

LA AUTODETERMINACIÓN DE GÉNERO EN LA LEGISLACIÓN *TRANS* EN ESPAÑA¹

VICENTE J. NAVARRO MARCHANTE

Profesor Titular de Derecho constitucional

Universidad de La Laguna

TRC, n.º 51, 2023, pp. 417-439
ISSN 1139-5583

SUMARIO

I. Introducción. II. Marco normativo internacional y de derecho comparado sobre la modificación de la mención registral de la identidad de género. III. La Ley 3/2007 y las leyes trans autonómicas (2012-2022). IV. La jurisprudencia del TEDH y del Tribunal Constitucional español en materia de identidad de género. V. 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. VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La idea de autodeterminación de género se emplea para hacer referencia a la posibilidad que tiene la persona para cambiar la mención del sexo y el nombre con los que consta en el Registro Civil solo con su voluntad. Se trata de personas trans², que no se identifican con el sexo que, según los genitales externos, se les

1 Este estudio se incardina en el Proyecto de Investigación «Vulnerabilidad, precariedad y brechas sociales. ¿Hacia una redefinición de los derechos fundamentales?» PID2020-114718RB-I00 del Ministerio de Ciencia e Innovación. En este trabajo se ha utilizado documentación derivada del «Informe para alegaciones del Gobierno de Canarias en el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley canaria 2/2021» encargado por la Fundación General de la Universidad de La Laguna, a petición del gobierno autonómico, a este autor y al profesor S. Siverio Luis.

2 El término trans no está aceptado por el diccionario de la RAE, pero sí ha sido incluido recientemente en el Diccionario panhispánico del español jurídico, editado por la propia RAE. Se define así: «Persona que se identifica con un sexo diferente o que expresa su identidad sexual de manera diferente al sexo que le asignaron al nacer. El término trans ampara múltiples formas de expresión de identidad sexual o subcategorías como transexuales, transgénero, travestis, variantes sexuales, u otras identidades de quienes

asignó al nacer. Nuestro Tribunal Constitucional también emplea «la expresión trans como denominación omnicomprendensiva de todas aquellas identidades de género que ponen de manifiesto una discrepancia entre esta y el sexo de la persona»³.

La existencia de personas trans, aunque pueda considerarse como estadísticamente excepcionales, puede constatarse a lo largo de toda la historia de la humanidad. La forma en que estas personas han sido tratadas por sus coetáneos no ha sido uniforme, pero en general se puede afirmar que han sufrido discriminación, humillaciones y han sido condenadas a vivir en la marginalidad. En palabras de nuestro Tribunal Constitucional en uno de sus primeros pronunciamientos sobre este tema: «es notoria la posición de desventaja social y, en esencia, de desigualdad y marginación sustancial que históricamente han sufrido los transexuales» (STC 176/2008, F.J. 4º).

La Constitución Española de 1978 garantiza en su artículo 14 el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación por cualquier condición o circunstancia personal o social, donde el Tribunal Constitucional ha incluido la identidad de género (STC 176/2008). Pero es que, además, el artículo 9.2 de la Carta Magna establece que corresponde a los poderes públicos «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

La progresiva aceptación social y reconocimiento de todos sus derechos a las personas homosexuales en las últimas décadas también ha contribuido al avance en la integración de las personas trans, como parte del colectivo LGTBI. No obstante, hasta hace muy pocos años, la transexualidad ha sido considerada como una enfermedad⁴ y así, partiendo de ese principio, el derecho y la sociedad articulaba medidas con trato desigual respecto al resto de los ciudadanos. Aunque la igualdad y normalidad queda aún lejos, la situación ha mejorado sustancialmente en las dos últimas décadas.

definen su sexo como «otro» o describen su identidad en sus propias palabras». Además, es el término utilizado en buena parte de las leyes españolas que abordan la protección integral de las personas de este colectivo.

³ Así se define en la STC 67/2022, que añade: «Esta denominación genérica engloba las situaciones en que se produce una modificación del aspecto del cuerpo o de funciones fisiológicas por medios médicos o quirúrgicos; las situaciones en que se produce una modificación registral o un reconocimiento público de esa identidad; e incluso las situaciones en que, sin que exista transición física o jurídica en sentido estricto, se manifiesten otras expresiones de género como una adopción de vestimenta, habla, gestos o comportamientos propios del género con el que se identifica la persona, independientemente del sexo biológico identificado en esa persona» (FJ 3º c).

⁴ La OMS excluyó en 2018 la transexualidad del Catálogo Internacional de Enfermedades (CIE-11), que hasta ese momento figuraba en el capítulo de trastornos mentales y del comportamiento, trasladándola al de «condiciones relativas a la salud sexual», lo que supone su despatologización. La homosexualidad fue excluida del catálogo en 1990.

Según datos del Informe 2020 de la Agencia de la Unión Europea para los Derechos Fundamentales (FRA)⁵, en España el 42% de las personas LGTBI se han sentido discriminadas en el último año. Los datos son especialmente preocupantes en lo que respecta a las personas transexuales: el 63% de las personas trans encuestadas en España manifiestan haberse sentido discriminadas en los últimos 12 meses. En algunos ámbitos, como el laboral, la discriminación es significativamente elevada: el 34% aseguran haber sido discriminadas en este ámbito. También es significativa la discriminación en ámbitos como el acceso a la salud y los servicios sociales (el 39% explica que la sufrido por parte del personal sanitario o de los servicios sociales) o el educativo (el 37% afirma que ha sufrido discriminación en el ámbito escolar).

Una de las reivindicaciones de las personas trans ha sido aspirar a que su documentación personal coincida con el sexo sentido y no con el asignado al nacer, en tanto esos datos se utilizan e inciden en su vida diaria al relacionarse con terceros y con las administraciones públicas y supone una constante exposición pública de aspectos esenciales de su intimidad que causan humillación y sufrimiento.

Los Estados han ido aceptando la necesidad de adecuar la documentación personal a la realidad de las personas trans. Inicialmente, algunos fueron admitiendo la modificación de la mención registral del sexo estableciendo para ello determinados requisitos de distinta naturaleza: haber sido sometido a tratamientos hormonales y operaciones quirúrgicas de cambio de sexo, la acreditación de un determinado tiempo de experiencia de vida con el sexo pretendido, diagnósticos psiquiátricos de disforia de género, tratamiento terapéutico durante determinado tiempo, la acreditación de la adaptación social al nuevo sexo, o la reiteración de la solicitud tras la expiración de un periodo de tiempo de reflexión desde la manifestación inicial.

En España, fue la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, la que posibilitó modificar el sexo y el nombre a las personas que no se reconocían con los asignados al nacer en tanto diferían del propio sexo posteriormente autopercebido. La norma establecía como requisito para la petición que la persona interesada aportara un informe de disforia de género, emitido por un médico o psicólogo clínico, y acreditar haber estado al menos dos años bajo tratamiento médico para acomodar las características físicas a las correspondientes al sexo reclamado. Se excluía de tal posibilidad a las personas extranjeras y a los menores de edad.

En la última década, también las CCAA han ido aprobando leyes específicas que ampliaban los derechos de las personas trans dentro de sus competencias y territorios. Para Salazar Benítez (2015) esto permite ir definiendo la identidad de género como un derecho emergente.

5 Disponible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-fundamental-rights-report-2020-opinions_es.pdf (consultada diciembre 2022).

II. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL Y DE DERECHO COMPARADO SOBRE LA MODIFICACIÓN DE LA MENCIÓN REGISTRAL DE LA IDENTIDAD DE GÉNERO

Los organismos internacionales, desde la Organización de Naciones Unidas al Consejo de Europa y la Unión Europea, han ido aprobando en los últimos años resoluciones a favor de reconocer la orientación sexual e identidad y expresión de género que cada persona defina para sí. Esta tendencia es favorable al reconocimiento del llamado «derecho de autodefinition o autodeterminación de género» como un elemento esencial para su personalidad y que ésta, la persona, debe tener derecho a su libre desarrollo, constituyendo una manifestación de su dignidad y libertad.

Dentro de la Organización de Naciones Unidas⁶, su Comisión Internacional de Juristas y el Servicio Internacional para los Derechos Humanos estableció los denominados Principios de Yogyakarta (Principios sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género, marzo de 2007) y en su principio tercero señala: «Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. Las personas en toda su diversidad de orientaciones sexuales o identidades de género disfrutarán de capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida. La orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad. Ninguna persona será obligada a someterse a procedimientos médicos, incluyendo la cirugía de reasignación de sexo, la esterilización o la terapia hormonal, como requisito para el reconocimiento legal de su identidad». Y añade que entre las obligaciones específicas para los Estados que derivan de este principio están: «B) Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para respetar plenamente y reconocer legalmente el derecho de cada persona a la identidad de género que ella defina para sí» (véase principio 31 de los Principios de Yogyakarta+10, Ginebra, 10 de noviembre de 2017)⁷. En la misma

6 En lo que respecta al Consejo de Derechos Humanos, destacan la Resolución adoptada el 17 de junio de 2011 (A/HRC/RES/17/19) «Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género»; la Resolución adoptada el 26 de septiembre de 2014 (A/HRC/RES/27/32) «Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género» o la Resolución adoptada el 30 de junio de 2016 (A/HRC/RES/32/2) «Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género». También el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos se ha pronunciado en repetidas ocasiones sobre la cuestión de la discriminación y la violencia que sufre este colectivo en su informe A/HRC/29/23, de 4 de mayo de 2015, y establece una serie de recomendaciones para la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI que han inspirado a muchos Estados en sus respectivas políticas y legislaciones.

7 Elvira Perales (2013: 6-7) advierte que «llama la atención que los Principios de Yogyakarta no se hayan convertido en un tratado internacional como sí ha sucedido para la protección de otros grupos de personas, como mujeres, menores, ... , lo que da una pista del trato dispar con que los ordenamientos estatales se enfrentan a la orientación y a la identidad sexual (por no mencionar los Estados que penalizan por esos

línea el Informe del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos «Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género» de 2015⁸.

En el ámbito del Consejo de Europa, la Resolución 2048 (2015) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 22 de abril, sobre «La discriminación contra las personas transexuales en Europa» da validez a los procesos de autodesignación. En el apartado 6.2 y sus subepígrafes se recomienda a los Estados miembros que garanticen en sus ordenamientos el derecho a la autodeterminación de la identidad en los términos señalados por los Principios de Yogyakarta. También se insta a los Estados parte a desarrollar procedimientos rápidos, transparentes y accesibles, basados en la autodeterminación, para cambiar el nombre y el sexo registrado de las personas transgénero en los certificados de nacimiento, tarjetas de identidad, pasaportes, certificados educativos y otros documentos similares (apartado 6.2.1). Asimismo, se recomienda eliminar la obligatoriedad de los tratamientos médicos o diagnósticos de salud mental como requisitos legales necesarios para reconocer la identidad de género de una persona (apartado 6.2.2).

Con respecto a Unión Europea, el artículo 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea habilita al Consejo para adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea prohíbe la discriminación por orientación sexual. De forma más específica, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones titulada «Unión de la Igualdad: estrategia para la igualdad de las personas LGBTIQ 2020-2025», adoptada en Bruselas el 12 de noviembre de 2020, señala en su apartado 3.3: «En los últimos años, son cada vez más los Estados miembros que han modificado significativamente su legislación en materia de reconocimiento del género para pasar a un modelo de autodeterminación personal. Otros mantienen una serie de requisitos en relación con el reconocimiento del género de las personas trans y no binarias. Sin embargo, tales requisitos podrían no ser proporcionados e incluso podrían violar las normas de derechos humanos». Y añade «La Comisión fomentará el intercambio de las mejores prácticas entre los Estados miembros acerca del modo de introducir legislación y procedimientos accesibles para el reconocimiento jurídico del género con arreglo al principio de autodeterminación y sin límites de edad».

motivos). Ante la ausencia de tratado, hay voces que proclaman que podría otorgarse a dichos principios la consideración de costumbre internacional».

8 Que indica que los Estados deben proporcionar a las personas trans un procedimiento administrativo de reconocimiento oficial de la identidad de género «a través de una sencilla declaración sin requisitos como la certificación o diagnóstico médico, la cirugía o los tratamientos médicos, el divorcio o la esterilización».

En la línea marcada por las recomendaciones de los organismos internacionales, también resulta relevante comprobar que la tendencia de los ordenamientos jurídicos de distintos Estados⁹ es permitir los cambios identificativos del nombre y del sexo (que constaban *ab initio* de una persona conforme al sexo asignado al nacer) una vez comprobada la discordancia con el género autopercibido por la persona¹⁰. El objetivo común explicitado es facilitar el derecho de estas personas a vivir de una forma digna según las propias vivencias de su género, y eso se intenta lograr, entre otras medidas, facilitando la modificación de las inscripciones registrales de todo tipo con procedimientos (rápidos, ágiles, flexibles) que parten del derecho de autodeterminación, eliminando el requisito de diagnóstico de salud mental para el reconocimiento legal del género. En este sentido, en el ámbito de los países europeos de nuestro entorno se puede destacar las legislaciones de los siguientes Estados: Dinamarca (2014)¹¹, Irlanda (2015)¹², Malta (2015)¹³, Francia (2016)¹⁴, Bélgica (2017)¹⁵, Grecia (2017)¹⁶, Portugal

9 Para una relación detallada de la normativa en los diferentes Estados se puede consultar el Informe de mapeo legal trans 2019 de la ONG ILGA Mundo (Asociación Internacional LGTBI) disponible en www.ilga.org (consultada diciembre 2022).

10 Véase un análisis de derecho comparado de los modelos de Italia, India, Colombia y Bélgica en Rubio y Osella (2020).

11 La Ley 752/2014, de modificación de la Ley del Sistema de Registro Civil danés, estableció la posibilidad de conceder un nuevo número de seguro social a las personas que se consideren pertenecientes al género opuesto, sin necesidad de ningún requisito médico o psicológico, incluso se permitiría obtener un pasaporte con el marcador de género «X».

12 La Ley de Reconocimiento del Género 25/2015 permite modificar el nombre y el marcador de género a través de una mera solicitud dirigida al Ministerio competente, sin necesidad de intervenciones hormonales o quirúrgicas, con los efectos marcados en el artículo 18: «A partir de la fecha en que se expida un certificado de reconocimiento de género a una persona, el género elegido por esa persona se convertirá en su género para todos los fines, de modo que si el género elegido es el masculino el sexo de la persona será el de un hombre, y si es el sexo femenino el sexo de la persona será el de una mujer».

13 La Ley sobre identidad de género, expresión de género y características sexuales, de 14 de abril de 2015, indica en su artículo 4.1 que «toda persona de ciudadanía maltesa tendrá derecho a solicitar al Director que modifique su género registral, y/o el nombre de pila si así la persona lo solicitase, a efectos de reflejar su identidad de género autopercibida». En este sentido, se destaca en el artículo 3.4 que «la persona no estará obligada a presentar prueba de procedimiento quirúrgico de reasignación genital total o parcial, terapias hormonales o cualquier otro tratamiento psiquiátrico, psicológico o médico para ejercer su derecho a la identidad de género».

14 La Ley sobre la justicia del siglo XXI, de 12 de octubre de 2016, modificó el artículo 61 del Código Civil en el sentido de indicar que «cualquier adulto o menor emancipado puede interponer una solicitud para que se corrija su sexo en las actas del estado civil. Quienes lo soliciten deben demostrar hechos suficientes que sustenten su petición, pudiendo incluir el que se desenvuelvan públicamente de acuerdo con el género afirmado, que sean conocidas en ese género por familiares, amigos y colegas, que hayan cambiado su nombre de pila a uno del sexo requerido».

15 La Ley de 10 Mayo de 2017, relativa a la transexualidad, Capítulo 2, art.2, modificó el Código Civil para establecer en su artículo 62 bis que «toda persona belga adulta, persona menor emancipada o residente extranjera que tenga la convicción de que el sexo que consta en su certificado de nacimiento no se corresponde con la identidad de género que siente innatamente propia, puede hacer una declaración al respecto ante funcionario del registro civil».

16 La Ley de Reconocimiento Legal de la Identidad de Género 4491/2017, también permite la modificación del marcador de género sin necesidad de intervenciones médicas, a través de una declaración personal basada en «la voluntad y la sensación personal sobre el propio cuerpo y su imagen externa».

(2018)¹⁷, Luxemburgo (2018)¹⁸, Finlandia (2023)¹⁹; pero aun no puede afirmarse que haya un pacífico consenso en torno a la autodeterminación²⁰.

Con respecto a otros Estados no europeos, destacan también las legislaciones de países como Argentina²¹, Chile²², Costa Rica²³, Colombia²⁴, Uruguay²⁵ o India²⁶, entre otros, precisamente por el avance manifestado en los últimos años con regulaciones jurídicas que reconocen también la autodeterminación del género, sin necesidad de acreditarlo mediante informes psicológicos o médicos, a través de la declaración de la propia identidad innata y autopercebida.

17 La Ley n.º 38/2018, de 7 de agosto, del Derecho de autodeterminación de la identidad de género, expresión de género y protección de las características sexuales de cada persona, establece en su artículo 9.2 que «No se podrá exigir a ninguna persona que demuestre haberse sometido a ningún procedimiento médico, lo cual incluye la cirugía de reasignación de sexo, la esterilización y la terapia hormonal, ni a ningún tratamiento psicológico y/o psiquiátrico, como requisito para fundamentar la resolución». También permite la posibilidad de realizar esta rectificación registral a las personas menores trans entre 16 y 18 años, en virtud del artículo 7.2.

18 La Ley del 10 de agosto de 2018, sobre la modificación de la mención a sexo y nombre en el registro de estado civil y enmienda del Código Civil, estableció que toda persona adulta puede presentar una solicitud para modificar su género, demostrando mediante una recopilación de hechos suficientes (basados mayormente en el reconocimiento público de su identidad) que el sexo que consta en su registro de estado civil no coincide con el sexo con el que se presenta y por el que es conocida. Además, el artículo 2 destaca que no haberse sometido a tratamiento médico, cirugía ni esterilización no justifica la denegación de la solicitud.

19 Aprobó el 1 de febrero de 2023 la ley que permite la autodeterminación de género para mayores de 18 años (Agencia Europa Press, consultada febrero 2023).

20 Además de países en los que hay reticencias evidentes hacia los derechos de las personas LGTBI, como es el caso de Hungría, también se puede citar el caso del Reino Unido en el que el ejecutivo central de Londres ha vetado la Ley Trans escocesa, que permitía la autodeterminación a mayores de 16 años, invocando por primera vez el mecanismo previsto en el art.35 de la Ley de Autonomía de Escocia de 1998, al entender que se vulneraba la Ley de Igualdad británica de 2010.

21 La Ley de Identidad de Género, Ley 26.743 establece que no serán requisito las cirugías de reasignación total o parcial, terapias hormonales ni cualquier otro tratamiento médico o psicológico.

22 La Ley 21.120, reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, sin que sea necesaria cirugía o esterilización, por lo que toda persona mayor de edad podrá, hasta dos veces, obtener la rectificación del sexo y nombre para que sean coincidentes con su identidad de género.

23 El Reglamento del Registro del Estado Civil, Decreto n.º. 6-2011 (y sus reformas), permite que toda persona mayor de edad que desee cambiar su nombre por considerar que no se corresponde con su identidad de género autopercebida pueda, por una única vez, solicitarlo por escrito al Registro Civil. Los marcadores de género no aparecen reflejados en el registro.

24 Mediante el Decreto 1227/2015 que permite la modificación del marcador de sexo en documentos mediante escritura pública. Se debe tener en cuenta la Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, de 13 de febrero de 2015, que declara «el derecho de cada persona a definir de manera autónoma su identidad sexual y de género y a que los datos consignados en el registro civil correspondan a su definición identitaria, se encuentran constitucionalmente protegido por las disposiciones que garantizan el libre desarrollo la personalidad, el reconocimiento de la personalidad jurídica y el respeto de la dignidad humana».

25 Mediante la Ley Integral para Personas Trans (Ley n.º. 19684 de 2018) y el Decreto n.º. 104 de 2019 que la reglamenta. La Ley incluye «el derecho al libre desarrollo de su personalidad conforme a su propia identidad de género, con independencia de su sexo biológico, genético, anatómico, morfológico, hormonal, de asignación u otro».

26 La sentencia del Tribunal Supremo National Legal Services Authority v. Union of India 5 S.C.C. 438 (5) de 2014 dictaminó que todas las personas transgénero tienen derecho a decidir libremente su condición de hombre, mujer o tercer género (*I@s bijras*), enfatizando así el elemento de la autonomía individual.

III. LA LEY 3/2007 Y LAS LEYES TRANS AUTONÓMICAS (2012-2022)

En España la competencia en materia de legislación civil y registro corresponde al Estado en virtud del art.149.1.8º de la Constitución. Así, la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, establecía como requisitos en su artículo 4.1 que a la persona interesada en el cambio se le haya sido diagnosticada disforia de género mediante informe médico o psicológico y que haya sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las del sexo reclamado. Así, la legislación estatal establecía en aquel momento requisitos para el cambio registral de la identidad de género que partían de considerar la transexualidad como una patología, esta concepción no ha sido modificada hasta fechas muy recientes, pese a que en los siguientes tres lustros se fueron sucediendo las recomendaciones de organismos internacionales de Derechos Humanos que apremiaban a los Estados a abordar cambios normativos hacia una perspectiva de autodeterminación. Tal circunstancia había sido destacada por el informe de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que también señalaba el bloqueo legislativo en España donde había habido proposiciones legislativas anteriores a este respecto²⁷.

No obstante, los ordenamientos de las Comunidades Autónomas españolas llevan más de una década trasladando las recomendaciones internacionales a sus legislaciones, dentro de sus respectivos ámbitos de competencias y, en la mayoría de los casos, reconociendo la autodeterminación de género sin necesidad de diagnósticos o tratamientos médicos²⁸. La intención de estas leyes, en lo que aquí interesa, es que las administraciones públicas de la Comunidad Autónoma aseguren que la persona trans será tratada en todos los procedimientos administrativos de acuerdo con su identidad de género sentida, aunque sean menores de edad, y sin necesidad de acreditarla mediante informe médico, psicológico ni de otra índole. Se quiere proteger así a la persona trans de situaciones humillantes y atentatorias a su intimidad.

En el País Vasco, la Ley 14/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales, que ha sido modificada por la Ley 9/2019, de 27 de junio, art.

²⁷ *Report, Committee on Equality and Non-Discrimination, Combating rising hate against LGBTI people in Europe*, Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Doc. 15425, 17 December 2021, párr. 51. El informe también destaca el discurso anti-trans extremadamente hostil que se está produciendo desde los más altos niveles políticos, así como los movimientos feministas anti-trans que presentan a las personas trans como una amenaza para la sociedad.

²⁸ A día de hoy, podemos decir que todas las Comunidades Autónomas, salvo dos (Asturias y Castilla y León) tienen legislación propia sobre los derechos de las personas trans, bien con alguna ley específica para personas trans o bien con una ley integral LGTBI que contemple medidas específicas para personas trans. En todas las CCAA con regulación ya se reconoce el derecho de autodeterminación de género, salvo en la norma gallega.

3. En Galicia, la Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales en Galicia. En Cataluña, la Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia, art. 23.4. En Extremadura, la Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura, arts. 3.1.b) y g) y 10, entre otros. En la Comunidad de Madrid, la Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid, art. 13.1. En la Región de Murcia, la Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, arts. 3.1.b) y g) y 14.1, entre otros. En Islas Baleares, la Ley 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia, arts. 6.g) y 22.1.b), entre otros. En la Comunidad Valenciana, la Ley 8/2017, de 7 de abril, integral del reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género en la Comunitat Valenciana, arts. 1 y 3, entre otros. En Navarra, la Ley Foral 8/2017, de 19 de junio, para la igualdad social de las personas LGTBI+, arts. 4.1.b) y g) y 15.2, entre otros. En Andalucía, la Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares en Andalucía²⁹, arts. 3.q), 4.1.b) y g), 6.3 y 13.4.b), entre otros. En Aragón, la Ley 4/2018, de 19 de abril, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad Autónoma de Aragón, art. 13. En Cantabria, la Ley 8/2020, de 11 de noviembre, de Garantía de Derechos de las Personas Lesbianas, Gais, Trans, Transgénero, Bisexuales e Intersexuales y No Discriminación por Razón de Orientación Sexual e Identidad de Género, arts. 1, 4.2, 18 y 21.2, entre otros. En Canarias, la Ley 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales³⁰, arts.1.1.a), 4.1.a).1º, 7.4, entre otros. En La Rioja, la Ley 2/2022, de 23 de febrero, de igualdad, reconocimiento a la identidad y expresión de género y derechos de las personas trans y sus familiares en la Comunidad Autónoma de La Rioja, arts. 1, 4 y 10.1.b), entre otros.

29 Antes de ella, la Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía, que también reconocía la autodeterminación del género, aunque de una forma más limitada.

30 Antes de ella, la Ley 8/2014, de 28 de octubre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales, que también reconocía la autodeterminación del género, aunque de una forma más limitada.

Las CCAA carecen de competencias para legislar sobre cambios en el Registro Civil, pero sí pueden hacerlo en su ámbito competencial y territorial, lo que incluye registros administrativos en materia sanitaria, educativa, deportiva, servicios sociales, etc.³¹.

IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH Y DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL EN MATERIA DE IDENTIDAD DE GÉNERO

1. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

La jurisprudencia del TEDH ha evolucionado de forma paralela a la reducción de los prejuicios sociales y a los avances en reconocimientos de derechos que han ido teniendo las personas trans. Sanz-Caballero (2014: 838 y ss.) recuerda que en las primeras sentencias de los años 80³² del siglo pasado el Tribunal había sido muy condescendiente con las leyes nacionales, en las que apreciaba sustanciales discrepancias de criterio, y permitía un amplio margen de apreciación nacional sin mostrar especial sensibilidad con los efectos negativos que padecían las personas trans en su vida diaria por no poder acomodar su documentación a la nueva condición sexual adquirida o poder contraer matrimonio con persona de sexo contrario al adquirido por la persona que lo ha modificado.

La situación empieza a cambiar en el nuevo siglo, son dos sentencias, *Casos Goodwin vs. Reino Unido* e *I. vs. Reino Unido*, ambas de 11 de julio de 2002, en ellas el TEDH concluye que el Estado incumple el CEDH si permite a la

31 Se puede señalar que la Comisión Bilateral Estado — Comunidad Autónoma que preventivamente debe intervenir para resolver potenciales conflictos de competencias (arts. 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), ya se ha pronunciado en varias ocasiones para aclarar que las disposiciones autonómicas relativas al uso del nombre elegido por razones de identidad de género sólo se aplican y serán válidas a los efectos de la ley autonómica respectiva y dentro del ámbito de esa Comunidad Autónoma, excluyendo expresamente que tenga incidencia en la regulación reservada al Registro Civil. Para un análisis más amplio del aspecto competencial en este asunto véase Navarro Marchante (2023).

32 SSTEDH *Casos Van Oosterwijck vs. Bélgica* de 27 de febrero de 1980, *Rees vs. Reino Unido* de 24 de enero de 1986 y *Cossey vs. Reino Unido* de 27 de septiembre de 1990. En esta última merece especial mención el voto particular del Juez Martens, que considera que se viola el CEDH si a la persona transexual no se le permite el cambio registral y ya desliza que el debate que subyace en la controversia guarda relación con la dignidad humana y con un eventual reconocimiento de un derecho de autodeterminación de la identidad de género (véase al respecto un análisis más amplio en Merino Sancho, 2018: 351). La STEDH *Caso B. vs. Francia*, de 25 de marzo de 1992, condenó al Estado francés a admitir el cambio de inscripción registral del sexo en tanto que ese dato, según la legislación francesa, figuraba en la mayor parte de la documentación administrativa que debía utilizar la persona en su vida cotidiana lo que provocaba grandes dificultades y sufrimientos constantes por tener que desvelar información de su vida privada sin que, por el contrario, se apreciaran perturbaciones graves de derechos de terceros que lo justificaran. Este matizado avance no es continuado por el TEDH con la sentencia del *Caso Sheffield y Horsham vs. Reino Unido*, de 30 de julio de 1998, en el que se vuelve a los criterios anteriores.

persona someterse a operaciones de cambio de sexo, incluso con financiación pública, pero luego le impide realizar el cambio de la referencia en el registro civil y se le niega la posibilidad de contraer matrimonio con una persona del mismo sexo a aquel con el que el transexual nació. Es decir, el TEDH reprocha a los Estados la incongruencia e hipocresía de la situación, y entiende que se vulnera tanto el derecho a la vida privada (art.8) como el derecho al matrimonio (art.12). Argumenta el TEDH que su giro jurisprudencial se justifica apelando a que el CEDH es un «instrumento vivo» que debe interpretarse y acomodarse a las circunstancias de la realidad social de cada momento histórico, y constata que la tendencia de los Estados se dirige a un mayor reconocimiento de la transexualidad y que es necesario adaptar las decisiones a la nueva situación.

En las sentencias posteriores el TEDH va consolidando y avanzando en la protección y el reconocimiento de derechos a las personas transexuales³³. Lo que en los Casos Goodwin e I. se planteaba como que la inacción ante los avances médicos, sociales y de algunas de las legislaciones estatales supondría que el precio a pagar, la negación de los derechos humanos de ciertos colectivos vulnerables, era demasiado alto (párrafo 61-62 Caso Goodwin), se empieza a transformar en los siguientes pronunciamientos en una apelación a los Estados para que vayan adecuando sus legislaciones en el sentido de permitir a las personas transexuales vivir su vida con dignidad y sin discriminación, algo que necesariamente pasa por admitir los cambios registrales de mención de nombre y sexo.

En esta línea, ha exigido que se garantice el derecho de las personas trans a tener documentos oficiales que reflejen la identidad de género pretendida sin el requisito previo de sufrir procedimientos médicos tales como una operación quirúrgica de reasignación sexual o una terapia hormonal (STEDH Caso Y.Y. vs. República de Turquía, de 10 de marzo de 2015³⁴) lo que añadiría una vulneración del art.3 del CEDH (derecho a la integridad física y a no recibir tratos inhumanos o degradantes), todo ello aun admitiendo que la mayoría de los Estados en ese momento sí requerían una de esas condiciones. Además, interpreta que el art.8, relativo a la vida privada y familiar, protege la dignidad de la persona y la autonomía y desarrollo personal. Esta evolución jurisprudencial es paralela a la aprobación de resoluciones de organismos internacionales (ONU y del propio Consejo de Europa) y los cambios en las legislaciones de los Estados parte, así, el

33 Véase un análisis de la evolución de la jurisprudencia en paralelo a la de los informes del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa en Martínez de Pisón (2022) que destaca especialmente al Comisario Hammarberg.

34 El par. 131 de la STEDH señala: «condicionar el reconocimiento de la identidad sexual de las personas trans a la realización de una operación o tratamiento de esterilización — o que muy probablemente produzca un efecto de esta naturaleza — al que no deseen someterse, equivale a condicionar el ejercicio pleno de su derecho al respeto a su vida privada consagrado en el artículo 8 del CEDH a la renuncia al pleno ejercicio de su derecho al respeto a su integridad física garantizado no sólo por esta disposición, sino también por el artículo 3 del Convenio».

margen de apreciación nacional³⁵ se reducirá en la medida en que avance el consenso internacional.

Otro avance sustancial se produce con la STEDH del Caso S.V. vs. Italia, de 11 de octubre de 2018. Con este pronunciamiento, asentado ya el principio de que los Estados deben posibilitar el cambio registral de sexo sin poder exigir previos tratamientos médicos, se añade la obligación estatal de proporcionar una respuesta «rápida, transparente y accesible» a las peticiones de cambio de nombre y género en la documentación oficial, en la línea de las recomendaciones de diversos organismos internacionales (párrafo 73). Razona el tribunal que la duración de más de dos años y medio del proceso judicial para autorizar el cambio registral, sin que el Estado acreditara razones de interés público para tal dilación, «colocó a la demandante por un tiempo irrazonable en una situación anormal que ocasionó sentimientos de vulnerabilidad, humillación y ansiedad» (párrafos 71 y 72). El mismo criterio se reitera en la STEDH Caso X. vs. la antigua República Yugoslava de Macedonia, de 17 de enero de 2019³⁶, que también especifica, en congruencia con la eliminación un año antes de la transexualidad como enfermedad por parte de la OMS, que la prohibición de exigencia de tratamientos médicos se refiere a los quirúrgicos o de otro tipo (hormonales). Las SSTEDH de los Casos Y.T. vs. Bulgaria, de 9 de julio de 2020, y A.D. y otros vs. Georgia, de 1 de diciembre de 2022, también condenan a los respectivos Estados por vulnerar el art.8 del CEDH al no justificar suficientemente su negativa a reconocer la modificación legal de cambio de sexo y permitir un margen de discrecionalidad excesivamente amplio a las autoridades nacionales. Sin embargo, la STEDH del Caso Y. vs. Polonia, de 17 de febrero de 2022, no apreció vulneración del CEDH dado que el Estado sí procedió a la rectificación registral y proporcionó al ciudadano la documentación correspondiente al cambio, aunque en la certificación registral original se dejaba constancia de la modificación, algo que a juicio del Tribunal no suponía en la práctica un perjuicio relevante para la vida de la persona y aceptó la argumentación del Estado de la conveniencia de que quedara constancia de ese cambio en algún registro interno de acceso restringido.

Con aun mayor contundencia se pronuncia la STEDH Caso X. e Y. vs Rumanía, de 19 de enero de 2021, donde los tribunales rumanos se negaban a reconocer la reasignación de sexo en los registros porque los interesados no se habían sometido a cirugía de reasignación de género y consideraban que el principio de

35 En palabras de García Roca, el criterio del margen de apreciación nacional permite que: «el TEDH puede decidir autolimitarse en su enjuiciamiento si la solución nacional tiene una suficiente apariencia de buen Derecho, en vez de sustituir al Estado demandado con sus puntos de vista, y respetar una razonable deferencia que deriva de la prudencia y la subsidiariedad inherente a la que es una protección internacional. Subyace, como justificación, la idea de la mejor posición del juez nacional, más próximo a los hechos, para apreciar ciertos litigios frente al distante juicio europeo» (2019, 109).

36 Insiste en los mismos criterios porque la legislación del Estado demandado presentaba lagunas y carencias «que dejaban al demandante en una situación de angustiosa incertidumbre frente a su vida privada y al reconocimiento de su identidad» (par. 70).

autodeterminación no era suficiente para atender la solicitud de cambio de sexo. El TEDH argumentó que los tribunales rumanos no demostraron el interés general que se conculcaría permitiendo el cambio de sexo registral ni ponderaron debidamente los derechos de los solicitantes, a los que la situación provocó sentimientos de vulnerabilidad, humillación y ansiedad (párrafo 165). Así, al no acreditar el Estado vulneración del interés general, ni de la seguridad jurídica, ni prever una forma de cambio rápida, transparente y accesible, se provocaba una violación del art.8 del CEDH (párrafos 166 a 168). El TEDH concluye que el margen de apreciación nacional es limitado, pues a todos los Estados miembros les vincula la obligación de promover acciones positivas que permitan a las personas transgénero sentirse seguras durante los procedimientos de cambio de sexo en los registros y una apelación genérica y abstracta a una eventual vulneración de la seguridad jurídica no puede ser justificadora del sacrificio de derechos fundamentales.

Así, podemos concluir que en esta última sentencia, el TEDH fija el estándar mínimo esencial para la protección de los derechos de esas personas:

- No se puede exigir ningún requisito que haga depender la autorización de cambio registral de intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos ni de valoraciones periciales asociadas a alguna patología.
- Los Estados no pueden oponer apelaciones genéricas e indeterminadas a razones de interés general o seguridad jurídica.
- Deben preverse procedimientos de cambio de la mención registral que sean rápidos, transparentes y accesibles.

Ciertamente, el TEDH no ha establecido expresamente un eventual derecho de autodeterminación de género incondicionado y únicamente dependiente de la voluntad de la persona interesada que pueda estar vinculado a algún precepto del CEDH y que sea de obligado cumplimiento para los Estados partes, debe permitir un cierto margen de apreciación nacional que sea compatible con la protección de los derechos³⁷. Por otra parte, pretender que el TEDH vaya más allá sin el necesario consenso de los Estados³⁸ supone convertir al TEDH, de facto, en

37 Romboli (2021: 247) cuestiona que el TEDH deje espacio a los Estados para aplicar el margen de apreciación nacional cuando lo que está en juego es la dignidad de las personas y defiende «el rol fundamental de los tribunales supranacionales en la construcción (y, a veces, imposición) de ciertos estándares, así como la necesidad de una limitación progresiva del margen de apreciación en determinados ámbitos que conciernen a la dignidad de las personas. (...) No reconocer ciertos estándares en este ámbito, que pongan el acento en el respeto del derecho a la autodeterminación de la persona transexual en el cambio registral de su identidad sexual, alimenta y consolida la percepción de que los derechos reivindicados por ciertos grupos o colectivos (como los incluidos en la sigla LGTBIQ+, entre otros) no son derechos inherentes a la persona y a la dignidad humana, sino derechos que se reconocen según el consenso y la opinión de la mayoría».

38 En la STEDH Y. vs. Francia, de 31 de enero de 2023, el tribunal falla que los Estados no están obligados a crear un género neutro, y vuelve a apelar al margen de apreciación nacional para validar que cada Estado puede establecer la forma de satisfacer las demandas de las personas intersexuales.

cámara legislativa supranacional y tal extralimitación pondría en riesgo la adhesión de algunos Estados al CEDH.

A modo de breve referencia comparativa, también hay que señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva núm. 24/2017, de 24 de noviembre, ha establecido diversos criterios de interés en relación con el derecho a la autodeterminación del género. En primer lugar, destaca que «un aspecto central del reconocimiento de la dignidad lo constituye la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones», en el que se incluye la identidad de género y sexual ligada al concepto de libertad (apartado 93). De esta forma, destaca la Corte que «el sexo, así como las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente que se atribuye a las diferencias biológicas en torno al sexo asignado al nacer, lejos de constituirse en componentes objetivos e inmutables del estado civil que individualiza a la persona, por ser un hecho de la naturaleza física o biológica, terminan siendo rasgos que dependen de la apreciación subjetiva de quien lo detenta y descansan en una construcción de la identidad de género auto-percibida relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada» (apartado 95). Así, entiende que los procedimientos de reconocimiento de la identidad de género «deben estar basados únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como las certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes».

2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español

Nuestro Alto Tribunal no ha tenido muchas oportunidades para pronunciarse sobre el asunto de los cambios registrales de las personas trans. La referencia básica es la STC 99/2019, de 18 de julio, que resolvió la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el TS en torno a la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. La Ley 3/2007, como se exponía anteriormente, posibilitaba que las personas trans pudieran modificar la mención registral del sexo asignado al nacer por el sexo sentido (y del nombre en concordancia con lo anterior). Se establecía para ello el cumplimiento de una serie de requisitos: presentar un informe de disforia de género emitido por médico o psicólogo y llevar al menos dos años en tratamiento médico con el fin de acomodar las características físicas a las correspondientes al sexo reclamado. La norma excluía de esta posibilidad a las personas extranjeras y a los menores de edad³⁹.

39 Un análisis crítico de la situación de los menores trans antes de la STC 99/2019 en Alventosa del Río (2016), Ravetllar Ballesté (2017) y Benavente Moreda (2018); tras la STC véase Bustos Moreno (2020).

El TS planteó una cuestión de inconstitucionalidad⁴⁰ contra la Ley 3/2007 por entender que impedir a los menores de edad la posibilidad de rectificación registral podría vulnerar diversos artículos de la CE: el art. 15 (protección de la integridad física y moral), el art.18.1 (derecho a la intimidad), y el art.43.1 (tutela de la salud) en relación con el art. 10.1 (dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad).

El Alto Tribunal recuerda en primer lugar que los menores de edad son titulares de los derechos fundamentales y que los convenios internacionales obligan a velar por el interés superior del menor y a reconocerles una serie de derechos entre los que están el derecho a ser escuchados en todo tipo de procedimientos administrativos que les pudieran afectar. El TC considera desproporcionado impedir que las personas menores de edad puedan adecuar su situación legal a la real, por lo que establece que debe admitirse para los menores de edad «con suficiente madurez» y que se encuentren en «una situación estable de transexualidad» (STC 99/2019, de 18 de julio, FJ 9º)⁴¹. Resulta de especial interés, para lo que ahora nos ocupa, destacar que el TC vincula los obstáculos al cambio registral con perjuicios para el derecho a la intimidad personal y para el principio que garantiza a la persona un espacio de libertad en la conformación de su identidad dentro del libre desarrollo de la personalidad (art.10.1 CE).

La STC 67/2022 resuelve un recurso de amparo de un trabajador que argumenta que la razón de su despido es por razones de discriminación por identidad de género⁴². El TC no concede el amparo solicitado, por entender que no se acredita que en la decisión de la empresa concurra motivo de discriminación contrario al art.14 CE, pero, en lo que aquí interesa, vuelve a señalar de forma expresa que «la identidad de género es una circunstancia que tiene que ver con el libre desarrollo de la personalidad, íntimamente vinculada al respeto de la dignidad humana (art.10.1 CE)» (FJ 4º).

⁴⁰ Véase un análisis detallado de los antecedentes del caso objeto de la cuestión en Sillero Crovetto (2020) y Salazar Benítez (2019).

⁴¹ Un análisis de la STC en Bustos Moreno (2020), que hace un estudio detallado de la legitimación de los menores de edad. La STC tiene un voto particular de la magistrada Roca Trías, al que se adhirió Montoya Melgar, que entiende que la regulación de la Ley 3/2007 sí es constitucional, por establecer un trato diferenciado para los menores justificado en su menor madurez, y reprocha al tribunal el querer sustituir al legislador.

⁴² Antes también la STC 176/2008 que resolvió un recurso de amparo del progenitor transexual que alegaba que tal situación personal le supuso recibir un trato discriminatorio en el régimen de visitas a los hijos en un procedimiento de separación matrimonial, sin embargo, el TC considera que no hubo tal trato discriminatorio y que la decisión del juzgado de familia se basaba en el interés superior, genuino y prevalente del menor (FJ 8º). La STEDH Caso P.V. vs. España de 30 de noviembre de 2010 confirmó la decisión. Sin embargo, la STEDH del caso A.M. y otros vs. Rusia, de 6 de julio de 2022, sí ha considerado, en un caso con cierta analogía, que la decisión judicial de privar totalmente del régimen de visitas al progenitor trans se tomó de forma arbitraria y discriminatoria.

V. EL DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN DE GÉNERO 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

La tramitación y aprobación de 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, ha suscitado una intensa polémica política entre las distintas formaciones parlamentarias, incluso con discrepancias entre parte de las dos fuerzas políticas integrantes del Gobierno de coalición⁴³. También con acalorado debate social y mediático⁴⁴. No obstante, a nuestro juicio, en realidad causa cierta sorpresa comprobar que en el ámbito de las CCAA las discrepancias han sido sustancialmente inferiores, aun cuando los principios fundamentales más controvertidos de las normas territoriales son idénticos a los de la ley estatal: reconocimiento del derecho a la autodeterminación de género, aplicación de tratamientos hormonales en menores, etc.⁴⁵. Así, por ejemplo, la Ley canaria 2/2021 fue aprobada por unanimidad del Parlamento de Canarias⁴⁶, si bien ha sido objeto de un recurso de inconstitucionalidad⁴⁷, pendiente de resolución por el TC⁴⁸.

43 La votación inicial de la norma en el Congreso de los Diputados concluyó con 188 votos a favor, 150 en contra y 7 abstenciones. Algunas diputadas rompieron la disciplina de partido (PP y Ciudadanos en contra, y PSOE a favor) y se abstuvieron. Ha sido muy significativa la abstención de la diputada socialista Carmen Calvo, ex vicepresidenta del Gobierno y Presidenta de la Comisión de Igualdad del Congreso en esta legislación, alineada con postulados feministas contrarios a la Ley.

44 El debate social reflejado en los medios de comunicación ha sido muy intenso en las semanas previas a la votación de la Ley. A los efectos de ofrecer una sencilla selección de las principales posturas se recomienda: en contra de la norma desde posiciones de cierto sector feminista Amelia Valcárcel (El País 12.11.2022), la réplica de Pérez Royo (El Diario, 2.12.2022), y también en contra de la Ley, especialmente con las previsiones sobre la aplicación de tratamientos en menores, la Asociación Amanda (El Mundo 8.12.2022). La doctrina jurídica patria se ha mostrado mayoritariamente a favor de los principios recogidos en las leyes (nacional y autonómicas), como en este trabajo se refleja, en contra se puede citar a Álvarez Rodríguez (2022).

45 La nota informativa de la agencia EFE del 23 de diciembre de 2022, tras la votación favorable a la Ley Trans nacional en el Congreso de los Diputados, recogía las manifestaciones de altos representantes del Partido Popular que anunciaban la intención de modificar las leyes trans autonómicas en aquellas CCAA donde puedan tener capacidad parlamentaria para ello. Para un análisis detallado de las posiciones de los diferentes partidos nacionales en la aprobación de las leyes autonómicas véase Suárez Mateu y otros (2022).

46 En el actual Parlamento de Canarias está presente: PSOE, PP, Unidas Podemos, Coalición Canaria, Nueva Canarias, Agrupación Socialista Gomera, Agrupación Herreña Independiente y Ciudadanos, no hay ningún diputado de VOX.

47 Planteado por más de 50 diputados del Grupo Parlamentario VOX del Congreso de los Diputados. El amplio recurso de inconstitucionalidad cuestiona buena parte del articulado de la norma, argumentando vulneración de numerosos artículos de la CE, tanto en aspectos de contenido sustantivo, incluidos derechos fundamentales, como en temas competenciales. Con posterioridad a la ley canaria fue aprobada la ley de La Rioja 2/2022, con buena parte de su articulado idéntico al canario, que no ha sido impugnada ante el Alto Tribunal.

48 También tiene pendiente el TC la resolución del recurso de inconstitucionalidad presentado por diputados nacionales del PP contra la Ley catalana 17/2020, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 5/2008, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista, al entender que la inclusión de mujeres

La Ley estatal 4/2023 recoge el derecho de libre autodeterminación de género⁴⁹, esto es, la posibilidad que tiene la persona para cambiar la mención registral del sexo, y el nombre, sólo con su declaración de voluntad (art.44). Las personas españolas mayores de 16 años pueden solicitarlo unilateralmente de forma libre, las de 14 a 16 años deben estar asistidas por sus representantes legales y las de 12 a 14 años deberán solicitar autorización judicial. Se establece un procedimiento de doble comparecencia de la persona interesada ante la Oficina del Registro Civil, es decir, deberá ratificar su solicitud inicial en una segunda comparecencia a la que será citada en un plazo máximo de tres meses⁵⁰.

Resulta evidente que la razón de esa segunda comparecencia es proporcionar a la persona interesada un periodo de reflexión o maduración de su decisión, sin embargo, no nos parece adecuado a tal propósito el que la norma prevea únicamente un periodo máximo, de tres meses, desde la comparecencia inicial. Es decir, en estos momentos sería posible que se citara a la persona para la segunda comparecencia al día siguiente de la primera comparecencia (estaría dentro del plazo de tres meses como máximo). Seguramente habría sido más adecuado prever un plazo concreto mínimo de reflexión⁵¹, sin perjuicio de también poder establecer un plazo máximo para citar a la persona interesada y así evitar dilaciones.

El art.44.3 descarta expresamente que la rectificación de la mención registral esté «condicionada 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, quirúrgicos o de otra índole». La Ley tampoco establece que haya que aportar testigos ni otro tipo de pruebas que pudieran

trans, aunque no tuvieran reconocido registralmente el cambio de sexo, vulneraba competencias exclusivas del Estado y la materia de reserva de ley orgánica. Sin embargo, en la Ley canaria 2/2021 se hace de forma similar, y la ley contó con el voto a favor del grupo popular en el Parlamento canario.

49 Aunque la Ley 4/2023 no utiliza en ningún momento los términos de libre autodeterminación de la identidad de género, a diferencia de las leyes autonómicas que sí lo emplean con frecuencia como se expuso anteriormente.

50 El art.44.8 establece: «En el plazo máximo de tres meses desde la comparecencia inicial reiterando la solicitud de rectificación inicial, la persona encargada del Registro Civil deberá citar a la persona legitimada para que comparezca de nuevo y ratifique su solicitud, aseverando la persistencia de su decisión». Y el 44.9 prevé un plazo máximo de un mes desde la segunda comparecencia para que se efectúe la nueva inscripción.

51 El art.44.5 también prevé que en la comparecencia inicial la Oficina del Registro Civil debe proporcionar a la persona una muy amplia información sobre las consecuencia jurídicas de la rectificación pretendida, incluida la posibilidad de reversión, los procedimientos de rectificación en otros ámbitos (sanitario, laboral, educativo, etc.), las medidas de protección frente a eventuales discriminaciones, e incluso sobre asociaciones u otras entidades que desarrollen programas de protección de los derechos de las personas trans. *Mutatis mutandis* es lo que también se preveía en la normativa sobre el aborto: una primera comparecencia en la que se recibe información de diverso tipo y una segunda cita, tras un intervalo mínimo de tiempo de reflexión de tres días (necesariamente muy breve en este caso por su naturaleza), para practicar la intervención (era el art.14 de la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, según la redacción dada tras la reforma de la norma de 2015, que ha sido nuevamente modificado, para eliminar esas cautelas, con la reforma de la LO 1/2023, de 28 de febrero).

acreditar que la persona haya exteriorizado socialmente el cambio de su identidad de género.

Este régimen es el que permite calificar el modelo diseñado por la ley como de «autodeterminación de género» en tanto que toma como principio el que es la persona interesada la única que puede valorar su propia identidad de género como sentimiento innato⁵², autopercebido, íntimo y personal; en consecuencia, no sería admisible que un tercero (médico, psicólogo, funcionario de justicia o cualquier otro) pudiera entrar a decidir sobre el mismo⁵³. La transexualidad, como la homosexualidad, no se elige, es una característica innata de la persona, pero sí forma parte de su esfera de libertad decidir los tiempos y las formas con los que aceptarse y exteriorizar tal identidad⁵⁴. No obstante, hay que tener en cuenta que la Ley prevé la reversibilidad del cambio solicitado (tras un plazo mínimo de seis meses) y la recuperación de la mención registral inicial, y sería en el caso de volver a solicitar nuevamente el cambio por segunda vez cuando la solicitud debería tener una supervisión judicial (art.47), sería un procedimiento similar al previsto para todos los casos en los que los solicitantes sean menores de 12 a 14 años (art.43.4)⁵⁵.

La Ley 4/2023 no contempla la posibilidad del cambio registral de la mención del sexo en menores de doce años. No obstante, tras la STC 99/2019, como se expuso anteriormente, se dejaba la puerta abierta a los menores, con suficiente madurez y en situación estable de transexualidad, sin un límite expreso de edad mínima. Esto ha permitido que haya habido diversos pronunciamientos de algunos jueces responsables de Registros Civiles que han aceptado solicitudes de menores de ocho y nueve años, representados por sus progenitores, al valorar que se daban los requisitos marcados por el Alto Tribunal⁵⁶. Se supone que ahora esta vía queda imposibilitada con la entrada en vigor de la Ley 4/2023, aunque no es

52 Maldonado (2017: 138) recuerda los estudios que señalan el carácter innato de la identidad sexual que subrayan que «la transexualidad no es una situación elegida por la persona, o que se base en un capricho o en preferencias».

53 En su día nos pareció que, aunque sin responder a la misma naturaleza, la objeción de conciencia prevista en el art.30.2 CE, para ser eficaz como exención a la realización del servicio militar obligatorio, tampoco debía depender de ser reconocida y aceptada por ningún organismo. No obstante, la STC 160/1987 validó la Ley 48/1984, de Objeción de Conciencia y con ella la competencia declarativa de la condición de objeto por parte del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia regulada por el RD 551/1985, véase un análisis de este tema en Navarro Marchante (1996).

54 Apelando a los valores democráticos primigenios que han ido contribuyendo a conformar el acervo jurídico occidental, conviene recordar que el artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 establecía: «La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no daña a los demás», que es un concepto amplio e impregnado de tolerancia que se vincula al respeto a la dignidad de la persona, a permitir su autodeterminación y libre desarrollo de su personalidad.

55 En ambos casos la Ley 4/2023 remite a utilizar el procedimiento establecido en el Capítulo I del Título II de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria.

56 El primero de ellos se produjo en el Registro Civil de Puerto del Rosario (Fuerteventura) mediante Auto de 25 de febrero de 2022; más tarde en el de Orense, 10 de junio de 2022 (véase el texto completo del Auto en: <https://drive.google.com/file/d/1fAKj4je9vKjw1dwrcP6IJT3fzf3-UG23/view> consultado en enero

descartable que pueda plantearse una nueva cuestión de inconstitucionalidad cuando algún juez encargado del Registro Civil que deba resolver alguna petición de cambio de algún menor de doce años dude de la constitucionalidad del límite legal mínimo de edad. No obstante, a nuestro juicio, la argumentación de la STC 99/2019 era válida en tanto la Ley 3/2007 excluía a todos los menores de 18 años, sin ningún tipo de excepción, sin embargo, la cifra de doce años ya no puede entenderse como desproporcionada si se atiende a las recomendaciones de los organismos internacionales respecto al ejercicio de derechos por parte de los menores. Como forma de atenuar la situación de los menores de doce años y facilitar su desenvolvimiento diario, la Ley 4/2023 también prevé que las personas menores que no hayan cambiado la mención registral del sexo pero sí las del nombre tienen derecho a que las administraciones públicas y las entidades privadas con las que se relacionen deban expedir todos los documentos personales según la nueva mención del Registro Civil (art.48).

Hasta la aprobación de la Ley nacional 4/2023, las CCAA habían venido aprobando leyes que también contemplaban el derecho de libre autodeterminación de la identidad de género para posibilitar que la persona fuera identificada y tratada conforme al sexo sentido en los ámbitos públicos y privados bajo la competencia de la respectiva Comunidad Autónoma. Para ello, ante la rigidez de la normativa nacional para los cambios de mención registral, diseñaron procedimientos propios ante sus administraciones públicas que buscaban posibilitar el acceso a documentación administrativa en la que figurara el sexo sentido. La tendencia general de esas normas autonómicas ha ido en la línea de prever un mecanismo sencillo de comparecencia, incluso de forma no presencial por sede electrónica, sin necesidad de aportar ninguna documentación complementaria y sin periodo de reflexión con doble comparecencia⁵⁷. Estas previsiones autonómicas tenían especial aplicación en los casos de personas en proceso de transición hacia una nueva identidad de género y que no cumplían con los requisitos marcados por la Ley 3/2007, bien por no haberse sometido a los tratamientos médicos o bien por no haberlo hecho durante los dos años anteriores a la solicitud. Además, especialmente eran normas aplicables también a los menores de edad, incluso con edades muy por debajo de los 12 años, que podían quedar excluidos (en particular antes de la STC 99/2019). Tras la aprobación de la Ley estatal 4/2023 que ahora contempla un procedimiento más sencillo y rápido para la modificación de la mención registral, y con ella la del documento nacional de identidad, el pasaporte y cualquier otro documento (art.49), es previsible que estos procedimientos autonómicos caigan en cierto desuso en tanto tienen unos efectos más limitados. No obstante, hay que tener en cuenta que las leyes auto-

de 2023); y en el Registro Civil de Valencia nº 2 de 31 de octubre de 2022. En dos de ellos hubo respaldo de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública dependiente del Ministerio de Justicia.

57 Por ejemplo, el art.7.4 de la Ley canaria 2/2021, que incluso permite a la persona señalar su nueva identidad de género como no binaria.

nómicas no prevén expresamente la reversibilidad de la solicitud de mención administrativa, pero se deduce que estaría permitido hacerlo como consecuencia lógica del principio de autodeterminación⁵⁸, en principio sin limitaciones temporales o de número, por lo que no es descartable que pudiera darse algún supuesto de denegación judicial de la doble reversibilidad en el cambio de mención del Registro Civil y que, sin embargo, sí pueda realizarse libremente el cambio en los registros administrativos de la Comunidad Autónoma. También el régimen autonómico, sin limitaciones mínimas de edad, seguirá siendo una alternativa para los menores de doce años que no puedan cambiar la mención en el Registro Civil.

Además, la nueva Ley 4/2023 contempla la posibilidad de que las personas extranjeras, nacionales de países donde no sea posible hacer la rectificación registral del sexo, puedan solicitar en nuestro país que la documentación administrativa que se les proporcione contemple ese cambio de sexo, y nombre, aplicando los mismos requisitos que para los españoles⁵⁹ (art.50).

VI. CONCLUSIONES

La autodeterminación de la identidad de género que se reconoce en las normas españolas quiere garantizar a la persona un espacio de libertad en la conformación de su identidad dentro del libre desarrollo de su personalidad y dignidad. El objetivo inmediato es que la autopercepción de la identidad de género de la persona como hombre o mujer sea reconocida por las Administraciones y que ese reconocimiento legal facilite su desenvolvimiento social con el rol de género rectificado. Desde la perspectiva del Estado Social, el objetivo último responde a la obligación de intervención para promover una igualdad real y efectiva del individuo, remover

58 Además, téngase en cuenta que, por ejemplo, la Ley canaria 2/2021, entiende dentro del concepto de persona trans a las «identidades y expresiones de género no binarias» y añade que son personas no binarias «las personas cuya identidad o expresión de género se ubica fuera de los conceptos tradicionales de hombre-mujer o masculino-femenino, o fluctúa entre ellos» (art.2.3 y 6) lo que implica que hay un reconocimiento legal del derecho a cambiar la identidad de género.

59 Esta previsión tiene en cuenta la STEDH del caso Rana vs. Hungría, de 16 de julio de 2020, que resolvió a favor del refugiado iraní que precisamente había obtenido ese estatus en Hungría al acreditar haber sido perseguido en su país por su transexualidad, por lo que Hungría debe proporcionarle la documentación administrativa conforme a la identidad pretendida por la persona. El TEDH recuerda que el CEDH tiene una clara vocación expansiva que posibilita reconocer los derechos humanos del núcleo duro del CEDH a toda persona que se encuentre en territorio del Consejo de Europa, al margen de su nacionalidad y situación legal. Además, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en su decisión de 10 de junio de 2022, mostró su preocupación por la pasividad de las autoridades húngaras para resolver la situación que generó esta STEDH. De hecho, este fue uno de los argumentos, entre otros muchos, que utilizó la Unión Europea en su Resolución del Parlamento Europeo de 15 de septiembre de 2022, sobre la propuesta de Decisión del Consejo, relativa a la constatación, de conformidad con el art.7.1 del Tratado de la UE, de la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de Hungría de los valores en los que se fundamenta la Unión.

los obstáculos que lo impiden y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social (art. 9.2 CE).

De las resoluciones del TEDH y de nuestro Tribunal Constitucional cabe deducir que existe una sólida fundamentación jurídica, convencional y constitucional, del derecho de las personas a la libre autodeterminación de la identidad de género autopercibida. De hecho, la opción normativa de la ley trans estatal, y antes las leyes de buena parte de las CCAA, es la recomendada en múltiples ocasiones por parte de los organismos internacionales de Derechos Humanos para la protección de la dignidad y libre desarrollo de la personalidad de las personas trans: mecanismos rápidos, transparentes y accesibles, que parten de la despatologización de la transexualidad y, en consecuencia, excluyen requerir que las personas interesadas se sometan a previos tratamientos quirúrgicos o médicos.

Entendemos que el cuestionamiento de la constitucionalidad⁶⁰ de la norma en el aspecto de la autodeterminación de género carece de fundamentación, ni vulnera la Constitución, ni vulnera derechos de terceros. Reconocer el derecho a decidir/cambiar la referencia registral de nombre y sexo, que es un aspecto esencial e íntimo de la definición del ser humano, a favor de personas que no se identifican con los mismos parámetros que la mayoría de la población no implica la limitación de los derechos del resto de la población, como ya estableció el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en su sentencia en la que validó la constitucionalidad de los matrimonios entre personas del mismo sexo (STC 198/2012, de 6 de noviembre).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Álvarez Rodríguez, I. (2022). Apuntes constitucionales sobre la futura Ley Trans. *Revista General de Derecho Constitucional*, 36, 1-35.
- Alventosa del Río, J. (2016). Menores transexuales. Su protección jurídica en la Constitución y legislación española. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 107, 153-186.
- Benavente Moreda, P. (2018). 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*, 38, 273-316.
- Bustos Moreno, Y. B. (2020). La legitimación de los menores de edad a los efectos del reconocimiento legal de su identidad de género. Estado de la cuestión tras la sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio de 2019. *Derecho Privado y Constitución*, 36, 79-130.
- Elvira Perales, A. (2013). Transexualidad y derechos. *Revista General de Derecho Constitucional*, 17, 1-29.

⁶⁰ Además del recurso de inconstitucionalidad contra la ley trans canaria (Ley 2/2021) en el que, entre otros aspectos, se cuestionaba el principio de autodeterminación de género, la misma formación política (VOX) ha anunciado que sus diputados nacionales también recurrirán la Ley estatal 4/2023 por éste y otros motivos.

- García Roca, J. (2019). *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Navarra: Civitas.
- Maldonado, J. (2017). El reconocimiento del derecho a la identidad sexual de los menores transexuales en los ámbitos registral, educativo y sanitario. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 36, 135-169.
- Martínez de Pisón Caveno, J.M. (2022). La identidad de género en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXXVIII, 105-136.
- Merino Sancho, V. (2018). Una revisión de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la intimidad sexual y la autonomía individual. *Derechos y Libertades*, 38, 327-358.
- Navarro Marchante, V.J. (1996). El Consejo Nacional de Objeción de Conciencia. *Anales de la Facultad de Derecho* (Universidad de La Laguna), 13, 237-251.
- Navarro Marchante, V.J. (2023). La protección de las personas trans en el ordenamiento jurídico español: las leyes autonómicas, los problemas competenciales y la autodeterminación de género (a propósito de la Ley canaria 2/2021). En Sánchez Hernández, M^a Carmen y García Pérez, Octavio (Dirs.), *Personas vulnerables y Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ravetllat Ballesté, I. (2017). El derecho a la identidad (de género) de la infancia y la adolescencia: del paradigma de la patología a la autodeterminación. *Actualidad Civil*, 9, 42-62.
- Romboli, S. (2021). El derecho a la identidad sexual en la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre el margen de apreciación nacional y creación de normas comunes. *Revista Catalana de Dret Públic*, 63, 231-249.
- Rubio Marín, R. y Osella, S. (2020). El nuevo derecho constitucional a la identidad de género: entre la libertad de elección, el incremento de categorías y la subjetividad y fluidez de sus contenidos. Un análisis desde el derecho comparado. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 118, 45-75.
- Salazar Benítez, O. (2015). La identidad de género como derecho emergente. *Revista de Estudios Políticos*, 169, 75-107.
- Salazar Benítez, O. (2019). El derecho a la identidad sexual de las personas menores de edad. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 32, 1-31.
- Sanz-Caballero, S. (2014). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su respuesta al reto de la transexualidad: historia de un cambio de criterio. *American University International Law Review*, 29 (4), 831-868.
- Sillero Crovetto, B. (2020). La rectificación registral del sexo y nombre de niñas, niños y adolescentes trans: presente y futuro. *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, 1, 141-172.
- Suárez Mateu, A. et. al. (2022). Partidos políticos, género y leyes de identidad en España. *IgualdadES*, 7, 385-412.

TITLE: *Gender self-determination in trans legislation in Spain*

ABSTRACT: *This paper exposes the framework of international law and comparative law around the recognition of self-determination, with special attention to the criteria established by the jurisprudence of the ECHR, and a critical analysis of the Spanish legal system.*

RESUMEN: *En este trabajo se expone el marco de derecho internacional y de derecho comparado en torno al reconocimiento de la autodeterminación, con especial atención a los criterios establecidos por la jurisprudencia del TEDH, y se hace un análisis crítico del ordenamiento jurídico español.*

KEY WORDS: *trans, transsexuality, transgender, gender self-determination.*

PALABRAS CLAVE: *trans, transexualidad, transgénero, autodeterminación de género.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 07.01.2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 23.02.2023

CÓMO CITAR / CITATION: Navarro Marchante, V. J. (2023). La autodeterminación de género en la legislación trans en España. *Teoría y Realidad Constitucional*, 51, 417-439.

