

MINORÍA DE EDAD Y CAMBIO DE LA MENCIÓN
REGISTRAL DE SEXO. COMENTARIO A LA STC 99/2019, DE
18 DE JULIO

*MINORITY OF AGE AND CHANGE IN THE REGISTRATION OF
SEX. COMMENT TO STC 99/2019, OF JULY 18*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12, febrero 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 820-831



José Ramón
de VERDA y
BEAMONTE

ARTÍCULO RECIBIDO: 29 de noviembre de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 12 de diciembre de 2019

RESUMEN: El presente comentario analiza la reciente doctrina jurisprudencial relativa a la posibilidad de que un menor de edad puda solicitar el cambio de la mención registral de sexo.

PALABRAS CLAVE: Transexualidad; menores de edad; cambio de sexo; cambio de nombre.

ABSTRACT: *The present commentary analyzes the recent jurisprudential doctrine regarding the possibility that a minor may request the change of the registration of sex.*

KEY WORDS: *Transsexuality; minors; sex change; name change.*

SUMARIO.- I. LOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES SOBRE LA MATERIA.- II. LA REGULACIÓN LEGAL ACTUAL DEL FENÓMENO DE LA TRANSEXUALIDAD.- III. LA DECLARADA INCONSTITUCIONALIDAD DEL REQUISITO LEGAL DE QUE QUIEN SOLICITA EL CAMBIO DE LA MENCIÓN REGISTRAL DE SEXO SEA, EN TODO CASO, MAYOR DE EDAD.- IV. AJUSTE DEL FALLO DEL TC A LA PRÁCTICA REGISTRAL.- V. LA APLICACIÓN DE LA NUEVA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL POR PARTE DEL TS.

SUPUESTO DE HECHO

El fallo analizado arranca de una cuestión de constitucionalidad plantada por el TS a propósito de un recurso de casación presentado por los padres de un menor de edad que, como representantes legales del mismo, habían solicitado la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre de un menor, cuando este tenía doce años; primero, en vía gubernativa, ante el Registro civil; y, posteriormente, en juicio ordinario, denegándose en todas las instancias su pretensión, por razón de la minoría de edad de su hijo.

DOCTRINA

El art. 1.1 de la Ley 3/2007, en la medida en que se aplica a todos los menores de edad, sin habilitar un cauce de individualización de aquellos menores de edad con suficiente madurez y en una situación estable de transexualidad y sin prever un tratamiento específico para estos supuestos, constituye una medida legal que restringe los principios y derechos constitucionales, 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".

COMENTARIO

I. LOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES SOBRE LA MATERIA.

En el pasado, ante la ausencia de una norma legal que contemplara el supuesto, la jurisprudencia, con apoyo en el art. 10.1 CE (principio constitucional de libre

• José Ramón de Verda y Beamonte

Catedrático de Derecho civil, Universidad de Valencia. Correo electrónico: J.Ramon.de-Verda@uv.es

desarrollo de la personalidad), admitió que los transexuales, quirúrgicamente operados, pudieran cambiar su mención de sexo en el Registro Civil, pero excluyó que pudieran casarse con personas de su mismo sexo cromosómico, por considerar que se trataba de un matrimonio homosexual (claro está, dicha jurisprudencia recayó con anterioridad a la Ley 13/2005, de 1 de julio, que admitió el matrimonio entre contrayentes del mismo sexo). *Vid.* en este sentido SSTS 2 julio 1987 (Tol 409977), 15 julio 1988 (Tol 1735745), 3 marzo 1989 (Tol 1731668) y 19 abril 1991 (Tol 1728846). La STS 6 septiembre 2002 (Tol 212780) no accedió, así, al cambio solicitado (de mujer a varón, en el caso), porque no se había llegado, ni a la resección del útero y los ovarios, ni a la reconstrucción del pene. No obstante, ya las RRDGRN 8 enero 2001 (Tol 242130) y 31 enero 2001 (RAJ 2001, 5095) admitieron la validez del matrimonio del transexual con otra persona de su mismo sexo cromosómico.

II. LA REGULACIÓN LEGAL ACTUAL DEL FENÓMENO DE LA TRANSEXUALIDAD.

En la actualidad, la Ley 3/2007, de 15 de marzo, permite la rectificación registral de la mención del sexo (y, por consiguiente, de nombre) a través de un expediente gubernativo, que se tramitará ante el Registro Civil del domicilio del solicitante.

En el párrafo primero de su art. 1 establece, así, que “Toda persona de nacionalidad española, mayor de edad y con capacidad suficiente para ello, podrá solicitar la rectificación de la mención registral del sexo”; añadiendo en su párrafo segundo que “La rectificación del sexo conllevará el cambio del nombre propio de la persona a efectos de que no resulte discordante con su sexo registral”.

En el expediente gubernativo hay que acreditar la concurrencia de dos requisitos, previstos en el art. 4 de la Ley 3/2007: en primer lugar, que el solicitante acredite, mediante la presentación de un informe médico o psicológico, que sufre una “disforia de género”, es decir, una disociación entre su sexo cromosómico y el que siente como propio, exigiéndose que dicho sentimiento sea permanente y no se deba a trastornos de la personalidad; y, en segundo lugar, que el solicitante pruebe que ha sido tratado médicamente durante, al menos, dos años, para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado, salvo que “concurran razones de salud o edad que imposibiliten su seguimiento y se aporte certificación médica de tal circunstancia”. En cambio, no será necesario para la concesión de la rectificación registral de la mención del sexo de una persona que el tratamiento médico haya incluido cirugía de reasignación sexual.

Hay que tener en cuenta que, después de la promulgación de la Ley, la jurisprudencia, basándose en los principios sancionados por la misma, admitió el

cambio de la mención registral de sexo, respecto a supuestos que no entraban dentro de su ámbito de aplicación temporal, sin necesidad de que el solicitante se hubiera sometido a una operación de reasignación sexual, por prevalencia de los criterios fenotípicos, psicológicos y sociales sobre los puramente cromosómicos. Vid. en este sentido SSTs 17 septiembre 2007 (Tol 1146766), 28 febrero 2008 (Tol 1347129), 18 julio 2008 (Tol 1353319) y 22 junio 2009 (Tol 1554270).

Conforme al art. 5 de la Ley 3/2007, “La resolución que acuerde la rectificación de la mención registral del sexo tendrá efectos constitutivos a partir de su inscripción en el Registro Civil (1°). “La rectificación registral permitirá a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición” (2°). “El cambio de sexo y nombre acordado no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral” (3°).

Por lo tanto, si el transexual estuviera casado, por este mero hecho, no se disolverá su matrimonio, ni tampoco perderá, salvo que así lo aconseje el interés de los menores, el derecho a relacionarse con sus hijos. Vid. a este respecto la STC 176/2008, de 22 de diciembre (Tol 1416108), que consideró constitucional la restricción del régimen de visitas, inicialmente acordado en favor del padre, que posteriormente se sometió a una cirugía de reasignación sexual. Esta restricción se basó en los informes periciales psicológicos, que encontraban riesgos relevantes para la integridad psíquica del niño debido a la inestabilidad emocional del recurrente. La resolución fue posteriormente confirmada por la STEDH 30 noviembre 2010 (Tol 2647876).

En realidad, desde la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, es evidente que el matrimonio de los transexuales no plantea ningún problema de validez. Pero conviene precisar que el matrimonio contraído por un transexual (que, conforme a lo dispuesto en la Ley 3/2007, de 15 de marzo, hubiera cambiado la mención de su sexo en el Registro) con una persona, que, aunque tenga su mismo sexo cromosómico, legalmente sea de sexo diverso, no será homosexual, sino heterosexual. En cualquier caso, el contrayente que desconociera el cambio de sexo de su consorte podría pedir la nulidad del matrimonio al amparo del art. 73.4 CC (por error en cualidad personal).

El error es posible, desde el momento en que, recaída la resolución, “Se cambiará el nombre, imponiéndose uno acorde a su nuevo sexo. El cambio de sexo y nombre obligará a quien lo hubiere obtenido a solicitar la emisión de un nuevo documento nacional de identidad ajustado a la inscripción registral rectificada. En todo caso se conservará el mismo número del documento nacional de identidad. No se dará publicidad sin autorización especial de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de la persona”.

III. LA DECLARADA INCONSTITUCIONALIDAD DEL REQUISITO LEGAL DE QUE QUIEN SOLICITA EL CAMBIO DE LA MENCIÓN REGISTRAL DE SEXO SEA, EN TODO CASO, MAYOR DE EDAD.

Como ya se ha dicho, el art. 1.1 de la Ley 3/2007, permite, exclusivamente, el cambio de mención registral de sexo a los mayores de edad.

Por lo tanto, legalmente, el menor de edad (emancipado o no) no puede, en ningún caso, pedir el cambio el cambio registral de sexo (que lleva aparejado el cambio de nombre), ni tampoco pueden hacerlo por él sus representantes legales, por ser el cambio de sexo una decisión personalísima.

Esta exigencia legal llevó al TS a plantear una cuestión de constitucionalidad a propósito de un recurso de casación presentado por los padres de un menor de edad que, como representantes legales del mismo, solicitaron la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre de un menor, cuando este tenía doce años; primero, en vía gubernativa, ante el Registro civil; y, posteriormente, en juicio ordinario, denegándose en todas las instancias su pretensión, por razón de la minoría de edad de su hijo.

La STC (Pleno) 99/2019, de 18 de julio, ha considerado inconstitucional que el artículo cuestionado no permita cambiar el sexo registral (y, consiguientemente, el nombre) a los menores de edad, que, no obstante, tengan suficiente madurez y se encuentren en una situación estable de transexualidad, por entender que dicha prohibición supone una injerencia desproporcionada en su derecho a la intimidad y es contraria al principio que les garantiza un espacio de libertad en la conformación de su identidad, máxime, “por tratarse de una norma automática y que no contempla régimen intermedio alguno –i.e. cambio de nombre, pero no de sexo– para las situaciones de transición”.

Dice, así, que el art. 1.1 de la Ley 3/2007, en la medida en que se aplica a todos los menores de edad, “sin habilitar un cauce de individualización de aquellos menores de edad con ‘suficiente madurez’ y en una ‘situación estable de transexualidad’ y sin prever un tratamiento específico para estos supuestos, 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”.

La sentencia plantea, sin duda, incógnitas, descritas en el Voto Particular formulado por la Magistrada Encarna Roca, en el que se afirma que estamos ante “un fallo en el que se declara la inconstitucionalidad de la norma pero no la nulidad

del precepto cuestionado, dando lugar a un pronunciamiento, a mi juicio confuso y con un efecto impreciso, pues no sabría determinar si estamos ante una sentencia 'aditiva', en la que se declara inconstitucional la norma porque no se ha previsto algo que el legislador constitucionalmente estaba obligado a prever; o ante una sentencia de inconstitucionalidad parcial; o ante una sentencia 'monitoria' en la que se aconseja al legislador que opte por una regulación más favorable o, en suma, ante una sentencia meramente interpretativa, dejando pendiente por concretar, quién y cómo se ha de determinar la 'suficiente madurez del menor' y el grado de estabilidad de su transexualidad, de cara a extenderle la facultad de rectificar la mención registral relativa al sexo.

IV. AJUSTE DEL FALLO DEL TC A LA PRÁCTICA REGISTRAL.

A mi parecer, es claro que, tras esta sentencia, se esté o no de acuerdo con ella, sin necesidad de ningún desarrollo o modificación legal del precepto, los menores de edad (en los que concurren los requisitos del art. 4 de la Ley 3/2007), con "suficiente madurez" y que se encuentren en una "situación estable de transexualidad", podrán pedir (parece que con la asistencia de sus representantes legales, complementando su capacidad), pedir el cambio registral de sexo y el consiguiente cambio de nombre, debiendo, apreciarse la concurrencia de estos requisitos caso por caso (en espera de hipotéticas especificaciones normativas concretando estos requisitos).

No obstante, creo pertinente subrayar que el argumento de que el art. 1 de la Ley 3/2007, "no contempla régimen intermedio alguno –i.e. cambio de nombre, pero no de sexo– para las situaciones de transición", si bien es cierto, a nivel legal, no lo es, en la práctica registral, porque, ya antes, la Dirección General de los Registros y del Notariado había dictado la Instrucción de 23 de octubre de 2018, sobre cambio de nombre en el Registro Civil de personas transexuales, en la que se establecen dos directrices para orientar la actuación de los encargados del Registro Civil, ante las solicitudes de cambio de nombre para la imposición de uno correspondiente a un sexo diferente del que resulta de la inscripción de nacimiento.

Por lo tanto, no se trata aquí de cambiar el sexo registral, sino, simplemente, de cambiar el nombre que figura en el Registro (sin necesidad de cumplir los requisitos exigidos por la Ley 3/2007), para ajustarlo al sexo que el solicitante siente como tal y que, como se ha dicho, es distinto del que aparece en el Registro (que permanece inalterado), con el fin de permitir el cambio de nombre a las personas que, legalmente, no pueden cambiar de sexo.

a) Según la Directriz Primera: “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 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”.

Así pues, ello supone que el menor emancipado podrá pedir, mediante una mera declaración de voluntad, que se le asigne un nombre que no corresponda al sexo con el que aparece inscrito en el Registro Civil, sin necesidad de instar la modificación de dicho sexo, para lo cual debería cumplir los requisitos del art. 4 de la Ley 3/2007.

La Instrucción apoya la Directriz Primera en la circunstancia de que “en la época en que se aprobó la citada Ley 3/2007 la transexualidad estaba clasificada como una enfermedad entre los ‘trastornos de la personalidad de la conducta y del comportamiento del adulto’ según la Clasificación Internacional de Enfermedades de la OMS (CIE -I0, que data del año 1990, y en cuyo epígrafe F64 se comprendían trastornos de la identidad sexual, transexualismo, travestismo de doble rol, y trastorno de la identidad sexual psicológico).

Por el contrario, en la actualidad, tras la publicación por la OMS del CIE-II (que entrará en vigor en enero de 2022), la misma no aparece calificada como enfermedad, sino como ‘condición’, en el epígrafe dedicado a las ‘condiciones relacionadas con la conducta sexual’, denominándola ‘incongruencia de género’, y caracterizándola como una marcada y persistente incongruencia entre el género experimentado por un individuo y el género que se le asigna”.

b) Según la Directriz Segunda: “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”.

Por lo tanto, los padres o representantes legales, de común acuerdo, mediante una declaración de voluntad propia, pueden solicitar que se imponga al menor no emancipado un nombre que no se corresponda al sexo con el que aparece inscrito en el Registro Civil, sin necesidad de instar la modificación de dicho sexo, para lo cual no están legitimados, según resulta de la Ley 3/2007.

La Instrucción lo justifica en el mencionado CIE-II de la OMS, en el que “se describen dentro de dicho epígrafe dos situaciones: la incongruencia de género de la adolescencia y edad adulta, y la de la infancia. Lo anterior implica que la regulación de la Ley de 2007, en la que se asocia la transexualidad con una enfermedad o trastorno de la personalidad, que puede y debe ser médicamente diagnosticada y tratada para posibilitar su reflejo en el Registro Civil, y que sólo puede producir efectos legales en relación con los mayores de edad, está superada en el actual estado de la ciencia médica, y por tanto obliga a una interpretación correctora de dicha norma”.

Observa, además, que “si bien la Ley Orgánica citada establece como edad a partir de la cual el menor debe ser oído en todo caso la de doce años, también ordena que se le oiga en todos los casos en que ello se considere obligado en función de su grado de madurez. Esto, en la materia de la identidad de género, teniendo en cuenta que frecuentemente hay niños que en torno a los cuatro años experimentan ya con claridad la identidad sexual propia como diferente de la asignada, considerando el importante efecto perjudicial que puede tener el retraso en la adopción de las medidas, o lo que es lo mismo el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo, obliga a establecer un procedimiento para poder modificar el nombre a los niños menores de doce años, representados por sus padres o tutor pero con la intervención del menor que en cada caso proceda”.

Téngase, en cuenta, sin embargo, que, tras la STC (Pleno) 99/2019, el menor (emancipado o no), si tuviera condiciones de madurez suficientes y se encontrara en situación permanente de transexualidad (cumpliendo, además, los requisitos exigidos por art. 4 de la Ley 3/2007), podría pedir directamente el cambio registral de sexo (si bien, parece, con el complemento de capacidad de sus progenitores). Resulta, pues, absurdo, que, si no está emancipado, deban ser sus padres quienes (aunque tenga condiciones de madurez), mediante una declaración de voluntad propia, pidan su cambio de nombre, al amparo de la Instrucción de 23 de octubre de 2018, limitándose el menor a firmar la solicitud, si tuviera más de doce años. En cualquier caso, me pregunto si no hubiera sido más razonable profundizar en la vía del cambio de nombre de los menores de edad y dejar la posibilidad de cambiar el sexo, exclusivamente, a los mayores de edad (al menos, mientras siga vigente el art. 4 de la Ley).

V. LA APLICACIÓN DE LA NUEVA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL POR PARTE DEL TS.

La STS (Sala I^a Pleno) núm. 685/2019, de 17 de diciembre, rec. n^o 1583/2015, aplicando la doctrina que sienta la STC (Pleno) 99/2019, de 18 de julio, ha estimado el recurso de casación, en su día planteado, casando la sentencia recurrida, “para que el tribunal de apelación, como órgano de instancia plenamente facultado para conocer de todas las cuestiones de hecho y de derecho objeto del proceso, tras realizar la audiencia del menor, las resuelva en sentencia, una vez que se ha declarado que la minoría de edad del demandante no le priva de legitimación para solicitar la rectificación de la mención registral del sexo si tiene suficiente madurez y una situación estable de transexualidad, y que no haber estado sometido a tratamiento durante al menos dos años antes de la presentación de la demanda no le impide obtener la rectificación solicitada”.

Por lo tanto, el TS, al no poder conocer de cuestiones de hecho, remite a la Audiencia Provincial el juicio sobre la existencia de los dos requisitos a los que el TC supedita la posibilidad de que un menor pueda obtener el cambio de la mención registral de sexo: la “suficiente madurez” y la “situación estable de transexualidad”, previa audiencia del mismo, precisando que la comprobación del grado de madurez deberá realizarse “de un modo menos exhaustivo mientras más cercano a la mayoría de edad se encuentre el demandante, que actualmente tiene ya 17 años”.

Destacable me parece la afirmación del TS de que “No es obstáculo a la estimación de la demanda el hecho de que, en el momento de su presentación, el demandante no llevara dos años siendo tratado médicamente para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado”.

Para fundamentar esta afirmación dice lo siguiente: “el propio art. 4 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, prevé que no puede exigirse el requisito del tratamiento médico durante dos años cuando razones de edad imposibiliten su seguimiento, lo que de un modo evidente concurre en una persona que tiene doce años de edad, como ocurría con el demandante cuando interpuso la demanda. En el informe presentado con la demanda, emitido por un equipo integrado por un psiquiatra, un endocrinólogo y un psicólogo, se indicaba que el tratamiento hormonal no había sido iniciado antes por no haber comenzado el proceso natural del cambio puberal”.

Creo que el TS tiene razón, pues, en este caso concreto, en que el menor tenía 12 años y no había comenzado el proceso natural del cambio puberal, se daba la causa de exclusión de la necesidad legal de tratamiento médico, que es prevista por el art. 4 de la Ley 3/2015. Ahora bien, hay que recordar que, con carácter

general, la STC (Pleno) 99/2019, de 18 de julio, no ha considerado inconstitucional la exigencia legal del tratamiento médico para poder instar un cambio registral de sexo.

Por lo demás, el TS insiste en que “Será necesaria en todo caso la audiencia del menor demandante para confirmar que es su voluntad solicitar el cambio de la mención registral del sexo. El art. 162 del Código Civil excluye del ámbito de representación legal que los padres tienen respecto de sus hijos menores de edad ‘[l]os actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo’. En este ámbito, la actuación de los representantes legales es meramente complementaria, como puede ser, por ejemplo, la destinada a completar la capacidad procesal de los menores de edad y permitirles comparecer en juicio (art. 7.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)”.

