

XIV
2021

Anuario de la
Facultad de Derecho

UAH

UNIVERSIDAD DE ALCALÁ

**ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE
LA UNIVERSIDAD DE ALCALÁ
VOL. XIV-2021**

ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE ALCALÁ

CONSEJO DE REDACCIÓN

PRESIDENTA

M.^a Isabel Garrido Gómez (*Universidad de Alcalá*)

DIRECTOR

Miguel Rodríguez Blanco (*Universidad de Alcalá*)*

SUBDIRECTOR

Jorge García-Andrade Gómez (*Universidad de Alcalá*)

COORDINADOR DE EDICIÓN

José-Zamyr Vega Gutiérrez (*Universidad de Alcalá*)

SECRETARIA ACADÉMICA

Ana Fernández Pérez (*Universidad de Alcalá*)

VOCALES

Fernando Díaz Vales (*Universidad de Alcalá*)

M.^a Pilar Ladrón Tabuenca (*Universidad de Alcalá*)

M.^a Pilar Morgado Freige (*Universidad de Alcalá*)

Montserrat Guzmán Peces (*Universidad de Alcalá*)

COMITÉ ASESOR

Eugenia Ariano Deho (*Universidad San Marcos de Lima*), Philippe Auvergnon (*Universidad de Burdeos*), José Manuel Calderón Ortega (*Universidad de Alcalá*), Carmen Chinchilla Marín (*Universidad de Alcalá*), Luis Javier Cortés Domínguez (*Universidad de Alcalá*), Eva Desdentado Daroca (*Universidad de Alcalá*), Guillermo Escobar Roca (*Universidad de Alcalá*), José María Espinar Vicente (*Universidad de Alcalá*), Alfonso García-Moncó Martínez (*Universidad de Alcalá*), Carlos García Valdés (*Universidad de Alcalá*), M. Isabel Garrido Gómez (*Universidad de Alcalá*), José Luis Gil y Gil (*Universidad de Alcalá*), Juana M. Gil Ruiz (*Universidad de Granada*); Fernando Gómez-Carabajo de Viedma (*Universidad de Alcalá*), Emiliano González Díez (*Universidad de Burgos*), Juan Carlos González Hernández (*Universidad de Alcalá*), Santiago Hierro Anibarro (*Universidad de Alcalá*), Miriam M. Ivanega (*Universidad de Buenos Aires*), Carlos Jiménez Piernas (*Universidad de Alcalá*), Michael Lang (*Universidad de Viena*), Diego-Manuel Luzón Peña (*Universidad de Alcalá*), María Marcos González (*Universidad de Alcalá*), Isabel Martínez Jiménez (*Universidad Autónoma de Barcelona*), Carolina Martínez Moreno (*Universidad de Oviedo*), Luis Martínez Vázquez de Castro (*Universidad Jaume I*), Isaac Merino Jara (*Universidad del País Vasco*), Esteban Mestre Delgado (*Universidad de Alcalá*), Carlos Molina del Pozo (*Universidad de Alcalá*), Emma Montanos Ferrín (*Universidad de A*

* Hasta julio de 2021, la Directora de la revista fue Encarnación Carmona Cuenca.

Coruña), Malina Novkirishcka-Stoyanova (*Universidad de Sofía*), Juan Ignacio Peinado Gracia (*Universidad de Málaga*), Nazareth Pérez de Castro (*Universidad de Alcalá*), Miguel Rodríguez Blanco (*Universidad de Alcalá*), Teresa Rodríguez Montañés (*Universidad de Alcalá*), Miguel Sánchez Morón (*Universidad de Alcalá*), Vittorio Santoro (*Universidad de Siena*), Silvia del Saz Cordero (*UNED*), Balázs Schanda (*Universidad Católica de Budapest Pázmány Péter*), Achim Seifert (*Universidad de Jena*).

CONSEJO EDITORIAL

Avelina Alonso de Escamilla (*Universidad CEU San Pablo*), Kai Ambos (*Universidad Georg-August de Göttingen*), Mercé Barceló Serramalera (*Universidad Autónoma de Barcelona*), Raúl Canosa Usera (*Universidad Complutense de Madrid*), Jesús M. Casal Hernández (*Universidad Católica Andrés Bello*), Raffaele Caterina (*Universidad de Turín*), Alberto Ricardo Dalla Via (*Universidad de Buenos Aires*), Sionaidh Douglas-Scott (*Universidad de Oxford*), Francisco J. Eguiguren Praeli (*Pontificia Universidad Católica del Perú*), Antonio Fernández de Buján y Fernández (*Universidad Autónoma de Madrid*), Javier García Roca (*Universidad Complutense*), Mónica Guzmán Zapater (*UNED*), María Ángeles Parra Lucán (*Universidad de Zaragoza*), Claudio M. Radaelli (*Universidad de Exeter*), Pablo Ruiz Tagle (*Universidad de Chile*), Agustín Squella Narducci (*Universidad de Valparaíso*), Ángeles Solanes Corella (*Universidad de Valencia*), Rik Torfs (*Universidad Católica de Lovaina*), Marco Ventura (*Universidad de Siena*), Javier de Vicente Remesal (*Universidad de Vigo*).

SUSCRIPCIÓN

Facultad de Derecho.
C/ Libreros 27. 28801 Alcalá de Henares (Madrid)

Para la suscripción, adquisición de ejemplares o colaboración con el Anuario, consultar las Instrucciones para los autores y la Hoja de pedido/suscripción.

ISSN: 1888-3214

Depósito legal: M-3.445-1992

El Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá es una publicación de periodicidad anual que se publica en el primer trimestre de cada año. El Anuario se encuentra indexado en las bases de datos ACNP, CSIC, DIALNET, DICE, DULCINEA, EBSCO, IN-RECEJ, ISOC, JSTOR, Library Hub Discover (antiguo Catálogo COPAC), LATINDEXT, MIAR, OCLC WorldCat, RESH, SUDOC, vLEX y ZDB..

ÍNDICE

I. ESTUDIOS

- La tutela de los derechos fundamentales tras la reforma del recurso de amparo y del recurso de casación..... págs. 3-20
por *Carmen Chinchilla*
- Sistema de estimación objetiva en el impuesto sobre la renta. Evidencia de su debilidad frente a la covid-19 págs. 21-44
por *María Victoria Gutiérrez Duarte*
e *Inmaculada Mateos de la Nava*
- La configuración de los intereses legítimos en la jurisprudencia actual: contenido y categorías págs. 45-70
por *Berta Martín Jiménez*
- ¿Existe un derecho a la identidad sexual?..... págs. 71-102
por *Octavio Salazar Benítez*
- A vueltas con el sacrificio ritual: análisis de la interpretación más reciente del tribunal de justicia de la Unión Europea págs. 103-129
por *Rafael Valencia Candalija*
- El delito de trata de seres humanos: evolución y perspectivas de futuro págs. 131-156
por *Margarita Valle Mariscal de Gante*
- Resaltando la especial trascendencia de la drittwirkung der grundrechte págs. 157-187
por *Antonio Villacorta Caño-Vega*

II. NOTAS

- Concurso culpable y moratoria concursal..... págs. 191-198
por *César Gilo Gómez*
- La apreciación de la capacidad por el notario en el otorgamiento del testamento abierto págs. 199-211
por *María Pilar Morgado Freige*
- Herramientas frente a la brecha salarial: normativa legal y planes de igualdad..... págs. 213-219
por *Remedios Menéndez Calvo*
- La deseada y potencial participación de las regiones europeas en la implementación del pacto verde de la Unión Europea págs. 221-240
por *Carlos Francisco Molina del Pozo*

— Sobre la motivación del laudo como garantía en el arbitraje (comentario sobre la STC 65/2021, de 15 marzo 2021).....	págs. 241-252
por <i>Pedro Ruiz Sánchez</i>	
— El papel de los ayuntamientos en la potenciación del uso de energías renovables por parte de particulares: el caso de la Comunidad de Madrid	págs. 253-274
por <i>Jorge Zamarriego Pérez</i>	
III. ACTOS ACADÉMICOS	págs. 275-282
IV. RECENSIONES	
— Libro Homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º Aniversario, Vol. I y II.....	págs. 285-287
por <i>Raquel Roso Cañadillas</i>	
— OIT y América Latina: trabajo y justicia social	págs. 289-293
por <i>Yanitza Giraldo Restrepo</i>	
V. INFORMACIÓN DE PUBLICACIONES	págs. 297-299
VI. INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES	págs. 303-305

¿EXISTE UN DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL?

IS THERE A RIGHT TO SEXUAL IDENTITY?

OCTAVIO SALAZAR BENÍTEZ

Universidad de Córdoba¹

Recibido: 27/07/2021

Aceptado: 16/09/2021

DOI: 10.14679/1300

Resumen: Una de las fronteras de los derechos humanos en el siglo XXI es la relacionada con la identidad personal. Tras una larga historia de discriminación, humillación y exclusión, uno de los retos de los derechos de las personas LGBTI es la superación de la perspectiva patologizadora de la transexualidad y su consolidación como parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Un objetivo no exento de tensiones políticas y jurídicas tal y como ha puesto de manifiesto el debate generado en nuestro país ante una futura ley de derechos de las personas trans basada en la autodeterminación de género.

Palabras clave: identidad, igualdad, diversidad, transexualidad, autodeterminación.

Abstract: *One of the frontiers of human rights in the 21st century is related to personal identity. After a long history of discrimination, humiliation, and exclusion, one of the challenges of LGBTI rights is to overcome the pathologizing perspective of transsexuality and its consolidation as part of the right to free development of personality. An objective that is not exempt from political and legal tensions, as the debate generated in our country over a future law on the rights of transgender people based on gender self-determination has shown.*

Key words: *identity, equality, diversity, transsexuality, self-determination.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL. 2.1. La identidad sexual en perspectiva comparada; 2.2. Un proyecto de ley basado en la autodeterminación, pero sin citarla. 2.3. Los sujetos del derecho. 2.4. Medidas para la inclusión de las personas trans. 3. LA AUTODETERMINACIÓN PERSONAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL. 3.1. El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. 3.2. Entre la subjetividad y la seguridad jurídica. 4. LA UTOPIA DE UN NUEVO SUJETO DE DERECHOS. 5. BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA.

¹ Este artículo ha sido redactado en el marco del Proyecto GENDER, Generando una interpretación del Derecho en clave de igualdad de género, PROYECTOS DE I+D+i «RETOS INVESTIGACIÓN», DEL PROGRAMA ESTATAL DE I+D+i ORIENTADA A LOS RETOS DE LA SOCIEDAD, EN EL MARCO DEL PLAN ESTATAL DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA Y TÉCNICA Y DE INNOVACIÓN, Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (2019-2021).

1. INTRODUCCIÓN.

Pocas normas han provocado en los últimos años un debate tan (in)tenso, incluso antes de su aprobación por el gobierno, como el Anteproyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans², elaborado por el Ministerio de Igualdad y hecho público en 2020. Un texto que sufriría varias modificaciones hasta finalmente ser aprobado como proyecto de ley en el Consejo de ministras y ministros del 29 de junio de 2021, aglutinando en una sola norma lo que en un principio estaba planteado como dos. El proyecto aprobado por el gobierno responde al título de “Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI” (en adelante, Proyecto). Además de las tensiones entre los dos partidos que forman el actual gobierno, la contestación de un sector del feminismo ha sido contundente. Así se evidencia en la denominada Plataforma contra el borrado de las mujeres³, según la cual, la auto-determinación de género “pone en peligro los derechos de las mujeres y las niñas basados en su sexo”. El género, insisten, “es un instrumento que favorece y perpetúa la situación de subordinación en la que nos encontramos las mujeres. Por eso, admitirlo como «identidad» implica esencializarlo, anulando por completo las posibilidades de luchar contra las imposiciones que conlleva”⁴. La Plataforma alerta

2 Con respecto a la terminología, debemos recordar cómo, en general, se usa el término “transexual” para referirse a quien está realizando o ha realizado la reasignación de sexo, mientras que con “transgénero” se identifica a las personas que no se sienten identificadas con ninguno de los dos géneros o bien no llevan a cabo un proceso de reasignación sexual. El Proyecto opta por usar el término “trans”, pero a diferencia del Anteproyecto, que identificaba como tal a “toda aquella persona cuya identidad de género no se corresponde con el sexo asignado al nacer”, no lo define.

3 Disponible en: <https://contraelborradodelasmujeres.org/> (consultada: 07/07/21)

4 Frente a estos postulados, Ruth Rubio y Stefano Osella argumentan lo siguiente: “Sin embargo, lo cierto es que esta neta distinción entre el “sexo” y el “género” se considera hoy en día mayoritariamente insostenible desde un punto de vista teórico. Se trata de una representación de la realidad que, en todo caso, es incapaz de reflejar la experiencia humana, que es mucho más compleja que la que parece abarcar la construcción clásica del binario sexual. Ya en los años 70 se señaló que la noción de “sexo” (como sustrato material y biológico) en realidad agrupaba ficticiamente una pluralidad de elementos corporales y de sensaciones mediante una categoría conceptual políticamente cargada. La noción de «sexo» servía, en otras palabras, para generar las polaridades que proporcionaban las bases para la preservación de la heterosexualidad normativa y del sistema patriarcal. Para Monique Wittig y las autoras que de sus estudios se nutrieron, era la lente cultural del género, binariamente entendido, la que permitía interpretar la materialidad de los cuerpos, a expensas, eso sí, de excluir las muchas variantes físicas que no encajaban dentro del binario varón/mujer. Estas intuiciones no se alimentaron únicamente del campo de la filosofía. Así, la bióloga Anne Fausto-Sterling demostró que el cuerpo no puede ser entendido en términos estrictamente binarios. Por el contrario, representa un continuo entre lo que se entiende por femenino y lo que se entiende por masculino. La realidad de las personas intersexuales (que, en su corporeidad, se desvían de las definiciones binaria de «sexo» y presentan anatomías sexuales diferentes a las que marca la norma) es tal vez el ejemplo paradigmático de la diversidad y de la riqueza de los cuerpos. A su vez, las intervenciones médico-quirúrgicas – que el propio colectivo define como mutilaciones – a las que eran sometidas estas personas, generalmente durante su infancia, para imponer una apariencia de «normalidad» son el reflejo de un sistema que, ajeno a los

de los riesgos que supone cambiar la categoría sexo por la de identidad de género, al convertir la definición de cada individuo en algo completamente subjetivo y que afectaría a la situación de las mujeres en ámbitos como el deporte, la educación, la infancia o los espacios concebidos como seguros para ellas además de desvirtuar los objetivos de las leyes aprobadas en los últimos años con el objetivo de acabar con la discriminación estructural que sufre la mitad de la ciudadanía⁵.

La controversia, al menos en la clave de tensión de los dos partidos que forman el gobierno⁶, resulta como mínimo sorprendente si tenemos en cuenta que la reforma de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, estaba incluida en los programas electorales con los que los dos partidos de presentaron a las elecciones celebradas en noviembre de 2019, así como en el acuerdo de gobierno firmado por ambos. De hecho, el Grupo Parlamentario Socialista presentó en 2017 una Proposición de Ley dirigida a modificar las exigencias patologizadoras de la ley de 2007⁷. Esta proposición coincidió con la presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, mucho más ambiciosa, y que respondía al título de “Ley sobre la protección jurídica de las personas trans y el derecho a la libre determinación de la

reclamos de la salud, se empeñaba en eliminar las desviaciones del binario, y en «reconstruir» el «sexo» de la persona dentro del binario de género. Y si la definición del sexo ha sido difícilmente entendible sin una construcción cultural de género, hoy en día la ciencia aporta insumos que explican la posible base biológica de una disociación entre el cuerpo y la identidad de género desde un campo, la epigenética, que precisamente tiende puentes entre el cuerpo y las experiencias del ser humano.” “2021: ¡Bienvenida la Nueva Ley de las Personas Trans y la autodeterminación de género” Disponible en: https://www.eldiario.es/andalucia/desdeelsur/2021-bienvenida-nueva-ley-personas-trans-autodeterminacion-genero_132_6631132.html#:~:text=Podemos%20seguir%20negando%20los%20derechos%20de%20las%20personas%20trans.&text=Por%20todo%20ello%2C%20C2%A1bienvenida%20en,y%20la%20autodeterminaci%C3%B3n%20de%20g%C3%A9nero! (consultada: 25/05/21)

5 Un estudio crítico del llamado “posfeminismo de género” puede verse en RODRÍGUEZ MAGDA, R. M., *La mujer molesta. Feminismos postgénero y transidentidad sexual*, Ménades, Madrid, 2019. Las críticas al “posfeminismo de género” también se han realizado desde posicionamientos teóricos alejados del feminismo. En esta línea, véanse los trabajos recogidos en el volumen editado por APARISI MIRALLES, A. y FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, F., *Hacia un modelo de sexo-género de igualdad en la diferencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

6 Así, el PSOE elaboró un Argumentario “contra las teorías que niegan la realidad de las mujeres” (disponible en: https://www.ecestaticos.com/file/26c584109b23615fbb8e917f31420769/1592075315-argumentariofeministapsoe_9jun2020.pdf, consultada: 24/05/21) mientras que posteriormente un grupo de militantes de Unidas Podemos manifestaron su rechazo al Anteproyecto en un Manifiesto titulado “En Podemos también hay feministas” (disponible en: <https://docs.google.com/forms/d/e/1FAIpQLSdnQ3teHcAWFg9VLDmkemBm17vmzrMHpgg6uo63WwtLuZCiZw/viewform>, consultada: 24/05/21)

7 Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, serie B: Proposiciones de Ley, 3 de marzo de 2017. Disponible en: [https://www.congreso.es/web/guest/busqueda-de-publicaciones?p_publicaciones_id_publicaciones&p_publicaciones_lifecycle=0&p_publicaciones_state=normal&p_publicaciones_mode=view&publicaciones_mode=mostrarTextoIntegro&publicaciones_legislatura=XII&publicaciones_id_texto=\(BOCG-12-B-91-1.CODI.\)](https://www.congreso.es/web/guest/busqueda-de-publicaciones?p_publicaciones_id_publicaciones&p_publicaciones_lifecycle=0&p_publicaciones_state=normal&p_publicaciones_mode=view&publicaciones_mode=mostrarTextoIntegro&publicaciones_legislatura=XII&publicaciones_id_texto=(BOCG-12-B-91-1.CODI.)) (consultada: 13/05/21)

identidad sexual y expresión de género”⁸. Ambas decayeron al disolverse las Cortes Generales y convocarse elecciones en abril de 2019.

Por otra parte, el polémico Anteproyecto se basó en gran medida en una ponencia de 2019 presentada ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, la cual contó con un amplio consenso en casi todos sus extremos, siendo apoyada por representantes de partidos tan diversos como PSOE, UP, PP, C’s, ERC o PNV. En paralelo, los grupos parlamentarios Republicano y Plural presentaron una Proposición de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans⁹, la cual introducía alguna novedad significativa con respecto al Anteproyecto. Esta Proposición, sin embargo, no fue admitida a trámite por el Congreso.

A todo ello hay que sumar que en la última década se han aprobado un total de 17 leyes autonómicas que reconocen y garantizan derechos a las personas trans, bien de manera específica, o bien en el marco genérico de una ley de derechos del colectivo LGBTI¹⁰. En cuatro CCAA – Andalucía, Aragón, Comunidad Valenciana y Madrid – existen ambos tipos de leyes¹¹. Además de en estos territorios, hay otras 2

8 Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie B: 2 de marzo de 2018, núm. 220-1. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-220-1.PDF (consultada: 18/07/21)

9 Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Serie B, 26 de marzo de 2021, núm. 156-1. Disponible en: https://www.congreso.es/gl/proposiciones-de-ley?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XIV&_iniciativas_id=122%2F000133 (consultada: 18/07/21)

10 Recordemos que el concepto “identidad de género” aparece incluso en el articulado de varios Estatutos de Autonomía. Así, la LO 2/2007, de 19 de marzo, del Estatuto de Autonomía para Andalucía reconoce el derecho de toda persona a que se respete su orientación sexual y su identidad de género (art. 35.1). La LO 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón contempla entre los principios rectores de las políticas pública “el derecho de todas las personas a no ser discriminadas por razón de su orientación sexual e identidad de género (art. 24.d). La LO 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de autonomía de la CA de Extremadura, habla de “políticas para garantizar el respeto a la orientación sexual y la identidad de género de todas las personas” (art. 7.13)

11 Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía; Ley 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 Andalucía; Ley 4/2018, de 19 de abril, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad Autónoma de Aragón; Ley 18/2018, de 20 de diciembre, de igualdad y protección integral contra la discriminación por razón de orientación sexual, expresión e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Aragón; Ley 8/2017, de 7 de abril, de la Generalitat, integral de reconocimiento a la identidad y a la expresión de género a la Comunidad Valenciana; Ley 23/2018, de 29 de noviembre, de la Generalitat, de igualdad de las personas LGTBI; Ley 8/2017, de 7 de abril, de la Generalitat, integral del reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género en la Comunitat Valenciana; Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid; Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra la LGTBifobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid

CCAA donde existen leyes específicas sobre identidad de género: en el País Vasco, la pionera Ley 14/2012, de 28 de junio, de derechos de las personas transexuales del País Vasco, y en Canarias, la recientemente aprobada Ley 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales. En el resto de CCAA, salvo en Castilla-la Mancha, Castilla y León, La Rioja y Asturias, lo que encontramos son leyes referidas a todo el colectivo¹².

Si nos fijamos en la terminología usada en estas leyes, un total de 15 optan por el término “autodeterminación de género” o similar¹³, como es el caso de la Ley LGBTI aragonesa que habla de “identidad de género autodeterminada”¹⁴. Once de las leyes autonómicas especifican que las personas trans no tienen que someterse a tratamiento ni examen médico o psicológico. La ley catalana de 2014 no usa el concepto “autodeterminación de género”, pero sí señala que no es necesario “un diagnóstico de disforia de género ni tratamiento médico”. La ley gallega es la única que guarda silencio al respecto, por lo que habría que entender que en este punto se aplicaría de manera supletoria lo previsto en la ley estatal y, por tanto, sería necesario el diagnóstico médico.

12 BALERARES: Ley 8/2016, de 30 junio, que garantiza los derechos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia; Cantabria: 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, Cataluña: 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; Navarra: Ley Foral 8/2017, de 19 de junio, para la igualdad social de las personas LGBTI+; Extremadura: 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; Galicia: 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; Murcia: 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.

13 La Ley vasca, que fue la primera en aprobarse en esta materia, no hablaba inicialmente de “autodeterminación”, principio que se incluiría con la reforma llevada a cabo por la Ley 9/2019, de 27 de junio. Un análisis de las primeras leyes autonómicas sobre esta materia puede verse en SALAZAR BENÍTEZ, O., “La identidad de género como derecho emergente”, *Revista de estudios políticos*, n.º 169, 2015, pp. 75-107.

14 Sigo en este punto en análisis realizado por LÓPEZ TRUJILLO, N. “Así regulan ya varias CCAA la autodeterminación de género que propondría la ley trans estatal”. Disponible en: <https://www.newtral.es/ley-trans-ccaa-autodeterminacion-genero/20201207/> (consultada: 25/06/21)

2. EL DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL¹⁵

2.1. La identidad sexual en perspectiva comparada

Tal y como evidencia en sus conclusiones el Informe de la Comisión Europea *Legal gender recognition in the EU: the journeys of trans people towards full equality*¹⁶, España se encuentra entre los países que carecen de un régimen jurídico aplicable a las personas trans basado en la autodeterminación. Un horizonte marcado por varias instancias internacionales como el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos o el Experto Independiente de Naciones Unidas para la Orientación Sexual y la Identidad de género, así como en la reciente Estrategia 2020/2025 de la Unión Europea con respecto a los derechos de las personas LGTBI¹⁷. Incluso la misma jurisprudencia del TEDH parece ir avanzando en esta dirección, tal y como demuestra la reciente sentencia del asunto X & Y c. Rumanía, de 19 de enero de 2021, en la que se ha reafirmado la obligación de los Estados de garantizar el derecho a la identidad de género. En este pronunciamiento, el TEDH recuerda que, si bien el artículo 8 tiene esencialmente por finalidad proteger al individuo contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos, a esta perspectiva se añaden obligaciones positivas inherentes a un respeto efectivo de la vida privada, que se traducen en que “los Estados tienen la obligación positiva de garantizar a sus ciudadanos el derecho a un respeto efectivo de su integridad física y moral”, dentro de la cual hay que situar la “identidad de género” (Apartado 146).

Desde una perspectiva comparada, nos encontramos diferentes modelos de reconocimiento de la identidad sexual¹⁸: 1) Regímenes de género por heteroasignación, entre los que se encontrarían países como Italia o India, son no solo aquellos que no permiten al individuo el cambio del sexo/género asignado en el nacimiento, sino todos aquellos que, aun permitiendo el cambio, tratan de fijar los confines de las categorías reconocidas mediante criterios de clasificación objetivos y predeterminados, lo que hace que las categorías descansen en último término en un sistema de

15 Aunque en un trabajo anterior optaba por la expresión “identidad de género”, que es la expresión consolidada a nivel comparado, estimo que es menos confuso hablar de identidad sexual, en cuanto que los géneros, entendidos como construcción social y cultural que parten de una asimetría jerárquica entre hombres y mujeres, deberían ser abolidos y no confirmados a través de procesos que obligan al individuo a ubicarse en uno de ellos. De ahí que entienda que hablar de identidad de género pueda ayudar perversamente a mantener un discurso que en vez de acabar con la jerarquía masculino/femenino, contribuya a mantenerla. En este sentido, creo que identidad sexual o autodeterminación sexual evita la confusión y establece un vínculo más estrecho y evidente entre la autodeterminación individual y el propio cuerpo.

16 Disponible en: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/7341d588-ddd8-11ea-adf7-01aa75ed71a1/language-en> (consultada: 12/07/21)

17 Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0698&from=EN> (consultada: 13/07/21)

18 RUBIO MARÍN, R. y OSELLA, S. “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*, n.º 118, 2020, pp. 45-75.

evaluación o certificación externa; 2) Regímenes de género electivos: se basan principalmente en la autodeterminación y obedecen a un entendimiento subjetivo de las categorías. En este grupo, aunque todavía basados en el binarismo, estaría por ejemplo Colombia, mientras que en los electivos que superan el binarismo y añaden la fluidez de género, estaría Bélgica. Argentina fue un país pionero al optar por una regulación de la transexualidad en clave no patologizadora, a través de la Ley 26.743, de 9 de mayo de 2012. Más recientemente, en Portugal se aprobó la Ley 38/2018, de 7 de agosto, del derecho a la autodeterminación de la identidad de género y expresión de género, y de protección de las características sexuales de cada persona.

En el contexto europeo, y de acuerdo con los datos sistematizados en el Informe de la Comisión Europea antes citado, podemos distinguir cinco grupos de Estados en función de los requisitos exigidos para ese reconocimiento:

- 1º) En países como Bulgaria, Chipre, Lituania, Letonia y Rumania, no existen procedimientos legalmente previstos, dejando así libertad a los órganos decisorios para imponer los requisitos de forma arbitraria.
- 2º) En otro grupo, en el que se encuentran Eslovaquia, Chequia, Polonia, Finlandia, Austria, Estonia, España, Italia y Reino Unido, se imponen exigencias médicas intrusivas, tales como la cirugía de cambio de sexo, la esterilización o terapias hormonales.
- 3º) En Slovenia, Alemania, Hungría, Croacia, Suecia y Noruega se requieren informes de salud mental, o bien opiniones y supervisiones médicas.
- 4º) En Grecia y Francia, no se exigen intervenciones médicas o diagnósticos, pero sí determinados requisitos administrativos.
- 5º) En el quinto grupo, formado por Bélgica, Dinamarca, Irlanda, Luxemburgo, Malta y Portugal, el criterio que prevalece en los procedimientos es la autodeterminación.

En este Informe se recomienda la adopción de procedimientos basados en la autodeterminación. No obstante, también se puntualiza que no basta con el reconocimiento legal de la identidad de género para acabar con la discriminación que sufre este colectivo. Para ello, se requiere una estrategia amplia con medidas que incidan en ámbitos como el laboral o el educativo

2.2. Un Proyecto de Ley basado en la autodeterminación, pero sin citarla

El Proyecto de Ley aprobado en junio de 2021 ha eliminado las referencias que, de manera expresa, se incluían en el anteproyecto al derecho a la identidad de género libremente manifestada, como exigencia de la dignidad humana y requisito para el libre desarrollo de la personalidad, y que en ningún caso debería estar mediado por la exigencia de pruebas psicológicas o médicas¹⁹. De acuerdo con este presupuesto,

¹⁹ Estos mismos presupuestos sirvieron de base a la Proposición de Ley presentada por los Grupos Republicano y Plural del Congreso y que no llegó a ser debatida ya que se rechazó su toma en consideración. La abstención del PSOE, sumada a la negativa de los partidos de derechas,

el Anteproyecto reconocía el derecho de toda persona “a construir para sí una auto-definición con respecto a su cuerpo, sexo, género, orientación, identidad de género y expresiones de género”. En el Proyecto en ningún caso de habla de “autodeterminación” como tampoco de “identidad de género”. De hecho, en el art. 3, al referirse de manera genérica a la actuación de los poderes públicos, se habla de “identidad sexual” y de “expresión de género”²⁰. El primer término es el que se usa a lo largo del articulado del Proyecto²¹. La única mención, implícita, que encontramos al concepto de autodeterminación es la que en el art. 50 establece al disponer que “la atención sanitaria a las personas trans se realizará conforme a los principios de no patologización, autonomía, codecisión y consentimiento informado, no discriminación, asistencia integral, calidad, especialidad, proximidad y no segregación”.

En el Título II del Proyecto, dedicado a las “Medidas para la igualdad real y efectiva de las personas trans”, nos encontramos en su primer capítulo con la cuestión que ha originado una mayor controversia: la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. El Proyecto supera la lógica patologizadora en la que se basa la Ley de 2007 y que, lejos de ser un instrumento de reconocimiento de los derechos de las personas trans²², se limitó a regular lo que explicita su título: *la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas*. Esta ley prevé que la rectificación registral se acuerde por el encargado del Registro Civil del domicilio de la persona solicitante (art. 3), siempre y cuando ésta acredite: a) un diagnóstico, mediante informe médico o psicológico, de disforia de género; b) el tratamiento durante al menos 2 años para acomodar sus características físicas a las correspondientes del sexo reclamado.

En la Ley vigente sigue primando una concepción biológica del sexo, ya que el tratamiento médico tiene como finalidad “acomodar sus características físicas a las correspondientes del sexo reclamado”. Este enfoque contribuye a mantener el modelo binario de géneros que es, realmente, donde radica el verdadero problema y no tanto en los cuerpos de quienes se encuentran “atrapados” en el mismo²³. En este

fue clave para que en la sesión celebrada el 18 de mayo de 2021 el texto no iniciara su tramitación parlamentaria. CORTES GENERALES, DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, Año 2021, XIV LEGISLATURA. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/DS/PL/DSCD-14-PL-102.PDF (consultada: 02/06/21)

20 Ni siquiera se menciona estos términos en la Exposición de Motivos, en la que únicamente se alude al principio del libre desarrollo de la personalidad como base del derecho al cambio registral de la mención del sexo.

21 Así, por ejemplo, en el art. 16, dedicado a la prohibición de las terapias de conversión; en el art. 66, donde se contempla la protección de las personas LGBTI menores de edad o en el largo Título IV donde se detallan infracciones y sanciones.

22 Para un análisis detallado de la construcción jurisprudencial del derecho a la reasignación sexual véase SALAZAR BENÍTEZ, O, “La identidad de género como derecho emergente”, cit.

23 Lo que se planteó como una ley que suponía un avance en el reconocimiento de derechos, se situó sin embargo en un sentido contrario a lo que ya entonces empezaba a plantearse como una corriente internacional mayoritaria. La vindicación se tradujo en un movimiento internacional llamado Stop Trans Pathologization. Entre los apoyos a esta iniciativa cabe destacar el Informe Temático “Derechos Humanos e Identidad de Género” del Comisario de Derechos Humanos

sentido, hay que tener presente como en la solicitud de rectificación registral deberá incluirse la elección de un nuevo nombre, salvo cuando la persona quiera conservar el que tenía y éste no induzca a error en cuanto al sexo con arreglo al art. 54 de la Ley del Registro Civil. Comprobamos como esta exigencia responde al mantenimiento de un sistema sexo-género rígido, plasmado en ese nombre “que no induzca a error en cuanto al sexo”, es decir, que en todo caso deje muy clara la pertenencia al masculino o al femenino. Posteriormente, la Ley de Registro Civil, 20/2011, de 21 de julio, eliminó el art. 54 e introdujo un nuevo artículo 51 en el que se dispone que “no es posible imponer nombres que sean contrarios a la dignidad de la persona ni que hagan confusa su identificación”. El problema sigue siendo si la ruptura del eje masculino/femenino continúa provocando dicha “confusión”²⁴.

La novedad esencial del Proyecto es que la solicitud de rectificación registral de la mención de sexo no precisará más que la declaración expresa de la persona interesada, si es mayor de 16 años (art. 37.1), y si tiene entre 14 y 16, deberá ser asistida por sus representantes legales (art. 37.2). En ningún caso, el ejercicio de este derecho “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, quirúrgicos o de otra índole” (art. 37.4).

El art. 38 regula el procedimiento para la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, el cual se iniciará mediante comparecencia de la persona legitimada, asistida por sus representantes legales en el supuesto del artículo 37.2, ante la persona encargada de cualquier Oficina del Registro Civil, a su elección, de la que haya obtenido cita previa. En dicha comparecencia, la persona encargada del Registro Civil le hará entrega del formulario que recogerá su manifestación de disconformidad con el sexo mencionado en su inscripción de nacimiento y su solicitud de que, en consecuencia, se proceda a la correspondiente rectificación. En el formulario de solicitud de rectificación registral se deberá incluir la elección

del Consejo de Europa Thomas Hammarberg, la Recomendación CM/Rec (2010) 5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, la Resolución 1728 (2010) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y el Comentario de Derechos Humanos de Thomas Hammarberg “Clear laws needed to protect trans persons from discrimination and hatred”, publicado el 26 de julio de 2011, así como declaraciones de diferentes gobiernos. El más contundente posicionamiento político tuvo lugar el 28 de septiembre de 2011 cuando el Parlamento Europeo acordó eliminar su consideración como patología e instó a los Estados a simplificar la tramitación del cambio de identidad y a garantizar la cobertura médica por parte de la seguridad social. Este intenso activismo empezó a dar sus frutos en la última década. Así, el 22 de mayo de 2013 la Asociación Americana de Psiquiatría publicó la versión final del Manual Estadístico de los Trastornos Mentales V (DSM), en el que al fin desapareció el “trastorno de identidad de género”, si bien mantuvo la “disforia de género” para referirse a la angustia que sufre la persona que no se siente identificada con su sexo biológico. Hubo que esperar a 2018 para que la OMS eliminara la transexualidad del listado de enfermedades mentales.

24 En el Proyecto se prevé, en la Disposición final 6ª, una modificación de esta ley, de tal manera que en el apartado 2 de su art. 51 solo aparezca la prohibición de nombres que sean contrarios a la dignidad de la persona.

de un nuevo nombre propio, salvo cuando la persona quiera conservar el que ostente y ello sea conforme a los principios de libre elección del nombre propio previstos en el Registro Civil.

En esta comparecencia inicial, la persona encargada del Registro Civil informará a la solicitante de las consecuencias jurídicas de la rectificación pretendida, incluido el régimen de reversión, así como de la existencia de las medidas voluntarias de apoyo que estén a su disposición a lo largo del procedimiento de rectificación registral en los ámbitos sanitario, social, laboral, educativo y administrativo, incluyendo medidas de protección contra la discriminación, promoción del respeto y fomento de la igualdad de trato. Igualmente, se le informará de la existencia de asociaciones y otras organizaciones de protección de los derechos en este ámbito a las que puede acudir.

En el caso de menores que tengan más de 14 años, todos los intervinientes en el procedimiento tendrán en consideración en todo momento el interés superior de la persona menor. La persona encargada del Registro Civil le facilitará la información sobre las consecuencias jurídicas de la rectificación solicitada y toda la información complementaria que proceda en un lenguaje claro, accesible y adaptado a sus necesidades.

Una novedad que introduce el Proyecto con respecto al Anteproyecto inicialmente elaborado por el Ministerio de Igualdad es que se prevé una segunda comparecencia, al objeto, suponemos, de garantizar la seriedad de la solicitud. De esta manera, se prevé que, en el plazo máximo de 3 meses desde la fecha de la comparecencia y 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. Firmada y presentada la solicitud, la persona encargada del Registro Civil, previa comprobación de la documentación obrante en el expediente dictará resolución sobre la rectificación registral solicitada dentro del plazo máximo de un mes a contar desde la fecha de la segunda comparecencia. Esta resolución será recurrible en los términos previstos en la normativa reguladora del Registro Civil, si bien el recurso ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública tendrá carácter potestativo en este caso²⁵.

El art. 40 concreta los efectos que tendrá la resolución de la mención registral relativa al sexo, los cuales tendrán efectos constitutivos a partir de su inscripción en el Registro. El Proyecto especifica, además, los siguientes extremos:

- La rectificación registral permitirá a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición.

25 El Proyecto prevé que cuando se trate de personas con discapacidad, en el procedimiento de rectificación registral de la mención relativa al sexo se garantizarán los medios y recursos de apoyo, materiales y humanos, incluidas las medidas de accesibilidad y diseño universales que resulten precisas para que reciban la información, formen y expresen su voluntad, otorguen su consentimiento y se comuniquen e interactúen con el entorno, de modo libre. Lo que no especifica el Anteproyecto es si el trámite de rectificación registral será gratuito y si requerirá o no de asistencia letrada, tal y como por ejemplo prevé de manera expresa la Ley argentina (art. 6).

- La persona no podrá ser beneficiaria de medidas de acción positiva adoptadas específicamente en favor de las mujeres en virtud del artículo 11 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, respecto de las situaciones jurídicas anteriores a la rectificación registral, si bien conservará los derechos patrimoniales consolidados que se hayan derivado de las mismas, sin que haya lugar a su reintegro o devolución.
- Respecto de las situaciones jurídicas que traigan causa del sexo biológico, la persona conservará, en su caso, los derechos inherentes al mismo en los términos establecidos en la legislación sectorial.
- La rectificación de la mención registral relativa al sexo y, en su caso, el cambio de nombre, no alterarán la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral, en particular a efectos de lo establecido en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Otra de las novedades que introduce el Proyecto es la previsión en el art. 41 sobre la reversibilidad de la rectificación de la mención registral. En concreto, dicho artículo dispone que, transcurridos seis meses desde la inscripción en el Registro Civil de la rectificación de la mención registral relativa al sexo, las personas que la hubieran promovido podrán recuperar la mención registral del sexo que figuraba previamente a dicha rectificación en el Registro Civil. Para ello, podrán volver a solicitar el cambio registral de dicha mención obteniendo aprobación judicial a través del expediente de jurisdicción voluntaria regulado en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria²⁶.

2.3. Los sujetos del derecho

La norma vigente establece una limitación en su art. 1 que desde el primer momento fue objeto de crítica: solo las personas de nacionalidad española y mayores de edad están legitimadas para iniciar el procedimiento de rectificación registral del sexo. El Proyecto también supera esta lógica excluyente, aunque de manera menos rotunda que en el Anteproyecto, en el cual se hablaba expresamente de titularidad del derecho a la identidad de género por parte tanto de las personas menores de edad, como de las extranjeras, con independencia de su situación administrativa (art. 8). Con relación a las segundas, lo que se contempla en el art. 44 es la adecuación de su documentación en los siguientes términos: “Las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, habrán de habilitar procedimientos a través de los cuales las personas extranjeras sin residencia legal en España que acrediten la imposibilidad legal o de hecho de llevar a efecto la rectificación registral relativa al sexo, y en su caso al nombre, en su país de origen, y los apátridas, siempre que

²⁶ El procedimiento específico se prevé en el capítulo XII que se añade al Título II de dicha Ley, tal y como se contempla en la Disposición Final Séptima del Proyecto.

cumplan los requisitos de legitimación previstos en esta ley, excepto el de estar en posesión de la nacionalidad española, puedan interesar la rectificación de la mención del sexo y el cambio del nombre en los documentos que se les expidan”²⁷.

También son muchas más escuetas las referencias a las personas menores de edad, de las que se señalaba en el Anteproyecto su derecho a ser escuchadas y a incorporarse progresivamente a los procesos de toma de decisiones en relación con toda medida que se les aplique en lo referente a su identidad y expresión de género. Además, dicho texto establecía que la negativa a respetar su identidad por parte de su entorno familiar perjudica el desarrollo personal del menor, a efectos de valorar una situación de riesgo de acuerdo con lo dispuesto en el art. 17 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor²⁸.

En este sentido, el Anteproyecto se ajustaba, de manera mucho más comprometida, a lo concluido por el Tribunal Constitucional en su sentencia 99/2019, de 18 de julio de 2019²⁹. El TC estimó la cuestión planteada por la Sala de lo Civil del

27 A este artículo habría que añadir la previsión genérica del art. 68: “Las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, garantizarán a las personas extranjeras LGBTI que se encuentren en España, con independencia de su situación administrativa, la titularidad y ejercicio del derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de las causas establecidas en esta Ley en las mismas condiciones que a los no nacionales, en los términos recogidos en la presente Ley”.

28 En esta línea, hay que situar la previsión que realiza la reciente Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que en su art. 9.2 dispone que “los niños, niñas y adolescentes tendrán derecho a que su orientación sexual e identidad de género, sentida o expresada, sea respetada en todos los entornos de vida, así como a recibir el apoyo y asistencia precisos cuando sean víctimas de discriminación o violencia por tales motivos.” De manera más específica, se contempla la protección frente al acoso escolar por motivos de identidad o expresión de género (art. 34.2), así como la no discriminación en la práctica del deporte, la actividad física, la cultura o el ocio por motivos de “identidad sexual o expresión de género” (art. 48.1.d). Igualmente se prevén actuaciones específicas frente al acoso por estos motivos que tenga lugar en los centros de protección de personas menores de edad (art. 53.1.d).

29 La reclamación que está en el origen de la cuestión de inconstitucionalidad que dio origen a dicha sentencia ha sido una constante en los últimos años por parte de las familias con hijos e hijas que no se identifican con el nombre y el sexo asignados al nacer. La práctica en la última década había dado lugar a una enorme inseguridad jurídica ya que mientras que en determinados Registros se accedía al cambio de nombre de los menores, en otros tal cambio no era posible. En algunos casos fueron algunos tribunales los que, haciendo una interpretación favorable a los derechos de las personas menores, y por tanto yendo más allá de lo previsto en la Ley 3/2007, les reconocieron la posibilidad de pedir la rectificación registral. En el caso que nos ocupa, unos padres habían solicitado ante el Registro civil la rectificación del nombre y del sexo de su hijo, el cual había nacido en 2002 y había sido inscrito en el Registro con nombre y sexo de mujer. El asunto llegó hasta el Tribunal Supremo, cuya Sala de lo Civil tuvo dudas sobre la limitación establecida en la Ley 3/07 con respecto a los menores de edad. Con anterioridad, la Dirección General de los Registros y del Notariado había aprobado la Instrucción de 23 de octubre de 2018, sobre cambio de nombre en el Registro Civil de personas transexuales, en la cual se prevén dos situaciones: 1ª) En el supuesto de que un mayor de edad o un menor emancipado solicitara el cambio de nombre, para la asignación de uno correspondiente al sexo diferente del resultante de la inscripción de nacimiento, tal solicitud será atendida, con tal de que ante el encargado del Registro Civil, o bien en documento público, el solicitante declare que se siente del sexo correspondiente

Tribunal Supremo en relación con el art. 1.1 de la Ley 3/2007 y lo declaró inconstitucional, 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 una «situación estable de transexualidad»³⁰.

El nudo central de la argumentación del TC fue la estrecha conexión de la identidad sexual del individuo con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)³¹. Si, por lo tanto, el derecho a obtener la rectificación registral de la mención del sexo que habilita la Ley 3/2007 se orienta a la realización del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), la limitación de su disfrute exclusivamente a favor de quien sea mayor de edad, entiende el TC, supone una restricción especialmente intensa para quienes tienen menos de 18 años. La sentencia insiste en que las personas menores de edad han de gozar del reconocimiento de un espacio de autodeterminación, lo cual implica, como consagró la Convención de derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, que los Estados respeten el derecho “a preservar su identidad”. En este sentido, el TC recuerda su sentencia 154/2002, en la que reconoció que el ámbito de autodeterminación sobre decisiones vitales –el rechazo de una transfusión de sangre a pesar de conllevar peligro para su vida– se predica también de quien es menor de edad.

El TC aprecia que en el caso de las personas menores de edad con “suficiente madurez” y en una “situación estable de transexualidad”, “se incrementan notablemente los perjuicios para su derecho a la intimidad personal y para el principio que

al nombre solicitado, y que no le es posible obtener el cambio de la inscripción de su sexo en el Registro Civil, por no cumplir los requisitos del art. 4 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas; 2ª) Los padres de los menores de edad, actuando conjuntamente, o quienes ejerzan la tutela sobre los mismos, podrán solicitar la inscripción del cambio de nombre, que será atendida en el Registro Civil, con tal de que ante el encargado del Registro Civil, o bien en documento público, los representantes del menor actuando conjuntamente declaren que el mismo siente como propio el sexo correspondiente al nombre solicitado de forma clara e incontestable. La solicitud será también firmada por el menor, si tuviera más de doce años. Si el menor tuviera una edad inferior, deberá en todo caso ser oído por el encargado del Registro Civil, mediante una comunicación comprensible para el mismo y adaptada a su edad y grado de madurez.

30 SALAZAR BENÍTEZ, O., “El derecho a la identidad sexual de las personas menores de edad. Comentario a la STC 99/2019, de 18 de julio de 2019”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 32, 2019.

31 La sentencia recuerda la conexión que ha reconocido el TEDH entre autonomía, libre desarrollo de la personalidad y la identidad sexual (por todas, STEDH de 10 de marzo de 2015, asunto Y.Y. c. Turquía, § 57), de tal manera que ha llegado a reconocer a su vez un derecho a la autodeterminación, que es fundamental para las personas trans y que estaría garantizado por el art. 8 CEDH (STEDH asunto A.P. Garçon y Nicot contra Francia, de 6 de abril de 2017). En el mismo sentido, la sentencia acoge varios pronunciamientos del Tribunal Federal alemán, la Resolución 2048 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 22 de abril de 2015 o diversas sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo que fundaron en el libre desarrollo de la personalidad la línea jurisprudencial en la que, dando prevalencia en la determinación del sexo a los factores psicosociales, dejó de exigir la operación quirúrgica de reasignación sexual para admitir la rectificación de las menciones de sexo y nombre en el registro civil.

le garantiza un espacio de libertad en la conformación de su identidad”. En consecuencia, el art. 1.1 de la Ley 3/2007, “constituye una medida legal que restringe los principios y derechos constitucionales que venimos considerando de un modo desproporcionado, dado que los perjuicios para los mismos claramente sobrepasan las menores necesidades de tutela especial que se manifiestan en estas categorías específicas de menores de edad, por lo que procede declarar su inconstitucionalidad”.

Como hemos adelantado, el Proyecto se limita a establecer la edad de 16 años como el límite que posibilita acceder a la rectificación registral, mientras que las personas mayores de 14 deberán hacerlo en todo caso asistidas por sus representantes legales (art. 37.1 y 2)³². Además, el art. 42 establece que “las personas menores de edad hayan iniciado o no el procedimiento de rectificación de la mención relativa al sexo en el caso de que estén legitimadas para ello, tienen derecho a obtener la inscripción registral del cambio de nombre por razones de disconformidad con el sexo mencionado en su inscripción de nacimiento”. Se establecen las siguientes limitaciones a ese cambio de nombre: “No podrán consignarse más de dos nombres simples o uno compuesto ni imponerse nombres que sean contrarios a la dignidad de la persona, ni el nombre que ostente uno de sus hermanos o hermanas con idénticos apellidos, a no ser que hubiera fallecido”.

Finalmente, el art. 45 dispone que “en virtud del principio de respeto a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad y del derecho a la intimidad, las personas menores de edad que hayan obtenido la inscripción registral del cambio de nombre por razones de disconformidad con el sexo mencionado en su inscripción de nacimiento y sin modificar dicha mención, tienen derecho a que las Administraciones públicas, las entidades privadas y cualquier persona natural o jurídica con la que se relacionen expidan todos los documentos de la persona menor de edad distintos del documento nacional de identidad con constancia de su nombre tal como aparezca inscrito por la rectificación operada en el Registro Civil”. En el mismo sentido, “las Administraciones públicas, entidades y personas estarán obligadas a dispensar a la persona menor de edad que haya cambiado su nombre en el Registro Civil el trato que corresponda a las personas del sexo con el que se identifica, sin que pueda producirse discriminación alguna por tal motivo y debiendo prevalecer siempre el principio de igualdad de trato”.

En previsión de los posibles conflictos que pueden plantearse entre las personas menores de edad y sus representantes legales, la Disposición final séptima introduce una modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. En concreto, se le añade un nuevo Capítulo XI en el Título II, dedicado a la aprobación judicial de la modificación de la mención registral del sexo de personas mayores de doce años y menores de catorce³³.

32 El Anteproyecto preveía que, en el caso de las menores de entre 12 y 16 años, podrían efectuar la solicitud a través de sus representantes legales o por sí mismas con su consentimiento.

33 La competencia para conocer de este tipo de expedientes corresponderá al Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la persona cuya mención registral pretenda rectificarse o, si no lo tuviera en territorio nacional, el de su residencia en dicho territorio. El expediente podrá

Una de las previsiones del Anteproyecto que había provocado más polémica, la relativa a las prestaciones prevista en el ámbito sanitario para las menores trans, ha sido eliminado en el Proyecto³⁴. Las únicas previsiones específicas que sobre las menores trans se mantiene el Proyecto son las relativas a su situación en el ámbito

ser promovido por las personas mayores de doce años y menores de catorce, asistidas por sus representantes legales. En el supuesto de desacuerdo de los progenitores o representante legal, entre sí o con la persona menor de edad, se procederá al nombramiento de un defensor judicial de conformidad con lo previsto en el artículo 300 del Código Civil. En la tramitación de este expediente no será preceptiva la intervención de Abogado ni Procurador. El expediente, que será de tramitación preferente, se iniciará mediante solicitud en la que la persona legitimada manifieste su disconformidad con el sexo mencionado en su inscripción de nacimiento y solicite autorización judicial para que se proceda a la correspondiente rectificación registral de la mención al sexo y, en su caso, al nombre que aparece en la inscripción. La solicitud deberá venir acompañada de cualesquiera medios documentales o testificales acreditativos de que la persona que insta el expediente ha mantenido de forma estable la disconformidad a la que se refiere el apartado anterior. Admitida a trámite la solicitud, el Juez citará a comparecencia al solicitante y, en su caso, a sus representantes legales, a las demás personas que estime oportuno, así como al Ministerio Fiscal. El Juez podrá solicitar la práctica de las pruebas que considere necesarias para acreditar la madurez necesaria del menor y la estabilidad de su voluntad de rectificar registralmente la mención a su sexo, tendrá en consideración en todo momento el interés superior de la persona menor de edad y le facilitará la información sobre las consecuencias jurídicas de la rectificación solicitada y toda la información complementaria que proceda, en un lenguaje claro, accesible y adaptado a sus necesidades. Deberá informarle asimismo de la existencia de las medidas voluntarias de apoyo que estén a disposición de la persona solicitante en los ámbitos sanitario, social, laboral, educativo y administrativo, incluyendo medidas de protección contra la discriminación, promoción del respeto y fomento de la igualdad de trato. Igualmente, pondrá en conocimiento de la persona menor de edad legitimada la existencia de asociaciones y otras organizaciones de protección de los derechos en este ámbito a las que puede acudir. Se prevé que puedan intervenir como testigos todas las personas mayores de edad aun cuando estén ligadas a la persona solicitante por parentesco por consanguinidad o afinidad en cualquier grado, vínculos de adopción, tutela o análogos, o relación de amistad. El Juez resolverá sobre la concesión o denegación de la aprobación judicial, considerando en todo caso el interés superior de la persona menor de edad y previa comprobación de su voluntad estable de modificar la inscripción registral y de su madurez suficiente para comprender y evaluar de forma razonable e independiente las consecuencias de su decisión. De acuerdo con la lógica despatologizadora de la norma, se dispone que la concesión no podrá estar condicionada a la previa exhibición de informe médico o psicológico relativo a la identidad sexual, ni a la previa modificación de la apariencia o función corporal de la persona a través de procedimientos médicos, quirúrgicos o de otra índole.

34 En concreto, el Anteproyecto disponía que “el tratamiento hormonal en el caso de las personas menores de edad comprenderá el tratamiento para el bloqueo hormonal al inicio de la pubertad, para evitar el desarrollo de caracteres sexuales secundarios no deseados; y el tratamiento hormonal cruzado para favorecer que su desarrollo corporal se corresponda con el de las personas de su edad, a fin de propiciar el desarrollo de caracteres sexuales secundarios deseados. Se informará a la persona menor y a sus representantes legales sobre la posibilidad de posponer o reducir la medicación, respetándose en todo caso la decisión de la persona interesada”. No hay que olvidar que, en este aspecto, como bien recuerda el art. 51 del Proyecto, el otorgamiento del consentimiento informado se realizaría siempre de acuerdo con lo previsto en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

educativo³⁵. En concreto, el art. 54 dispone que el alumnado menor de edad, conforme a lo dispuesto en el artículo 44 de la presente Ley, tiene derecho a obtener un trato conforme a su nombre registral en todas las actividades que se desarrollen en el ámbito educativo. Además, el art. 55 prevé que las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, elaborarán protocolos de apoyo y acompañamiento al alumnado trans, y contra el acoso transfóbico, para prevenir, detectar e intervenir ante situaciones de violencia y exclusión.

2.4. Medidas para la inclusión de las personas trans

El Título II se completa con una sección 2ª dedicadas medidas para el fomento del empleo (art. 48) y la integración laboral de las personas trans (art. 49), una 3ª en la que se contemplan distintas medidas en el ámbito sanitario (arts. 50-53) y una 4ª, ya comentada, sobre medidas en el ámbito educativo para promover la igualdad real y efectiva de las personas trans.

Se han suprimido las medidas que contemplaba el Anteproyecto relativas a las situaciones de privación de libertad, detención o custodia, así como las que incidían en uno de los ámbitos, el deportivo, que es uno de los que mayores controversias ha generado en cuanto a las posibles repercusiones que la futura ley puede tener en las competiciones deportivas de mujeres.

También han desaparecido las detalladas previsiones que el Anteproyecto incluía sobre las actuaciones en el ámbito sanitario y que subrayaban la perspectiva despatologizadora. Así se insistía en que los Protocolos previstos en este ámbito habrían de elaborarse y desarrollarse desde dicha perspectiva, teniendo en cuenta la pluralidad de identidades, trayectorias y expresiones de género. Además, se preveía que la intervención sanitaria se iniciaría después de una exposición razonada de las opciones existentes, así como de sus riesgos y beneficios, por parte de los equipos de profesionales, y de la conformidad de la persona, respetando siempre la progresión y el itinerario que marque la persona interesada. En todo caso, la información, verbal o escrita, que se proporcionase a la persona interesada en ningún caso podría ser parcial o sesgada o ni debería pretender influir en la formación de criterios contrarios a los que salvaguardan la autonomía, la integridad física y la libre determinación de la identidad de género. Cuando se tratara de menores, la información facilitada, indicaba el Anteproyecto, debería adaptarse al grado de madurez de la persona.

En todos estos ámbitos, el Anteproyecto contemplaba la necesidad de formación de los profesionales que intervienen en cada uno de ellos, siendo especialmente relevante la de los profesionales de la judicatura, la fiscalía, el personal de la admi-

35 A ellas habría que añadir, dentro de las directrices que el art. 66 establece para la protección de las personas menores LGTBI, se incluye la siguiente: “La negativa a respetar la orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales de una persona menor, como componente fundamental de su desarrollo personal, por parte de su entorno familiar, deberá tenerse en cuenta a efectos de valorar una situación de riesgo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil” (art. 66.4).

nistración de justicia y la abogacía sobre defensa y garantías de los derechos de las personas trans. Estas previsiones han desaparecido y solo se contempla las necesidades formativas del personal sanitario (art. 52).

También ha desaparecido del Proyecto una de las previsiones que había generado una mayor contestación por un sector del movimiento feminista. Me refiero al reconocimiento del derecho de “las personas trans con capacidad de gestar” a ser receptoras o usuarias de las técnicas de reproducción humana asistida. Una crítica vinculada con el uso de una terminología que contribuye al “borrado” de las mujeres, al hablar de “personas con capacidad de gestar”³⁶.

3. LA AUTODETERMINACIÓN PERSONAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL

3.1. El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica

El debate planteado en torno al proyecto de la conocida como Ley Trans nos sitúa, en el plano estrictamente jurídico, frente a la posibilidad de reconocer, más que un derecho a la identidad sexual, lo que podríamos llamar derecho de autodeterminación personal que, a su vez, sería el sustento del resto de derechos en cuanto que es la clave para la (auto)definición del propio sujeto³⁷. La autodeterminación personal, que nos remite al concepto de autonomía, la “autodeterminación consciente y responsable” a la que se refirió el TC en su sentencia 53/85, deriva de los principios sustanciales que enumera el art. 10.1 CE – dignidad, libre desarrollo de la personalidad – y se proyecta en todos los derechos constitucionales. Se trataría, en definitiva, del reconocimiento de un derecho a la personalidad jurídica que³⁸, a su vez, es expresión del principio de igualdad en su dimensión de reconocimiento³⁹. Estamos pues ante

36 En todo caso, tal y como estaba redactada la Disposición final 3ª del Anteproyecto, no se deducía de ella un “borrado” de las mujeres, sino que a ellas se sumaban las personas trans. En concreto, en ella se preveía añadir una DA 7ª a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en la que se dispusiera que “las referencias hechas a la mujer en esta ley deben extenderse a las personas trans con capacidad de gestar”.

37 Un completísimo análisis del carácter fundamental del derecho a la autodeterminación del individuo puede verse en la Opinión consultiva OC-24/17, de 24 de noviembre de 2017, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, solicitada por Costa Rica y que versa sobre “Identidad de género, e igualdad, y no discriminación a parejas del mismo sexo”. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf (consultada: 04/07/21)

38 Así se le denomina en los Principios de Yogyakarta, en cuyo art. 3 se dice expresamente que “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”.

39 Como señala Nancy Fraser, “el reconocimiento designa una relación recíproca ideal entre sujetos, en la que cada uno ve al otro como su igual y también como separado de sí. Se estima que esta relación es constitutiva de la subjetividad: uno se convierte en sujeto individual

un derecho que no solo tiene que ver con la vida privada, que es como por ejemplo ha interpretado la identidad de género la jurisprudencia del TEDH, sino también con la pública, con el mismo ejercicio de la ciudadanía. Es decir, es innegable su dimensión política, dado el carácter necesariamente relacional del “yo”⁴⁰. Desde este punto de vista, la identidad sexual en sí no sería un derecho, sino más bien una condición para el ejercicio de los derechos – como pueden serlo la edad o la nacionalidad – y, claro está, parte esencial de ese conjunto de factores que sumados vendrían a constituir la personalidad del individuo.

Este carácter relacional⁴¹, que nos recuerda el papel de la mirada del “otro” en la configuración de nuestra identidad, nos plantea a su vez ciertas dudas con respecto al mismo concepto de autodeterminación, en el que se trata de fundamentar el derecho a la identidad sexual. Si bien jurídicamente nos puede ser útil si lo vinculamos, a su vez, con la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad o la autonomía del sujeto, estamos ante un concepto que no se ajusta de todo a la realidad de cómo los individuos nos identificamos desde el punto de vista del género con unos determinados mandatos que, lejos de ser elegidos, que es lo que sugiere la idea de autodeterminación, forman parte de un contexto en el que nos socializamos y nos construimos progresivamente como sujetos. Es decir, más que “crearnos” como sujetos, de forma radicalmente autónoma, y ante unas hipotéticas opciones de sexo/género, nos vamos encontrando con unos referentes simbólicos, imaginarios y, al fin, sociales, en los que nos vamos reconociendo. Existen pues unos patrones bien definidos, y (re)construidos históricamente, con los que nos vamos encontrando y que son los que nos ofrecen pautas para desarrollar nuestra personalidad. De ahí que no podamos hablar de manera radical y absoluta de un proceso de autodeterminación, al menos en un mundo marcado todavía, y me temo que, por mucho tiempo, por el sistema sexo/género en el que estamos insertos⁴². En este sentido, existen unos códigos, un lenguaje,

sólo en virtud de reconocer a otro sujeto y ser reconocido por él”. FRASER, N. Y HONNETH, A. *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate filosófico-político*, Morata, Madrid, 2006, p. 20

40 RODOTÀ, S., *Derecho de amor*, Trotta, Madrid, 2019, p. 104.

41 El reconocimiento de la identidad sexual guarda una estrecha relación con el concepto de autonomía relacional, la cual “nos permite rebelarnos contra la adscripción estática y coercitiva, heterónoma, a relaciones concretas, y contra el protagonismo que éstas puedan asumir en la definición de nuestra personalidad a costa de nuestra capacidad de autonormarnos”. RODRÍGUEZ RUIZ, B. “¿Identidad o autonomía? La autonomía relacional como pilar de la ciudadanía democrática”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 17, 2013, pp. 75-104.

42 “Existe una adquisición del género, o adquisición de la diferencia sexual, basada en la repetición (iterativa) de modelos y en la integración de unos símbolos y signos, que lleva a un sujeto a encontrarse con la identidad; encuentro éste que, precisamente, hace de él un sujeto y lo descubre, lo sujeta en el mundo. La identidad sexual es aprendida a través de un lenguaje (lo simbólico) y de las identificaciones (lo imaginario), en forma de elección inconsciente, de encuentro con una identidad a la que ya estamos en parte condenados: es una inevitabilidad, porque no se hace una elección ante un muestrario de modelos posibles, sino que el sujeto se va constituyendo y determinando. El sujeto no se identifica, sino que es construido como sujeto por una categoría exactamente de la misma forma que sucedería con una persona que no es trans”. DUVAL, E. *Después de lo trans. Sexo y género entre la izquierda y lo identitario*, La Cajabooks, Madrid, 2021, pp. 269-270.

del que no podemos escapar tan fácilmente y que hace que la autodeterminación sea más una ficción que, en el mejor de los casos, nos permite jurídicamente avanzar en el reconocimiento de derechos. De ahí que incluso tengamos que cuestionar si, como decía el art. 1 del Anteproyecto, es posible una identidad de género “libremente manifestada”, es decir, si somos realmente libres para construir una “autodefinición” con respecto a nuestro cuerpo, nuestra sexualidad, nuestros deseos o nuestra percepción como sujetos. Tal vez de lo único que podríamos hablar con una cierta seguridad jurídica es de un marco de autodeterminación sobre las decisiones que afectan a nuestro propio cuerpo. Un marco que, en términos jurídico-constitucionales, encontraría sustento en el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), también en la protección de la vida privada (art. 18 CE) e incluso en el derecho a la propia imagen (art. 20), pero, sobre todo, su apoyo esencial estaría en el libre desarrollo de la personalidad⁴³, entendido como mandato de optimización desde el que actualizar todos y cada uno de los derechos fundamentales en términos de autonomía⁴⁴. El reconocimiento, pues, del que podríamos llamar derecho de autodeterminación personal se situaría en la secuencia evolutiva de los derechos humanos, los cuales, a lo largo de los siglos, han ido traducándose en progresivas conquistas de autonomía con relación a nuestros cuerpos, nuestras mentes y nuestros proyectos de vida.

La progresiva conquista de autonomía, y la protección por tanto de la capacidad de cada individuo para definir su proyecto de vida, o lo que es lo mismo, para definirse como sujeto y actuar conforme a esa definición, ha supuesto siempre una dura pugna con un conjunto de poderes. Las religiones, la medicina, el derecho han sido los artefactos que, en manos de los poderosos, y constituyendo en sí mismos un poder, han sometido a los humanos y a sus cuerpos a disciplinas y sanciones. Han sido un instrumento, por usar una terminología deudora del feminismo, de “heterodesignación”. La secuencia pecado-delito-enfermedad que ha marcado históricamente la exclusión de las personas homosexuales es el más claro ejemplo de las cadenas de las que tantas personas han tenido que ir emancipándose. Como también lo son el reconocimiento del derecho de las mujeres a interrumpir voluntariamente su embarazo sin ningún tipo de tutela o justificación, o del derecho a poner fin a nuestra vida cuando entendamos que ha dejado de ser digna. De alguna manera, y como bien nos enseña el feminismo, la tutela de la igualdad democrática no es otra cosa que la garantía de que cada individuo deje de ser tratado como un discapacitado o un menor necesitado de tutela, salvo en aquellos casos excepcionales en los que la protección

43 No faltan tampoco visiones críticas de la lectura que desde la perspectiva de género se hace de este principio, en el sentido de que la misma asimila una visión individualista del libre desarrollo de la personalidad, “de tal modo que ha llegado a considerar que todo desarrollo humano viene precedido y presidido por un impulso expresivista y emotivista sobre el que no hay reglas”. MARCO, G. S., “Autenticidad, dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad en la semántica de género”, A. Aparisi Miralles y E. Fernández Ruiz-Gálvez, *Hacia un modelo de sexo-género de igualdad en la diferencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 169.

44 Es este el fundamento jurídico que encontramos, por ejemplo, en la Ley argentina de 2012 en la que se parte del derecho de toda persona “al reconocimiento de su identidad de género” y “al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género”.

de terceros, de otros bienes jurídicos o del mismo sujeto exijan limitaciones, basadas, eso sí, en el principio de proporcionalidad y en la adecuada ponderación de los derechos y bienes en conflicto⁴⁵.

3.2. Entre la subjetividad y la seguridad jurídica

Partiendo de las anteriores consideraciones, es preciso someter a una revisión crítica algunos de los reparos que se ha planteado al Proyecto que está pendiente de su tramitación parlamentaria. En este sentido, debemos situar el reconocimiento de la identidad sexual en un contexto de evolución de la misma concepción de los derechos humanos, y con ellos de la ciudadanía, a partir del reconocimiento progresivo de esferas de autodeterminación del individuo. Ante el desafío que supone esta regulación, no habría que perder de vista, que una ley, y muy especialmente cuando se trata de garantizar derechos, no ha de partir de las situaciones excepcionales que podrían cuestionar su oportunidad de acuerdo con sus posibles usos y abusos fraudulentos, sino de la situación general de las personas o colectivo necesitado de tutela. En todo caso, lo que debe hacer una buena ley es establecer las suficientes garantías frente a fraudes y abusos, sin olvidar que el Estado cuenta con herramientas, como, por ejemplo, el Ministerio fiscal, para vigilar el adecuado cumplimiento de las normas⁴⁶.

Una buena parte de las críticas que se han formulado al Proyecto se han basado en la inseguridad jurídica que pueden generar y en cómo puede afectar a los derechos de las mujeres⁴⁷. En este sentido, se ha señalado el peligro que podría suponer su

45 Recordemos que uno de los ejes esenciales de la lucha feminista ha sido el reconocimiento de la autonomía sexual y reproductiva de las mujeres y, ligada a ella, la emancipación de los condicionantes que su función biológica de reproductoras proyectaba en su consideración como ciudadanas de pleno derecho. De ahí que, como no podía ser de otra manera, la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva, hable expresamente en su Preámbulo de un “ámbito esencial de autodeterminación individual”, así como de la obligación de los poderes públicos de “no interferir en este tipo de decisiones para que se adopten de forma libre y responsable, poniendo al servicio de quienes lo precisen servicios de atención sanitaria, asesoría e información”. La ley se basa en los principios de dignidad, libertad y autonomía individual (art. 3) y al regular estrictamente la interrupción voluntaria del embarazo, alude a “*la protección de derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación*” (art. 12). Por otra parte, no está de más recordar cómo dicha ley define el concepto de salud sexual en su art. 2.b: “el estado de bienestar físico, psicológico y sociocultural relacionado con la sexualidad, que requiere un entorno libre de coerción, discriminación y violencia.”

46 Recordemos la previsión del art. 6.4 del Código Civil: “Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal”.

47 A estas críticas habría que añadir las centradas en el “borrado” de las mujeres en el lenguaje. En este sentido, el Proyecto incluye una Disposición Final primera en la que se modifican varios preceptos del Código Civil, relativos al matrimonio y la filiación, y que siguen las pautas ya iniciadas con la reforma del matrimonio llevada a cabo en 2005. Así, el art. 44 define como sujetos del derecho a contraer matrimonio a “toda persona”, desapareciendo por tanto la mención expresa a “hombre” y “mujer”. De la misma manera, en los artículos en que se hace referencia a padre y madres, ahora encontramos “progenitores” (art. 110) o al regular la filiación se habla de

uso fraudulento con el objetivo de beneficiarse de determinadas medidas articuladas para garantizar la igualdad de género, tales como las acciones positivas en el ámbito electoral⁴⁸, o las medidas penales diferenciadas en los casos de violencia de género⁴⁹. Más allá de que el ordenamiento jurídico dispone de instrumentos para reaccionar frente a los fraudes de ley⁵⁰, cabría articular en cada ámbito concreto donde pudieran preverse tensiones mecanismos mediante los que constatar que la persona trans responde a una identidad de manera continuada y efectiva⁵¹.

“padre o progenitor no gestante” (art. 137) o de “la madre o progenitor que conste como gestante (art. 139). Además, en la reforma de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, prevista en la DF 6ª del Proyecto se añade una Disposición adicional décima en la que se dice que “En las parejas del mismo sexo registral, las referencias hechas a la madre se entenderán a la madre o progenitor gestante y las referencias hechas al padre se entenderán referidas al padre o progenitor no gestante”.

48 El caso más conocido de uso fraudulento de acciones positivas previstas para las mujeres es el vivido en el estado de Oaxaca (México) cuando el Consejo General del Instituto Electoral de dicho Estado canceló los registros de 17 candidaturas municipales de ciudadanos, biológicamente hombres, que se autoadscibieron como mujeres trans. El asunto fue resuelto por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación que, en su sentencia de 21 de junio de 2018, anuló 15 de las 17 candidaturas cuestionadas, ya que en ellas los candidatos se habían autoadscrito primero como hombres y, tras los requerimientos del organismo electoral para que se cumpliera el mandato de paridad de género, solicitaron su adscripción como mujeres transgéneras. En las 2 restantes, la Sala determinó que ambas personas se autoadscibieron como mujeres transgénero desde la solicitud inicial de registro, por lo que debían persistir sus candidaturas.

49 El ejemplo al que con frecuencia se ha recurrido consistente en alertar de cómo un hombre maltratador podría recurrir a la futura Ley para cambiar su identidad sexual y así esquivar una determinada condena por violencia de género carece de toda base jurídica si tenemos en cuenta, más allá de la situación fraudulenta, cómo la ley penal se aplica de acuerdo con la situación de los sujetos involucrados en el momento de la comisión del acto delictivo. En ningún caso sería posible lo que podríamos considerar un entendimiento “retroactivo” de la identidad sexual. Eso es lo que, entiendo, se pretende con la salvedad que establece el art. 40.4 del Proyecto.

50 Con independencia de que muchas de las “alertas” que se plantean –como pueden ser las relativas al uso de espacios como los baños públicos o la ubicación de las personas trans en establecimientos penitenciarios– carecen de una base estadística que, por ejemplo, teniendo en cuenta la experiencia de otros países en los que se regula la autodeterminación sexual evidencie determinados riesgos o peligros para las mujeres. Además, no deberíamos olvidar que desde 2007 tenemos una legislación que, si bien con requisitos más estrictos y a través de procedimientos largos y complejos, permite que se reconozca el derecho en cuestión sin que ello se haya traducido en problemas o amenazas concretas para las mujeres.

51 En este sentido, resulta de interés el voto particular emitido por el magistrado Reyes Rodríguez Mondragón en la sentencia antes comentada del estado mexicano de Oaxaca, el cual estima que la tensión entre la paridad de género y el libre desarrollo de la personalidad debería resolverse exigiendo “una auto adscripción calificada –mínima y objetiva– para salvaguardar los derechos de las mujeres –cis y trans– de tener acceso en igualdad de condiciones a los cargos de elección popular”. Esta podría ser una fórmula a tener en cuenta para, en materia electoral, salvaguardar los derechos de las mujeres a través de la exigencia más estricta, en cuanto requisitos de elegibilidad, de las personas que han modificado su identidad sexual, como podría ser la exigencia de una continuidad de dicha identidad o, como señala el voto particular comentado, dejar “un margen amplio y flexible de distintos elementos que nos permitan presumir, como autoridad electoral, que la persona que se autoadscribe como perteneciente a un género determinado se ostente así en algún ámbito de su vida...

En todo caso, esos temores deberían llevar no tanto a evitar la regulación prevista sino a prever en ella un régimen jurídico garantista. Tal y como han señalado Ruth Rubio y Stefano Osella⁵², creo que “la alusión a la seguridad jurídica está en realidad relacionada con un temor más radical acerca de la subjetividad jurídica. A ello nos conduce quienes, al criticar el proyecto de ley, se refieren a un dogma de la voluntad o a un triunfo del «mero deseo» que, ajeno a cualquier substrato material relacionado con categoría ‘sexo’ generaría la denunciada inseguridad jurídica en un ordenamiento y un aparato administrativo, como los nuestros que, para el logro de distinto objetivos, siguen aludiendo al ‘sexo’ de sus ciudadanxs. Y sin embargo tampoco alcanzamos a entender de qué forma estaríamos ante el triunfo del «mero deseo». La expresión parece sugerir que la autodefinición de la identidad de género –de acuerdo con el principio de autodeterminación–, la relegaría a una opción más que pueda escoger la persona caprichosamente, de forma más o menos frívola (cuando no netamente fraudulenta) en una sociedad mercantilista”. Es decir, y como bien lo explica Stefano Rodotà, “entendida como derecho a ser uno mismo, la identidad sexual no puede describirse como el simple resultado de una lógica individualista o el efecto de una pretensión de autorrepresentarse, sino que se coloca en la dimensión de la subjetividad”⁵³.

Muchas de estas inseguridades podrían resolverse adoptando algunas de las garantías que se prevén en los procedimientos de reconocimiento de la identidad sexual que prevén algunos ordenamientos⁵⁴. En este sentido, varias opciones son posibles: desde la declaración notarial hasta la preceptiva comunicación por el encargado del Registro al Ministerio Fiscal, pasando por limitaciones como la que solo permitiría hacer el cambio una vez⁵⁵ y solo rectificarlo una segunda con la correspondiente intervención judicial⁵⁶, además de que se pudieran arbitrar medidas de información de todas las consecuencias del cambio en el Registro⁵⁷, o incluso, como se hace en

Esta autoadscripción calificada se puede traducir en que, en algún grado o ámbito de la vida de una persona, ésta cuente con un reconocimiento de su identidad”.

52 “¿Inseguridad jurídica o seguridad humana? El derecho a ser unx mismx”, Disponible en: https://www.eldiario.es/andalucia/desdeelsur/inseguridad-juridica-seguridad-humana-derecho-unx-mismx_132_7213738.html (consultada: 25/06/21)

53 RODOTÀ, S., *Derecho de amor*, cit., p. 105.

54 Ahora bien, cualquier garantía prevista por la ley no debería suponer una limitación o una restricción del que entendemos que es un derecho de ciudadanía. Así lo prevé, por ejemplo, el art. 13 de la Ley argentina de 2012: “Toda norma, reglamentación o procedimiento deberá respetar el derecho humano a la identidad de género de las personas. Ninguna norma, reglamentación o procedimiento podrá limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio del derecho a la identidad de género de las personas, debiendo interpretarse y aplicarse las normas siempre a favor del acceso al mismo”.

55 El art. 9 de la Ley chilena n° 21.120, de 2018, que “reconoce y da protección al derecho a la identidad de género” prevé expresamente que el cambio solo se podrá realizar dos veces.

56 Así se prevé por ejemplo en el art. 8 de la Ley argentina.

57 En esta línea, por ejemplo, el art. 8.I de la Ley boliviana de identidad de género, de 21 de mayo de 2016, exige un “examen técnico psicológico que acredite que la persona conoce y asume voluntariamente las implicaciones de su decisión”.

el Proyecto, estableciendo un período de “reflexión” entre dos solicitudes⁵⁸. Aunque es evidente que esta exigencia supone también, de entrada, una desconfianza hacia el uso que las personas trans puedan hacer de los mecanismos legales y una especie de hipervigilancia por parte de los poderes públicos ante lo que debería entender como una proyección de la autonomía individual⁵⁹. Como si la identidad personal fuera una cuestión caprichosa y no el resultado de largos y complejos procesos en los que quienes se sitúan fuera de “lo normativo” viven múltiples experiencias de discriminación, humillación y sufrimiento. Además de, como hemos apuntado antes, resultado también de la mirada de los otros y de los códigos lingüísticos y simbólicos definidos por el sistema sexo/género⁶⁰.

En aquellos ámbitos en los que el reconocimiento de la identidad sexual puede provocar alguna dificultad, como por ejemplo el relativo a las competiciones deportivas, deberán ser las correspondientes federaciones las que se verán obligadas a revisar los criterios de participación y a hacer una regulación ajustada a esta realidad⁶¹.

58 El Proyecto ha incorporado los mecanismos de “seguridad” que prevé la Ley belga de 25 de junio de 2017. En este caso, tras la segunda solicitud, solo cabe solicitar un nuevo cambio de sexo en supuestos muy excepcionales, pero el procedimiento es más oneroso y requiere la intervención del juez de familia. Se prevé, además, la obligación que tiene en todo caso el encargado del registro de informar del procedimiento al Ministerio Fiscal a fin de que, en caso de fraude o amenaza al orden público, pueda oponer resistencia, quedando lógicamente abierta la vía del recurso. En sintonía con lo anterior, la ley recurrida prevé la posibilidad de cambio de nombre mediante una simple declaración con base en la discordancia entre el sexo que aparece en el acta de nacimiento y la identidad sentida del solicitante. RUBIO MARÍN, R. y OSELLA, S., “El nuevo derecho constitucional a la identidad de género...”, cit. P. 67.

59 También me parecen contrarias al principio de autodeterminación los requisitos que obliguen a la persona a “probar” por determinados medios – por ejemplo, el llamado “test de la vida real” – su adaptación al género contrario al que le corresponde a su biología, como la exigencia por ejemplo de testimonios de terceros que acrediten la identidad. Este tipo de requisitos, además de ser contrarios al principio de autonomía que debe regir la relación de cada persona con su corporalidad, tienden a reproducir estereotipos y confirman el poder de “otros” sobre el individuo.

60 En este sentido, los colectivos LGBTI fueron muy críticos con la propuesta que en su momento se manejó durante la negociación del Proyecto de que la solicitud de cambio se avalase con testigos, tal y como por ejemplo exige el art. 11 de la Ley chilena de 2018. Mucho más complejo es, por ejemplo, el procedimiento “garantista” previsto en la Ley uruguaya de 2013, en el la que se exige la intervención de una Comisión Asesora Honoraria de Cambio de Identidad y Género, que funcionará en el ámbito del Ministerio de Educación y Cultura, integrada por tres miembros, incluido un especialista en Registro de Estado Civil que la presidirá y dos representantes que la reglamentación establecerá (art. 7). Dicha Comisión tiene competencia para verificar el cumplimiento de los requisitos reglamentarios exigidos para la adecuación de nombre o sexo en documentos de identificación y formular un informe que será elevado a consideración de la Dirección General del Registro de Estado Civil, la que resolverá sobre la petición en un plazo no superior a los treinta días hábiles, a cuyos efectos podrá solicitar a las instituciones públicas y privadas la información que estime indispensable para el cumplimiento de sus cometidos.

61 De hecho, en abril de 2018, la Federación Internacional de Atletismo aprobó la normativa DSD (Diferencias de Desarrollo Sexual), que establecía los requisitos exigidos a ciertas mujeres con diferencias de desarrollo sexual para competir en categorías femeninas. La norma fija un umbral para los niveles de testosterona en las atletas, con el fin de limitar la participación

De la misma manera, los organismos encargados de realizar censos y estadísticas habrán de tener en cuenta esta nueva variable⁶².

Uno de los aspectos que ha provocado más debate en torno al reconocimiento del derecho a la identidad sexual es el mantenimiento de la seguridad en determinados espacios públicos (los vestuarios, los baños) y de qué manera el reconocimiento jurídico de las personas transpondría en peligro a las mujeres en dichos lugares. A este respecto coincido con los planteamientos de Ruth Rubio y Stefano Osella⁶³, en cuanto que “resulta curioso que el debate se centre en la violencia contra la mujer en espacios públicos. En cierta medida, logra así desplazar el foco de atención del hecho de que, las más de las veces, la violencia sexual y machista tiene lugar en el seno de la esfera privada, es decir, dentro del hogar como nos están recordando los encierros de la pandemia. Pero es que además no está claro que la segregación por “sexos” de esos espacios públicos sea útil para prevenir la violencia. En realidad, la segregación más bien podría estar generando una falsa sensación de seguridad que, en definitiva, pone en peligro a las propias mujeres. ¿De verdad resulta creíble que un simple símbolo en una puerta disuada a potenciales violadores cuando el derecho penal no lo logra? ¿Es realmente probable que un hombre con tendencias depredadoras opte por cambiar su sexo legal antes de darles rienda suelta? ¿Y qué hay de la violencia homosexual tanto entre hombres como entre mujeres que, aunque menor, no es desdeñable? ¿O de la que sufren, precisamente por romper códigos de género, especialmente las mujeres trans cuando se ven obligadas acceder a espacios reservados para hombres a manos de los propios hombres? Con todo, lo más importante es que hay poca evidencia empírica de que la exclusión de las mujeres trans de los espacios segregados por sexo garantice una mayor seguridad tal vez porque se base en un prejuicio como es el de que las mujeres trans habrían de comportarse igual que los hombres cis en base a un determinismo biológico marcado por no se sabe bien qué (¿sus penes, testículos, cromosomas...?).” Me temo que, en todo caso, estamos más ante una cuestión relativa a cómo nos socializamos mujeres y hombres, y por lo tanto cultural y educativa, que ante un problema que genere o alimente el posible reconocimiento legal de la autodeterminación del individuo con respecto a su sexo.

En el caso concreto de la Administración penitenciaria, que es un ejemplo recurrente en las críticas al Proyecto, debemos recordar que desde 2006, la Instrucción 7/2006, de integración de personas transexuales, permite a éstas que puedan solicitar

de aquellas que tengan índices elevados. Concretamente, las atletas no podrán superar los 5 nanomoles por litro de sangre y dichas limitaciones se aplican en las pruebas de atletismo de 400, 800 y 1.500 metros. La norma se basa en estudios realizados por la IAAF, según los cuales una mayor proporción de testosterona aumenta considerablemente la masa muscular, la fuerza y la hemoglobina.

62 Así lo prevé, por ejemplo, la Ley uruguaya de 2018 en su art. 5: Incorpórese la variable “identidad de género” en todos los sistemas oficiales de información estadística, incluidos los censos, las encuestas continuas de hogares, los informes de la Oficina Nacional del Servicio Civil y todas las mediciones públicas que releven la variable “sexo”.

63 RUBIO, R. y OSELLA, S., “2021: ¡Bienvenida la Nueva Ley de las Personas Trans y la Autodeterminación de Género!”, cit.

el reconocimiento de su identidad psico-social a efectos de la separación interna que prevé el art. 16 de la LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria⁶⁴. De la misma manera que en esta Instrucción se prevé la tramitación de un expediente con una serie de garantías jurídicas, que en todo caso habrán de ser revisadas en cuanto que mantienen una concepción patologizadora que entraría en contradicción con el Proyecto, cabría establecer una tramitación similar para que desde la Administración penitenciaria se analicen las circunstancias concretas de la persona solicitante, los riesgos que podrían conllevar su internamiento en un determinado módulo y la adopción en su caso de las necesarias medidas de protección de la solicitante y del resto de personas con las que tendría que convivir.

Con respecto a la extensión de este derecho a las personas menores de edad, el pronunciamiento del TC no ofrece lugar a dudas. No habría más que remitirse a las cautelas que establece la normativa que regula la autonomía de la ciudadanía en materia de tratamientos médicos, sin perder de vista dos principios fundamentales: el de interés superior del menor y el del reconocimiento progresivo de su madurez⁶⁵.

64 También se permite en Cataluña a partir de la Instrucción 3/2019, relativa a la separación interior y peculiaridades del régimen de vida de las personas trans en los centros y unidades penitenciarias de Cataluña.

65 Recordemos como la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, al precisar cómo se debe entender el principio de interés superior del menor, introduce expresamente en el art.2.2.b): “La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior”. Además, el apartado 2.d del mismo artículo introduce la identidad sexual entre los elementos a preservar. El apartado 3 dispone que estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales: a) La edad y madurez del menor; b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante. c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo. d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro. e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales. f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores. Y se establece, además, un presupuesto que no podemos olvidar: “Los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara.” Esta ley, como no podía ser de otra manera, reconoce también en su art. 9 el derecho de la persona menor de edad a participar y ser escuchado en cualquier procedimiento que le afecte. De manera específica, y con respecto al consentimiento informado del menor en materia médica, debemos recordar lo previsto en los apartados 3.c y 4 del art. 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. En concreto, el art. 9.4 de esta ley contempla que los menores de más de 16 años tienen capacidad para aceptar o rechazar unos tratamientos médicos, con una excepción: “cuando tal aceptación o rechazo del tratamiento suponga un grave riesgo para la vida o salud del menor”. A

En este sentido, no estaría de más que la ley recogiese expresamente estos dos principios como informadores de la autodeterminación sexual⁶⁶.

En todo caso, no habría que olvidar que la misma definición de mayoría de edad es una convención legal, en muchos casos discutible, que injustamente en ocasiones establece barreras para el ejercicio de derechos⁶⁷. En el tema que nos ocupa, sin ir más lejos, es enormemente complejo establecer un equilibrio ideal entre el reconocimiento de la madurez progresiva del menor y la protección de su interés superior, en este caso, vinculado a su integridad física, pero también a su bienestar. Todo lo anterior, por su-

ello habría que añadir la previsión del art. 156 del Código Penal que no extiende a los menores de edad la exoneración de responsabilidad penal en los supuestos de esterilización y cirugía transexual cuando existe un consentimiento libre y válidamente emitido. En esta misma línea se sitúa la reciente Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, en la que se reconoce el derecho de las personas menores de edad “a expresar su opinión y a participar y ser tenido en cuenta en todos los asuntos que les afecten” (art. 26.3.a)

66 Así lo hace, por ejemplo, la ley chilena de 2018, en la que, entre los principios relativos al derecho a la identidad de género (art. 5), se incluye el principio de interés superior del niño y la autonomía progresiva, según el cual, “todo niño, niña o adolescente podrá ejercer sus derechos por sí mismo, en consonancia con la evolución de sus facultades, su edad y madurez. El padre, madre, representante legal o quien tenga legalmente el cuidado personal del niño, niña o adolescente deberá prestarle orientación y dirección en el ejercicio de los derechos que contempla esta ley”. En el art. 5 de la Ley argentina se prevé que “cuando por cualquier causa se niegue o sea imposible obtener el consentimiento de alguno/a de los/as representantes legales del menor de edad, se podrá recurrir a la vía sumarísima para que los/as jueces/zas correspondientes resuelvan, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes”. Además, esta ley prevé con respecto a los tratamientos hormonales de menores lo siguiente: “En el caso de las personas menores de edad regirán los principios y requisitos establecidos en el artículo 5° para la obtención del consentimiento informado. Sin perjuicio de ello, para el caso de la obtención del mismo respecto de la intervención quirúrgica total o parcial se deberá contar, además, con la conformidad de la autoridad judicial competente de cada jurisdicción, quien deberá velar por los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño o niña de acuerdo con lo estipulado por la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. La autoridad judicial deberá expedirse en un plazo no mayor de sesenta (60) días contados a partir de la solicitud de conformidad. La ley chilena fija un límite de edad, al referirse a la posibilidad de que los menores que tienen entre 14 y 18 años soliciten el cambio registral. El art. 12 prevé que “una vez que alcancen la mayoría de edad, podrán requerir una nueva rectificación en conformidad a los procedimientos que correspondan”. El art. 14 dispone que “La solicitud de rectificación de las personas mayores de catorce y menores de dieciocho años deberá ser presentada por sus representantes legales o alguno de ellos, a elección del mayor de catorce y menor de dieciocho años, si tuviere más de uno”. Esta ley contempla, en sus artículos 16 y 17, la vía judicial para que los menores ejerciten su derecho, a través de un riguroso procedimiento que pretende, entiendo, salvaguardar sus derechos.

67 Recordemos como la LO 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, introdujo, no sin polémica, una limitación para las mujeres de 16 a 18 años en cuanto que, a diferencia de lo inicialmente previsto en la LO 2/2010, a las cuales se les exige el consentimiento expreso de sus representantes legales en el caso de que decidan interrumpir su embarazo. Una limitación que el actual gobierno tiene en proyecto eliminar.

puesto, debería ir acompañado de una ulterior regulación garantista, uniforme en todo el territorio nacional, de los correspondientes acompañamientos –médicos, psicológicos, sociales⁶⁸– necesarios en este tipo de procesos que, en cualquier caso, habrían de basarse en el “consentimiento informado”. Todo ello teniendo presente la inexistencia de acuerdo, a nivel científico, sobre el grado de reversibilidad de las percepciones de las personas menores de edad sobre sí mismas y, por lo tanto, la necesidad de garantizar que no se lleven a cabo intervenciones o tratamientos irreversibles⁶⁹.

4. CONCLUSIONES: LA UTOPIA DE UN NUEVO SUJETO DE DERECHOS

Más allá de las polémicas generadas por el Proyecto analizado, parece indudable que todas las cuestiones relativas a la identidad sexual de las personas representan en el siglo XXI una nueva frontera de los derechos humanos. Su reconocimiento, vinculado a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, pero también fundamentado en el principio de igualdad, nos lleva a su vez a una reflexión más profunda sobre la misma construcción de las subjetividades políticas, en cuanto que debería suponer un paso más hacia la ruptura de los estrechos límites marcados por el dualismo que, basado en la división biológica entre mujeres y hombres, ha edificado toda una construcción socio-cultural que identificamos con el patriarcado⁷⁰. En este

68 En esta línea de los necesarios acompañamientos de la persona menor de edad, el Artículo 23 de la Ley chilena de 2018 prevé lo siguiente: “Los niños, niñas o adolescentes cuya identidad de género no coincida con su sexo y nombre registral y sus familias podrán acceder a los programas de acompañamiento profesional de que trata este artículo. Éstos consistirán en una orientación profesional multidisciplinaria que incluirá acciones de asesoramiento psicológico y biopsicosocial, cuyo objeto será el otorgamiento de herramientas que permitan su desarrollo integral, de acuerdo a su identidad de género. Las acciones que contemplen los programas de acompañamiento profesional deberán ser diseñadas por el Ministerio de Desarrollo Social, en colaboración con el Ministerio de Salud. Dichas acciones podrán ser ejecutadas por personas jurídicas sin fines de lucro que cuenten con acreditación vigente ante el Ministerio de Desarrollo Social, cumpliendo con los requisitos y condiciones que establezca el reglamento a que se refiere el inciso primero del artículo 26 de esta ley. En caso de que una persona menor de edad se hubiere sometido por al menos un año a un programa de acompañamiento profesional ejecutado por alguna de las personas jurídicas señaladas en el inciso anterior, podrá solicitar ante ella un informe de participación en el programa. Dicho informe sólo podrá reemplazar a aquel de que trata el literal a) del inciso tercero del artículo 17, si efectuare una relación circunstanciada de todas las actividades de acompañamiento realizadas. Con todo, podrá señalar además conclusiones y otros antecedentes, si ello se estimare pertinente. La persona jurídica requerida no podrá negar o dilatar injustificadamente la entrega del informe a que hacen referencia los incisos precedentes. Se entenderá por dilación injustificada cuando no se hubiere evacuado el informe dentro del plazo de treinta días hábiles contado desde que se haya recibido la solicitud del mismo.

69 Sobre esta cuestión, véase DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., “Problemas legales acerca del tratamiento médico de la disforia de género en menores de edad transexuales”, *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 24, 2017, pp. 1-32.

70 No faltan posiciones discrepantes que abogan por mantener la diferencia sexual como categoría relevante jurídicamente y de los riesgos que entraña el “creciente empleo simbólico del Derecho, que resulta así transformado en vehículo de reconocimiento social de estados

sentido, es evidente la conexión existente entre las vindicaciones feministas y las del colectivo LGBTI, en la medida en que ambas confluyen en la ruptura con un modelo basado en una ciudadanía “sexuada”⁷¹, construida a partir de la división masculino/femenino y de todo un modelo de subjetividades, de relaciones afectivas y sexuales, familiares también, basadas en la heteronormatividad.

El horizonte, ambicioso y utópico, sería superar la categoría sexo/género y todos los binomios jerárquicos que también han encontrado reflejo en los sistemas constitucionales y en la definición del sujeto de derechos. Esa división jerárquica, que durante siglos nos ha dividido a los humanos en dos esferas –la masculina y la femenina–, implica roles y estereotipos que todavía hoy configuran un desigual estatus para mujeres y hombres. De ahí, también, la cautela que debemos tener ante la posibilidad de que un determinado entendimiento de la transexualidad implique, en todo caso, el tránsito de un extremo a otro sin que la marca que supone el género desaparezca, sino que, por el contrario, incluso llegue a consolidarse. Un tránsito que supone asumir en muchos casos que solo mediante la transformación del cuerpo es posible alcanzar una identidad que encaje en uno de los dos ejes del binario⁷². O, lo que es lo mismo, una concepción que mantiene el paradigma de “normalidad” amparado durante siglos por la Medicina y el Derecho y que supone, de hecho, la expulsión de la ciudadanía de quienes viven y sienten cuerpos que se salen de la norma. Como si fueran ellos los equivocados, y no la sociedad que no es capaz de reconocer más que a los sujetos bajo la cobertura de las dos corporalidades que genera lo biológico y de lo que socialmente se asocia a ellas⁷³.

sentimentales varios. Infinitamente valiosos en las vidas personales de quienes los sienten, pero no siempre relevantes jurídicamente”. ALBERT MÁRQUEZ, M., “Identidad y expresión de género: ¿un nuevo derecho humano?”, en A. Aparisi Miralles y E. Fernández Ruiz Gálvez (editoras), *Hacia un modelo de sexo-género de igualdad en la diferencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 328.

71 Sobre el concepto de ciudadanía sexuada, véase RODRÍGUEZ RUIZ, B., *El discurso del cuidado: propuestas (de)constructivas para un Estado paritario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

72 Este paradigma alcanza su máxima expresión en el tratamiento de las personas intersexuales, las cuales aparecen en el art. 18 del Proyecto, en el que se establece la prohibición de todas aquellas prácticas de modificación genital en personas recién nacidas, salvo en los casos en que las indicaciones médicas exijan lo contrario en aras de proteger la salud de las personas. Más adelante, el art. 71 concreta los siguientes derechos de las personas intersexuales: a) A recibir una atención integral y adecuada a sus necesidades sanitarias, laborales y educativas, entre otras, en igualdad efectiva de condiciones y sin discriminación con el resto de la ciudadanía; b) Al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen, sin injerencias arbitrarias o ilegales en su privacidad. Además, en el art. 71.3 se contempla que “Al inscribir el nacimiento de las personas intersexuales, en el caso de que el parte facultativo indicara la condición intersexual de la persona recién nacida, los progenitores, de común acuerdo, podrán solicitar que la mención del sexo figure en blanco por el plazo máximo de un año. Transcurrido el plazo máximo de un año, la mención de sexo será obligatoria y su inscripción habrá de ser solicitada por los progenitores. De no hacerlo, no podrán expedirse documentos acreditativos de la identidad de la persona sin que se haya hecho constar la mención registral relativa al sexo”.

73 Sobre la crítica a la concepción de los cuerpos como “equivocados” y, por lo tanto, a las vindicaciones ligadas a los tratamientos médicos y quirúrgicos de las personas trans, véase MISSÉ, A., *A la conquista del cuerpo equivocado*, Egales, Madrid, 2018.

En todo caso, estos riesgos solo podrán esquivarse mediante una transformación social y cultural en la que, al fin, los seres humanos no estemos sometidos a mandatos de género y, en consecuencia, que dejemos de ser “idénticos” para al fin ser “iguales”. Un objetivo al que el Derecho solo puede contribuir de forma muy limitada. De la misma manera que una ley que contemple los derechos de las personas trans tiene una eficacia muy reducida en las oportunidades y condiciones de bienestar de los sujetos a que va dirigida sino se acompaña de políticas públicas que afecten por ejemplo a sus oportunidades laborales o a su bienestar social⁷⁴.

Lo que sí parece evidente es que uno de los grandes retos de los sistemas constitucionales es la definición de los sujetos desvinculados al fin de los patrones que el género nos asigna. Partiendo del presupuesto de que es en muchos casos el género, y por tanto la mirada social y cultural, el que asigna al sexo una relevancia que confluje en la discriminación de las mujeres. Pensemos, por ejemplo, en el significado social ligado al hecho de la reproducción y, por tanto, a la realidad biológica de las mujeres⁷⁵. Estaríamos ante un nuevo paradigma no solo jurídico sino ético, basado en el presupuesto de la autonomía del sujeto, “imposible de realizar en tanto la ley no deje de inmunizar las categorías sexuales, en tanto la ley siga imponiendo dos únicos sexos”⁷⁶. Se trataría, en definitiva, de seguir avanzando en la igualdad entendida como reconocimiento de las diferencias, para lo cual “es posible que la evolución parta de una lección confinada al binario y a la rigidez para ir progresando hacia sistemas no binarios y fluidos”. E incluso, desde esta perspectiva, tendríamos que plantearnos hasta qué punto no sería también constitucionalmente admisible, y deseable, “el derecho a no ser sujeto legalmente a ninguna clasificación de género”⁷⁷. Es decir, que el objetivo no fuera la creación de nuevas categorías registrales sino su eliminación⁷⁸. De ahí que nos planteemos dudas la conveniencia de que se incorpore a nuestro ordenamiento la previsión de identidades no binarias, las cuales, de hecho, se contemplan en diversos ordenamientos que permiten la opción por un tercer sexo o bien una casilla en blanco para otras opciones⁷⁹. En todo caso, tendría sentido como

74 Un análisis crítico de las “políticas trans” basadas en la inclusión mediante leyes, puede verse en SPADE, D. *Una vida “normal”. Violencia administrativa, políticas trans críticas y límites del derecho*, Bellaterra, Barcelona, 2015.

75 En este sentido, el único aspecto que podríamos entender significativo para el mantenimiento de las categorías hombre/mujer sería el relacionado con la Medicina y con las diferentes necesidades que exigen las realidades biológicas de los cuerpos.

76 GARCÍA, D.J., *Sobre el derecho de los hermafroditas*. Melusina, Santa Cruz de Tenerife, 2015, p. 188.

77 RUBIO MARÍN, R. y OSELLA, O. “El nuevo derecho constitucional a la identidad de género...”, cit., p. 72.

78 De hecho, la LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de seguridad ciudadana prohíbe que en el DNI figuren datos personales relativos a la identidad sexual (art. 8.2).

79 Actualmente, hay antecedentes de reconocimiento legal de identidades de género no binarias en, al menos, 19 Estados miembros de Naciones Unidas. Más allá de casos específicos, en al menos 16 existe algún tipo de reconocimiento de carácter general, bien a través de la legislación o de la jurisprudencia, y tanto a nivel estatal como regional. En Islandia y Malta, así como en Tasmania (Australia), tres provincias de Canadá y varios estados de Estados Unidos, el

solución transitoria. No olvidemos que la “no binario” no hace sino confirmar los dos extremos que se pretenden eliminar como normativos.

Estaríamos hablando pues de un derecho de todos y de todas, y no solo de las personas trans, que incidiría en la misma configuración de las subjetividades y, por tanto, de un modelo de ciudadanía limitada durante siglos por el sistema sexo/género. Un objetivo que, obviamente, junto a instrumentos jurídicos que garanticen derechos, requiere de cambios culturales y políticos que cambien nuestros imaginarios y los códigos relacionales en los que nos reconocemos como sujetos. Solo así podremos conquistar el que podríamos denominar derecho a la libre autodeterminación personal⁸⁰. Un derecho que es, de momento, una utopía.

5. BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA

5.1 Bibliografía

- ALBERT, M., “Identidad y expresión de género: ¿un nuevo derecho humano?”, en A. Aparisi Miralles y E. Fernández Ruiz Gálvez (editoras), *Hacia un modelo de sexo-género de igualdad en la diferencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 313-329.
- APARISI MIRALLES, A. y FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, F., *Hacia un modelo de sexo-género de igualdad en la diferencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., “Problemas legales acerca del tratamiento médico de la disforia de género en menores de edad transexuales”, *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 24, 2017, pp. 1-32.
- DUVAL, E. *Después de lo trans. Sexo y género entre la izquierda y lo identitario*, La Cajabooks, Madrid, 2021.
- FRASER, N. y HONNETH, A., *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate filosófico-político*, Morata, Madrid, 2006.
- GARCÍA, D.J., *Sobre el derecho de los hermafroditas*. Melusina, Santa Cruz de Tenerife, 2015.
- GARCÍA, D.J., “El fin de todos los derechos: el cuerpo viviente como umbral de la democracia”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 52, 2018, pp. 223-247.

reconocimiento de una identidad no binaria es accesible para toda persona interesada y se formula a través de procedimientos basados en la autodeterminación. En India, Nepal y Pakistán también es posible para una persona no binaria ser reconocida como perteneciente al tercer género a través de un procedimiento basado en la autodeterminación. Sin embargo, sus legislaciones impiden o dificultan el reconocimiento de identidades binarias a personas trans. Salvo casos excepcionales, en Alemania, Austria y Países Bajos los procedimientos disponibles con carácter general para obtener el reconocimiento de una identidad no binaria solo son claramente accesibles para las personas intersexuales. Al menos siete Estados permiten la expedición de pasaportes con un marcador no binario, como “X”. PEÑA RUIZ, F., Reconocimiento legal de identidades no binarias. Estudio de Derecho Comparado, EUFORIA, Familias Trans-Aliadas, 2021.

80 GARCÍA, D.J., “El fin de todos los derechos: el cuerpo viviente como umbral de la democracia”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 52, 2018, p. 243.

- MARCO, G. S., “Autenticidad, dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad en la semántica de género”, A. Aparisi Miralles y E. Fernández Ruiz-Gálvez, *Hacia un modelo de sexo-género de igualdad en la diferencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 159-170.
- MISSÉ, M., *A la conquista del cuerpo equivocado*, Egales, Madrid, 2018.
- PEÑA RUIZ, F., *Reconocimiento legal de identidades no binarias. Estudio de Derecho Comparado*, EUFORIA, Familias Trans-Aliadas, 2021.
- RODOTÀ, S., *Derecho de amor*, Trotta, Madrid, 2019
- RODRÍGUEZ MAGDA, R. M., *La mujer molesta. Feminismos postgénero y transidentidad sexual*, Ménades, Madrid, 2019.
- RODRÍGUEZ RUIZ, B. “¿Identidad o autonomía? La autonomía relacional como pilar de la ciudadanía democrática”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 17, pp. 75-104.
- RODRÍGUEZ RUIZ, B. *El discurso del cuidado: propuestas (de)constructivas para un Estado paritario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- RUBIO, R. y OSELLA, S. “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*, nº 118, 2020.
- RUBIO MARÍN, R. y OSELLA, S. “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*, nº 118, 2020, pp. 45-75.
- SALAZAR BENÍTEZ, O., “La identidad de género como derecho emergente”, *Revista de estudios políticos*, nº 169, 2015, pp. 75-107.
- SALAZAR BENÍTEZ, O., “El derecho a la identidad sexual de las personas menores de edad. Comentario a la STC 99/2019, de 18 de julio de 2019”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 32, 2019.
- SPADE, D., *Una vida “normal”. Violencia administrativa, políticas trans críticas y límites del derecho*, Bellaterra, Barcelona, 2015.

5.2. Webgrafia

- Agencia Europea de Derechos Fundamentales, *Being trans in the European Union*: <https://www.rtve.es/alacarta/audios/no-es-un-dia-cualquiera/javier-giner-yo-adicto-mano-mano/5856584/>
- Argumentario PSOE “contra las teorías que niegan la realidad de las mujeres”: https://www.ecestaticos.com/file/26c584109b23615fbb8e917f31420769/1592075315-argumentariofeministapsoe_9jun2020.pdf
- Comisión Europea, Legal gender recognition in the EU: the journeys of trans people towards full equality, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/7341d588-ddd8-11ea-adf7-01aa75ed71a1/language-en>

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-24/17, de 24 de noviembre de 2017, solicitada por Costa Rica, sobre “Identidad de género, e igualdad, y no discriminación a parejas del mismo sexo”: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf
- Manifiesto “En Podemos también hay feministas”: (<https://docs.google.com/forms/d/e/1FAIpQLSdnQ3teHcAWFg9VLDmkemBMl7vmzrMHpgg6uo63WwtLuZCizw/viewform>)
- López Trujillo, N. “Así regulan ya varias CCAA la autodeterminación de género que propondría la ley trans estatal”: <https://www.newtral.es/ley-trans-ccaa-autodeterminacion-genero/20201207/>
- Plataforma contra el borrado de las mujeres, <https://contraelborradodelasmujeres.org/>
- Rubio Marín, R. y Osella, S., “¿Inseguridad jurídica o seguridad humana? El derecho a ser unx mismx” https://www.eldiario.es/andalucia/desdeelsur/inseguridad-juridica-seguridad-humana-derecho-unx-mismx_132_7213738.html; “2021: ¡Bienvenida la Nueva Ley de las Personas Trans y la Autodeterminación de Género!”, https://www.eldiario.es/andalucia/desdeelsur/2021-bienvenida-nueva-ley-personas-trans-autodeterminacion-genero_132_6631132.html#:~:text=Podemos%20seguir%20negando%20los%20derechos%20de%20las%20personas%20trans.&text=Por%20todo%20ello%2C%20C2%A1bienvenida%20en,y%20la%20autodeterminaci%C3%B3n%20de%20g%C3%A9nero!