimiento previo a dichos tratamientos ni de diagnóstico, novedad que no es en absoluto baladí y a la que yo me ceñiré.

Como vemos, la Ley Trans autoriza que los menores de edad pero mayores de 12 años puedan proceder a la rectificación registral, aunque los procedimientos para ello difieren según la horquilla de edad en la que se encuentre el solicitante: ante el propio juez del Registro Civil (ya sea a título propio o por representación), si se es menor de edad pero mayor de 14, o a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, si se tiene entre 12 y 14 años. En todos los casos³⁸, como no podía ser de otro modo, se exige que los intervinientes en el procedimiento tengan en cuenta el interés superior del menor (art. 44.6 Ley Trans y art. 26 quater.3 LJV). Más adelante, volveremos a este principio, de momento sólo quiero remarcar cómo se apela al mismo en la Ley, dando a entender con ello que estamos ante un principio que debe guiar, en la hipótesis de solicitantes menores, el *iter* procedimental; sin embargo, esta premisa no casa muy bien con el principio de autodeterminación de género que también se adopta.

3.2 Manifestación de la voluntad de rectificación del sexo registral

El legislador, en la configuración del nuevo procedimiento para el cambio de sexo (tanto del gubernativo como del judicial), trata de asegurarse de que el solicitante toma la decisión de forma serena, tras un proceso de «maduración» de la misma donde ha contado con toda la información necesaria para asumir consecuentemente el cambio de sexo. Para ello, se exige que en la comparecencia que el interesado ha de realizar ante el encargado del Registro Civil o ante el juez, estos le trasladen una serie de explicaciones relativas a las consecuencias jurídicas del cambio, el régimen de reversión, la existencia de instrumentos de asistencia, protección e información en todos los ámbitos... (art. 44.5 Ley Trans³⁹ y 26 quater apdo.3 LJV). Con este requisito estaríamos ante una suerte de consentimiento informado que pretendería garantizar, al igual que sucede en el ámbito sanitario, que el solicitante⁴⁰ del cambio toma la

³⁸ Con la salvedad, ya explicada, de que, en el caso de menores sometidos previamente a un tratamiento médico o quirúrgico, hay que presuponer que su interés ya se tuvo presente al decidir sobre la conveniencia de tal tratamiento.

³⁹ Deber de información que se reitera de forma innecesaria en el art. 44.6 *in fine* Ley Trans.

⁴⁰ Sea menor o no, puesto que esta información se proporciona en todo caso.

decisión con un conocimiento pleno de lo que significa, medida plausible *a priori* pero que, dada la reversibilidad del cambio, en última instancia, no resulta de tanto interés.

Siguiendo con este afán de que la decisión por el cambio esté lo suficientemente meditada y «reflexionada», el legislador traba una serie de ratificaciones y confirmaciones que, en mi opinión, sólo consiguen dilatar un proceso en el que, según se menciona en el Preámbulo, lo único que realmente ha de tener relevancia es «la voluntad libremente manifestada». No obstante, en la práctica diseñada por la propia Ley esa voluntad debe manifestarse en varias ocasiones para conseguir su objetivo. Así, es necesaria una solicitud de inicio del procedimiento ante el propio encargado del Registro Civil (art. 44.2 Ley Trans), más adelante, deberá comparecer y manifestar su deseo ante el encargado del Registro Civil y, tras recibir la información a la que nos hemos referido más arriba por parte del encargado (art. 44.4 y 5 Ley Trans), «suscribirá» esta comparecencia inicial reiterando su voluntad (art. 44.7 Ley Trans). Además, en tres meses como máximo, el solicitante deberá ser citado de nuevo por el encargado para que comparezca una vez más y ratifique su solicitud «aseverando la persistencia de su decisión» (art. 44.8 Ley Trans)⁴¹. Y como colofón, se contempla la reversibilidad de la rectificación (art. 47 Ley Trans). Con tanta exigencia de que se manifieste la voluntad de cambio de la mención del sexo, parece que el legislador, en contra del objetivo principal de la Ley, está incitando a que no lleve a cabo su deseo. ¿Por qué este interés en que se tome una decisión consciente? podría responderse que todas estas medidas buscan evitar que una determinación tan «drástica» se derive de un simple capricho, pero si fuera así, bastaría con admitir la posibilidad de revertir el proceso (lo que, efectivamente, se prevé ya). Parece como si al legislador le produjera cierto vértigo admitir de forma absoluta el principio de autodeterminación de la identidad de género.

3.3 Principio de autodeterminación de la identidad de género

En la actualidad es de sobra conocido que la transexualidad ya no tiene la consideración de enfermedad mental desde que la OMS la eliminó del listado oficial de este tipo de enfermedades para pasar a configurarla como una condición relativa a la salud sexual⁴². Este cambio de «clasificación» supuso un importante paso para aquellos que, desde hace años, venían postulando la necesidad de la «despatologización» de la transexualidad, siendo una consecuencia inmediata de esta nueva concepción la

⁴¹ Tratándose de un mayor de 12 años y menor de 14, en el expediente de jurisdicción voluntaria que se diseña en la LJV, basta la solicitud, comparecencia y audiencia del solicitante, para que el juez autorice el cambio del dato del sexo en el Registro Civil (art. 26 quater LJV).

⁴² Ahora la OMS utiliza el término «incongruencia de género» en lugar de la tradicional expresión «transexualidad», y lo considera una condición relativa a la salud sexual.

erradicación de la intervención de cualquier especialista en los procedimientos destinados a que el cambio de sexo tenga reflejo jurídico.

Eliminados los especialistas médicos, o de otro tipo, lo único que queda entonces es la mera voluntad del sujeto que quiere que su nuevo sexo aparezca reflejado en el Registro Civil, esto es, aflora el denominado principio de autodeterminación que convierte a la voluntad en soberana para decidir qué sexo ha de figurar. Principio que es consecuencia directa del derecho al libre desarrollo de la personalidad, puesto que el sexo forma parte de la identidad de la persona, ingrediente fundamental de la personalidad (como indicamos al comienzo).

Esta autodeterminación en cuanto al género ha sido abrazada plenamente en la Ley Trans subiendo así un escalón más en el proceso de «despatologización»⁴³, puesto que, conforme a esta norma, es la voluntad del sujeto la protagonista absoluta de la rectificación.

Ya el Preámbulo de la Ley adelanta que en el nuevo procedimiento se reconoce «la voluntad libremente manifestada, despatologizando el procedimiento», hecho que se materializa en el articulado de la norma cuando, de forma categórica, se dispone que el ejercicio del derecho a la rectificación «*en ningún caso podrá estar condicionado a la previa exhibición de informe médico o psicológico relativo a la disconformidad con el sexo mencionado en la inscripción de nacimiento, ni a la previa modificación de la apariencia o función corporal de la persona a través de procedimientos médicos o quirúrgicos o de otra índole*» (art. 44.3 Ley Trans), previsión que se reitera en el ámbito del expediente judicial previsto para la concesión del cambio a los mayores de 12 años menores de 14 años (art. 26 quinquies apdo.1 pár. 2º LJV).

Constatada la prevalencia de la voluntad del interesado, la única conclusión a la que llego es que el procedimiento que articula el legislador no tiene por únicas destinatarias a las personas transexuales, sino que cualquier persona podrá hacer uso del procedimiento. Esta conclusión, *a priori*, puede considerarse vana, por cuanto, siendo una manifestación del libre desarrollo de la personalidad, ninguna cortapisa debe ponerse a esa voluntad de cambio.

Sin embargo, a pesar de que, como ya hemos explicado, hoy en día el sexo no puede calificarse de estado civil en cuanto no afecta a la capacidad de obrar, ello no impide

⁴³ Insistimos aquí en que la Ley de 15 de marzo de 2007, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, supuso ya un avance importante en este proceso de «despatologización» al no exigir cirugía de reasignación.

que la pertenencia a uno u otro sexo⁴⁴ tenga repercusiones jurídicas, de ahí que la utilización del procedimiento de rectificación previsto debería hacerse exclusivamente por personas transexuales. Volveré sobre esta última afirmación más adelante.

La propia Ley Trans, al incurrir en ciertas incongruencias⁴⁵, deja entrever, en mi opinión, que no tiene tan claro que el principio de autodeterminación de la identidad de género deba regir sin más el procedimiento de cambio de sexo.

En este sentido, quizá lo más llamativo sea que, al hilo de la regulación del procedimiento de rectificación ante el propio encargado del Registro Civil (aquel al que tienen acceso tanto los mayores de edad como los menores, mayores de 14 años), se prevea, tras haber vetado radicalmente la posibilidad de exigir informes o tratamientos previos, que la resolución concediendo o no la rectificación sea recurrible mediante la interposición de recurso de alzada (art. 44.10^º Ley Trans)⁴⁶.

No comprendo cuáles pueden ser los motivos esgrimibles para interponer el recurso si la simple voluntad del interesado es suficiente para lograr el cambio registral⁴⁷. La denegación del cambio registral, *a priori*, no tiene cabida en la Ley y por ello, el encargado no podrá motivar tal denegación: si el interesado quiere el cambio, este deberá reflejarse en el Registro Civil, con lo que habrá que concluir que, si nos ceñimos estrictamente a la Ley, no cabe la resolución negativa. Y si la resolución es afirmativa, ¿quién podrá interponer el recurso contra ella? Porque hay que presuponer que el solicitante no interpondrá recurso alguno, pero ¿entonces?

Si se tiene en cuenta lo dispuesto en los arts. 85 y ss. LRC que contemplan el régimen de los recursos, la legitimación para interponer recurso ante la actual DGSJFP es muy difusa, hablando simplemente de «interesados». Si trasladamos el término al ámbito que estamos tratando, ¿quién podrá tener la consideración de interesado para interponer un recurso contra la resolución que admita el cambio registral? Sólo veo viables dos hipótesis: por un lado, podrían considerarse interesados a estos efectos los padres o tutores del menor, en su caso, y, por otro lado, respecto a los solicitantes mayores de edad, podría pensarse en sus descendientes, porque rechacen que en su

⁴⁴ La Ley Trans continúa partiendo de una concepción binaria del sexo, a pesar de que llega a reconocer una «intersexualidad provisional».

⁴⁵ HIDALGO GARCÍA, Santiago, *Transexualidad: sexo, género...op.cit.* pp. 123 y 151, también denuncia estas incoherencias en otros puntos del proceso de cambio de sexo, como cuando se permite la libre autodeterminación de género en dos ocasiones, pero a la tercera se establece un control judicial, ¿por qué?

⁴⁶ Posibilidad de recurso que se reitera en la directriz cuarta de la IDGSJFP de 26 de mayo de 2023 (BOE de 3 de junio de 2023).

⁴⁷ Esta misma pregunta se hace HIDALGO GARCÍA, Santiago, *Transexualidad: sexo, género...op.cit.*, p. 100.

inscripción de nacimiento haya un cambio del sexo del progenitor. Pero esta última posibilidad, que se llegó a contemplar en alguno de los textos que precedieron al finalmente aprobado, se desechó por cuanto implicaba una inmisión inaceptable en derechos de terceros como son los descendientes de la persona transexual que repercutía directamente sobre la identidad del descendiente⁴⁸. Al no admitirse hoy esta opción, no parece existir interés legítimo para que los descendientes puedan recurrir la resolución que admite el cambio de sexo.

Por tanto, sólo veo viable la hipótesis de los menores de edad cuyos representantes legales no están de acuerdo con el reconocimiento del cambio por el encargado del Registro Civil, pero, de admitir esta hipótesis, ¿en qué lugar queda el principio de autodeterminación del género? ¿utilizando qué argumentos podrán los progenitores o tutores interponer el recurso de alzada ante la DGSJFP? Desde mi punto de vista, si esto no fuera posible, el legislador no hubiera previsto el recurso declarando, en tal caso, irrecurrible la resolución. Aquí es donde detecto la incongruencia del legislador: por un lado, admite sin paliativos el principio de autodeterminación respecto al género, pero, por otro, contempla la posibilidad de recurrir la decisión del encargado. Parece como si el legislador no se atreviera a dar el paso definitivo en pro de la libre voluntad con todas sus consecuencias y, para amortiguar los efectos, permitiera el recurso; o tal vez haya sido la mera inercia del legislador la que le ha llevado a incluir aquel apartado 10º en el art. 44 Ley Trans.

En mi opinión, el único argumento que podría utilizarse para interponer el recurso por los representantes legales del menor sería el interés superior del menor, al que el propio legislador apela en diversos puntos de la Ley Trans, como ya hemos señalado, para recalcar que este interés deberá ser tenido en consideración por todos los intervinientes en el proceso. Efectivamente, la Ley Trans ha permitido que los menores (mayores de 12 años) puedan acceder al cambio de sexo en el Registro, pero, inevitablemente, esta apertura debe articularse sobre la base del interés superior del

⁴⁸ Como explicaba GARCÍA RUBIO, M^a Paz, «Las repercusiones de las propuestas normativas...*op.cit.*, p. 9, en relación con la Proposición de Ley de los Grupos Republicano y Plural para la igualdad real y efectiva de las personas trans (BOCG de 26 de marzo de 2021), la filiación es «una relación jurídica bilateral, en la que no sólo cuenta la voluntad de quien cambia su sexo, sino también y, sobre todo, el interés, calificado además de superior por normas internacionales e internas que nos son bien conocidas, del hijo menor de edad, con cuya voluntad ha de contarse además a partir de un determinado grado de madurez (...) la mención en la inscripción de nacimiento del padre o madre de la persona inscrita forma parte de la identidad de esta última (...) identidad que no puede ser alterada *ex post* por la voluntad del progenitor cuando cambia su sexo».

menor⁴⁹, interés que ha de servir para modular la voluntad del menor⁵⁰. Es cierto que, en el momento de llenar de contenido ese interés deben considerarse sus «*deseos, sentimientos y opiniones (...) y ha de reconocerse su derecho a participar progresivamente en el proceso de determinación*» de ese interés (art. 2.2 b) LOPJM⁵¹), pero también lo es que, cuando sea necesaria la ponderación, se tendrán en cuenta elementos como «*el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo*» o la minimización de «*los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro*» (art. 2.3 LOPJM). Entiendo que estamos ante el interés superior del menor entendido como norma de procedimiento⁵² que deberá tenerse en cuenta en el procedimiento de rectificación del sexo, lo que significa, en palabras de GARCÍA RUBIO⁵³, que la consideración de aquel interés «deberá hacerse con las salvaguardas y garantías que permitan probar *ex post* cómo fue tenido en cuenta y cómo fue ponderado en su relación con otros intereses».

Estimo, por tanto, que es este el «resquicio» por donde cabe el recurso contra la decisión que tome el encargado del Registro Civil. De todo ello cabe deducir que el principio de autodeterminación de la identidad sexual respecto a los menores de edad (edad que oscile entre los 14 y los 18 años) no se aplica de forma ilimitada puesto que deberá ponderarse con el interés superior del menor, al que, como vengo reiterando, apela el propio legislador. Cierto es que, en esta ponderación no puede olvidarse que, como manifestó el TC⁵⁴, los beneficios para el menor que se derivan de esa prevalencia del interés superior «se relativizan paulatinamente según se avanza hacia la mayor edad»⁵⁵, lo que no significa, por supuesto, que ese interés desaparezca.

En definitiva, a pesar de que una lectura inicial de los preceptos que regulan el procedimiento de rectificación de la mención registral podría hacernos pensar lo contrario, si el solicitante es menor de edad, entiendo que su voluntad no será

⁴⁹ Como señala GARCÍA RUBIO, M^a Paz, «¿Qué es y para qué...? *op.cit.*, p. 19, el citado interés se aplica «en todos los sectores del ordenamiento, extravasando completamente su original ubicación en sede de relaciones familiares».

⁵⁰ La citada STC de 18 de julio de 2019 (RTC 99\2019) califica este interés como «bien constitucional suficientemente relevante para motivar la adopción de medidas legales que restrinjan derechos y principios constitucionales».

⁵¹ También en la letra d) de este mismo precepto se alude a la necesidad de preservar, entre otras cuestiones, la identidad sexual del menor.

⁵² Párrafo nº 6 de la Observación General nº 14 del Comité de los Derechos del Niño (2013).

⁵³ «¿Qué es y para qué...? *op.cit.*, p. 24.

⁵⁴ STC de 18 de julio de 2019 (RTC 99\2019).

⁵⁵ Esta afirmación, precisamente en el marco de la transexualidad, es justificada por el Alto Tribunal en dos motivos: el primero tiene en cuenta que, a medida que cumple años el menor, «adquiere mayores grados de entendimiento y, por tanto, disminuyen las necesidades específicas de protección», y el segundo apela al hecho de que «el riesgo de remisión de las manifestaciones de transexualidad merma cuando la persona se aproxima a la edad adulta» (F.J.9^o STC de 18 de julio de 2019, RTC 99\2019).

absolutamente soberana para lograr el cambio, sino que, junto a ella, deberá tenerse en cuenta su interés y, conforme a ambos parámetros, llegar a una conclusión. Frente a esta afirmación podrá contraargumentarse que en ningún momento se permite que el encargado del Registro Civil lleve a cabo ningún tipo de exploración, petición de documentación, práctica de prueba...lo que es totalmente cierto. Ante el nulo margen de maniobra que se reconoce al encargado del Registro Civil, resulta ineludible preguntarse cómo podrá entonces considerarse «en todo momento el interés superior de la persona menor» tal y como exige el art. 44.6 Ley Trans. La IDGSJFP de 26 de mayo de 2023, sobre la rectificación registral de la mención relativa al sexo regulada en la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, no explica cómo ha de actuar el encargado para defender el interés superior del menor, por lo que no sirve para disipar mi duda y me lleva a buscar otros caminos.

Una posible solución, sería utilizar el trámite de la audiencia (previsto únicamente si el menor tiene entre 14 y 16 años) para poder comprobar si se está teniendo en cuenta el interés superior del menor; pero considero que esta escucha del menor sería insuficiente para hacer tal comprobación.

También podría recurrirse al principio de legalidad recogido en el art. 13 LRC⁵⁶ para garantizar el mandato del art. 44.6 Ley Trans; pero me temo que este argumento peca de generalista y choca con la incongruencia denunciada: la misma ley que exige tener en cuenta el interés superior del menor, ampara el principio de autodeterminación de género.

Por todo ello considero que, ante la imposibilidad de medios para indagar si se ha tenido o no en cuenta aquel interés, sólo cabe que su preservación pueda comprobarse exclusivamente a través de la impugnación de la resolución emitida por el encargado, lo que estimo una auténtica perversión del sistema permitiendo que un bien constitucional, como es el interés superior del menor, únicamente pueda verse protegido *a posteriori* y no, como sería lo lógico y racional, durante la tramitación⁵⁷.

Si dejamos el ámbito registral para situarnos en el expediente de jurisdicción voluntaria que ha de seguirse para lograr la aprobación judicial de la modificación de la mención

⁵⁶ Art. 13 LRC: «Los Encargados del Registro Civil comprobarán de oficio la realidad y legalidad de los hechos y actos cuya inscripción se pretende, según resulte de los documentos que los acrediten y certifiquen, examinando en todo caso la legalidad y exactitud de dichos documentos».

⁵⁷ MESA MARRERO, Carolina, «Autodeterminación de género e interés superior del menor», *Derecho de Familia*, nº 39, julio-septiembre de 2023, versión *on line*, p. 11, duda de que «la resolución que se dicte en el ámbito del procedimiento registral cumpla efectivamente las salvaguardas y garantías necesarias para que el interés del menor sea una consideración primordial en cada caso».

del sexo, que es aquel que deben incoar los menores entre 12 y 14 años asistidos por sus representantes legales, el panorama cambia de forma ostensible, sencillamente, porque el principio de autodeterminación de la identidad de género se difumina. Y ello es así porque, no sólo se exige la solicitud del cambio, sino que la misma habrá de venir acompañada «*de cualesquiera medios documentales o testificales acreditativos de que la persona que insta el expediente ha mantenido de forma estable la disconformidad*» (art. 26 quater apdo.2 LJV). Y, además, también podrá el juez recabar las pruebas necesarias para acreditar la madurez necesaria del menor y la estabilidad de su voluntad de rectificación (art. 26 quater apdo.3f LJV). Como cierre a los parámetros que han de tenerse en cuenta, se vuelve a situar como punto central del expediente el interés superior de la persona menor de edad. Por tanto, resulta meridianamente claro que, tratándose de menores que tienen entre 12 y 14 años, no basta la simple voluntad del menor junto con el asentimiento de sus representantes legales, sino que también será necesaria la estabilidad de dicha voluntad y la madurez suficiente del menor, todo lo cual tiene como claro trasfondo el interés superior del menor⁵⁸.

Por todo ello, el juez (a diferencia del encargado del Registro Civil), de forma evidente, puede negar la aprobación del cambio si no concurre alguno de los requisitos que exige la LJV.

A nadie se le escapa que, con este diseño del expediente de modificación registral de la mención del sexo, el legislador está recogiendo parcialmente la tesis asumida por el TC en la sentencia⁵⁹ que resolvió la cuestión de inconstitucionalidad sobre la Ley de 15 de marzo de 2007 a la que nos hemos referido al comienzo (Sentencia de 18 de julio de 2019). Efectivamente, en esta resolución, el Constitucional veía idónea una restricción de los derechos del menor si con ello se contribuía a proteger su interés, lo que sucedía si la limitación de derechos evitaba las consecuencias negativas que podrían derivarse de una decisión precipitada (F.J. 8º). Siguiendo este razonamiento, el Tribunal entendió que, al aplicar el principio de proporcionalidad, los perjuicios consecuencia de la limitación de derechos eran mayores que los beneficios que podían derivarse para aquellos menores⁶⁰ «con suficiente madurez y que se encuentran en una situación estable de transexualidad» (F.J.9º).

⁵⁸ HIDALGO GARCÍA, Santiago, *Transexualidad: sexo, género...op.cit.*, p. 151, critica el hecho de que el legislador se preocupe de la madurez de los menores de 12 a 14 años y no de la de los menores de 14 a 16.

⁵⁹ El voto particular que acompañó a esta Sentencia, formulado por la Magistrada Roca Trías (al que se adhirió el Magistrado Montoya Melgar), calificaba la sentencia de «propuesta legislativa».

⁶⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Transexualidad y menor...op.cit.», versión *on line*, p. 19, no se muestra muy conforme con que la STC no establezca una edad mínima por debajo de la cual no sea posible la rectificación del sexo, dejando abierta la posibilidad, en principio, a cualquier edad, pues «no

No obstante, el legislador ha asumido «a su manera» la tesis constitucional, pues la ha aplicado únicamente a los menores que tienen entre 12 y 14 años; además, no exige la «estabilidad de la situación de transexualidad» sino la «estabilidad de la voluntad de rectificar registralmente la mención a su sexo», que no es exactamente lo mismo. Al respecto, resulta llamativo que, al comienzo del proceso, el mismo legislador exija, junto a la solicitud del cambio, la acreditación de que quien insta el expediente «ha mantenido de forma estable la disconformidad» con el sexo mencionado en su inscripción (art. 26 quater.2 LJV). Es decir, primeramente, exige la estabilidad de la disconformidad y en la tramitación del expediente se exige la estabilidad de la voluntad de rectificar: ¿sabe el legislador lo que quiere o está dando palos de ciego?⁶¹

En consecuencia, si se puede concluir que, en el marco de la jurisdicción voluntaria, el principio de autodeterminación del género aparece modulado por otros parámetros, la pregunta que me formuló a continuación es ¿por qué si en los casos en los que el menor tiene entre 12 y 14 años, el legislador expresamente apela a esos otros parámetros, no lo hace si el menor es mayor de 14 años?, ¿el interés superior del menor acaso no ha de ser tenido en cuenta siempre que hay un procedimiento relativo a un menor? No olvido que, tal y como ha dicho el Tribunal Constitucional, el «contenido» del interés del menor va decreciendo a medida que aumenta la edad del menor, pero tal característica no es excusa para que desaparezca, tal y como parece querer el legislador cuando reglamenta el procedimiento puramente registral⁶². El interés superior del menor ha de estar presente, más o menos intensamente, en cualquier escenario en el que concorra un menor. Como sucede en otros ámbitos, su utilización como uno de los ingredientes de la decisión final no significa, ni mucho menos, el acallamiento de la voluntad del menor, pero sí conllevará tener en cuenta otros elementos⁶³. Y, sin duda alguna, para descifrar en el caso concreto cuál es el

deja de suscitar algún reparo que a edad tan temprana se pueda decidir dicha rectificación registral si se quiere asegurar la plena conciencia del menor sobre el alcance de semejante decisión, tanto en aras de su protección como por el interés general en la estabilidad e indisponibilidad del estado civil, que ciertamente, debe quedar postergado frente a las libertades y derechos fundamentales de las personas». ⁶¹ Respecto al Proyecto de Ley Trans aprobado el 27 de junio de 2022 que, en este punto coincide con el contenido vigente, JORDÁ CAPITÁN, Eva Rosa, «La protección del derecho a la identidad...*op.cit.*, p. 112, justificaba la utilización de estas expresiones por el legislador, alejándose de las que había utilizado el TC en su sentencia de 18 de julio de 2019, señalando que así se dejaba claro que no se exigía ni informe médico ni modificación de la apariencia o función corporal y como forma de «dirigir la atención hacia aspectos que tienen que ver más con la propia voluntad de la persona menor de edad».

⁶² Es cierto que el legislador menciona y ordena tener presente este interés, pero, después, como hemos visto, no proporciona los instrumentos para ello.

⁶³ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, «Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI: ¿El consentimiento debe estar siempre en el centro?», *Actualidad Civil*, nº 7 (2023), versión *on line*, p. 8, por el contrario, entiende que el sistema de franjas de edad «no atenta contra el interés superior del menor. Todo lo contrario (...) es una de las posibles opciones de política legislativa (...) conforme a los “nuevos” tiempos» y conforme

interés del menor, la comprobación de su grado madurez y de la estabilidad de su situación resultan imprescindibles⁶⁴.

4. EL DESDIBUJAMIENTO DE LA TRANSEXUALIDAD

Con esta rúbrica pretendo hacer ver que, tal y como está regulada la rectificación registral de la mención del sexo, el amparo que de las personas LGTBI⁶⁵ pretende la Ley Trans, desaparece, pues se hace extensible a todas las personas sean o no LGTBI. Esta extensión de derechos *a priori* no es criticable, pero, en mi opinión, sí lo es cuando se extiende a personas que no requieren de esta protección, convirtiendo así la ley en un instrumento utilizable para fines no previstos por el legislador.

Parto de la premisa de que el cambio de sexo en el asiento registral correspondiente debe autorizarse para las personas transexuales, por supuesto. Pero, como ya adelanté al comienzo, la Ley, en ese afán por elevar el principio de autodeterminación del género a mantra del procedimiento, acaba por autorizar el cambio a personas no transexuales⁶⁶, con el riesgo de fraude que conlleva.

Por lo que respecta a los menores⁶⁷ ya he explicado que, aunque la Ley expresamente no lo exige con carácter general (sí lo hace en la regulación del expediente de jurisdicción voluntaria⁶⁸), la vigencia como principio rector de la protección del interés superior del menor ha de llevar a exigir, por un lado, que el menor cuente con madurez suficiente como para entender la trascendencia de su decisión y, por otro lado, que se encuentre en una situación estable de transexualidad. Y ello, aunque, como también he señalado, el legislador no haya articulado siempre una tramitación adecuada para

con el principio de protección del interés superior del menor y a la necesaria interpretación restrictiva de las limitaciones a su capacidad».

⁶⁴ «Parece aconsejable tener en cuenta el concreto menor de que se trate, su edad y su situación y ello desde una visión integradora, donde se concilien adecuadamente los intereses en juego, permitiendo el ejercicio de su derecho al amparo del interés superior del menor: es en este punto donde hay que concentrar los esfuerzos», JORDÁ CAPITÁN, Eva Rosa, «La protección del derecho a la identidad...*op.cit.*, pp. 115 y 116.

⁶⁵ «El objetivo de la presente ley es desarrollar y garantizar los derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersexuales (en adelante, LGTBI) erradicando las situaciones de discriminación» (Preámbulo de la Ley Trans).

⁶⁶ Esta misma idea es expresada de forma clara por HIDALGO GARCÍA, Santiago, *Transexualidad: sexo, género...op.cit.*, pp. 100 al afirmar que «para cambiar de sexo en el registro civil no hace falta ser transexual, la transexualidad se conforma registralmente, no es necesario que preexista». Continúa este autor poniendo de relieve, *ibidem*, p. 390, que «se incurre, pues, precisamente, en la incongruencia de que lo que era el fundamento del cambio, ahora resulta totalmente indiferente».

⁶⁷ Menores que no hayan recibido tratamiento alguno ni hayan recibido cirugía alguna, porque, como ya he explicado, creo que, en otros casos, el reflejo registral del nuevo sexo ha de ser una consecuencia natural.

⁶⁸ Con la especialidad, como ya se ha indicado, de que la LJV no exige una situación estable de transexualidad, sino la estabilidad de su voluntad de cambiar de sexo en el Registro Civil.

proteger ese interés superior, lo que, en mi opinión, no libera de la obligación de tenerlo en cuenta. En definitiva, respecto de los menores sí cabe entender que la norma se dirige a los menores *transexuales*.

Por el contrario, si nos adentramos en el ámbito de los mayores de edad, parece que, liberados ya del principio de protección del interés superior del menor, lo único que queda es la libre autodeterminación del género; así es si nos atenemos a la letra de la ley y a lo que preconizan las asociaciones implicadas y un gran sector doctrinal. Pero, entonces, las personas transexuales, a las que, entre otras, se dirige este procedimiento de rectificación de la mención del sexo, quedan difuminadas, pues no hará falta tener tal «condición» ni ninguna otra para utilizar este mecanismo. Qué menos que, como mantiene HIDALGO GARCÍA⁶⁹, se exija cierta «posesión de estado sexual», esto es, que haya una realidad que el Derecho deba reconocer y, en su caso, proteger.

Uno de los argumentos más manejados para admitir sin límites el principio de autodeterminación de la identidad sexual es que la transexualidad no es una enfermedad y no debe verse como tal, lo cual es completamente cierto. Pero tal cosa, no significa que deba «frivolizarse» y tratarse como una simple cuestión de voluntad, pues se trata de una situación vital compleja. La transexualidad conlleva situaciones personales donde el acompañamiento de especialistas (no sólo médicos) es imprescindible, y eso no implica convertirla en una enfermedad.

No pretendo que se vuelvan a pedir informes médicos sobre la transexualidad de la persona, pero sí creo que, para permitir el cambio de la mención del sexo en el Registro Civil, debiera exigirse acreditar una situación estable de transexualidad para así dar cobertura jurídica a las personas que realmente necesitan de ella. La forma de acreditar esa estabilidad podría ser de lo más diversa, no sólo mediante informes médicos o psicológicos⁷⁰. La exigencia de tal estabilidad no está reñida con el deseo de despatologizarla⁷¹, sino que, con ello, simplemente se trata de que la intervención del

⁶⁹ «...es decir, que tal persona se siente de un sexo distinto al inscrito, que así se comporta socialmente y que así es tratado y conocido en la sociedad», *Transexualidad: sexo, género...op.cit.*, p. 31. Para este autor este tratamiento implica un trato diferenciado respecto a las demás circunstancias que constan en el Registro, porque aquí el Registro Civil no reconoce una realidad preexistente, sino que la crea.

⁷⁰ SILLERO CROVETTO, Blanca, «La rectificación registral del sexo y nombre de niñas, niños y adolescentes...op.cit.», p. 168, por el contrario, mantiene que «para que el Estado reconozca verdaderamente el derecho a la identidad sexual y/o expresión de género autopercibida y libremente determinada por cada persona sin menoscabo de su dignidad, se precisa una legislación que reconozca su derecho a rectificar la mención registral relativa al sexo sin condicionamientos ni dependencias de asignación o acreditación por parte de terceros a través de los informes médicos hasta ahora exigidos».

⁷¹ Compartimos las palabras de HIDALGO GARCÍA, Santiago, *Transexualidad: sexo, género...op.cit.*, p. 79, cuando afirma que «se confunde despatologización, que se asocia con la idea de evitar la estigmatización

Derecho tenga lugar cuando realmente se necesita y que no se utilice para otros fines distintos de aquellos que provocaron el cambio legal. Una parte importante de la doctrina y de los colectivos afectados asocian directamente la despatologización de la transexualidad con la idea de que no deben intervenir en ningún caso los médicos⁷². La exigencia de la estabilidad no convierte la transexualidad en una enfermedad, puesto que este requisito podrá acreditarse de muchas maneras, más allá de los informes médicos⁷³, simplemente pretende dar cobertura jurídica a las situaciones que verdaderamente lo requieran.

Me resulta llamativo que, tal y como he explicado al comienzo, se exija que el solicitante reitere su petición en varias ocasiones⁷⁴: tras hacer la solicitud de rectificación, debe comparecer en el Registro Civil para manifestar su disconformidad con el sexo registralmente recogido; tras recibir la información pertinente, deberá suscribir aquella comparecencia reiterando su solicitud de rectificación; en el plazo máximo de tres meses deberá comparecer de nuevo y ratificar su solicitud; y, después de todo, se regula un trámite de reversión...⁷⁵¿no sería más conveniente que, en lugar de tanta reiteración y ratificación se exigiera simplemente la estabilidad de la situación de transexualidad?

Claramente, en torno a este desdibujamiento de la transexualidad que venimos denunciando, planea el fraude de ley, esto es, la utilización de la Ley Trans para fines no perseguidos por el legislador⁷⁶; y ello porque, aunque a día de hoy el sexo no tiene incidencia sobre la capacidad de obrar de las personas, continúa teniendo trascendencia jurídica. De ahí que sea posible que esta Ley sea empleada para «autodirigir» esas repercusiones jurídicas que continúa teniendo el sexo.

de estas personas, con desmedicalización, lo que no es deseable puesto que los tratamientos y terapias son complejos y requieren de una exhaustiva intervención médica».

⁷² Como si los médicos únicamente intervinieran cuando hay enfermedades.

⁷³ Como ya he señalado, la estabilidad estaría probada en los casos en que se hubiera recurrido a alguno de los tratamientos médicos existentes para estos casos.

⁷⁴ Podría pensarse que, con este entramado de comparecencias y ratificaciones, se quiera lograr el equivalente a lo que, en el expediente de jurisdicción voluntaria previsto para los menores entre 12 y 14 años, se exige expresa y directamente: la «estabilidad de la voluntad de rectificar registralmente la mención a su sexo» (art. 26 quater. apdos. 2 y 3 LJV).

⁷⁵ «Qué sentido tienen las múltiples comparecencias y ratificaciones y ¿qué es lo que se supone que ha de comprobar la persona encargada del registro?», HIDALGO GARCÍA, Santiago, *Transexualidad: sexo, género...op.cit.*, p. 100.

⁷⁶ Traemos aquí de nuevo a colación las palabras del Preámbulo de la Ley Trans: «El objetivo de la presente ley es desarrollar y garantizar los derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersexuales (en adelante, LGTBI) erradicando las situaciones de discriminación».

Para algunos autores el fraude de ley respecto la Ley Trans no es posible, precisamente porque, al reinar el principio de autodeterminación de la identidad de género, es la simple voluntad de cambio la que hace de palanca y nada podrá reprochársele⁷⁷.

Otro sector doctrinal sí ve el peligro del fraude de ley y por ello propugna establecer límites al cambio⁷⁸; también hay quien sostiene que este peligro no debe servir de excusa para coartar derechos fundamentales, sino que deben buscarse los mecanismos aptos para evitar el fraude⁷⁹.

Por mi parte, como he adelantado, sí veo posible el fraude, pues es viable que una persona no transexual cambie de sexo en el Registro Civil para evitar la aplicación de otras normas o, al revés, para lograr la aplicación de otras normas. Claramente el legislador es consciente de este peligro pues expresamente alude a dos leyes donde el sexo se convierte en elemento determinante de su aplicación; así, la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (art. 46.4 Ley Trans). Por lo que respecta a la primera, simplemente se indica que la rectificación no alterará el régimen jurídico que fuera aplicable a los efectos de aquella Ley, y digo «simplemente» porque no creo que los posibles problemas puedan solventarse de forma tan sencilla. ¿Es posible que un hombre, en previsión de la comisión de un delito de violencia de género, cambie antes de sexo para evitar que, cometido el crimen siendo ya mujer, se le aplique la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral? Podrá contestarse que, en ese caso, procederá aplicar el art. 6.4 CC que recoge el fraude de ley y alegarse que se utilizó la Ley Trans para conseguir un cambio de sexo buscando un fin no previsto por la norma como es el de eludir la aplicación de la citada Ley Orgánica⁸⁰. Sin embargo, no creo que sea sencillo probar el fraude si tenemos en cuenta que para el cambio de sexo no se requiere más que la soberana voluntad del solicitante⁸¹. Como sucede en general con el

⁷⁷ HIDALGO GARCÍA, Santiago, *Transexualidad: sexo, género...op.cit.*, p. 285: «cualquier indagación en este sentido constituiría una intromisión ilegítima en el derecho al libre desarrollo de la personalidad».

⁷⁸ VELA SÁNCHEZ, Antonio José, «El cambio de sexo en el anteproyecto de la llamada Ley Trans...op.cit.», p. 6: «En efecto, los derechos deben obedecer a necesidades legítimas concretas de las personas, de manera que es preciso que se cumplan unos presupuestos jurídicos para darle legitimidad, y, a efectos de garantizar la seguridad jurídica, es necesario que a quien se le reconozcan derechos se le apliquen controles y límites, pues, en caso contrario, se propicia el fraude de ley».

⁷⁹ ESTEVE ALGUACIL, Laura y FARNÓS AMORÓS, Esther, «Menores trans: decisiones...op.cit.», p.11: el temor a que se haga «un uso fraudulento de la posibilidad de rectificar el sexo registral no debe llevar a impedirla si con ello se conculcan derechos fundamentales, sino simplemente a idear mecanismos de prevención y sanción del fraude».

⁸⁰ Así lo mantiene CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, «Una “nueva” ley “trans” para España...op.cit.», p. 6.

⁸¹ HIDALGO GARCÍA, Santiago, *Transexualidad: sexo, género...op.cit.*, p. 391, se muestra tajante al negar la concurrencia de fraude de ley en estos casos puesto que «la propia ley excluye la posibilidad de

fraude de ley y en otros ámbitos, en estos casos estaríamos ante un problema de prueba que no siempre será fácil solventar. Por ello entiendo que, aunque no sea la panacea, la exigencia de estabilidad en la situación de transexualidad aligeraría en gran medida los problemas que el uso fraudulento de la Ley Trans podría acarrear y proporcionaría seguridad jurídica a estos casos.

En torno a la Ley Orgánica de igualdad efectiva, en la Ley Trans se distinguen dos supuestos: si se pasa del sexo masculino al femenino, la Ley se aplicará a las mujeres a partir del momento de la rectificación; cosa que no hacía falta decir, porque que la inscripción sea constitutiva (art. 46.1 Ley Trans) ya implica esa consecuencia y, además, porque la irretroactividad⁸² de la propia Ley Trans aboca a la misma consecuencia. Pero si el cambio es de femenino a masculino, se especifica que se conservarán los derechos patrimoniales consolidados derivados de las medidas de acción positiva; de nuevo, tampoco hacía falta este aviso, porque, como el propio inciso indica, son derechos consolidados que, por ello, no admiten reversión. Parece que, en el caso de esta última Ley al legislador no le preocupa demasiado su uso fraudulento para lograr derechos, sino la pérdida de derechos ya adquiridos que el cambio de sexo podría acarrear; realmente, creo que debería preocuparse por ambas cuestiones. Es fácilmente constatable que no son estas las únicas normas donde el sexo es determinante de la aplicación de un régimen jurídico u otro; existen otras, como las que regulan las competiciones deportivas, por lo que, respecto a estas, también habría que prever cómo incidirían los cambios de sexo, habiéndose ya ofrecido alguna solución al respecto⁸³. La DGSJFP parece que sí acepta la eventualidad de que el procedimiento de rectificación de la mención del sexo pueda ser utilizado fraudulentamente con carácter más general. En la directriz tercera de la Instrucción de 26 de mayo de 2023, encomienda al encargado del Registro Civil que vele «porque no se produzca fraude de ley o abuso de derecho», eso sí, siempre «dentro de los estrictos términos de la Ley

investigación de los motivos de la persona y la proscribire, proscripción que alcanza también a jueces y tribunales».

⁸² CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, «Una “nueva” ley “trans” para España...*op.cit.*, p. 6, no comparte esta elección de la irretroactividad del legislador, al mantener que la rectificación debería producir efectos desde el mismo nacimiento de la persona, aunque también respetando los derechos adquiridos por el transexual y también por los terceros. El autor continúa explicando que hay un trato discriminatorio hacia los transexuales porque, en el caso de los hermafroditas, al existir un error originario, tras la rectificación, esta opera retroactivamente al momento del nacimiento del intersexual. Respecto a esta tesis, no comprendo de qué sirve la retroactividad, si se han de respetar los derechos adquiridos por el transexual y también los de los terceros. Y en cuanto al agravio comparativo con los intersexuales, no he logrado encontrar en qué punto se señala que la rectificación del sexo en ese caso concreto tiene efectos retroactivos.

⁸³ HIDALGO GARCÍA, Santiago, *Transexualidad: sexo, género...op.cit.*, p. 276, sostiene que, en estos casos, no estamos ante una cuestión de identidad ni de identificación y que habría que hacer una comprobación fisiológica teniendo en cuenta las normas internas de la propia competición. Y, en consecuencia, apuesta por la desaparición de la mención del sexo del Registro Civil, *ibidem*, p. 274.

4/2023, de 28 de febrero», estrictos términos que, como creo haber explicado ya, sitúan la voluntad del solicitante en un lugar tan preeminente que asfixia cualquier posibilidad de vela del encargado.

5. ELIMINACIÓN DE LA MENCIÓN DEL SEXO EN EL REGISTRO CIVIL

Creo que no hace falta destacar cómo la mención del sexo en el registro individual de cada persona genera una serie de problemas que, para algunos autores, tendrían fin si se eliminase esta mención del Registro Civil. En defensa de esta solución el argumento más utilizado es que, dado que el sexo ya no constituye estado civil y no influye de ningún modo en la capacidad de obrar (*rectius* jurídica) de las personas, no tiene utilidad alguna su reflejo registral, pues causa más problemas que ventajas⁸⁴. La otra razón de calado que se esgrime a favor de su desaparición del folio registral apela a que, de esta forma, nadie quedaría excluido, pues se admitiría cualquier identidad de género que se saliera del canon dimorfista que persiste en el ordenamiento español⁸⁵.

Es cierto que su desaparición como dato registral ahorraría muchos problemas, pero también estimo que, en la medida en que existen normas que, de forma justificada⁸⁶, aún reconocen diferentes derechos, deberes o tratamientos a las personas según sean hombres o mujeres, el dato del sexo debe permanecer recogido en el lugar creado, precisamente, para recoger aquellos datos, condiciones o circunstancias de las personas que tienen trascendencia jurídica y que no es otro que el Registro Civil. Parece complicado alcanzar una situación en la que el sexo o el género quede en la más absoluta intimidad de cada uno y, mientras no lleguemos a ello, la mención del sexo me parece necesaria⁸⁷.

⁸⁴ GETE-ALONSO CALERA, M^a Carmen, «Identidad e identificación de la persona», en *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho Privado*. Tirant lo Blanch. Universidad Pablo de Olavide, 2016, p. 122 «hoy en día el sexo no es estado civil ni determina la capacidad de obrar de la persona (...) debería eliminarse de los datos de identificación pues carece de relevancia jurídica. En el tráfico jurídico, al efecto de identificación de la persona es, en la generalidad de los casos, un dato intrascendente que debería, en consecuencia, desaparecer», pero la propia autora añade (*ibidem*, p. 141): «Lo que no quita que, en efecto, puedan existir normas particulares que lo requieran, ya legal, ya voluntariamente».

⁸⁵ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, «Una “nueva” ley “trans” ...*op.cit.*, p.7, «¿Acaso no se alcanzaría así una plena igualdad entre todas las personas, no ya tanto con independencia del sexo, son más bien, al margen de su sexo, que ningún dato oficial ya revelaría, como de hecho, así ha sucedido siempre con la orientación sexual?».

⁸⁶ «Comparto en buena medida estos temores asociados al borrado del género por los peligros que puede tener este en la lucha por la igualdad de las mujeres», GARCÍA RUBIO, M^a Paz, «Las repercusiones de las propuestas normativas...*op.cit.*, p. 15.

⁸⁷ BELLIVIER, Florence, «¿El sexo todavía debe formar parte del estado de las personas?», *Glossae, European Journal of Legal History*, 11, 2014, p. 181, menciona, como posible alternativa al Registro Civil, una especie de fichero de la identidad genética: «¿Solucionaría la cuestión la supresión de la mención del sexo en el estado civil? Probablemente no ya que el sentido profundo de la asignación a un sexo es una

En el momento de procederse a la inscripción de nacimiento, la única posibilidad es el reflejo del sexo biológico⁸⁸, que es el único dato estrictamente objetivo al que se puede recurrir; más adelante, cuando la persona transexual así lo desee, se modificará al sexo sentido. Por tanto, el mantenimiento del sexo en el Registro Civil no tiene por qué implicar cortapisa alguna al derecho a la identidad de género.

La posibilidad que la Ley Trans contempla de dejar en blanco la mención del sexo para las personas intersexuales se somete al plazo, a mi juicio, injustificado, de un año (art. 74.2), lo que es un significativo indicio de que el legislador tampoco tiene muy claro si el sexo debe desaparecer completamente del Registro Civil.

La consecución de un Registro asexual puede ser vista por algunos como un objetivo a alcanzar, pero entiendo que mientras el sexo continúe teniendo alguna trascendencia jurídica, es en el Registro Civil donde debe figurar.

6. IDEAS FINALES

Para finalizar y, tras haber visto de forma detallada algunos puntos concretos de la Ley, veo oportuno hacer una breve recapitulación de las ideas o conclusiones a las que he llegado para que el posible lector de estas páginas reciba correctamente mi punto de vista.

Creo haber hecho patente cómo el legislador, respecto a la adopción del principio de autodeterminación de género, no tiene muy claro cómo ha de aplicarse o no se atreve a asumirlo sin limitación. La tramitación que el legislador contempla para modificar la mención del sexo, basada en el libre albedrío del solicitante, «cojea» y lo hace porque, al permitir *in genere* el recurso contra la resolución que emita el encargado del Registro Civil, vuelve a quedar patente la poca claridad que asistió al legislador al redactar este punto de la Ley.

sutil combinación de autonomía y heteronomía que excede la cuestión formal, incluso central, del estado civil. Y la identidad genética, en cuanto a ella, debería ser reconocida por lo que es, una simple prueba, y no un emblema o un doble de la verdadera identidad de las personas. Deberíamos evitar que lo se ganó, por un lado, una visión culturalista del género que, sin negar el sexo biológico, lo pone en su sitio justo (una fundamental característica individual y social que no debería condicionar la atribución de derechos), lo perdamos por otro lado. Entre el estado civil y los ficheros de marcadores corporales, el más intrusivo no precisamente es el primero».

⁸⁸ «El sexo biológico es sólo el punto de partida o referencia para la fijación del dato obligatorio en la inscripción, pero el definitivo es el que se publica en cada momento, en el Registro Civil, a partir siempre de la constancia (...) Consecuencia de esta configuración es que lo que publica el Registro Civil no es el sexo biológico de la persona sino su género, conforme al principio de la dignidad personal y el libre desarrollo de la personalidad», GETE-ALONSO Y CALERA, M^ª Carmen, «La Ley 4/2023 para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI: cambios conceptuales y de configuración de las situaciones personales». *Derecho de Familia*, nº 38 (2023), La Ley, p. 5.

Estimo que este principio, en relación con los menores, debe ponderarse con el interés superior de estos que ha de «dirigir» todo procedimiento o trámite en el que estén implicados menores de edad, incluso aunque esté en juego un derecho fundamental como es el libre desarrollo de la personalidad, e incluso aunque el autor de la Ley, en sede registral, apenas deje resquicio por el que hacer valer este interés.

Precisamente, en lo que afecta a los menores, considero que aquellos que han recibido algún tipo de tratamiento médico o sufrido una intervención quirúrgica de reasignación (sabiendo que no son necesarios para el cambio registral de sexo), deberían poder proceder al cambio en el Registro Civil de forma sencilla, puesto que se ha de presuponer que, al prestarse el consentimiento a aquellos tratamientos o cirugías, ya se valoró su pertinencia teniendo en cuenta su interés superior y, además, no tendría ningún sentido que, en esta hipótesis, la realidad ya consolidada no tuviera reflejo registral.

Para el resto de los escenarios (menores que no se encuentran en los casos del párrafo anterior y mayores de edad), creo que la Ley Trans debería haber exigido expresamente para el cambio «una situación estable de transexualidad» que permitiera centrar el ámbito de aplicación de la Ley en aquellos a los que inicialmente está dirigida (entre otros, a los transexuales) y que, además, dificultara el fraude de ley. Este requisito no implicaría una vuelta a la patologización de la transexualidad, puesto que la estabilidad podría acreditarse de las más variadas maneras y no sólo a través de informes médicos. Aun así, estimo que, respecto a los menores, esa situación estable de transexualidad sí es posible valorarla a través del recurso al interés superior del menor donde, irremediablemente, la estabilidad de la situación habrá de tenerse en cuenta.

Mi punto de vista no pretende, ni mucho menos, dar un paso atrás respecto a los derechos de las personas transexuales, sino que busca poner el foco en el lugar donde realmente es requerido, porque considero que, en el aspecto concreto de la rectificación de la mención del sexo, la Ley Trans, permítaseme la expresión, ha errado el tiro.

BIBLIOGRAFÍA:

ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, «Menores transexuales. Su protección jurídica en la Constitución y legislación española», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 107 (2016), pp. 153-186.

BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles, «Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la Igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI:

¿el consentimiento debe estar siempre en el centro», *Actualidad Civil*, nº 7 (2023), versión *on line*, p.1-37.

BELLIVIER, Florence, «¿El sexo todavía debe formar parte del estado de las personas?», *Glossae, European History Journal of Legal History*, 11, 2014, pp. 170-181.

BENAVENTE MOREDA, Pilar, «Menores transexuales e intersexuales. La definición de la identidad sexual en la minoría de edad y el interés superior del menor», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 38 (2018), pp 273-316.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo,

- «Personas transexuales y estado de derecho», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 11/2018, versión *on line* (BIB 2018\13976), pp. 1-5.
- «Transexualidad y menor edad», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 112/2020, versión *on line* (BIB 2020/8083), pp. 1-22.

CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, Adán, «Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI: ¿El consentimiento debe estar siempre en el centro?», *Actualidad Civil*, nº 7 (2023), versión *on line*, pp. 1-37.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo,

- «Una “nueva” Ley “trans” para España (Luces, sombras...y una mirada más allá del sexo)», *Actualidad Civil*, nº 4 (2023), versión *on line*, pp. 1-24.
- «Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI: ¿el consentimiento debe estar siempre en el centro?», *Actualidad Civil*, nº 7 (2023), versión *on line*, pp.1-37.

DE MONTALVO, JÄÄSKELÄINEN, Federico, «Problemas legales acerca del tratamiento médico de la disforia de género en menores de edad transexuales», *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 24 (2017), versión *on line*, pp. 1-32.

ECHEBARRIA SAÉNZ, Marina, «Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la Igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI: ¿el consentimiento debe estar siempre en el centro?», *Actualidad Civil*, nº 7 (2023), versión *on line*, pp.1-37.

ESTEVE ALGUACIL, Laura y FARNÓS AMORÓS, Esther, «Menores trans: decisiones relativas a la rectificación registral del sexo y a los tratamientos médicos asociados», *Derecho de Familia*, nº 30 (2021), versión *on line*, pp. 1-35.

GARCÍA RUBIO, M^a Paz,

- «¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 13 (2020), pp. 14-49.

- «Las repercusiones de las propuestas normativas sobre el género preferido en el ámbito de las relaciones familiares», *Derecho de Familia*, nº 30 (2021), versión *on line*, pp. 1-30

GETE-ALONSO Y CALERA, M^a Carmen,

- «Identidad e identificación de la persona», en T. Torres García (dir.), *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho Privado*, Valencia, Tirant lo Blanch y Universidad Pablo de Olavide, 2017, pp. 83-144.
- «El estado civil y las condiciones de la persona», en J. SOLÉ RESINA (coord.), *Tratado de Derecho de la persona física*, t. I, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2013, pp. 179-228.
- «La Ley 4/2023 para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI: cambios conceptuales y de configuración de las situaciones personales». *Derecho de Familia*, nº 38 (2023), versión *on line*, pp. 1-19.

HIDALGO GARCÍA, Santiago, *Transexualidad: sexo, género e identidad jurídica*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2023.

JORDÁ CAPITÁN, Eva Rosa, «La protección del derecho a la identidad de género de las personas menores de edad. La rectificación registral de la mención relativa al sexo», en V. DE PRIEGO FERNÁNDEZ (coord.), *Protección jurídica de las personas menores de edad. Un estudio multidisciplinar*, Universidad Rey Juan Carlos, 2022, pp. 69-118.

MARTÍNEZ GALLEGO, Eva, «Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI: ¿El consentimiento debe estar siempre en el centro?», *Actualidad Civil*, nº 7 (2023), versión *on line*, pp.1-37.

MESA MARRERO, Carolina, «Autodeterminación de género e interés superior del menor», *Derecho de Familia*, nº 39 (2023), versión *on line*, pp. 1-23.

SILLERO CROVETTO, Blanca, «La rectificación registral del sexo y nombre de niñas, niños y adolescentes trans: presente y futuro», *RDC*, Vol.VII, nº 1 (2020), pp. 141-172.

VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, «Minoría de edad y cambio de la mención registral de sexo. Comentario a la STC 99/2019, de 18 de julio», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 12 (2020), pp. 820-831.

VELA SÁNCHEZ, Antonio José, «El cambio de sexo en el anteproyecto de la llamada Ley Trans», *Diario La Ley*, nº 10038 (2022), versión *on line*, pp. 1-18.

Fecha de recepción: 27.12.2023

Fecha de aceptación: 15.03.2024