

IDENTIDAD Y CONTEXTO INMEDIATO DE LA PERSONA (IDENTIDAD PERSONAL, EL NOMBRE DE LA PERSONA, IDENTIDAD SEXUAL Y SU PROTECCIÓN)

Pilar BENAVENTE MOREDA *

Resumen

La referencia en el presente trabajo a «la identidad y contexto inmediato de la persona» nos sitúa ante dos aspectos de dicha identidad, no los únicos, que han encontrado un elemento de protección común dentro de la Jurisprudencia de nuestros Tribunales y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH): El derecho al nombre y a la propia identidad sexual como dignos de la protección que les confiere el artículo 8 de la Convención de Derechos y Libertades Fundamentales, por más que el citado precepto no los mencione expresamente. Partiendo de tal premisa se analizan en el presente trabajo ambos derechos tratando de presentar una visión de todos los aspectos «colaterales» que han de ser objeto de protección como consecuencia del reconocimiento de los derechos mismos. No existirá una protección total de tales derechos si no se protegen, reconocen y atienden dichos aspectos colaterales que constituyen su contexto inmediato.

Abstract

The reference in this work to «the immediate context and identity of the person» presents us with two aspects of that identity, not the only ones, who have found a common protection element in the practice of our courts and of European Court of Human Rights: the right to a name and sexual identity as worthy of protection conferred by Article 8 of the Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms, though the above provision does not expressly mentioned. Based on this premise are discussed in this paper both rights trying to present an overview of all aspects «collateral» that must be protected as a result of the recognition of the rights themselves. There will be no full protection of such rights if not protected, recognized and catered such collateral aspects that constitute its immediate context.

* Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad Autónoma de Madrid (pilar.benavente@uam.es).

Palabras clave

Identidad y contexto inmediato; derecho al nombre; derecho a la identidad sexual, intersexualidad, transexualidad y homosexualidad; respeto a la Vida privada y familiar; libre desarrollo de la personalidad.

Key words

Immediate context and identity of the person; Right to a name; Right to a sexual identity, intersexuality, transsexuality and homosexuality; Respect for de private and family life; Free development of personality.

SUMARIO: I. Introducción. La identidad y el contexto inmediato de la persona; II. Identificación de la persona. Derecho al nombre y su protección; 1. Regulación vigente (LRC 1957 y RRC 1958); 2. El nombre y los apellidos en la Nueva Ley de Registro Civil; 3. El nombre y los apellidos, dignos de la protección prevista en el artículo 8 del Convenio de protección de Derechos y Libertades Fundamentales (derecho al respeto a la Vida privada y familiar); III. Derecho a la identidad sexual. El libre desarrollo de la personalidad. Transexualidad, Homosexualidad e Intersexualidad; 1. Intersexualidad, ¿tercer sexo?, ¿y si no hay nada que elegir?; A) El binomio sexo-género; B) ¿A quién le corresponde decidir sobre la asignación del sexo ambiguo?; 2. Transexualidad, cambio de sexo y aspectos colaterales del mismo; A) La situación de los transexuales en España al amparo de la jurisprudencia tradicional y a raíz de la Ley 3/2007 de 17 marzo reguladora de la mención registral del sexo de las personas. Posibilidad de cambio de sexo; B) El contexto inmediato de los derechos de los transexuales. Algunos efectos «colaterales» necesarios para la plenitud de la protección; a) Sistema de protección de datos derivados del cambio de sexo de las personas al amparo de la Ley 15/1999 de Protección de Datos de carácter personal y su Reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, en relación con la Ley 41/2002 de 14 noviembre, de Autonomía del Paciente; b) Asistencia sanitaria en materia de cambio de sexo; c) El contexto inmediato de los derechos de los transexuales. La posición de la Jurisprudencia del TEDH; 3. Homosexualidad. Derecho a contraer matrimonio y aspectos colaterales del mismo; A. La posición española sobre el matrimonio igualitario; B) Incidencia de la modificación del CC en materia del derecho a contraer matrimonio en las relaciones familiares. Los efectos colaterales del reconocimiento del derecho: filiación por naturaleza, adopción y procreación asistida; a) Incidencia en materia de Adopción; b) Incidencia en materia de Filiación por naturaleza y presunción de paternidad matrimonial; c) Filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida; d) Incidencia de la equiparación del matrimonio de personas del mismo sexo en el debate sobre la atribución de la «doble paternidad matrimonial» en los Matrimonios entre dos varones; C) El contexto inmediato de los derechos de los Homosexuales. Posición del TEDH y la CIDH. ¿Dónde están los límites de apreciación por parte de los Estados?

I. INTRODUCCIÓN. LA IDENTIDAD Y EL CONTEXTO INMEDIATO DE LA PERSONA

Define el Diccionario de la Real Academia Española la palabra «identidad», en dos de sus acepciones, como el conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás, así como la conciencia

que una persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás. Por otro lado cuando se refiere a la palabra «contexto», una de sus acepciones alude al entorno físico o de situación, ya sea político, histórico, cultural o de cualquier otra índole, en el cual se considera un hecho. Y el adjetivo «inmediato» como lo contiguo o muy cercano a algo o alguien.

La referencia en el presente trabajo a «la identidad y contexto inmediato de la persona» dentro del ámbito de las XVII Jornadas del Anuario de la Facultad de Derecho sobre «Identidad, Derecho y Política» nos ha llevado al análisis precisamente de las dos primeras acepciones de «la identidad» de una persona, como conjunto de rasgos propios de la misma que la caracteriza frente a los demás, así como la propia conciencia que la persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás, en relación con su entorno contiguo o más cercano, en nuestro caso político y cultural y por ende jurídico.

Y ello nos sitúa fundamentalmente ante dos aspectos de la persona que sin ser exclusivamente los únicos con relevancia en relación con la misma, han encontrado un hilo de protección común dentro de la Jurisprudencia de nuestros Tribunales y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al amparo del texto Constitucional y del Convenio protección de Derechos y Libertades Fundamentales de 1999 (1): el nombre de la persona, como elemento de identificación de la misma frente a los demás (su identidad personal) y el derecho a su propia identidad sexual (2).

Ambos, como iremos analizando a lo largo del presente trabajo, tienen encaje común, por un lado en el artículo 10 CE: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, El libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son fundamento del orden político y de la paz social» y por otro, en el artículo 8 del Convenio protección de Derechos y Libertades Fundamentales de 1999 (art. 8 del Convenio de Roma) (RCL 1999/1190): «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.» Vinculados ambos preceptos con los correlativos artículos 14 del texto Constitucional y del Convenio conforme a los cuales se establece la prohibición de toda discriminación por razón de nacimiento, sexo, raza, religión, opinión, etc.

(1) Resolución de 5 de abril de 1999 (RCL 1999/1190). Hace públicos los Textos Refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (RCL 1979/2421 y ApNDL 3627), el Protocolo Adicional, hecho en París el 20 de marzo de 1952 (RCL 1991/81) y el Protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983 (RCL 1985/885 y ApNDL 10737).

(2) Como se ha señalado, en los últimos tiempos se viene hablando en sentidos muy variados de un derecho a la propia identidad (la identidad genética, cultural, lingüística, étnica, religiosa...) pero coincidiendo con los planteamientos de autores como Jesús Delgado Echeverría nos centramos en este trabajo en dos aspectos concretos de la identidad personal (el nombre y la identidad sexual) entre los que median importantes relaciones, precisamente en el ámbito de la identificación de la persona (en LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros. *Elementos de Derecho Civil I*. Parte General –volumen segundo– Personas. 5.ª ed. Revisada y puesta al día por J. Delgado Echeverría, Madrid, 2008, pp. 77 y 78.

Igualmente conviene traer a colación aquí, por haber sido objeto de aplicación por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con supuestos de discriminación por razón de identidad sexual, el homólogo precepto de la Convención Americana de Derechos Humanos –art. 1– (3) (Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos)

Este trabajo pretende analizar en primer lugar, la trascendencia y protección que el «Nombre» de las personas alcanza como modo esencial de identificación de las mismas, atendiendo a los criterios vigentes de su identificación dentro de nuestro ordenamiento jurídico, conforme a los planteamientos de la aún vigente Legislación de Registro Civil y atendiendo a los nuevos postulados de la nueva Ley de Registro Civil de 2011.

Por otro lado alcanza nuestro estudio a analizar una de las cuestiones más controvertidas en los momentos actuales, vinculadas precisamente a una de las acepciones que la «identidad de la persona» tiene: su «Identidad sexual» y las consecuencias o trascendencia que la misma tiene en el entorno más inmediato de la persona: el alcance del reconocimiento de sus derechos (si afecta en términos reales y efectivos) y la conexión inmediata con su entorno personal y familiar. Consecuencias en cuanto al reconocimiento de derechos directamente vinculados con la persona: derecho a contraer matrimonio o derechos vinculados con las relaciones familiares (posible colisión con otros derechos de terceros igualmente dignos de protección, como son los derechos de los menores y la necesaria salvaguardia de su «interés superior»).

II. IDENTIFICACIÓN DE LA PERSONA. DERECHO AL NOMBRE Y SU PROTECCIÓN

1. REGULACIÓN VIGENTE (LRC 1957 Y RRC 1958)

Pese a la vigencia, aún, de la LRC de 1957, la nueva Ley de Registro Civil de 21 de julio de 2011 (*BOE* 21 de julio) que entrará en vigor en 2014, introduce sin embargo con vigencia inmediata, en su Disposición Final Tercera, la modificación del artículo 30 CC, conforme al cual se altera el criterio histórico en cuanto al comienzo de la personalidad de las personas físicas.

El nacimiento determina la personalidad: («La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno»). Desde ese preciso instante la persona es objeto de protección y amparo en todos los órdenes y desde ese mismo momento, conforme establece expresamente al artículo 50 de la LRC 2011, tiene derecho a un nombre, lo que se materializa en el derecho a ser identificado mediante el nombre y los apellidos,

(3) Establece el artículo 1.1: «Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar el libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.»

constituyendo tradicionalmente además una función de control público de la identidad del individuo.

Cierto es que el Derecho al nombre no está explícitamente recogido en el texto de nuestra Constitución, si bien su consagración en los Tratados Internacionales [(art. 24.2 del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (4)], en la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (arts. 7 y 8), en la Carta Europea de Derechos del Niño (*DOCE* núm. C 241, de 21 de Septiembre de 1992), así como en la Convención Americana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969 (art. 18) permiten entender su incorporación indirectamente en nuestro Ordenamiento a través del artículo 10.2 CE y el artículo 3 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (5).

El hecho de que no exista en nuestra Constitución, sin embargo, una mención explícita del derecho al nombre, hace que la doctrina, aun estudiándolo en la mayoría de los casos en el marco de los Derechos de la Personalidad, haya considerado que la protección que se confiere al nombre de las personas, como función identificadora de las mismas, se produce no en sí mismo, sino por su conexión con la defensa de algunos bienes de la personalidad, como el honor, la intimidad o la fama (6). Pese a las dudas señaladas, otra ha sido la posición mantenida por la DGRN en RR de 23 de febrero (RJ/2007/108930) y 30 de mayo de 2006 (RJ72007/3394), al considerar el derecho al nombre como derecho de la personalidad.

Sin embargo el Nombre constituye en sí mismo uno de los aspectos en que la persona es objeto de protección en el ámbito del Convenio de Protección de Derechos y Libertades Fundamentales de 1999 como modo de identificación de la persona y susceptible de ser incardinado dentro de la protección que confiere su artículo 8 al referirse al derecho al respeto de su vida privada y familiar, por más que

(4) Ratificado por Instrumento de 13 de abril de 1977 (RCL 1977/893).

(5) LACRUZ BERDEJO J. L. y otros. Elementos de Derecho Civil I. Parte General, volumen segundo, Personas. 5.ª ed. Revisada y puesta al día por J. Delgado Echeverría, Madrid, 2008, p. 80.

(6) BERCOVITZ Y RODRIGUEZ-CANO R., *Manual de Derecho Civil, Derecho Privado y Derecho de la Persona*, Madrid 2011, pp. 81 y 82.

Igualmente Carrasco Perera, aun analizando el Derecho al Nombre dentro de los Derechos de la Personalidad entiende que no existe un derecho constitucional garantizado cuyo contenido fuera la imposición de un determinado nombre o la garantía de su inviolabilidad, por más que se haya incluido dentro del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Más que un derecho, apunta, el nombre es un atributo identificador de la persona. Añadiendo igualmente que no existen ataques o atentados específicos que puedan tener al nombre como objeto, sino al mismo a través de otros derechos constitucionales como la imagen o la propia identidad (CARRASCO PERERA, A.; «Derecho Civil-Introducción. Derecho de la Persona. Derecho Subjetivo. Derecho de Propiedad», Tecnos 1996, p. 96.

En sentido parecido Lasarte Álvarez, para quien el nombre es un atributo de la personalidad carente sin embargo del rango de los derechos fundamentales (LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil I, Parte General y Derecho de la Persona*, Pons, 2009, p. 171).

Diez Picazo y Gullón, pese a analizar el Derecho al Nombre al margen de los derechos de la personalidad, lo consideran como un derecho básico de la persona «que responde a una necesidad ineludible tanto desde el punto de vista de su personalidad como el orden público...». El nombre no es sólo un distintivo; evoca idealmente a la misma persona en sus cualidades morales y sociales y a su ascendencia. Por ello, su protección es protección de su personalidad, tanto desde un punto de vista de su individualidad física como moral y social...» (DIEZ PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. I., «Introducción. Derecho de la Persona. Autonomía Privada. Persona Jurídica», 12.ª ed., 2012, p. 360).

tal precepto no se refiera específicamente al derecho «al nombre» (7). Igualmente la identidad personal es objeto de protección al amparo del artículo 18.1 CE (intimidad personal y familiar) y por tanto de las garantías que le confiere igualmente el artículo 18.4 CE (limitación del uso de la informática como garantía de dicha intimidad personal y familiar).

Conviene, a modo de reflexión inicial, señalar cuál es el procedimiento y criterios de su determinación y fijación en la vigente legislación, así como los que se establecen en la Ley de Registro Civil de 2011, dado que, como se ha indicado, hasta 2014 no se producirá su definitiva entrada en vigor.

La vigente regulación del nombre y apellidos aparece contenida en el artículo 109 CC, los artículos 53 a 62 LRC de 1957 y los artículos 192 a 219 RRC de 1958 (8).

Las personas son designadas por su nombre y apellidos, correspondientes a ambos progenitores, que la ley ampara frente a todos (art. 53 LRC). Tanto la LRC como su Reglamento, establecen pautas de determinación [art. 54 LRC (9), 192 RRC], no pudiendo consignarse más de un nombre compuesto ni más de dos simples; quedando prohibidos los nombres que objetivamente perjudiquen a la persona, hagan confusa su identificación o introduzcan a error en cuanto al sexo. Tampoco puede imponerse al nacido el nombre que ostente uno de sus hermanos, a no ser que hubiera fallecido, ni tampoco su traducción usual a otra lengua. Aunque sin embargo es posible, a petición del interesado o su representante legal, sustituir el nombre propio del nacido por su equivalente onomástico en cualquiera de las len-

(7) Esa protección alcanza, con carácter específico a los menores, tal y como queda reflejado en el artículo 4.1, 2 y 3 (derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores) de la LO 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil (*BOE* 17 de enero), donde se establece un sistema específico de protección de la intimidad de los mismos ante los supuestos de difusión de información o utilización de la imagen o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación o que sea contraria a sus intereses (pfo. 2). Considerando específicamente como intromisión ilegítima a su honor, intimidad personal y familiar e imagen del menor, cualquier utilización de su imagen «o su nombre» en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo a su honra o reputación o que sea contraria a sus intereses, incluso si consta el consentimiento del menor o su representante legal (pfo. 3).

Mención específica al derecho al nombre, desde el momento del nacimiento se hace en los artículos 7 y 8 de la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre Derechos de Niño adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas (Ratificada el 30 de noviembre de 1990 –*BOE* núm. 313 de 31 de diciembre de 1990, estableciéndose el compromiso de los Estados de respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la Ley sin injerencias ilícitas.

(8) El artículo 109 debe su redacción a la Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre Nombre y Apellidos y orden de los mismos. Por su parte los artículos 53 a 62 LRC han sido parcialmente modificados igualmente por la Ley 40/1999, de 5 de noviembre, la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de Género y la Ley 13/2005, de 1 de julio, en materia de Derecho a contraer Matrimonio.

Así mismo los artículos 192 a 219 RRC de 1958, han sido parcialmente modificados por los RR DD 193/2000, de 11 de febrero, de modificación de determinados artículos del Reglamento de Registro Civil en materia relativa al nombre y los apellidos y orden de los mismos.

(9) Que debe su actual redacción a las reformas operadas por Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombres y apellidos y orden de los mismos (*BOE* de 6 de noviembre); así como por Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas (RCL 2007/524).

guas españolas. En cualquier caso si las personas obligadas a imponer un nombre al nacido no lo hicieran, el Encargado del Registro será el que lo imponga.

En cuanto a los apellidos, el régimen aplicable a los mismos es el previsto en el artículo 109 CC, 55 y 56 LRC y 194 y SSRRC(10). Atendiendo a las citadas normas, en los supuestos en que la filiación esté determinada por ambas líneas, el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su primer apellido antes de la inscripción registral. Si no existe este acuerdo regirá lo determinado en la ley (art. 194 RRC) que mantiene la prioridad del apellido paterno sobre el materno(11).

2. EL NOMBRE Y LOS APELLIDOS EN LA NUEVA LEY DE REGISTRO CIVIL DE 2011

La nueva Ley de Registro Civil (Ley 20/2011, de 21 de julio, *BOE* de 22 de julio), incorpora específicamente el derecho al nombre y los apellidos como elemento de identidad del nacido, derivado del derecho de la personalidad [Preámbulo de la Ley V; art. 11.a), art. 50], debiendo constar estos en la correspondiente inscripción de nacimiento.

Igualmente se incorpora en su DA 4.^a(12) el derecho de los progenitores a otorgar un nombre al fallecido con posterioridad a los seis meses de gestación que no llegue a cumplir los requisitos del artículo 30 CC (13). La novedad que introdu-

(10) Redactados atendiendo a las reformas operadas por Ley 40/1999, de 5 de noviembre sobre nombre y apellidos y orden de los mismos (arts. 109 CC y 54 y 55 LRC); así como RD 193/2000, de 11 de febrero, de modificación de determinados artículos del RRC en materia relativa al nombre y apellidos y orden de los mismos.

(11) Se viene planteando no obstante, bajo la regulación aún vigente, la posible inconstitucionalidad del artículo 194 RRC, pues con independencia de que se deje a la voluntad de los progenitores determinar prima facie el orden de los apellidos, la opción legal a la que se llega en defecto de tal acuerdo es la de la prioridad del apellido paterno sobre el materno, situación que en determinadas circunstancias puede ser la que se aplique por imperativo legal ante la manifiesta imposibilidad de tal acuerdo. Tal es el supuesto planteado en la STC 12 octubre 2012 (*BOE* de 14 de noviembre), en la que se debate precisamente sobre el alcance de tal norma, aplicable pese a la modificación del CC (art. 109) tras la reforma operada por Ley 40/1999, de 5 de noviembre sobre nombre y apellidos y orden de los mismos.

Sobre el carácter discriminatorio que sigue manteniéndose por la aplicación del citado artículo 194 RRC se pronuncia EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A., «Derecho al apellido: Tradición, igualdad y ciudadanía europea (A propósito de la STEDH de 16 de noviembre 2004, asunto *Ünal Tekeli*», *BIB 2005/1554, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 11/2005 (Estudio), Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 2005.

(12) Disposición adicional cuarta. *Constancia en el Registro Civil de los fallecimientos con posterioridad a los seis meses de gestación.*

Figurarán en un archivo del Registro Civil, sin efectos jurídicos, los fallecimientos que se produzcan con posterioridad a los seis meses de gestación y no cumplieran las condiciones previstas en el artículo 30 del Código Civil, pudiendo los progenitores otorgar un nombre.

Este archivo quedará sometido al régimen de publicidad restringida.

(13) Como tendremos ocasión de analizar más adelante, quizá el criterio que la DA 4.^a introduce responda al planteamiento del que se hizo eco la STEDH de 2 de junio de 2005 (Caso *Znameskaya vs. Rusia* (TEDH 2005/64) en que bajo la protección del nombre al amparo del artículo 8 del Convenio de 1999 se justifica la solicitud de la madre del hijo nacido muerto, del cambio de los apellidos para hacerlos corresponder con la verdad biológica.

ce la citada Disposición Adicional, no es tanto el hecho de hacer inscribible en un archivo especial del Registro Civil, sin efectos jurídicos, los citados fallecimientos, sino el hecho de permitir que los progenitores le otorguen un nombre al fallecido. Y ello es así porque ya el artículo 45 de la LRC de 1957 regulaba, y regula, la inscripción, en el denominado legajo de abortos, de los alumbramientos de criaturas abortivas, alumbradas con menos de 180 días de vida fetal (14).

El alcance de tal disposición se extenderá, conforme a la Disposición Transitoria 9.^a de la LRC a las defunciones acaecidas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, siempre que lo soliciten los progenitores en el plazo de dos años desde la publicación de la misma en el *BOE*, esto es, hasta el mes de julio de 2013 (15).

En relación con los apellidos, el artículo 49 LRC consagra definitivamente la supresión legal de la prevalencia del apellido materno frente al paterno que ya había intentado solventar parcialmente la Ley 40/1999, de 5 de noviembre sobre nombre y apellidos y orden de los mismos, al modificar el artículo 109 del CC (16). Se solventa en el citado precepto la incongruencia de seguir manteniendo con carácter general la referencia a los apellidos «materno y paterno» tras la existencia de posibles dobles maternidades o paternidades, al referirse, con carácter general al apellido de los progenitores.

(14) En relación con la modificación del artículo 30 CC y la nueva D.A. 4.^a realiza un extenso análisis LINACERO DE LA FUENTE, M., «La nueva redacción del artículo 30 del Código Civil y la creación de un archivo especial para hacer constar los fallecimientos con posterioridad a los seis meses de gestación en la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil». RCDI mayo-junio 2012, núm. 731, pp. 1329 a 1361

(15) Salvo que la citada Disposición Transitoria obedezca a un error patente del legislador, que inicialmente tenía previsto en los diferentes borradores o en el Anteproyecto de Ley, un periodo de vacatio legis de dos años y no de tres como ahora se prevé, carece de sentido que si la LRC 2011 entra en vigor en julio de 2014, sólo en aquellos casos en que el fallecimiento al que alude la D.A. 4.^a se haya producido hasta julio de 2013 los progenitores puedan solicitar, entiendo, la inscripción en el archivo correspondiente del Registro y la imposición de un nombre al mortinato, pero si el fallecimiento se produce desde julio de 2013 a julio de 2014, no sea posible la aplicación de la citada DA 4.^o por la remisión que a ella se hace desde la DT 9.^a.

Incluso, me atrevo a apuntar, que la existencia de la DT 9.^a parece inadecuada, cuando habría resultado como técnica legislativa más correcto la entrada en vigor inmediata de la DA 4.^a, suprimiendo desde tal momento los legajos de abortos. Ciertamente ello supondría, frente a la regulación que prevé la transitoria, que por imperativo legal, y no a instancia de los progenitores, se inscribieran en el citado archivo los fallecidos sin cumplir los requisitos del artículo 30 del CC. Pero es que, la solución adoptada por el legislador en este caso provoca, creo, una situación más compleja y posiblemente más perjudicial para la finalidad que se pretende, a saber: la coexistencia de los legajos de abortos y los archivos de fallecidos como si de dos situaciones diferentes se trataran. Y ello en la medida en que, cuando los progenitores no opten (o no puedan hacerlo porque haya transcurrido el plazo de dos años a que se alude) por la posibilidad que les ofrece la DT 9.^a, el fallecido necesariamente deberá inscribirse en el legajo de abortos conforme al artículo 45 LRC 1957, mientras que si optan por hacerlo, el fallecido habrá de constar en el archivo al que alude la DA 4.^a de la LRC 2011.

A mayor abundamiento, parece obvio señalar, que la vigencia e interpretación del artículo 45 LRC 1957, al no ser de inmediata aplicación la DA.4.^a de la LRC 2011, salvo, como se ha señalado, a instancias de los progenitores (DT 9.^a), deberá acomodarse a la nueva redacción, ya vigente, del artículo 30 del CC. Esto es, sólo accederán al legajo de abortos los fallecidos sin cumplir los requisitos del citado artículo 30 del CC.

(16) *Vid.* LINACERO DE LA FUENTE, M., «El estado civil y el principio de igualdad en el orden de transmisión de los apellidos en la nueva Ley de Registro Civil», *La Ley*, 21 de junio de 2011 y «Orden de los Apellidos», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 44, julio-agosto de 2012.

Así pues, si la filiación está determinada por ambas líneas, los progenitores determinarán el orden de los apellidos antes de la inscripción registral. En caso de desacuerdo o cuando no se hayan hecho constar los apellidos en la solicitud el encargado del Registro Civil solicitará que lo determinen en plazo de 3 días. Transcurrido dicho plazo sin comunicación expresa será el propio encargado el que acordará el orden atendiendo al interés superior del menor (17).

3. EL NOMBRE Y LOS APELLIDOS, DIGNOS DE LA PROTECCIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 8 DEL CONVENIO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES DE 1999 (DERECHO AL RESPETO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR)

Como hemos tenido ocasión de señalar al comienzo de nuestra exposición, existe un hilo conductor común que vincula los dos aspectos de «la identidad de las personas» aludidos en este trabajo: su necesaria protección *per se*, como derecho al libre desarrollo de la personalidad y como manifestación del respeto a la vida privada y familiar, al margen de la protección a los mismos derivada de su vinculación con otros derechos fundamentales.

Y precisamente tal es el criterio que se desprende de en la interpretación que del artículo 8 del Convenio de Derechos y Libertades Fundamentales de 1999 hace

(17) El hecho de invocar en última instancia «al interés superior del menor» ahonda, si se me permite, en la valoración del nombre y apellidos como derecho personal de quien es portador de los mismos, como derecho del menor y no como derecho de los progenitores a imponerlo. Aunque sin embargo la primera opción del legislador en la redacción del precepto –la elección de los progenitores– tenga presente no el derecho *per se*, al nombre y apellido que el menor tiene, sino el derecho a la no discriminación de quienes deciden imponer el orden de los apellidos.

Dicho esto, el argumento que parece evidente para que, en última instancia el Encargado del Registro determine cuál sea el orden de los apellidos, se corresponde con un principio ampliamente consagrado en la legislación de menores: «El interés superior del menor». Pero no se nos puede olvidar, que tras la lógica de su invocación, absolutamente indiscutible, no prevalece ese interés inicialmente sino tras, o después de haber dado prioridad a otro interés diferente, el de la no discriminación de un progenitor frente a otro en orden al establecimiento del orden de los apellidos. Y ha de decirse algo más al respecto: prevalece ese interés tras el fracaso de la propuesta inicial en los borradores y Anteproyecto de Ley, conforme a los cuales el criterio en el que se pensó fue el de establecer el orden de los apellidos atendiendo a criterios puramente alfabéticos.

Por otro lado, recurrir al «interés superior del menor» para definir en última instancia el orden de sus apellidos, ratifica mi postura relativa a la consideración del derecho al nombre como un auténtico derecho de la personalidad, como manifestación de la protección de la vida privada y familiar (art. 18 CE; art. 8 Convenio 1999), y como manifestación del libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE). Avala, creo, esta posición, el hecho de que dentro de la posible interpretación que se da por quienes vienen interpretando el contenido de la nueva LRC y han seguido muy de cerca sus trámites parlamentarios, consideren que el Encargado del Registro, para decidir sobre el orden de los apellidos más favorable al interés del menor pueda tener en cuenta criterios como el del apellido con mayor arraigo local o renombre social siempre que sean positivos o que tengan connotaciones o resonancias históricas, culturales o artísticas, siempre que sean positivas. Igualmente se alude a la posibilidad de acudir en primer lugar al apellido con contenido evocador más elevado, que facilite la identificación, que tenga carácter más eufónico o posea cierto renombre... (En tal sentido LINACERO DE LA FUENTE, M., Ponencia presentada en el XVII Congreso Internacional de Derecho de Familia «Las Familias y los desafíos Sociales», Mar del Plata 22 a 26 de octubre de 2012, *La Ley*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, pp.118-119).

el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a algunas de cuyas resoluciones más significativas en el tema nos referimos en las siguientes líneas.

Ha de indicarse previamente que en todos los casos analizados, el TEDH considera sin paliativos que el Nombre y los apellidos de las Personas son dignos de la protección que le confiere el citado artículo 8 con independencia de que no aparezca explícitamente mencionado en el precepto, como se ha puesto de manifiesto ya en numerosas decisiones (SSTEDH Burghartz contra Suiza, de 22 de febrero de 1994 (TEDH 1994/9, ap. 24, serie A núm. 280-B); Boulgakov contra Ucrania, de 11 de septiembre de 2007 (JUR 2007/ 257984, ap. 42); S. y Marper contra Reino Unido, 4 de diciembre de 2008 (TEDH 2008/104, ap. 66 entre otras).

Sin embargo conviene tener en cuenta que en la mayoría de los casos en que, aun admitiendo tal valoración no se produce la protección reclamada, la justificación de la denegación se encuentra en la aplicación de la excepción prevista por el párrafo 2.º del citado artículo 8, sobre la base de la existencia de una «injerencia justificada» (18).

A. Significativas resultan en primer lugar las y SSTEDH 1 julio 2008 (TEDH 2008/46) Caso Daroczy contra Hungría y 17 de febrero de 2011 (TEDH 2011/25), Caso Golemanova contra Bulgaria. Ambas relativas al cambio de nombre de una persona en relación con el que se venían utilizando habitualmente, pero con resultados diferentes en cuanto a la posición mantenida por el Tribunal. En el primer caso se entiende vulnerado el artículo 8 del Convenio, mientras que en el segundo prevalece el interés público de proteger la estabilidad de la identificación personal de los individuos sobre el interés del demandante de «proteger su vida privada».

La razón que justifica la diferencia del criterio utilizado en una y otra sentencia, para estimar en la primera y desestimar en la segunda la vulneración del artículo 8, se encuentra en la forma en que se había atribuido el nombre que se pretendía cambiar, en cada caso: impuesto por las autoridades en el primero de los supuestos, frente al segundo en que el nombre le había sido atribuido a la demandante por su padre al nacer.

En la primera de las Sentencias (S. de 1 de julio de 2008) el proceso arranca de la demanda interpuesta por una ciudadana húngara como consecuencia del cambio que de su nombre se había realizado por las autoridades húngaras, realizado de forma automática y sin notificación, en relación con el que había venido utilizando durante más de 50 años. Tal cambio se produce al constatarse oficialmente que el nombre que la demandante venía utilizando era ilegal conforme a la legislación húngara.

El TEDH considera que el Nombre y los apellidos de las personas, como medida de identificación de éstas en sus relaciones personales y sociales ha de ser objeto de la protección que dispensa el artículo 8 del Convenio en cuanto manifestación del derecho a la vida privada y familiar. En tal caso, se entiende que se ha producido la violación del citado precepto, porque aunque los Estados gozan de un amplio margen de apreciación en relación a la regulación de los nombres, no pueden igno-

(18) «... No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás...» (art. 8.1 del Convenio).

rar la importancia que tienen en la vida privada de los individuos; los nombres son elementos centrales en la identificación y definición de cada cual. Imponer restricciones para llevar o cambiar un nombre sin razones justificadas y relevantes es incompatible con el propósito del artículo 8 del Convenio, que pretende proteger la determinación y el desarrollo personal de cada individuo. La referencia formal a un objetivo legítimo –como en este caso, asegurar la autenticidad del Registro Estatal– en ausencia de perjuicio real de los derechos de terceros, no puede justificar una restricción de este derecho.

Se considera igualmente la existencia del derecho a una indemnización por los daños morales (3.500 euros) en virtud de la aplicación del artículo 41 del mismo Convenio.

En la segunda sentencia (S. de 17 de febrero de 2011) se parte de la solicitud presentada por una ciudadana búlgara, del cambio del nombre impuesto por su padre a su nacimiento, por el utilizado familiar y socialmente durante toda su vida familiar y socialmente (desconocía su nombre oficial hasta los 11 años). Se denegó el cambio por ausencia de «razones serias» que lo justificaran.

El TEDH, aun considerando que la petición quedaría incluida en el ámbito del artículo 8 del Convenio, entiende sin embargo que no se produce su vulneración, pues si bien la obligación o imposición del cambio de nombre supone una clara injerencia en la vida privada, no existe tal injerencia cuando se rechaza justificadamente (atendiendo a la legislación vigente aplicable), por la administración correspondiente, la autorización para cambiar el nombre. Debiendo respetarse el margen de apreciación por parte de los Estados miembros.

B. En la STEDH de 2 de febrero de 2010 (TEDH 2010/17) caso Kemal Taszyn y otros contra Turquía, el Tribunal vuelve a considerar el nombre y apellidos de las personas como incluíbles en la protección del artículo 8 del Convenio, pese a considera que su vulneración se encuentra justificada conforme a las previsiones del pfo. 2 del citado precepto.

En esta ocasión el supuesto arranca de la negativa de las autoridades correspondientes a transcribir en el Registro Civil los nombres y apellidos de los demandantes por contener caracteres kurdos (la «q», «x» y «w») inexistentes en el alfabeto turco.

El TEDH considera que sin embargo no existe violación del artículo 8 del Convenio (Violación de la vida privada de las personas) por el hecho de transcribir los nombres conforme al alfabeto turco, justificando tal postura por el hecho de la necesaria unidad lingüística en las relaciones con la Administración y los poderes públicos, habida cuenta del necesario uso del alfabeto nacional en todos los documentos oficiales.

En definitiva, aun considerando la existencia de una injerencia real en la vida privada de los demandantes, entiende que la injerencia se encontraba justificada (ex. art. 8.2 del Convenio), al encontrarse prevista legalmente y tener apoyo en un fin legítimo: el interés público puede justificar la existencia de restricciones legales a tal posibilidad (cuando se trata de un registro exacto de la población o de proteger los medios de identificación personal y vincular una familia a los portadores de un apellido concreto).

C. ¿Cambio de apellidos en el caso de niño nacido muerto? Caso Znameska-ya contra Rusia (STEDH 2 de junio de 2005 (TEDH 2005/64).

Parte la sentencia del supuesto del alumbramiento del hijo, fallecido ya en el seno materno, y que fue registrado en el Registro Civil ruso con los apellidos del marido de la madre, cuando el hijo realmente había sido concebido en una relación de pareja con otra persona. La madre demandante reclamaba la inscripción como padre del que lo habría sido biológicamente, que no era su marido (ambos habían fallecido). Aquél no pudo reconocer la paternidad porque estaba en una institución penitenciaria y fallecería igualmente con posterioridad. La demandante rechazó poner en la lápida de su hijo el nombre del marido (que es el que se atribuía en Rusia a los nacidos, con una indicación diferente en el caso de ser varón/mujer). Solicitaba el cambio en los registros referida a la paternidad del hijo, instando por tanto el cambio del nombre.

Los tribunales rusos entendieron que resultaban inaplicables las normas invocadas en cuanto a la atribución de la paternidad (art. 49 Ley de Familia), habida cuenta de que el hijo fallecido no era titular de derechos civiles, al no haber llegado a nacer vivo, considerando que las normas invocadas exclusivamente eran aplicables a los bebés vivos. Se invocaba por la demandante ante el Tribunal la violación del artículo 8 (respeto a la vida privada y familiar)

El TEDH, con carácter general, igual que se ha visto en las sentencias anteriores, consideró que, aunque el artículo 8 del Convenio no mencione específicamente la protección del nombre y los patronímicos, se encuentra incluido en el mismo. En el presente asunto, sin embargo, la esencia de la queja de la demandante era la imposibilidad de ver reconocido el patronímico de su hijo nacido muerto, para que reflejase una ascendencia biológica por parte de su último compañero.

En este caso, considera el Tribunal que el supuesto era diferente al planteado en otros asuntos en los que las autoridades se oponían a la elección de los padres de un nombre de pila para el niño (19), o de aquellas en las que se solicitaba que el niño recibiera el apellido de la madre en lugar del del padre (20). Tampoco se ajustaba a la jurisprudencia relacionada con la solicitud de una persona de modificar su propio apellido (21) ya que no puede considerarse que un niño que nace muerto haya adquirido unos derechos relativos al respeto a la vida familiar y privada distintos de los de su madre.

Resulta evidente para el Tribunal que para proteger la vida privada y familiar, debe partirse de la existencia de unos vínculos, inexistentes en el caso planteado, por el hecho de que el niño nació muerto. Sin embargo, el TEDH estima la existencia de tales vínculos de la madre con el feto, entendiendo que sí se produciría una vulneración del respeto a su vida privada (ciertamente la de la demandante), estableciendo igualmente una compensación vía artículo 41 del Convenio por daño moral (22).

(19) *Salonen c. Finlandia*, núm. 27868/95, Decisión de la Comisión de 2 de julio de 1997; *Guillot contra Francia*, S. de 24 de octubre de 1996 (TEDH 1996/50).

(20) *G- M. B. y K. M. c. Suiza*, núm. 36797/97, 27 de septiembre de 2001, y *Bijleveld c. Países Bajos*, núm. 42973/98, 27 de abril de 2000).

(21) *Stjerna contra Finlandia*, S. de 25 de noviembre de 1994 (TEDH 199/45), y *El Antiguo Rey Constantino de Grecia y Otros contra Grecia*, núm. 25701/94, Decisión de la Comisión de 21 de abril de 1998.

(22) Señala así la Sentencia que: «... Está bien documentado en la jurisprudencia del Tribunal, que la noción de “Vida familiar” del artículo 8 se refiere a la existencia de “vínculos familiares” entre las partes, ya sean de origen marital o no marital, y una criatura, nacida de dichos compañeros es *ipso*

III. DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL. EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. TRANSEXUALIDAD, HOMOSEXUALIDAD E INTERSEXUALIDAD

Abordamos ahora otro de los aspectos directamente relacionados con la identidad de las personas, el derecho a la propia identidad sexual, tomando en consideración no sólo el tratamiento legal y jurisprudencial que se viene dando al tema como medida de reconocimiento de tal derecho, sino el de todos los aspectos que deben ir conexos, dentro de su contexto más inmediato, para valorar si el reconocimiento del derecho a la identidad sexual no se queda en una mera declaración, cuyos efectos se diluyen cuando se ponen en marcha todas las consecuencias derivadas del mismo (no discriminación en el ámbito familiar, matrimonio y relaciones matrimoniales, paternofiliales, adopción, en el ámbito social, sanitario, etc.).

Para garantizar la protección que a tal derecho ha de dispensarse, aparte de la que deriva de los Tratados Internacionales en general, así como textos Constitucio-

ure parte de dicha relación, desde el mismo momento de su nacimiento y precisamente por razón de su mismo nacimiento [véanse, en concreto, las siguientes sentencias: *Gül c. Suiza*, de 19 de febrero de 1996 (TEDH 1996, 9), Repertorio de Sentencias y Decisiones 1996-I, ap. 32; *Keegan c. Irlanda* de 26 de mayo de 1994 (TEDH 1996, 21), Serie A núm. 290, p. 17, ap. 44, y *Kroon y Otros c. Países Bajos* de 27 de octubre de 1994 (TEDH 1994, 37), Serie A núm. 297-C, ap. 30].

La existencia o no existencia de una “Vida familiar” según lo que establece el artículo 8 es esencialmente una cuestión de hecho, que depende de la existencia real y en la práctica de estrechos vínculos personales [véase *K. y T. c. Finlandia* (GS), núm. 25702/94, ap. 150, TEDH 2001-VII (TEDH 2001, 467)]. Es obvio que en el presente asunto no pudieron desarrollarse dichos vínculos personales, ya que el niño nació muerto y porque su padre se vio separado de la demandante antes del nacimiento y murió poco después. Sin embargo, los órganos del Convenio tradicionalmente han tendido a aceptar que las relaciones estrechas, a semejanza de una “Vida familiar” pueden ser generalmente enmarcadas dentro de aquello que se denomina “Vida privada” [véase, por ejemplo, *Wakefield c. el Reino Unido*, núm. 15817/89, decisión de la comisión del 1 de octubre de 1990 (la relación entre un recluso y su novia); *X e Y. c. el Reino Unido*, núm. 9369/81, decisión de la Comisión de 3 de mayo de 1983 (relación entre miembros del mismo sexo); y *X. c. Suiza*, núm. 8257/78, decisión de la Comisión de 18 de julio de 1978 (relación entre un ama de cría y el niño al que había criado)]. Teniendo todo ello en consideración, la demandante debió desarrollar un estrecho vínculo con el embrión que casi llegó a término, y ella expresa su deseo de darle un nombre y de enterrarle, por lo que el establecimiento de sus ascendientes indudablemente afecta a su “Vida privada”, cuyo respeto garantiza también el artículo 8. Dicha provisión es por tanto aplicable al presente asunto.

... En el presente asunto, la existencia de una relación entre la demandante y el señor G. es algo que no se discute. Tampoco se discute la paternidad del señor G. Con relación al niño que nació muerto, al cual dio a luz la demandante el 4 de agosto de 1997. Como el niño nació muerto, el establecimiento de la paternidad, no conllevaba unas obligaciones de manutención o apoyo a ninguna otra persona. Por tanto, no parece que haya intereses en conflicto con los de la demandante.

Al rechazar la queja de la demandante, los tribunales domésticos, no hicieron referencia a ninguna razón legítima o convincente para mantener el status quo. Es más, el Gobierno demandando, ha aceptado que los tribunales domésticos se equivocaron al abordar la queja a partir de los derechos civiles del bebé que nació muerto, sin tener en la debida consideración los derechos de la demandante. El Gobierno también ha reconocido que, según las provisiones de la Ley de familia aplicables, deberían haber resuelto la queja a favor de la demandante.

Según la jurisprudencia del Tribunal, toda situación en la que se permite que una presunción legal prevalezca sobre una realidad social o biológica, sin tener en cuenta ni los hechos probados, ni los deseos de las personas involucradas, y sin beneficiar de hecho a nadie, no es compatible, incluso teniendo en cuenta el margen de apreciación que se concede al Estado, con la obligación de asegurar un “respeto” efectivo por la vida privada y familiar [Kroon (TEDH 1994, 37)]...»

nales, la Comisión Internacional de Juristas y el Servicio Internacional para los Derechos Humanos, en nombre de una coalición de organizaciones de derechos humanos, puso en marcha un proyecto encaminado a desarrollar una serie de principios jurídicos internacionales sobre la aplicación de la legislación internacional de los derechos humanos a las violaciones basadas en la orientación sexual y la identidad de género, a fin de imbuir de una mayor claridad y coherencia a las obligaciones estatales en materia de derechos humanos.

El fruto de tal proyecto vio la luz en los denominados «*Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género*» (2007) (23).

Se recogen hasta 29 principios en que se desarrolla un amplio margen de reconocimiento de derechos que, por omitidos o vulnerados en numerosas ocasiones por los Estados, han de resaltarse para permitir que efectivamente el derecho a la identidad sexual de las personas no se vea mermado o limitado en su desarrollo. Entre los mismos me permitiría destacar, por referirse a cuestiones que serán abordadas en este trabajo:

- «*El derecho a la igualdad y no discriminación*» (principio 2.º).
- «*El derecho a la Seguridad Social y a otras medidas de protección social*» (principio 13.º) en que se recomienda a los Estados que: «*Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el acceso, en igualdad de condiciones y sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, a la seguridad social y a otras medidas de protección social, incluyendo beneficios laborales, licencia por maternidad o paternidad, beneficios por desempleo, seguro, atención o beneficios ligados a la salud (incluso para modificaciones del cuerpo relacionadas con la identidad de género), otros seguros que cubran cuestiones sociales, beneficios familiares, benefi-*

(23) Los citados principios fueron presentados el 26 de marzo de 2007 a propuesta de la Comisión Internacional de Juristas y el Servicio Internacional para los Derechos Humanos, en el marco de la Cuarta Sesión del Consejo de Derechos Humanos de la ONU en Ginebra). Principios que, tras una reunión mantenida en la Universidad de Gadjah Mada en Yogyakarta, Indonesia, en noviembre de 2006, fueron adoptados de forma unánime por especialistas procedentes de 25 países, de diversas disciplinas y con experiencia relevante en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos.

Tal y como se pone de manifiesto en Exposición Introdutoria y Preámbulo de tales Principios: «*Los Principios de Yogyakarta se ocupan de una amplia gama de normas de derechos humanos y de su aplicación a las cuestiones relativas a la orientación sexual y la identidad de género. Los Principios afirman la obligación primordial que cabe a los Estados en cuanto a la implementación de los derechos humanos. Cada Principio se acompaña de recomendaciones detalladas dirigidas a los Estados. Sin embargo, las y los especialistas también ponen énfasis en que todos los actores tienen responsabilidades en cuanto a promover y proteger los derechos humanos. Los Principios también incluyen recomendaciones adicionales dirigidas a otros actores, incluyendo al sistema de derechos humanos de la ONU, las instituciones nacionales de derechos humanos, los medios de comunicación, las organizaciones no gubernamentales y las agencias financiadoras. Las y los especialistas coinciden en que los Principios de Yogyakarta reflejan el estado actual de la legislación internacional de derechos humanos en relación a las cuestiones de orientación sexual e identidad de género. Asimismo reconocen que los Estados podrían contraer obligaciones adicionales conforme la legislación en materia de derechos humanos continúe evolucionando.*

Los Principios de Yogyakarta afirman las normas legales internacionales vinculantes que todos los Estados deben cumplir. Prometen un futuro diferente en el que todas las personas, habiendo nacido libres e iguales en dignidad y derechos, puedan realizar esos valiosos derechos que les corresponden por su nacimiento...»

cios funerarios, pensiones y beneficios para paliar la pérdida de apoyo como resultado de enfermedad o muerte de cónyuges o parejas».

– *«El Derecho al disfrute del nivel más alto posible de salud»* (principio 17): Todas las personas tienen el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. La salud sexual y reproductiva es un aspecto fundamental de este derecho, en que se recomienda a los Estados, entre otras cuestiones: *«Garantizarán que todos los programas y servicios de salud, educación, prevención, atención y tratamiento en materia sexual y reproductiva respeten la diversidad de orientaciones sexuales e identidades de género y estén disponibles en igualdad de condiciones y sin discriminación para todas las personas. Facilitarán el acceso a tratamiento, atención y apoyo competentes y no discriminatorios a aquellas personas que procuren modificaciones corporales relacionadas con la reasignación de género».*

– *«El derecho a formar una familia con independencia de su orientación sexual o identidad de género»* (principio 24), conforme al cual se recomienda a los Estados: *«Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el derecho a formar una familia, incluso a través del acceso a adopción o a reproducción asistida (incluyendo la inseminación por donante), sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género».*

Dicho lo anterior, la primera cuestión que creo ha de abordarse es la del reconocimiento dentro del derecho a la propia identidad sexual, de las diversas «identidades sexuales», punto de partida esencial para poder vislumbrar las consecuencias que el legislador ha derivado en cada caso como medida de protección de la persona.

Aunque parece obvio que desde un punto de vista biológico, sociológico, antropológico y jurídico, transexualidad, intersexualidad y homosexualidad son diferentes, y no es objeto del presente trabajo entrar a fondo, por cuestiones obvias, en tales aspectos, parece claro, a la luz del tratamiento que en determinados momentos se ha venido dando desde un punto de vista legal y jurisprudencial, que se ha producido una interconexión entre las tres realidades, derivada fundamentalmente del hecho de tratarse de «realidades de la identidad sexual» que se entendían alejadas de los parámetros «denominados normales» de la sexualidad de las personas.

Y ello por más que la tozuda realidad nos diga que todas ellas forman parte de la historia de la humanidad aunque el formato binario hombre/mujer forme parte, con carácter general, de las culturas occidentales (24).

(24) Resulta muy esclarecedor e interesante a este respecto el trabajo realizado por Andrea Wacke, sobre el Hermafroditismo y la Transexualidad, que analiza el tema desde la perspectiva histórica, señalando precisamente que si bien en nuestros ordenamientos partimos sin ningún género de dudas de la dualidad de sexos, desde una perspectiva histórica hay que ser conscientes de que el hermafroditismo existe desde que existe la humanidad (WACKE, A., «Del hermafroditismo a la transexualidad», *ADC, ADCT XLIII*, julio-septiembre 1990, pp. 681 y ss.)

Por su parte, J. A. Nieto Piñeroba ha señalado que si bien en las culturas y sociedades occidentales en general resulta insólita la aceptación de más de dos sexos, la intersexualidad, que rompe con esa dualidad (término introducido por Goldschmidt en la literatura biomédica en 1917), es conocida y admitida en muchos casos en culturas no occidentales.

Parece evidente que el tratamiento que los ordenamientos han dado a tales supuestos, ha partido siempre del corsé de tal binomio, prohibiendo y castigando la homosexualidad en muchos casos, limitando o impidiendo el ejercicio de derechos propios del desarrollo de la personalidad y propia identidad, si la «identidad sexual» de la persona se salía de los parámetros entendidos como «normales» (prohibición del matrimonio, del ejercicio de las relaciones paternofiliales, de la paternidad por naturaleza o por adopción...).

Ni la «*Transsexualidad*», ni la «*Homosexualidad*» son lo mismo ni tampoco lo son respecto de los supuestos de «*Intersexualidad*».

Según el Diccionario de la Real Academia Española, la Homosexualidad es definida (23.^a edición enmendada), como la inclinación erótica hacia individuos del mismo sexo, definiendo como Homosexual a la persona con tendencia a la homosexualidad, y por tanto tendente a la relación erótica con personas del mismo sexo. En cuanto el Transexual es definido como la persona que se siente del otro sexo, y adopta sus atuendos y comportamientos (1.^a acepción), o la persona que mediante tratamiento hormonal e intervención quirúrgica adquiere los caracteres sexuales del sexo opuesto. Por último la Intersexualidad es definida como la cualidad por la que el individuo, muestra, en grados variables, caracteres sexuales de ambos sexos.

Como realidades diferentes que son merecen una tratamiento diferente pero partiendo de que todas ellas reflejan «en positivo» una forma de manifestar el derecho de la persona a su propia identidad (25).

Así, a los navahos de Nuevo Mexico se les reconocía más oportunidades en relación con gratificaciones personales que a los demás miembros de la sociedad (los nadles). Eran considerados como seres sagrados.

Los pokot de Kenia sin embargo no tenían un trato tan permisivo y valorado para los intersexuales, denominados por ellos sererr (hombre y mujer, pero ni hombre ni mujer), pero a los que no se consideraba personas.

Los guevedoche dominicanos, referidos por un estudio realizado en 1979, donde se hace mención de hasta 38 casos diferentes de pseudohermafroditismo masculino de tres pueblos del sudoeste de la R. Dominicana, lo que se justifica de forma biomédica por la ausencia en ellos de una enzima determinada que hace que nazcan con genitales de aspecto femenino... (NIETO PIÑEROBA J. A., *Transsexualidad, Intersexualidad y dualidad de género*, Ediciones Bellaterra, Barcelona, 2008, pp. 50 y ss.).

(25) Con ocasión de la reclamación de un transexual dirigida con la finalidad de que fueran abonados con cargo a la Seguridad Social los gastos derivados de la operación de cirugía de reasignación se pronuncian las SSTSJ Madrid 23 de septiembre de 2005 (AS 2005/2900) y País Vasco de 21 de junio de 2005 (AS 2005/2428) sobre la diferencia existente entre Transsexualidad e Intersexualidad, para concluir que si bien cabía en tal momento la cobertura asistencial en las operaciones de reasignación en los estados intersexuales, no debían ser cubiertos de la misma forma las operaciones de reasignación de sexo de los transexuales, señalando al respecto que:

«Así, mientras transexualismo se caracteriza por la “identificación con sexo opuesto, con convicción de pertenecer a él y deseo de cambio de sexo morfológico”; mientras que la intersexualidad (término que se ha considerado durante mucho tiempo sinónimo de hermafroditismo) se define como “estado o cualidad en el que el individuo muestra caracteres sexuales de ambos sexos, como consecuencia de la configuración de sus cromosomas”, es decir, que mientras la transexualidad –según la definición más común hallada en diferentes diccionarios– es el deseo irreversible de pertenecer al sexo contrario al legalmente establecido (o sea, al de nacimiento, ratificado por sus genitales) y asumir el correspondiente rol (el contrario del esperado), y de recurrir si es necesario a un tratamiento hormonal y quirúrgico encaminado a corregir esta discordancia entre la mente y el cuerpo; en cambio, en la intersexualidad, el aspecto de los órganos sexuales externos de una persona afectada es generalmente una combinación de varón y de mujer, y los elementos que conforman el sexo biológico

1. INTERSEXUALIDAD. ¿TERCER SEXO?... ¿Y SI NO HAY NADA QUE ELEGIR?

La Intersexualidad, como se ha señalado, es generalmente considerada como una variación cromosómica que médicamente, conforme al modelo biomédico occidental, es objeto de tratamiento para acomodar dicha variación cromosómica a la exigencia social que suprime la pluralidad intersexual y la reduce a una mínima expresión dual. La cirugía se encarga de la transformación de la anatomía de los genitales ambiguos. Con ello el modelo biomédico se ajusta al binario de sexo/género de las sociedades occidentales ignorando los ejemplos de sociedades no occidentales que discrepan de tal construcción social.

En función de ello a los intersexuales (para quienes se ha dicho, el género se aprende como la lengua nativa) se les hace crecer como varones o hembras procediendo a temprana edad a la asignación de su identidad, privándoseles del conocimiento de su auténtica identidad (posición mantenida hasta la década de los noventa) (26).

Dicho esto y como punto de partida nos planteamos una serie de interrogantes sobre los que la doctrina especializada se ha pronunciado y que merecen ser tomados en consideración:

1.º La primera cuestión que ha de abordarse, y más fundamental, es si debe replantearse el mantenimiento de la dualidad/binomio sexual (hombre/ mujer), tal y como hasta ahora se mantiene, descartando el planteamiento médico tradicional de definir desde el momento mismo del nacimiento el sexo (masculino o femenino) de las personas.

Obviamente queda claro que tal exigencia definitoria de la dualidad se pone de manifiesto en ordenamientos como el español, donde junto con la inscripción del nacimiento ha de constar, junto con otros datos del nacido, su sexo (27). La pregunta es ¿Es necesario elegir? ¿Y si no hay nada que elegir?

2.º La segunda cuestión, que no necesariamente excluye el planteamiento del primer interrogante realizado es plantearnos, «cuándo y quién» debe decidir, en su caso, sobre una hipotética definición del sexo, de la identidad sexual de la persona.

no concuerdan entre sí, es decir, cuando se presenta una mezcla de caracteres femeninos y masculinos. Aunque generalmente la intersexualidad se detecta desde el momento del nacimiento, al observar los genitales; a veces, se pone de manifiesto con el crecimiento y la llegada de la pubertad; pero, a diferencia de los transexuales, siempre es claramente observable físicamente o mediante alguna prueba médica, aunque no siempre en el momento mismo del nacimiento sino a veces posteriormente con el desarrollo de la persona...»

Vid. igualmente SSTS 27 de marzo (RJ/2007/5189) y 29 de mayo de 2007 (RJ 2007/6348), en recurso de casación para unificación de doctrina, donde igualmente se mantiene que las operaciones de reasignación de sexo no son gastos financiables por el IMSALUD si la transexualidad no es coexistente con un estado intersexual.

(26) En palabras de NIETO PIÑEROBA, *Transexualidad, intersexualidad y dualidad de género*, ob. cit., 2008, pp. 47 y ss.

(27) Si bien en el artículo 1 de la aún vigente LRC de 1957 no se considera como hecho directamente inscribible «el sexo» de las personas, sí consta específicamente en el artículo 41 por referencia a la constancia del nacimiento, cuya inscripción hace fe «del sexo» del inscrito. En la nueva LRC de 2011, se recoge expresamente en su artículo 4.4, como hechos y actos inscribibles, el sexo y cambios de sexo de las personas, constatando igualmente su artículo 44 que la inscripción del nacimiento hace fe igualmente del «sexo» del nacido.

Lo que nos conduce a determinar si, de admitir la respuesta positiva al primer interrogante planteado, cabe pensar que tal decisión debería ser asumida, madurada y valorada por quien se encuentra en la situación de definir su propia identidad sexual, esto es, el propio Intersexual cuando adquiriera efectivamente tal capacidad de decisión.

A. El binomio sexo-género

La primera cuestión que planteamos, la posible ruptura del binomio sexo/género, surge de forma contundente no sólo desde el campo de la biología y medicina, sino también en el campo de la antropología (28).

Cada vez son más las voces discrepantes al mantenimiento del modelo biomédico ajustado al binario sexo/género, así como a los procedimientos médicos y protocolos para reconducir la sexualidad a tal binomio, poniendo de manifiesto que el sistema biomédico tradicional aumenta más que aliviar las dificultades de nacer intersexual. Se trata de impedir, en definitiva las operaciones quirúrgicas en la infancia y dejar que la persona tome la decisión en la edad adulta, lo que conduciría obviamente a desestructurar el binario sexo/género (29).

Lo cierto es que, como apunta J. A. Nieto Piñero, en las distintas culturas y sociedades, resulta insólito aceptar más de dos sexos, y la intersexualidad, tradicionalmente conocida como hermafroditismo, rompe con tal dualidad.

A partir de los años 50 la política biomédica sobre la intersexualidad siguió los criterios fijados por John Money, para quien la intersexualidad, al no acomodarse bien en la sociedad necesita ser reconvertida en cualquiera de las dos opciones del modelo de dos sexos. Para Money, desde el punto de vista de la psicología en general, los niños al nacer son neutros, por lo que en caso de ambigüedad genital por

(28) Relevante resulta al respecto la obra de FAUSTO STERLING, A., Profesora de biología y estudios de género en el departamento de Biología Molecular y Celular y Bioquímica de la Universidad de Brown. La autora se manifestó abiertamente en contra de la dualidad de sexos en sus numerosas publicaciones, destacando al respecto su ensayo *The Five Sexes* publicado en 1993 en la prestigiosa revista *Sciences*, revisado posteriormente en 2000; y *Cuerpos sexuales: La política de género y la construcción de la sexualidad* (2000), traducido al español en 2006 (Barcelona. Melusina). Igualmente, desde un punto de vista antropológico analiza el tema NIETO PIÑEROBA J. A., *Transsexualidad, Intersexualidad y dualidad de género*, Ed. Bellaterra, Barcelona, 2008.

(29) Una de las activistas de tal posicionamiento es la norteamericana Cheryl Chase, fundadora en EEUU de la «Intersex Society of North America». Cheryl, nació como hermafrodita auténtica, de forma que sus gónadas tenían elementos de tejido tanto ovárico como testicular. Ella fue sometida a los 18 meses a una operación de extracción de clítoris. Durante toda la infancia y madurez se evidencia que en ningún momento se tuvo en cuenta la situación real por la que Cheryl estaba pasando, ni existió apoyo alguno a su condición indefinida, motivo por el que fundó el ISNA, habiéndose convertido en una ferviente defensora de introducir modificaciones en los tratamientos médicos en relación con estos casos (YRONWODE, A., *Las personas intersexuales cuestionan las operaciones realizadas en la infancia*, Archivo y Biblioteca de Lesbianas, Mujeres Bisexuales y Diferentes (Traducción: Alejandra Sardá), publicado en la revista *Synapse* –Universidad de California– EEUU, abril 1999 (www.isna.org/node/64).

Ciertamente los supuestos de intersexualidad son minoritarios (se ha apuntado que 1 de cada 20.000 nacimientos), pero se aboga por la modificación de los tratamientos médicos, por erradicar las intervenciones quirúrgicas en la infancia y respetar la decisión del intersexual en su etapa adulta, postura apoyada por algunos profesionales del sector médico y del derecho (NIETO PIÑEROBA, J. A., *Transsexualidad, Intersexualidad y Dualidad de Género*, ob. cit., p. 48).

medio de la cirugía reparadora practicada antes de los dos años y medio se puede (debe) modificar la anatomía intersexual para asignarle de por vida un género (lo que supone que los genitales estabilizan tempranamente al niño (protocolo Money). Sin embargo posteriormente las publicaciones y declaraciones de los intersexuales a los que se había practicado tal cirugía empezaron a dar al traste con tales planteamientos, precisamente porque la identidad de género no queda garantizada con la cirugía de asignación de género realizada tempranamente (se trataría de un género implantado por la biomedicina, sin tener en cuenta el sentido identitario de uno mismo)(30).

B. A quién le corresponde decidir sobre la asignación del sexo ambiguo

Abordamos ahora la segunda cuestión planteada, íntimamente vinculada con los postulados anteriores, «¿Cuándo y quién? Cuándo, en su caso, han de abordarse tratamientos médicos destinados a asignar al intersexual un sexo definido (si es que ello ha de hacerse) y quién ha de tomar la decisión de hacerlo» y, vinculado con todo ello cómo se aborda en nuestro ordenamiento desde el punto de vista de los consentimientos necesarios para realizarlo (31).

Conforme a los planteamientos a que hemos aludido en párrafos anteriores, comienza a ser discutible y discutido si procede «reconvertir» al recién nacido intersexual, para asignarle un género desde el principio. Debate que, como ya se ha señalado parte de poner en tela de juicio tal reasignación sin esperar a que la perso-

(30) La posición de autores como NIETO PIÑEROBA respondiendo a una posición social y atropológica es replantear la cuestión de la transexualidad e intersexualidad, sobre la base de no medicalizar tales situaciones, sino replantearse por qué la medicina no reconoce la experiencia antropológica para cerciorarse de que existen sociedades que admiten más de dos géneros, por qué no se admite el transgénero como un género más, como un tercer género, por qué las instituciones sociales se sirven siempre de la medicina cada vez que se presenta la duda ante la ambigüedad corporal. Preguntas que se pueden reproducir ante la ambigüedad sexual: ¿cuál es el objetivo de seguir manteniendo tercamente la política de los dos sexos, cuando la evidencia corporal destruye de raíz el planteamiento adoptado?... NIETO PIÑEROBA, J. A., ob. cit., pp. 366 y ss.).

Aunque pueda parecer puramente anecdótico, resulta interesante poner de manifiesto que la sensibilización sobre los supuestos de intersexualidad, así como la relevancia que va adquiriendo la posición que se viene manteniendo ha traspasado las fronteras de lo académico. El tema es abordado por la literatura no científica en la obra ganadora del Premio Pulitzer 2003, *Middlesex* de Jeffrey Eugenides («Nací dos veces: primero como una bebe, en un día sin niebla en Detroit en enero de 1960; y luego nuevamente, como una adolescente, en una sala de emergencias en Petoskey, Michigan en agosto de 1974»). Igualmente se aborda en el cine en la película argentina *XXY*, escrita y dirigida por Lucía Puenzo, estrenada en 2007 en un supuesto en que la protagonista padece el síndrome de Klinefelter, supuesto en que los hombres tienen un cromosoma X extra. En la película se plantea precisamente el tema de debate sobre la necesidad de elección o no sobre el sexo determinante de la persona. ¿Y si no hay nada que elegir?, es la respuesta que la protagonista del film le da a sus padres cuando le plantean que elija lo que elija le apoyarán. Y posteriormente vuelve a ser tratado en la película *El último verano de la boyita* 2009, de Julia Solomonof. En ambos casos se comparte la forma de tratar el tema de la intersexualidad, frente a la censura de la sexualidad que existe al margen de los criterios y moldes establecidos.

(31) Obviamente de nuestros planteamientos excluimos aquellos supuestos en que por razones médicas estrictas, vinculadas con la salud de la persona, sea necesaria la intervención quirúrgica como garantía de su integridad física.

na, adulta, en pleno ejercicio de su derecho a «su propia identidad», determine y decida sobre la misma (32).

De cómo se resuelva tal cuestión depende necesariamente abordar la capacidad y límites que puede tener la actuación de quienes deciden y consienten (quienes ostentan la patria potestad sobre sus hijos o quienes les representan legalmente) el tratamiento médico y cirugía en su caso, para asignar el sexo más adecuado al recién nacido intersexual.

La cuestión ha sido abordada por la Corte Constitucional de Colombia en reiteradas ocasiones, destacando en tal sentido la Sentencia dictada en unificación de doctrina de 12 de mayo de 1999 (SU-337/99) (33), en la que se consideró, como criterio de protección de la persona menor intersexual a la libre determinación de su identidad sexual, que en los casos de operaciones de intersexuales el consentimiento informado de los padres no se podría dar a partir de los cinco años del menor. En el caso debatido al menor se le detectó la intersexualidad en una revisión pediátrica rutinaria, a los tres años de su nacimiento (34), aunque en la Sentencia

(32) Cuestión, como veremos diferente a los supuestos de cirugía de reasignación de sexo realizado en los supuestos de transexualidad, donde se requiere la mayoría de edad, no sólo para la práctica de la operación como tal, sino para proceder a la rectificación registral del sexo del transexual, conforme a las exigencias, en nuestro ordenamiento jurídico, del artículo 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Aunque ya exista algún supuesto en que judicialmente se ha autorizado la realización de la operación a un menor de edad, no sólo en España sino en otros países europeos, de América Latina y EEUU.

Lo que nos conduce a plantear, al menos como motivo de reflexión, si la argumentación utilizada para limitar o prohibir el acceso a los menores a tales procesos quirúrgicos, a saber, la ausencia del desarrollo y madurez emocional y física suficiente para tener constancia real de su propia «identidad sexual», no debería servir de la misma manera para replantearse la viabilidad de las cirugías de «asignación del sexo» a los menores intersexuales. Teniendo en cuenta fundamentalmente la experiencia de aquellos a quienes se les asignó un sexo concreto a temprana edad, que posteriormente no se acomoda con su propia «identidad sexual».

(33) En el mismo sentido y SS T/401, de 1994; T/477 de 1995, T/474 de 1996, T/551 de 1999, T/1390 DE 2000, T/850 de 2002 o T/1025 de 2002. La línea argumentativa seguida por la jurisprudencia señalada parte de una serie de criterios, sobre la base de un supuesto concreto: Si, dadas las circunstancias del caso, para proceder a la protección de los derechos fundamentales invocados por el menor resulta viable que la intervención requerida para la asignación de sexo se realice a partir del consentimiento sustituto de los padres, o si, por el contrario, como se trata de un menor que ha sobrepasado el umbral de los cinco años, se hace indispensable esperar a que adquiera la madurez suficiente para adoptar por sí mismo dicha decisión o si su criterio resulta relevante o decisivo para tomar la decisión, por lo que el consentimiento de los padres debe ser coadyuvado por el menor.

Los criterios de la Jurisprudencia: 1) El consentimiento informado del paciente y la protección del derecho a la autonomía personal; 2) la tensión entre el principio de autonomía y el principio de beneficencia cuando el paciente no tiene la capacidad para dar su consentimiento; 3) los problemas constitucionales suscitados por la existencia de estados intersexuales en niños; y 4) la legitimidad del consentimiento sustituto. Los requisitos del consentimiento sustituto de los padres para la práctica de intervenciones quirúrgicas de asignación de género y adecuación genital.

En opinión de Julia Bernal Crespo, la Corte Constitucional no se pronunció, como debería haberlo hecho en su opinión, sobre la posibilidad de permitir al menor, mayor de 5 años, la opción de no ser clasificado ni como femenino ni como masculino. Porque el desconocimiento de la posibilidad de esta alternativa, apunta, conlleva a la vulneración del derecho a su libertad, a su salud psicobiológica, y a su dignidad como ser humano (BERNAL CRESPO, J. S., «Estados intersexuales en los menores de edad: los principios de autonomía y beneficencia», *Revista de Derecho* núm. 36 (julio-diciembre 2011), Barranquilla (Colombia), pp. 54 y ss., *Vid.* pp. 78 y ss.

(34) En el caso de los menores de edad, el consentimiento sustituto está a cargo de los padres con ejercicio de la patria potestad o de quien tenga la custodia, pero con las limitaciones que imponen

no se aborda la posibilidad, planteada por la doctrina, de permitir que el menor, lisa y llanamente pueda optar por no ser clasificado dentro de ninguno de los dos sexos (35).

Como ya se ha señalado, resulta obvio que en el ordenamiento español es objeto de inscripción registral el sexo del nacido desde el momento del nacimiento, con independencia de la mayor o menor ambigüedad que pueda existir en

los derechos fundamentales de los niños, consagrados en el artículo 44 de la Constitución Política y desarrollados en la doctrina constitucional, encontrando asuntos difíciles como los suscitados en casos de hermafroditismo o formas de «ambigüedad sexual», en los cuales no procede la autorización de padres y tutores, pues aquí la Corte protegió los derechos de los «hermafroditas» o personas con ambigüedad sexual a la libre autodeterminación de su identidad sexual y aclaró cuál es el alcance del consentimiento informado de los padres y tutores, teniendo en cuenta que los hermafroditas constituyen una minoría que goza de la especial protección del Estado. En la Sentencia SU-337 de 1999 la Corte dijo: «(...) Puede observarse que a través del recorrido por la jurisprudencia Constitucional, los requisitos que debe tener el consentimiento sustituto de los padres para la práctica de intervenciones de asignación de sexo y remodelación genital en menores de corta edad se enuncian de la siguiente forma:

A) *En primer lugar, el consentimiento debe ser informado, lo que según las características expuestas, significa que el personal médico debe comunicar a los padres todas y cada una de las implicaciones y riesgos del procedimiento, así como las ventajas y dificultades de tratamientos alternativos o la falta de práctica de cualquiera de ellos, B) En segundo lugar, el consentimiento debe ser cualificado, lo que se acredita cuando los progenitores conocen “las posibilidades, los límites y los riesgos” del procedimiento, lo que a su vez exige que el profesional de la salud les transmita información detallada y depurada respecto al estado actual del procedimiento médico a practicar y C) En tercer lugar, el consentimiento debe ser persistente, condición que exige al personal médico haber interrogado a los padres en ocasiones diversas y distantes del periodo de duelo (etapa inmediatamente subsiguiente al conocimiento del problema de hermafroditismo o ambigüedad sexual), para que de esta forma se extraiga la genuina y reiterada convicción del interés en practicar el procedimiento al menor.*

Se hace menester que durante la totalidad de la actuación médica, el galeno busque un punto de equilibrio entre la persistencia en el tiempo del consentimiento y la prontitud con que se requiere practicar el procedimiento, que debe realizarse antes del arribo de la edad de conciencia de género (5 años), instante cuando se elimina la posibilidad del consentimiento sustituto de los padres y debe comenzar a aplicarse el concepto de la Corte Constitucional según el cual cuando se ha sobrepasado este límite de edad, el menor ha superado el umbral crítico de identificación de género y ha adquirido plena conciencia de su cuerpo.

Siguiendo esta línea y con el fin de asegurar la autonomía del menor, ha indicado la Corte que deben conformarse equipos interdisciplinarios que apoyen psicológicamente al paciente a la vez que establezcan un procedimiento para la adopción de la decisión por el infante que permita garantizar que la autorización será lo más informada y genuina posible. Así, en algunos casos, es posible que al inicio de la pubertad, el menor goce de la autonomía suficiente para aceptar una intervención quirúrgica, mientras que, en otros eventos, el equipo interdisciplinario puede concluir que es necesario postergar un tiempo más la decisión, pues la persona no goza de una comprensión suficiente de los riesgos y beneficios de esas intervenciones. Para el caso como afirma el profesor William Reiner, “En últimas únicamente los niños, ellos mismos son quienes pueden y deben identificar quienes y qué son, a nosotros los clínicos y los investigadores nos corresponden escuchar y aprender”.»

(35) En tal sentido el análisis que ORDOÑEZ, V. realiza sobre la oportunidad del consentimiento paterno de tales operaciones precisamente a raíz de la jurisprudencia colombiana sobre el tema («Particularidades del consentimiento en el cambio quirúrgico de sexo por hermafroditismo y ambigüedad sexual», *Actualidad de Derecho Sanitario*, núm. 179-2011, pp. 95 a 101; núm. 181-2011, pp. 250-256; igualmente como ya se ha mencionado, BERNAL CRESPO, S. J., ob. cit., pp. 78 y ss. Sobre los problemas que plantean los estados intersexuales que afecta a menores y la valoración del consentimiento informado se pronuncian igualmente en relación con el caso colombiano, SARMIENTO ECHEVERRÍA, I. C.; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, P.; VELÁSQUEZ ACEVEDO, C., «Principios y derechos involucrados en el análisis jurídico de los estados intersexuales en pacientes menores de edad en Colombia –el caso del hermafroditismo–», *Estudios de Derecho*, vol. LXIV, núm. 144, diciembre 2007, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquía, Medellín, Colombia, pp. 217 y ss.

cuanto al mismo. Por lo que parece evidente que al nacido se le asignará aquél al que morfológicamente se aproxime más (si se detecta en tal momento la ambigüedad sexual), o el que se evidencie si en tal momento no se detectan, como en los supuestos planteados ante la Corte Constitucional Colombiana, signos de dicha ambigüedad.

Dicho lo anterior, en nuestro ordenamiento, cualquier alteración relativa al sexo del recién nacido (a salvo de lo que se señalará en relación con los supuestos de transexualidad) viene siendo considerada desde un punto de vista de derecho positivo como una «discordancia originaria»

Así, registralmente ya aparecía previsto tanto en el artículo 93.2 LRC de 1957, y 294 RRC de 1958 la posibilidad y procedimiento de rectificación registral del sexo de las personas que, como excepción a la rectificación judicial de las inscripciones, permitía la realizada por vía de expediente gubernativo, por ser tratada como una rectificación derivada de un error en la inscripción.

En tales supuestos de error la DGRN mantuvo una posición contradictoria, pues si bien en algunas decisiones [RRDGRN 24 de mayo y 12 de junio de 1971 (RJ/1971/3389 y 3409)] mantuvo la posible inclusión en el artículo 92.3 LRC de los cambios de sexo derivados de un estado transexual, su postura posteriormente varió para considerar que el precepto tan sólo aludía a los denominados supuestos de «discordancia originaria» dentro de los que la jurisprudencia había venido admitiendo las inadecuaciones originarias evidentes, así como los supuestos de falsa sexualidad aparente (intersexualidad) que después quedaban o podían quedar definidas con intervenciones quirúrgicas en sentido opuesto al que consta en la inscripción [en tal sentido RRDGRN de 17 de marzo de 1982 (RJ/1982/1588), 24 de abril de 1984 (RJ/1984/3669), 29 de diciembre de 1994 (RJ/1995/1547), 5 de marzo de 2001 (RJ 2001/3881) entre otras].

La Ley 3/2007 de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas modifica el contenido del artículo 93.2 de la LRC (D.F 2.^a 4) al permitir que por vía de expediente gubernativo se rectifique la inscripción del sexo de las personas no sólo en los casos mencionados de «discordancia originaria», sino también en los supuestos de «disforia de género» previsto en el contenido de la citada Ley (36).

Sin embargo resulta curioso como tal aplicación no se desprende de la redacción del artículo 91 de la LRC de 2011 que se corresponde con el aún vigente artículo 93.2 LRC 1957 tras la modificación introducida por Ley 3/2007. Ello porque en el citado precepto de la LRC de 2011, tan sólo se prevé la modificación por medio de expediente registral, de los asientos sobre la mención relativa *«al nombre y sexo de las personas cuando se cumplan los requisitos del artículo 4 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral relativa al sexo de las personas. En tales casos, la inscripción tendrá eficacia constitutiva»*.

Es decir, tan sólo procederá por vía de expediente registral la rectificación relativa al nombre y sexo de las personas en caso de transexualidad, no en caso de intersexualidad, puesto que el artículo 4 de la Ley 3/2007 sólo se refiere a aquéllos supuestos y no a éstos.

(36) En tal sentido BUSTOS MORENO, Y., «Comentario a la STS de 28 de febrero de 2008», CCJC, núm. 80, mayo/agosto 2009; p. 500.

Señalado lo anterior resulta evidente que en nuestro ordenamiento, por un lado, los estados intersexuales han sido considerados, en cuanto al sistema de acceso al Registro Civil, como «errores originarios», susceptibles de rectificación registral por vía de expediente gubernativo, una vez se hubiera procedido o se fuera a hacerlo, a la correspondiente cirugía de asignación del sexo que erróneamente aparecía en el Registro.

Tal proceso quirúrgico de asignación se ha venido practicando durante la minoría de edad de la persona, bajo el amparo del derecho de sus representantes legales a hacerlo y autorizarlo, a través del consentimiento por representación bajo el amparo de la vigente legislación que así lo ha permitido, aunque obviamente, en la línea de la argumentación que venimos apuntando en este estudio, podríamos comenzar a replantearnos si ello responde efectivamente no sólo a una correcta interpretación del «interés superior del menor», sino del derecho de toda persona «al libre desarrollo de su personalidad» y respeto a su propia «identidad sexual» (37).

Desde los postulados de quienes defiende el derecho de los intersexuales a definir su propia identidad y sobre la base de nuestra pregunta inicial: «cuándo y quién deben decidir en relación con la asignación adecuada del sexo», podríamos tratar de encontrar suficiente argumentación en nuestra propia normativa para defender y admitir, o al menos replantear la viabilidad de una opción que pase porque la toma de decisión, irreversible, sobre la práctica de la cirugía postnatal, sea adoptada por el intersexual adulto y no por sus representantes legales.

En el ordenamiento español, la «Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de Autonomía del Paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica», aborda el tema del consentimiento necesario para toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente (art. 8), regulando expresamente en su artículo 9 los límites del consentimiento informado y el consentimiento por representación cuando los pacientes sean menores de edad: [*c*] *Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el crite-*

(37) Dentro de la legislación de las CCAA sobre la Infancia y la Adolescencia son numerosos los textos normativos donde se regula específicamente el derecho de los menores a un trato igualitario, sin que puedan existir discriminaciones por razón de sexo, y donde se protege de una manera muy detallada el «derecho a la salud», sin que sin embargo se aborde con carácter general un derecho vinculado a la «identidad sexual» en el sentido y con respuestas a las cuestiones que venimos planteando (Vid. arts. 44 y ss de la Ley 14/2010, de 27 de mayo de los derechos y oportunidades de la infancia, de Cataluña (BOE 28 de junio) Igualmente en la nueva regulación del CC Catalán se regula en consentimiento informado de los menores, mayores de 16 años o menores con madurez intelectual y emocional suficiente (art. 212.2) (Ley 25/2010, de 29 de julio, Libro II del CC Catalán relativo a la Persona y a la Familia). La Ley 12/2008, de 3 de julio de 2008, de la Generalitat Valenciana, de protección Integral de la Infancia y Adolescencia de la Comunidad Valenciana, desarrolla sin embargo con más detalle, dentro del derecho de los menores a la protección de la salud, el consentimiento informado de los menores, a partir de los 16 años o menores emancipados, de conformidad con la legislación de los derechos del paciente y demás legislación sanitaria (art. 44).

rio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente»].

No obstante «*la práctica de ensayos clínicos y de técnicas de reproducción humana asistida se rige por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación*» (art. 9.4, redactado conforme a la LO 2/2010 de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva e interrupción voluntaria del embarazo).

Por otro lado conforme al artículo 9.5, redactado por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, «*la prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario...*».

De lo indicado se desprende que si bien con carácter general los menores serán representados por quienes ostentan la patria potestad (art. 162 CC), existen una serie de supuestos en que, o bien no cabe en modo alguno, ni siquiera a través del consentimiento de sus representantes, la práctica de determinados tratamientos o intervenciones, o bien se permite que la intervención sea avalada exclusivamente con el consentimiento del menor de edad, posibilidad que deriva de la remisión que el artículo 9.4 realiza para determinado tipo de intervenciones a las reglas sobre la mayoría de edad o a las disposiciones especiales de aplicación.

Tal es el caso, en cuanto a la interrupción voluntaria del embarazo de las menores de 16 y 17 años (art. 13.4.^a de la Ley 2/2010, de 3 de marzo citada, y art. 8 del RD 825/2010, de 25 de junio, de desarrollo de la anterior), posible sin contar con el consentimiento de los representantes legales de la menor, aunque al menos uno de sus representantes legales deba ser informado de ello.

Sin embargo los menores de edad carecen de capacidad para ser donantes de órganos, ni siquiera contando con el consentimiento de sus representantes legales [art. 8.1.a) y d) del RD 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante]. Tampoco cabe la donación de gametos con fines de reproducción asistida de quienes no sean mayores de edad (art. 5.6 LTRA de 2006), ni pueden ser receptoras o usuarias de las técnicas de reproducción asistida las mujeres menores de edad (art. 6 LTRA de 2006).

Sin embargo se prevé la posibilidad de que los menores participen en procedimientos de investigación biomédica o aporten a ellas sus muestras biológicas, mediante el consentimiento otorgado por sus representantes legales, siempre que no existan otras alternativas para la investigación (arts. 4.2 y 13 de la Ley 14/2007, de 3 de julio sobre Investigaciones Biomédicas). Consentimiento por representación que se exige igualmente, junto con otras limitaciones para la realización de actividades de investigación sobre menores que implican procedimientos invasivos en los seres humanos (art. 20 de la Ley 14/2007).

De la breve referencia a los supuestos mencionados podría extraerse que cualquier intervención quirúrgica realizada sobre un menor, destinada a asignar un sexo adecuado con el binomio del que venimos hablando (hombre/mujer) y tratada por nuestra LRC como un «error originario», pueden suponer una clara vulneración del respeto a la dignidad de la persona. Seguir hablando de error en tales casos ya lo supone, a mi entender.

En tales circunstancias, podría llegarse a entender que tales operaciones excederían de los supuestos en que cabe el consentimiento informado «por representación», para admitir, como lo hace el RD 1723/2012, de 28 de diciembre para la donación de órganos, que no son posibles, ni con el consentimiento de los representantes legales (38).

Realmente el debate queda abierto, en la medida en que, si bien entendemos que existe una clara laguna legal que prevea específicamente una solución para tales supuestos, más allá de las que, como hemos visto regulan las cirugías de reasignación o esterilizaciones desde el punto de vista de la transexualidad, nada se concreta en relación con el supuesto al que nos referimos, en que entran en juego y en conflicto dos intereses de la persona, dignos de protección igualmente: el «interés superior del menor» que se verá reflejado en la trascendencia para su vida ordinaria podría suponer que su sexualidad quedara en el limbo de la indefinición hasta la edad adulta en que pudiera adoptar, o no, una decisión al respecto, y el invocado «derecho al libre desarrollo de su personalidad», o al respeto a la «vida privada y familiar» que puede igualmente verse claramente vulnerado al haberse definido su sexualidad a edad temprana, conforme a unos parámetros binarios (sexo/género) con los que posteriormente no se sienta identificado.

2. TRANSEXUALIDAD. CAMBIO DE SEXO Y ASPECTOS COLATERALES DEL MISMO

A. **La situación de los transexuales en España al amparo de la jurisprudencia tradicional y a raíz de la Ley 3/2007 de 17 marzo reguladora de la mención registral del sexo de las personas. Posibilidad de cambio de sexo**

Como hemos señalado anteriormente la transexualidad se considera como una situación de discordancia entre el sexo biológico y el sentimiento real de pertenencia

(38) Ha de tenerse en cuenta que conforme al artículo 149 CP está tipificado como delito de lesiones la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, que será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años.

El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años.

Si la víctima fuera menor o incapaz, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz.

Estableciendo por su parte el artículo 156 CP que el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz; en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.

Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz.

cia a un sexo diferente. Considerado tradicionalmente como un supuesto de «disforia de género» (39).

En este punto, en nuestro ordenamiento jurídico se ha pasado por diferentes fases, fruto de la evolución social y legal y consecuencia de la progresiva subsunción de los supuestos de transexualidad y su protección dentro del derecho al libre desarrollo de la personalidad y la protección de la propia identidad de la persona.

En una primera fase, como hemos tenido ocasión de analizar en páginas anteriores, tan sólo era posible la modificación registral del sexo de las personas en los supuestos de los llamados «estados intersexuales», considerados conforme a la interpretación que la jurisprudencia había venido realizando de los artículos 93.3 LRC de 1957 y 294 RRC 1958 como de «discordancia originaria» entre el sexo inscrito y el real, lo que permitía la rectificación registral del sexo de la persona por vía del expediente gubernativo y con apoyo en la existencia de un error («indicación equivocada del sexo»), debiendo recurrirse en todo caso al procedimiento judicial correspondiente por tratarse de supuestos en que lejos de existir un error en la inscripción se produciría una contradicción con el sexo inscrito (art. 92 LRC).

En una segunda fase, la jurisprudencia de nuestros tribunales (aunque como se señaló anteriormente existen resoluciones contradictorias al respeto) comienza a admitir, a partir de ciertas decisiones de la DGRN y del TS, el cambio de sexo, «*tras la correspondiente cirugía de reasignación*», a efectos registrales, pero sin considerar que tal modificación se producía a efectos cromosómicos, con la consiguiente falta de capacidad para el ejercicio de todos los derechos que derivarían del sexo reasignado.

Ello tan sólo implicaba la posibilidad de modificación del nombre a efectos registrales lo que suponía a nuestro entender una clara y mayor discriminación de sus derechos individuales y sociales. Las personas transexuales una vez reasignado su sexo estaban sometidas a una mayor discriminación al no poder contraer matrimonio ni con personas del sexo reasignado ni con las del sexo contrario.

No obstante las decisiones en que se permite el cambio de sexo se apoyan básicamente en la necesidad de proteger «el derecho al libre desarrollo de la personalidad» (art. 10 CE), así como en la incipiente invocación, entonces, de los artículos 8 y 12 del Convenio de Roma, de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Tal es la posición que mantiene el TS en y SS. de 2 de julio de 1987 (RJ/1987/5045), en la que se hablaba de proteger «la ficción de hembra», permitiendo el cambio de nombre de hombre por el de mujer, en la de 18 de julio de 1988 (RJ/1988/5722), la de 3 de marzo de 1989 (RJ 1989/1993) o 19 de abril

(39) Los trastornos de la identidad de género (TIG) se caracterizan por la presencia de un intenso malestar o disforia con el sexo asignado. Los manuales de clasificación DSM-IVTR y CIE-10 incluyen 4 diagnósticos: el TIG en adolescentes o adultos, también denominado transexualismo, el TIG en la infancia, el travestismo no fetichista y el TIG no especificado. El transexualismo es la entidad más frecuente y se caracteriza por una identificación acusada y persistente con el otro sexo y por un malestar y sentimiento continuo de inadecuación con el propio sexo, que provoca un profundo sufrimiento psicológico y alteraciones importantes en diversas áreas (social, laboral, de pareja) de su vida. (GÓMEZ-GILA, E.; ESTEVA DE ANTONIO, I.; ALMARAZ, M. C.; GODÁS SIESO, T.; HALPERIN RABINOVICH, I.; SORIGUER ESCOFET, F. y Equipos de Identidad de Género de Andalucía y Cataluña, «Demanda de atención sanitaria en las unidades de identidad de género de Andalucía y Cataluña durante la década 2000 a 2009», *Revista Clínica Española*, 2011 (5), pp. 233-239.

de 1991 (RJ/1991/2725) y la DGRN en resoluciones como la de 2 de octubre de 1991 (R.8611), donde se admite la inscripción del cambio de sexo pero a efectos puramente sociales como remedio artificial en aras a defender el libre desarrollo de la personalidad, pero sin más consecuencias, por lo que no se permite que tal cambio le otorgue al transexual el derecho a contraer matrimonio.

Una tercera fase de la evolución en esta materia viene determinada por la admisión jurisprudencial del cambio de sexo no sólo a efectos puramente sociales o meramente registrales, sino a todos los efectos, incluida la posibilidad de contraer matrimonio. Si bien manteniendo la exigencia de la previa operación de cirugía de reasignación y tratamiento hormonal.

Este cambio de criterio, anterior a la reforma operada en el CC por Ley 13/2005, que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, se introduce por la DGRN, utilizando curiosamente los mismos argumentos que antes habían servido para inadmitirlo (RDGRN 8 de enero de 2001 (R.2568); 31 de enero de 2001 (R.5095) y 25 de enero de 2005 (R.1954), permitiendo que aquellas personas que hubieran cambiado de sexo, e inscritos en el Registro civil como tales, pudieran contraer matrimonio con otra persona del sexo diferente al suyo tras la modificación registral (con apoyo nuevamente en el art. 10 CE –libre desarrollo de la personalidad– y el propio art. 32 CE –derecho a contraer matrimonio (40)).

El último escalón evolutivo en cuanto al tratamiento de la Transexualidad en nuestro ordenamiento lo constituyen, por un lado la Ley 13/2005 de 1 de julio, que modifica el CC en materia de Derecho a contraer matrimonio, y la Ley 3/2007 de 15 de marzo reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Ambas constituyen, en aras de la protección del libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la vida privada y familiar, un paso más, que no el último, para permitir que tales derechos se vean protegidos en su plenitud. Cada una de ellas por motivos diferentes.

La primera al permitir el matrimonio entre personas del mismo o diferente sexo convierte la cuestión que venía planteándose en relación con el matrimonio de los transexuales en intrascendente, porque, ya se entendiese cambiado el sexo o no, se admitiría la celebración del matrimonio. Debe quedar claro sin embargo, que una vez admitido el cambio de sexo con plenitud de efectos con anterioridad a la reforma operada en el CC en 2005, el supuesto era y es diferente al del matrimonio de personas del mismo sexo.

Si bien ha de matizarse que, en este primero momento (entre la entrada en vigor de la Ley 13/2005 y la de la Ley 3/2007), admitido el matrimonio entre personas del mismo sexo, tanto el transexual operado como el no operado ya podían contraer matrimonio, si bien sólo en el caso de haberse practicado la citada operación de reasignación de sexo el matrimonio se entendería como «entre heterosexuales» y no así en el caso de ausencia de tal operación (41).

(40) Sobre tales resoluciones, específicamente las de 8 de enero de 2001 *Vid.* BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, «Matrimonio de los transexuales», BIB 2001/612, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6/2001 (Tribuna).

(41) En tal sentido *Vid.* ARANA DE LA FUENTE, I., *Concepto y función social del Matrimonio. Derecho de Familia* (coord. por Gema Díez-Picazo Giménez), Thomson-Reuters Aranzadi, 2012, p. 176.

La trascendencia de la segunda, la Ley 3/2007, se encuentra básicamente en la supresión en su artículo 4.2 de la exigencia de cirugía de reasignación para permitir el acceso al Registro del cambio de sexo, siempre que se den las siguientes circunstancias (art. 4):

a) Que se haya diagnosticada disforia de género, acreditada mediante informe de médico o psicólogo clínico, colegiados en España o cuyos títulos hayan sido reconocidos u homologados en España, y que deberá hacer referencia a la existencia de disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante o sexo psicosocial, así como la estabilidad y persistencia de esta disonancia; a la ausencia de trastornos de personalidad que pudieran influir, de forma determinante, en la existencia de la disonancia reseñada en el punto anterior.

b) Que el transexual haya sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado. La acreditación del cumplimiento de este requisito se efectuará mediante informe del médico colegiado bajo cuya dirección se haya realizado el tratamiento o, en su defecto, mediante informe de un médico forense especializado. Sin embargo no serán necesarios tales tratamientos médicos cuando concurren razones de salud o edad que imposibiliten su seguimiento y se aporte certificación médica de tal circunstancia.

La rectificación registral del sexo así realizada produce plenos efectos a favor de la persona (art. 5 Ley 3/2007), de tal forma que la resolución que acuerde la rectificación de la mención registral del sexo: a) tendrá efectos constitutivos a partir de su inscripción en el Registro Civil; b) la rectificación registral permitirá a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición, c) 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. Lo que implica que a partir de tal momento será considerado del sexo modificado, pero que aquellos derechos y obligaciones jurídicas nacidas con anterioridad quedan inalteradas, lo que supone, por ejemplo, que en el caso de haber tenido hijos, como padre o madre seguirá siendo considerado como tal con las obligaciones y derechos inherentes a la patria potestad en relación con aquéllos.

Como consecuencia de la rectificación del sexo y nombre de la persona se procederá de oficio a rectificar todos los documentos relativos a la persona (art. 6). La expedición de tales documentos se hará a petición de parte, aunque quedan exentos del abono de las tasas correspondientes (D.A 2.^a), al no considerar tal expedición como supuesto imputable al interesado

Sin embargo de la rectificación relativa al sexo de las personas no se dará publicidad, salvo autorización especial (art. 7)

Ha de resaltarse igualmente que, frente a las dudas y criterios diferentes mantenidos con anterioridad por la jurisprudencia en cuanto al procedimiento a seguir para proceder a la rectificación registral del sexo de las personas, la Ley 3/2007, concreta que la misma se producirá por vía de expediente gubernativo, conforme al artículo 93.2 LRC DE 1957, modificado conforme a la D. Final 2.^a cuatro de la Ley 3/2007 citada. Criterio que se reproduce en el artículo 91 de la LRC de 2011, al remitir al expediente registral los supuestos de rectificación registral derivados de la modificación relativa al sexo de las personas, cuando se cumplan los requisitos

del artículo 4 de la Ley 3/2007 (que aluden sólo a los casos de transexualidad pero no de intersexualidad, como señalamos más arriba).

Como complemento de lo indicada ha de señalarse igualmente que a partir de la STS de 17 septiembre 2007 (RJ 2007/4968) (cuya tesis es recogida posteriormente en SSTS 28 febrero, 6 marzo y 17 y 18 julio 2008 (RJ 2008/2932, 4039 y 4040 y 4383 y 4484) y 22 junio 2009 (RJ 2009/408)), se considera que el régimen legal establecido en la Ley 3/2007 es aplicable con carácter retroactivo a los asuntos que ya estuvieran ante los tribunales cuando dicha Ley entró en vigor. El argumento para mantener tal posición en todos los supuestos mencionados parte de la necesaria protección a los derechos reconocidos constitucionalmente (protección de la dignidad humana, el derecho a la identidad sexual como expresión del libre desarrollo de la personalidad, arts. 10, 15 y 18 CE) y el tratamiento que el TEDH ha venido dando a los supuestos planteados, amparándose en el artículo 8 del Convenio de Roma (42).

B. El contexto inmediato de los derechos de los transexuales. Algunos efectos «colaterales» necesarios para la plenitud de la protección

- a) *Sistema de protección de datos derivados del cambio de sexo de las personas al amparo de la Ley 15/1999 de Protección de Datos de carácter personal y su Reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, en relación con la Ley 41/2002 de 14 noviembre, de Autonomía del Paciente (RCL 2002/2650)*

Obviamente como cualquier otra persona, los datos clínicos de los transexuales, relacionados tanto con el tratamiento seguido como los relativos a la posible cirugía de reasignación a la que en su caso se sometan gozan de la protección que les otorga la vigente legislación. Protección que aparece igualmente reflejada de forma explícita en la Ley de Autonomía del Paciente de 2002, en su Exposición de Motivos, al estimar tales datos como especialmente protegidos, estableciendo un régimen riguroso para su obtención, custodia y eventual cesión (43), lo que se pone

(42) Vid. sobre el tema BUSTOS MORENO, Y., «Comentario a la STS de 28 febrero de 2008», CCJC, núm. 80 (mayo-agosto 2009), pp. 481 y ss.; SALAS CARCELLER, *La disforia de género en la reciente jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo*, BIB 2008/2583.

(43) Así se afirma con carácter general en su Exposición de motivos: «... la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, califica a los datos relativos a la salud de los ciudadanos como datos especialmente protegidos, estableciendo un régimen singularmente riguroso para su obtención, custodia y eventual cesión. Esta defensa de la confidencialidad había sido ya defendida por la Directiva comunitaria 95/46, de 24 de octubre, en la que, además de reafirmarse la defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos europeos, en especial de su intimidad relativa a la información relacionada con su salud, se apunta la presencia de otros intereses generales como los estudios epidemiológicos, las situaciones de riesgo grave para la salud de la colectividad, la investigación y los ensayos clínicos que, cuando estén incluidos en normas de rango de Ley, pueden justificar una excepción motivada a los derechos del paciente. Se manifiesta así una concepción comunitaria del derecho a la salud, en la que, junto al interés singular de cada individuo, como destinatario por excelencia de la información relativa a la salud, aparecen también otros agentes y bienes jurídicos referidos a la salud pública, que deben ser considerados, con la relevancia necesaria, en una sociedad democrática avanzada. En esta línea, el Consejo de Europa, en su Recomendación de 13 de febrero de 1997, relativa a la protección de los datos médicos, después de afirmar que deben recogerse y procesarse con el consentimiento del afectado, indica que la información puede restringirse si así lo dispone una Ley y constituye una medida necesaria por razones de interés general...».

de manifiesto en su artículo 7 (derecho a la intimidad, en lo que se refiere a la confidencialidad de los datos personales relativos a su salud), artículo 16 (uso de la historia clínica) o artículo 17 (conservación de la documentación clínica)

No obstante, en relación con los datos e historias clínicas de los pacientes transexuales, la Agencia Española de Protección de Datos (Informe de la Agencia Española de Protección de Datos (268/2011) ha tenido ocasión de concretar algunos de los aspectos relacionados con la información obrante en tales casos cuando como consecuencia del cambio operado en la identidad de la persona se ha de producir el cambio en toda la documentación oficial relativa a la misma. En particular, se planteaba si debería modificarse el nombre de la paciente en los datos relacionados con episodios de la historia clínica acaecidos mientras la paciente era hombre. La APD al amparo del artículo 4 y 16 LPD y 31 de su Reglamento, así como de los artículos 3, 14, 15 y 17 de la Ley de Autonomía del Paciente entiende que si bien la información contenida en la historia clínica deberá figurar en su denominación bajo el nombre de la paciente, los concretos episodios contenidos en la misma deberán conservar la información necesaria que garantice el conocimiento por los facultativos que accedan a la historia de que la paciente en el momento de desarrollarse dicho episodio era del género masculino.

b) *Asistencia sanitaria en materia de cambio de sexo*

Una vez admitido legalmente el cambio de sexo, como manifestación del derecho a la propia identidad, y del derecho al libre desarrollo de la personalidad, tendrá poco o escaso sentido y no se llevará a sus últimas consecuencias tal reconocimiento si a su vez no se garantizan, como «aspectos colaterales» del mismo, que forman parte de su contexto inmediato, las posibilidades de acceso a los tratamientos médicos en toda su extensión que permitan su ejercicio y desarrollo en condiciones adecuadas de igualdad para todos los ciudadanos, como manifestación en este caso, del derecho a la salud reconocido en el artículo 43 CE.

El tratamiento legal y jurisprudencial que hasta ahora se ha venido haciendo al respecto nos hacen situarnos en un escenario cuanto menos poco proclive a pensar en un desarrollo favorable en este sentido y, posiblemente con respuestas diferentes dependiendo de un hecho tan accidental como pueda ser la pertenencia a una Comunidad Autónoma u otra, máxime teniendo en cuenta que ante la situación de crisis por la que atraviesa nuestro país, o con ocasión de la misma, uno de los ámbitos donde se están produciendo recortes más flagrantes y significativos es precisamente en el sanitario y asistencial

Veamos cual ha sido la evolución al respecto, y cuál es la situación en los momentos actuales:

A nivel Estatal, el RD 63/1995 de Ordenación de la Prestación Sanitaria del Sistema Nacional de Salud, en su artículo 1 señalaba que dicho Sistema facilitaría atención y asistencia sanitaria a toda la población, conforme a lo establecido en la LGS (Ley 14/1986), en él mismo y en las demás disposiciones de aplicación. En su artículo 4 se excluía de esta protección las prestaciones referidas en el Anexo III y entre ellas la cirugía de cambio de sexo, salvo la reparadora en estados intersexuales patológicos, situando tal supuesto de exclusión en el mismo ámbito que la

cirugía estética que no guardase relación con accidente, enfermedad o malformación congénita y los tratamientos en balnearios y curas de reposo.

A la luz de tal regulación la jurisprudencia había venido manteniendo la inexistencia del derecho a que la cirugía de reasignación en el caso de la transexualidad fuera cubierta con cargo a la sanidad pública, teniendo en cuenta que ésta, conforme al RD 63/1995 tan solo estaba prevista para los supuestos de intersexualidad (tal es la posición mantenida en y SSTSJ Madrid de 23 septiembre 2005 (AS 2005/2900) o STSJ País Vasco 21 junio 2005 (AS 2005/2428) ya citadas anteriormente, entre otras (44).

El RD 1030/2006, de 15 de septiembre por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización (BOE 16 de septiembre) derogó el RD 63/1995, estableciendo una nueva cartera de servicios comunes excluidos (art. 5.4) entre los que se señalan «aquellos que tengan como finalidad meras actividades de ocio, descanso, confort, deporte o mejora estética o cosmética, uso de aguas, balnearios o centros residenciales u otras similares», pero sin excluir expresamente las operaciones de cirugía de reasignación. No mencionándose tampoco de manera expresa su exclusión en el Anexo III (Cartera de Servicios Comunes de atención especializada). Ello implicaba que si bien no se excluían expresamente de la cartera de servicios financiables por la Seguridad Social, tampoco quedaban expresamente incluidos (45).

Igualmente aparecía previsto en su artículo 11 una cartera de servicios complementarios de las CCAA, permitiendo la incorporación de prestaciones no contempladas en la cartera común, aunque no quedando incluida la financiación de los mismos en la financiación general de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud (46).

(44) Aunque como señalaba C. GRAU PINEDA al no excluir la LGS expresamente la cirugía de cambio de sexo como una prestación no cubierta por la Sanidad pública y prever la promulgación de normas de aplicación de sus principios para acotar exactamente las prestaciones que cubre el sistema nacional de salud de las que no, ello «... *había dado cabida a una línea interpretativa laxa, según la cual se apostaba por considerar que el RD 63/1995 no parecía tener un carácter restrictivo sino progresivo y amplio, no sólo porque así lo imponía el respeto a los principios constitucionales, sino porque, además, en su propio preámbulo reconocía la doble dimensión individual y colectiva del derecho a la protección de la salud y el núcleo irrenunciable de la dimensión personal. Y ello porque, tal y como postula el art. 1 LGS el derecho de toda persona a su bienestar físico y mental debe ser respetado y promovido por los poderes públicos más allá del establecimiento de una norma o pauta de salubridad. A ello había que añadir la necesidad de interpretar de forma abierta y dinámica la previsión reglamentaria conforme a la evolución médica y psicológica especializada en la materia...*», criterio seguido por y SSTSJ de Cataluña de 27 de enero de 2002 (AS 2002, 1) y de 18 de febrero de 2003 (AS 2003, 1332). En contra, y SSTSJ de Asturias, de 31 de enero de 2003 (AS 2003, 1718), la STSJ de Valencia, de 21 de enero de 2003 (AS 2003, 3224) o la STSJ de Madrid, de 23 de septiembre de 2005 (AS 2005, 2900), que negaban la inclusión de la CRS entre las prestaciones posibles dada la imposibilidad de incorporar la transexualidad en el concepto de intersexualidad. (GRAU PINEDA, C., «Nuevos horizontes para las personas transexuales: ¿fantasía o realidad?», *Aranzadi social*, núm. 2/2007, BIB 2007/363, p. 6.

(45) En tal sentido GRAU PINEDA, C., ob. cit., p. 6.

(46) Según C. GRAU PINEDA con tal medida se pretende garantizar a los ciudadanos el derecho a recibir en todas las Comunidades Autónomas las mismas prestaciones, con las mismas condiciones e idénticas garantías, al tiempo que les permitirá beneficiarse con la máxima rapidez de los avances científicos y tecnológicos. Y ello porque, hasta el momento, los problemas planteados no sólo iban referidos a la inclusión o no de la cirugía de reasignación sexual en este catálogo de prestaciones, sino además, al hecho de que había Comunidades Autónomas (como la Andaluza o, más recientemente la

Pese a lo indicado, y a tomar en consideración la existencia del RD 1030/2006, el TS en SSTS 27 marzo y 29 mayo 2007(RJ/2007/5189 y 6348), en recurso de casación para unificación de doctrina considera que los gastos generados por la operación de cirugía de reasignación no son financiados por el IMSALUD si la transexualidad no es coexistente con intersexualidad, sin perjuicio de que, como ocurre en algunas Comunidades Autónomas, en ellas sí se incluyan como gastos asumibles los derivados de tal cirugía, sin que ello implique discriminación alguna al depender su financiación de los respectivos recursos presupuestarios. Sin embargo la reciente STSJ de Galicia de 27 de febrero de 2012 (ILJ 515/2012) considera incluíble la cirugía de reasignación sexual dentro de las prestaciones sanitarias que debe realizar el sistema de Salud Pública gallego, precisamente sobre la base de la aplicación del RD DE 2006, que sustituye al de 1995 que excluía tales supuestos (47).

Lo señalado hasta ahora, claramente pone en evidencia, según nuestro criterio y pese a lo manifestado por el TS, la existencia de diferencias derivadas del mero hecho

de Madrid) que financiaba este tipo de intervenciones quirúrgicas en virtud de la libertad que éstas tienen para mejorar las prestaciones que dispensan (GRAU PINEDA, C., ob. cit. pp. 6-7).

(47) El TSJ de Galicia en su sentencia de 27 febrero 2012, considera incluíble la cirugía de reasignación sexual dentro de las prestaciones sanitarias que debe realizar el sistema de Salud Pública gallego, precisamente sobre la base de la aplicación del RD DE 2006, que sustituye al de 1995 que excluía tales supuestos señalando al respecto:

«Que por el contrario, no figura como excluida en el nuevo Real Decreto del año 2006 que sustituye al anteriormente mencionado lo que, como el TS ha venido manifestando reiteradamente, “en ningún momento supone quebranto del mandato contenido en el artículo 43 de la Constitución (en relación con los artículos 14, 41 y 139 del mismo Texto), que proclama el derecho a la protección de la salud y de las prestaciones que a él corresponden; ni es opuesto al espíritu informador de los artículos, 1 del Real Decreto antes citado, que dispone que el Sistema Nacional de Salud facilitará la atención y asistencia sanitaria conforme a lo establecido en la Ley 14/1986, de 25 de abril y, I, 3.2 y 10.1 de esta Ley”.

... Así, ... el Real Decreto 1030/2006 que deroga y sustituye al del año 1995 ya no contiene supuestos de exclusión sino que en sus anexos dispone la cartera de servicios comunes en cada uno de los niveles asistenciales (atención primaria, especializada, de urgencias). Así por ejemplo incluye la “Hospitalización en régimen de internamiento” que “Comprende la asistencia médica, quirúrgica, obstétrica y pediátrica o la realización de tratamientos o procedimientos diagnósticos, a pacientes que requieren cuidados continuados que precisan su internamiento, incluyendo:

3.2 Indicación, realización y seguimiento de los tratamientos o procedimientos terapéuticos o intervenciones quirúrgicas que necesite el paciente, independientemente de que su necesidad venga o no causada por el motivo de su internamiento.

Así como más adelante se incluye tratamiento quirúrgico en el caso de “Trastornos mentales, cuya atención se contempla en el apartado 7 de atención a la salud mental, incluyendo psicosis orgánicas, otras psicosis, trastornos neuróticos, trastornos de la personalidad y otros trastornos mentales no psicóticos y retraso mental.

En todo caso, en el supuesto ahora enjuiciado, el Sergas está admitiendo que ha incluido dicha cirugía en su cartera de servicios comunes por lo que la discusión no debe centrarse en este punto, esto es, si está o no incluída en la cartera de servicios comunes pues como pone de manifiesto el juzgador de instancia, el Sergas ha acordado la inclusión de la cirugía de cambio de sexo en dicha cartera.

Pero, a continuación el juez de instancia procede a resolver la cuestión de fondo aplicando la doctrina jurisprudencial existente en la materia, así STS de 27 de marzo y 29 de mayo de 2007 en la que se viene a concluir que sólo está prevista la cirugía reparadora en supuestos de estados intersexuales patológicos (en aplicación del Real Decreto de 1995 ahora derogado) pero no en los casos en los que lo único que se haya presente es una situación de transexualismo concluyendo que ello es lo que acontece en el caso de autos entendido éste como una discordancia entre la identidad sexual física y psíquica.

de pertenecer a una Comunidad u otra, lo que a su vez pone de manifiesto una falta de unidad legislativa e interpretativa en un tema de la relevancia del presente (48).

Si el RD 1030/2006 no excluía expresamente dentro de sus prestaciones asistenciales los supuestos de cirugía de reasignación, tampoco lo hace el vigente RD-L 16/2012 de 20 abril sobre medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones (BOE 24 abril 2012), que modifica La Ley 16/2003 de 28 de mayo de cohesión y calidad del sistema Nacional de Salud, lo que no implica necesariamente, como hemos podido ver, que se produzca ahora tampoco su inclusión.

Conforme al citado RD-L de 2012, existe una cartera común de servicios del SNS (art. 8 de la Ley 16/2003 reformado por RD-L 2012) y una cartera de servicios complementarios de las CCAA (art. 8 quinquies introducido en 2012) que incluirá la cartera común más las CCAA introduzcan. Sobre tal base parece quedar al ámbito de las CCAA la inclusión o exclusión de las operaciones de cirugía de reasignación, con lo que ello implica de discriminación y tratamiento desigual entre una Comunidades y otras.

Precisamente atendiendo a tal diferenciación entre las CCAA, actualmente sólo cuatro CCAA (Madrid, Andalucía, Cataluña y País Vasco) ofrecen atención integral a las personas transexuales (www.agenciasinc.es) (49).

Pero dicha conclusión está en abierta contradicción con el relato fáctico suministrado por el propio juez de instancia quién declara probado que la actora está a tratamiento psiquiátrico por síndrome ansioso-depresivo derivado de su transexualismo de modo que se acredita que no sólo concurre en la demandante una situación de transexualismo sino además un síndrome ansioso-depresivo conectado con el anterior lo que determina un cuadro clínico más complejo y que puede incardinarse en lo que antes se llamaba estado intersexual patológico y que ahora, simplemente es un trastorno mental que justifica la cirugía que se solicita de cambio de sexo y es por ello que se justifica la intervención quirúrgica peticionada y que, además, no le ha sido negada al estar la misma incluida por el Sergas en la cartera de servicios comunes sin que el hecho de que estén pendientes los trámites administrativos para acreditar qué centros en Galicia deben llevar a cabo la citada intervención pueda ser opuesta al paciente. En tal sentido, el art. 11 4.º del R.D. 1030/2006, determina que: “Las comunidades autónomas pondrán en conocimiento del Ministerio de Sanidad y Consumo los servicios complementarios no contemplados en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud que hubieran sido incorporados a la cartera de servicios específicos de la comunidad autónoma, que se recogerán en el sistema de información contemplado en el artículo 12”. Por todo ello se ha de concluir, que el recurso debe ser estimado y la sentencia revocada...»

(48) Sobre la evolución en las diferentes CCAA en materia de atención en las correspondientes Unidades de Trastorno de Unidad de Género y análisis de la demanda asistencia *Vid. GÓMEZ-GILA, E.; ESTEVA DE ANTONIO, I.; ALMARAZ, M. C.; GODÁS SIESO, T.; HALPERIN RABINOVICH, I.; SORIGUER ESCOFET, F. y Equipos de Identidad de Género de Andalucía y Cataluña, «Demanda de atención sanitaria en las unidades de identidad de género de Andalucía y Cataluña durante la década 2000 a 2009», Revista Clínica Española, 2011 (5), pp. 233-239.*

(49) La atención sanitaria a la transexualidad sufre importantes desigualdades territoriales en España. Instituciones internacionales como la World Professional Association Transgender Health recomiendan una asistencia multidisciplinaria. En el país nueve de las 17 comunidades autónomas han diseñado un protocolo de atención a la transexualidad y únicamente cuatro de ellas (Andalucía, Madrid, Cataluña y País Vasco) contemplan la cirugía reconstructiva genital.

La Sociedad Española de Endocrinología creó en 2010 el Grupo de Identidad y Diferenciación Sexual, un equipo multidisciplinar formado por endocrinólogos, psicólogos, psiquiatras y cirujanos. El grupo acaba de publicar en la revista *Gaceta Sanitaria* un amplio estudio que constituye un mapa sobre la situación actual de la asistencia a la transexualidad en el sistema sanitario público de España. La primera conclusión a la que llegan estos investigadores es que resulta muy complicado conocer

Lo que debe concluirse al respecto es que al formar parte dichas prestaciones, conforme a lo que acabamos de señalar, de la cartera de prestaciones complementarias a elaborar por las Comunidades Autónomas, parece que dependerá en buena medida de cada una de ellas (con lo que ello implica, hemos de insistir, de discriminatorio) que se produzca la prestación correspondiente o no en la operación de cirugía de reasignación.

De hecho en los momentos actuales sólo en dos Comunidades existe una normativa específica reguladora de los Derechos de los Transexuales, en las que se incluye el derecho de los mismos a la cobertura sanitaria en materia de cirugía de reasignación. Tal es el caso de la Ley Foral Navarra 12/2009 de 19 noviembre, de Derechos de los Transexuales en Navarra (LNA 2009/363, *B.O. Navarra* de 30 de noviembre de 2009, núm. 147, p. 15135) y la Ley de derechos de las personas transexuales del País Vasco (Ley 14/2012, de 28 de junio, LPV 2012/246, *B.O. País Vasco* de 6 de julio de 2012, núm. 132, p. 3067).

c) *El contexto inmediato de los derechos de los transexuales. La posición de la Jurisprudencia del TEDH*

Abordamos en este momento cuál es la posición del TC español y TEDH en desarrollo de la protección de los transexuales, partiendo como hasta ahora de las reglas en juego, los artículos 8, 12 y 14 del Convenio de Protección de Derechos y Libertades Fundamentales, así como los artículos 10 y 14 de la CE.

Para ello nos centramos en la posición mantenida en relación con los supuestos que hemos denominado «colaterales» que, una vez reconocido el derecho a la propia identidad sexual, deben ser igualmente dignos de protección. Añadiendo a tales situaciones aquellas en que se produce o se puede producir una colisión con otros

la cifra real de personas transexuales en España. Desde que Andalucía se convirtiera en 1999 en la primera comunidad autónoma en incluir todas las cirugías de reasignación sexual hasta la actualidad, las nueve Unidades de Identidad de Género del país han atendido un total de 3.303 casos, lo que equivale a uno de cada 10.000 habitantes.

Sin embargo, los datos de este estudio revelan que hay un amplio territorio nacional que no ofrece cobertura alguna al colectivo transexual, lo que obliga a muchos de ellos a buscar salida en la sanidad privada o en otras comunidades autónomas. Es el caso de Andalucía, que encabeza la lista de casos con un total de 1.117 solicitudes. La cifra no es de extrañar teniendo en cuenta que fue la primera comunidad en incorporar la atención integral a la transexualidad en el sistema sanitario público.

Le siguieron Madrid y Cataluña, que desde su apertura y tras incorporar la cirugía genitoplástica en 2007 y 2008 respectivamente, han atendido 656 y 730 casos. La cuarta comunidad en ofrecer una atención integral a la transexualidad, el País Vasco, ha recibido 73 solicitudes desde 2008. Por otro lado, destacan los datos de las Islas Canarias, que con 350 casos atendidos presenta una prevalencia muy superior a la de las otras cuatro comunidades autónomas que cuentan con Unidades de Identidad de Género pero que no contemplan la cirugía genitoplástica (Aragón, Asturias, Navarra y Comunidad Valenciana).

La proporción de transexuales hombre-mujer prácticamente dobla la de transexuales mujer-hombre en la mayoría de unidades. De las 3.303 solicitudes registradas, 864 han concluido el tratamiento integral con cirugía de reasignación sexual. Los autores concluyen que la equidad en la atención a estas personas no se cumple en todas las regiones españolas, especialmente por la carencia de intervenciones genitoplásticas. Recomiendan, por tanto, un mayor equilibrio territorial que facilite el acceso de cada caso a las unidades más próximas a su entorno geográfico y que se incorpore, al menos progresivamente, la atención integral quirúrgica.

ESTEVA *et al.*, «Organización de la asistencia a la transexualidad en el sistema sanitario público español», *Gaceta Sanitaria*, 2012; 26:203-9.

derechos de terceras personas, igualmente dignos de protección (supuestos de colisión entre el derecho al libre desarrollo de la personalidad, protección a la vida personal y familiar frente al «interés superior del menor»)

1. *El derecho a contraer matrimonio*

Conviene tener en cuenta que, dentro de tales aspectos dignos de protección, derivados del derecho mismo a la propia identidad, se encuentra otro derecho constitucionalmente protegido, el Derecho a contraer matrimonio. Es elemento común en muchas de las decisiones adoptadas por el TEDH. Sin embargo conviene tener en cuenta también que cuando el Tribunal se pronuncia en sus numerosas resoluciones sobre este último derecho, no siempre parte de situaciones de identidad sexual idénticas. En algunos casos se parte de la invocación del derecho a contraer matrimonio por una persona transexual, y en otros por parte de quien siendo homosexual pretende contraer matrimonio con persona del mismo sexo.

Obviamente el TEDH ha ido resolviendo en estos casos con los mismos parámetros (arts. 8 y 14 en relación con el art. 12 del Convenio o en su caso atendiendo al art. 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE en vigor desde el 1 de diciembre de 2009) dependiendo del momento histórico, pero partiendo en todos ellos de supuestos en que tanto el transexual, como la persona homosexual, pretendían contraer matrimonio con persona del mismo sexo, respondiendo en el primer caso (transexualidad) de idéntica forma cuando al transexual no se le admitía o admite el cambio de sexo.

En este sentido conviene recordar que el TEDH consideró en SS. 17 octubre 1986, *caso Rees contra Reino Unido* (TEDH/1989/11), y 27 septiembre 1990, *caso Cossey contra Reino Unido* (TEDH/1990/22) que el derecho fundamental a contraer matrimonio se refería a personas de distinto sexo, partiendo de una reclamación presentada por dos transexuales, cuya legislación no les permitía el cambio de sexo, entendiéndose por tanto que en ambos casos se partía de un supuesto de matrimonio igualitario. Ha de destacarse no obstante, que en tales casos, aún realizada la cirugía de reasignación y por tanto modificado el sexo físico de los reclamantes, el TEDH considera que no se produce vulneración por parte del Estado del artículo 8 del Convenio, al no equiparar a todos los efectos al transexual con el sexo modificado, lo que conduce, a partir de tales planteamientos a la inadmisión del matrimonio.

La Corte modifica posteriormente esta doctrina a partir de las sentencias de 11 julio 2002, *caso I contra Reino Unido* (THDH JUR.2002/45); *caso Goodwin contra Reino Unido* (THDH. JUR.2002/181176) y 23 de mayo 2006, *caso Grant contra Reino Unido* UK, aunque referidas todas ellas a supuestos de reconocimiento de efectos jurídicos al cambio de sexo. Por lo que conviene diferenciar estos supuestos de aquellos otros en que se parte de una solicitud de matrimonio por personas del mismo sexo.

El TEDH en estas últimas decisiones lo que hace, en definitiva, es cambiar de criterio en cuanto al reconocimiento de efectos a la cirugía de reasignación y al cambio de sexo mismo y es partir del hecho del reconocimiento de plenos efectos jurídicos al cambio de sexo (cosa que no hizo en las primeras decisiones señaladas) y a partir de tal premisa, cuando se considera que quien ha cambiado de sexo es

titular del derecho a contraer matrimonio, por lo que impedirlo supondría una vulneración del artículo 12 del Convenio(50).

Quiero decir con ello, como ya lo indiqué en otro momento, que admitido el cambio de sexo, el matrimonio celebrado por quien ha cambiado su sexo, nunca debería ser considerado como supuesto de «matrimonio igualitario», salvo que convertido un hombre en mujer, pretenda contraer matrimonio con otra mujer o, convertida una mujer en hombre pretenda contraer matrimonio con otro hombre. Y esto es lo que hace, creo, el TEDH en las últimas decisiones señaladas.

2. *Derecho a prestaciones sanitarias y asistenciales (jubilación), cirugía de reasignación...*

En la línea de lo que hasta ahora venimos planteando, conviene recordar que poco sentido tiene reconocer el derecho de los transexuales a su identidad y libre desarrollo de su personalidad si, pese a tal reconocimiento se limitan el resto de los derechos derivados del mismo.

Lo que se trata de analizar a continuación es precisamente la posición que en este ámbito concreto viene manteniendo la jurisprudencia del TEDH a través de las decisiones a las que nos referimos aquí.

- a) *¿Derecho al reconocimiento jurídico de la operación completa del cambio de sexo? Caso L. contra LITUANIA (STEDH de 11 de septiembre de 2007 (TEDH 2007/56) por violación del artículo 8, 12 y 14 del Convenio*

Es la base de la demanda presentada por un ciudadano lituano contra la república de Lituania presentada ante el Tribunal, por falta de reconocimiento jurídico de la operación completa de cambio de sexo, alegando, en cuanto nos interesa en este momento la violación del artículo 8 del Convenio.

Básicamente se alegaba la existencia de vacío legal en lo que concierne a los transexuales en Lituania, y particularmente la ausencia de cualquier posibilidad legal de someterse a una operación completa de cambio de sexo, lo que acarrearía otras privaciones e inconvenientes, ante la imposibilidad de completar su reasignación sexual.

Si bien la operación de cambio de sexo había sido prevista en el nuevo Código Civil desde 2003, no se había adoptado ninguna legislación subsidiaria para implementar este derecho. Así, aunque le había sido posible al demandante cambiar su nombre a uno de género neutro, la Ley no estipulaba nada sobre el cambio del código personal para los transexuales antes de ser operados, como consecuencia de lo cual había renunciado a numerosas oportunidades en distintas áreas (empleo, sanidad, seguridad social, libertad de movimiento, transacciones de negocios, desarrollo personal y relaciones sociales...) todo ello por evitar hostilidades y mofas. Siendo por ello condenado al ostracismo legal y social.

(50) Vid. ARANA DE LA FUENTE, I. (2012), *Concepto y función social del Matrimonio*. Derecho de Familia (coord. por Gema Díez-Picazo Giménez), Thomson-Reuters Aranzadi, p. 175.

El Tribunal consideró que efectivamente se había producido violación del artículo 8 del Convenio, considerando como prematura por otro lado la invocación de violación del artículo 12, por cuanto, *si se hubiera completado su operación de cambio de sexo, su estatus como varón hubiera sido reconocido junto con su derecho a casarse con una mujer* (51).

- b) *¿Derecho a que le abone al transexual los gastos de operación del cambio de sexo? Caso Schlumpf contra Suiza (STEDH de 9 de enero de 2009. TEDH 2009/5)*

Es la base de la demanda presentada por una ciudadana suiza contra la Confederación suiza, por la denegación de su compañía de seguros del pago de la intervención de cambio de sexo. Se invocaba igualmente la violación del artículo 8 del Convenio.

Frente a las peticiones de la demandante la compañía de seguros se negaba al abono de la operación al considerar que éste sólo procedería en los casos de verdadero transexualismo, que sólo podía establecerse tras dos años de observación durante el cual el paciente siguiera terapia endocrina y psicoterapéutica, lo que para la demandante implicaba una autentica violación del derecho al respeto de su vida privada, considerando que la exigencia de tal criterio de dos años de observación era, en este caso, contrario al artículo 8, no garantizándose con ello el equilibrio entre los intereses de la aseguradora y los suyos propios.

El TEDH admitió igualmente en este caso la violación del citado precepto, analizando qué ha de entenderse a la luz del Convenio (art. 8) por protección de la vida privada.

La vida privada, para el Tribunal, es una noción amplia, sin una definición exhaustiva que cubre la integridad física y moral de la persona. Así se apunta, que algunos elementos como, por ejemplo, la identidad sexual, el nombre, la orientación sexual y la vida sexual pertenecen a la esfera personal que protege el artículo 8 (Sentencias *Dudgeon contra Reino Unido* de 22 octubre 1981, TEDH 1981, 4; *B. contra Francia* de 25 marzo 1992, TEDH 1992, 43; *Burghartz*, TEDH 1994, 9; *Laskey, Jaggard y Brown contra Reino Unido* de 19 febrero 1997, TEDH 1997, 10, y *Smith y Grady contra Reino Unido*, TEDH 1999, 37). El artículo 8 protege en definitiva el derecho al pleno desarrollo personal y a mantener relaciones con sus semejantes y el mundo exterior.

(51) Por otro lado resulta interesante la solución adoptada por el Tribunal en cuanto a la solicitada «indemnización de daños y perjuicios» al amparo del artículo 41 del Convenio. El Tribunal considera que éstos quedarían cubiertos simplemente mediante la adopción de la legislación subsidiaria que el Estado debería poner en funcionamiento dentro de un plazo de tres meses, a partir de la firmeza de la sentencia. No obstante, ante la imposibilidad de la efectividad de esta opción y en vista de la incertidumbre sobre la experiencia y pericia actualmente disponibles en Lituania, el Tribunal es de la opinión que este aspecto de la demanda del recurrente podría ser satisfecho sometiéndose a las últimas fases de cirugía necesarias en el extranjero, siendo esto financiado, al menos en parte, por el Estado demandado. En consecuencia, como alternativa y en ausencia de la legislación subsidiaria, el Tribunal concedería al demandante 40.000 euros en concepto de daños y perjuicios. Concediendo igualmente una indemnización de 5000 euros por daño moral.

c) *¿Derecho a que se abone la pensión de jubilación conforme a los criterios rectores del sexo modificado? Caso Grant contra Reino Unido (STEDH de 23 de mayo de 2006 (TEDH 2006/39)*

Es la base de la demanda presentada contra Reino Unido por una ciudadana británica, convertida en mujer tras la correspondiente cirugía de reasignación. La demandante se quejaba de la falta de reconocimiento legal de su sexo y del rechazo del Departamento de la Seguridad Social a abonarle una pensión de jubilación a la edad de 60 años como a otras mujeres. Se invocaba la violación del artículo 8 del Convenio, solicitando igualmente una indemnización por lucro cesante y daños morales al amparo de su artículo 41.

La solicitud le había sido denegada a través de una decisión del Funcionario de Adjudicaciones en octubre de 1997. El funcionario afirmaba que lo había solicitado «demasiado pronto», y que sólo tendría derecho a una pensión estatal de jubilación a partir de los 65 años, edad aplicable a los varones. La apelación en contra de esta decisión fue vista ante el Tribunal de Apelación de la Seguridad Social de Birmingham en marzo de 1998, que la rechazó basándose en la jurisprudencia existente. En ese momento, la demandante afirmaba que ya no podía trabajar, debido a una fractura de médula espinal originada por una osteoporosis. El Comisionado de la Seguridad Social coincidió con las sentencias anteriores y sostuvo además que el Departamento de la Seguridad Social no había expresado su acuerdo a tratar a la demandante como una mujer.

El Tribunal, siguiendo los criterios mantenidos en anteriores resoluciones estimó que puesto que la demandante era un hombre transformado en mujer transexual en idénticas condiciones a las de la demandante del asunto Christine Goodwin, debía considerarse producida la violación de su derecho al respeto de su vida privada, en contra del artículo 8 del Convenio, debido a la falta de reconocimiento legal de su cambio de género, entendiéndose como lo hizo en otras ocasiones, que el Gobierno demandado no podía seguir afirmando que ese asunto correspondía al ámbito de su margen de apreciación, excepto en lo que concierne a los medios apropiados para alcanzar el reconocimiento de los derechos protegidos por el Convenio.

Por otro lado, en cuanto a la solicitada *indemnización de daños y perjuicios* al amparo del artículo 41 del Convenio, el Tribunal entendió que a la demandante se le había denegado el abono de la pensión del Estado el 5 de septiembre de 2002, con posterioridad a la sentencia Christine Goodwin citada, en la que se establecía que ya no existía ninguna justificación para no proporcionar un reconocimiento legal al cambio de sexo a los transexuales operados. Se le abonó sin embargo a partir del 22 de diciembre de 2002, por lo que se concedió en compensación por daños materiales, la cantidad 1.700 euros. Por lo que respecta al daño moral, el Tribunal siguiendo los mismos criterios mantenidos en el asunto Christine Goodwin, consideró que no era apropiado conceder cantidad alguna por dicho concepto, entendiéndose que la esencia de la compensación se basaba en la implementación, a su debido tiempo, por parte del Gobierno, de las medidas necesarias que aseguraran el cumplimiento del artículo 8 del Convenio.

3. *La posible colisión de derechos. Reconocimiento de la igualdad de derechos de los transexuales frente a otros derechos o intereses en juego. ¿El interés superior del menor frente al derecho de los progenitores transexuales derivados del ejercicio de la patria potestad?. El equilibrio entre el libre desarrollo de la personalidad y el derecho de visitas. Caso P.V. contra España (STEDH de 30 de noviembre de 2010 (TEDH 2010/112)(52)*

Frente a los supuestos mencionados en apartados anteriores, la cuestión que ahora se plantea quizá es de las más complejas a la hora de determinar la frontera entre las posibles vulneraciones del derecho de las personas transexuales al libre desarrollo de su personalidad y a la protección del respeto a su vida personal y familiar y la protección de derechos de terceros, en esta caso los menores, cuyo «interés superior» es la base de protección de aquéllos en las normas internas de los Estados y de los Tratados Internacionales.

Igualmente ha de constatar que es cuando se entra en el ámbito de las relaciones familiares y más en concreto en el de las relaciones paterno-filiales, cuando saltan las alarmas de conflicto entre la protección de los derechos e intereses en juego (53).

El conflicto aludido se plantea precisamente en el supuesto del que arranca la decisión del TEDH de 30 de noviembre de 2010. Su origen se encuentra además en la STC de 22 de diciembre de 2008(RTC 2008/176).

Los hechos que dan lugar a ambas decisiones parten de la demanda interpuesta por una persona transexual, que habiendo pasado del sexo masculino al femenino ve restringido el derecho de visitas que ostentaba sobre su hijo tras el divorcio de su cónyuge, madre del menor.

La madre y esposa pidió la privación de la patria potestad y subsidiariamente la suspensión del régimen de visitas del padre transexual por considerar que la inestabilidad emocional por la que estaba pasando el padre, en pleno periodo de cambio

(52) El supuesto de hecho planteado en esta sentencia del TEDH es análogo al resuelto por el propio Tribunal en Sentencia de 21 de diciembre de 1999 (TEDH/1999/72) en el *Caso Salgueira da Silva contra Portugal*, así como en la Sentencia de la Corte Interamericana de 24 de febrero de 2012 (serie C núm. 254-www.corteidh.or.cr/) *Caso Atala Riffo contra Chile*. Ambas en relación con la privación de la guarda y régimen de visitas a una persona homosexual en relación con sus hijos. Como veremos en su momento, en ambos casos se considera vulnerado el derecho del homosexual y por tanto se entiende que existe violación, en el primero de ellos, del artículo 8 del Convenio de Derechos y Libertades Fundamentales y, en el segundo, del artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969.

(53) Resulta evidente, como veremos al referirnos al Derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, que uno de los obstáculos fundamentales, si no el primero de ellos, que en todos los ordenamientos jurídicos ha supuesto y supone la espina dorsal del debate sobre su reconocimiento es el que deriva del derecho consustancial de todo matrimonio a tener hijos, a adoptarlos, a relacionarse con ellos y a constituir, en definitiva, una familia. La base del rechazo en muchos ordenamientos a permitir el matrimonio igualitario se encuentra precisamente en el que se considera su mayor impedimento: la posibilidad o no de adoptar, de procrear hijos fruto del uso de las técnicas de reproducción asistida y de, en definitiva, entablar una relación paterno-filial no sustentada en la tradicional figura paterna y materna.

La evidencia de lo que se indica se manifiesta en el hecho de que, si bien en la actualidad cada vez son más los Estados que reconocen el matrimonio igualitario, no en todos ellos se reconoce el derecho a adoptar o el derecho a la doble maternidad o paternidad derivada del uso de las técnicas de reproducción asistida.

de sexo, suponía un claro perjuicio para la estabilidad del menor, y por tanto debía prevalecer «el interés superior del menor» sobre el derecho del padre a comunicarse con su hijo.

El TC español se pronunció, como se ha señalado, en Sentencia de 22 de diciembre de 2008, desestimando el recurso de amparo presentado por la transexual ante el que se había invocado el artículo 14 del Convenio.

El TEDH considera el supuesto como diferente al planteado en el caso EB contra Francia relativo a persona homosexual soltera a la que se le impedía conforme a su legislación adoptar en solitario y entiende que, si bien hay trato discriminatorio, este está justificado atendiendo al interés superior del menor (54).

Tanto el TC español, como el TEDH consideran que no es la transexualidad del padre, sino la falta de estabilidad emocional la que determina la restricción del derecho de visitas en relación con el menor y la efectiva repercusión en el menor de dicha inestabilidad. Así, en palabras del TC: «... *Lo determinante, en todo caso, será la efectiva repercusión de ese trastorno en relación con el menor. Desde luego, un menor no tiene, ni moral ni jurídicamente, el deber de soportar un trato inadecuado y perturbador de sus padres por razón de los problemas personales que éstos padezcan, sean cuales fueren, incluyendo los derivados de una decisión libre de uno de los progenitores de someterse a un proceso de reasignación de sexo. De*

(54) El Tribunal recuerda que en el goce de los derechos y libertades reconocidos por el Convenio, el artículo 14 prohíbe tratar de manera diferente, salvo justificación objetiva y razonable, a las personas en situaciones comparables (ver Sentencias *Hoffmann contra Austria*, 23 junio 1993, ap. 31, serie A, núm. 255-C, y *Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal* [TEDH 1999, 72], núm. 33290/1996, ap. 26, CEDH 1999-IX):

«*El Tribunal observa que la transexualidad de la demandante está en el origen de la demanda de modificación de las medidas adoptadas en la sentencia de separación legal solicitada por su ex esposa. En efecto, ésta presentó una demanda debido al tratamiento de cambio de sexo al que se sometió la demandante. En todas las decisiones judiciales adoptadas durante el proceso hay referencias a la condición de transexual de la demandante. Por otro lado, el Tribunal afirma que las jurisdicciones españolas adoptaron un régimen de visitas diferente, cuando tuvieron conocimiento de la disforia sexual de la demanda. Señala que este nuevo régimen de visitas era menos favorable a la demandante que el régimen inicialmente acordado por el matrimonio en el convenio regulador ratificado por la sentencia de separación legal.*

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, una distinción es discriminatoria en el sentido del artículo 14 si carece de justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue una finalidad legítima o si no existe «vínculo razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida»... Cuando está en juego la orientación sexual, es necesario que haya razones importantes y convincentes para justificar una diferencia de trato tratándose de derechos amparados por el artículo 8... La cuestión que se plantea en este caso es si la decisión de limitar el régimen de visitas inicialmente adoptado fue determinado por la transexualidad de la demandante, implicando así un trato que podría ser considerado como discriminatorio en tanto que derivado de su disforia de género...

*... En opinión del Tribunal, el razonamiento de las decisiones judiciales da lugar a pensar que la transexualidad de la demandante no fue un motivo determinante en la decisión de modificar el régimen de visitas inicial. Fue el interés superior del menor el que primó en la adopción de la decisión. El Tribunal señala al respecto la diferencia existente entre los hechos del caso y los del asunto *Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal* (TEDH 1999, 72) citada, en la que la orientación sexual del demandante tuvo un peso determinante en la decisión de privarle del ejercicio de la patria potestad. En este caso, teniendo en cuenta la inestabilidad emocional coyuntural detectada en la demandante, los tribunales españoles otorgaron más importancia al interés del menor adoptando un régimen de visitas más restrictivo, permitiéndole habituarse progresivamente al cambio de sexo de su progenitor. Esta conclusión se vio reforzada por el hecho de que el régimen de visitas fue ampliado, manteniéndose la condición sexual de la demandante...».*

verificarse tal repercusión negativa para el desarrollo personal del niño habría que adoptar efectivamente las medidas necesarias para evitarla, pero sólo en ese caso...».

Resulta evidente, como se pone de manifiesto de la lectura de ambas sentencias, que nos encontramos ante un tema «sensible» donde debido a los finos límites entre el reconocimiento de derechos a transexuales u homosexuales y el interés superior del menor pueden llegar a producirse auténticos casos de discriminación o vulneraciones del derecho de aquéllos amparados bajo una «vulneración justificada» (ex. art. 8.2 del Convenio) y arropada en la necesaria protección de ese interés superior del menor.

No se quiere decir con ello más que, que a veces, el recurso a algo tan concreto y al mismo tiempo indefinido como es «el interés superior del menor» puede esconder, más que en los casos en los que es la Administración la que vulnera los derechos de transexuales u homosexuales, un arma potente en perjuicio de éstos (55).

Con tales razonamientos me pregunto: ¿sería igual entonces la solución del padre que perturba la estabilidad del menor por el hecho de haber perdido su trabajo, su casa por no poder pagar su hipoteca, dado que los menores no tienen por qué soportar perturbaciones derivadas de los problemas personales de los padres?. Dudo mucho que así fuera.

Tal y como se ha señalado, no parece quedar debidamente acreditada la existencia de un riesgo relevante o causa grave que fundamente una severa restricción del derecho de visitas acordado inicialmente, más allá de la transexualidad del recurrente. La inestabilidad emocional es consecuencia propia de los procesos de reasignación de sexo, y por tanto si no queda debidamente justificado cómo afecta en la relación con los menores, podría llegar a determinar que en el caso de los transexuales su inestabilidad emocional va a impedir la restricción de sus derechos en las relaciones con sus hijos (56).

3. HOMOSEXUALIDAD. DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO Y ASPECTOS COLATERALES DEL MISMO

A. La posición española sobre el matrimonio igualitario

El legislador español, mediante la Ley 13/2005 de 1 de julio (RCL 2005/ 1407) siguiendo los pasos de otros países europeos, y al que han seguido sus pasos igual-

(55) En tal sentido, aunque referido a otros aspectos de la protección del «interés superior del menor» *Vid.* BENAVENTE MOREDA, P. «Desamparo, acogimiento y retorno a la propia familia», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 23 (enero/diciembre 2009), pp. 9-59; igualmente «Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuación de la Administración e intereses en juego», *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM (AFDUAM)*, núm. 15, 2011, pp.1 a 62.

(56) BARDAJI GÁLVEZ, M. D., «Transexualidad y Derecho de visitas (Comentario a la STC 176/2008, de 22 diciembre)», *RJC*, 2010.1, pp. 125 y ss.; DE LA IGLESIA MONJE, M. I. «Transexualidad y restricción del derecho de visitas», *RCDI*, núm. 713/2009, pp. 1518 y ss.; ROMERO COLOMA, A. M., «Transexualidad del progenitor y derecho de visitas (sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de diciembre de 2008 y las limitaciones al derecho de visitas)», *Diario La Ley*, núm. 7471 (Tribuna) de 20 de septiembre de 2010. Ref.D-276.

mente otros países no sólo de Europa sino del resto del mundo, ha alterado radicalmente la concepción tradicional del matrimonio al establecer la igualdad de las personas heterosexuales u homosexuales para contraer matrimonio con personas de su mismo sexo (57).

Esta igualdad implica en cualquier caso, que cualquier persona, sea heterosexual, homosexual o intersexual, podrá contraer matrimonio con alguien de su mismo sexo. Responde, según la Exposición de motivos de la ley, a la necesidad de dar respuesta a una larga trayectoria de discriminación basada en la orientación sexual, discriminación que con esta ley, el legislador decidió remover. Se pretende con ello establecer un marco legal de realización personal, que permita que aquellos que libremente adopten una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo, puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad. A ello trata de dar respuesta esta tan discutida ley (58).

(57) Así está reconocido en Países Bajos (desde 2001), Bélgica (desde 2003), Canadá (desde 2005), Sudáfrica (desde 2006), Noruega (desde 2009), Suecia (desde 2009), Portugal (desde 2010), Islandia (desde 2010), Argentina (desde 2010). Además el matrimonio es legal en diferentes Estados de EEUU, como Massachusetts (desde 2004), Connecticut (desde 2008), Iowa (desde 2009), Vermont (desde 2009), Nuevo Hampshire (desde 2010), Distrito de Columbia (desde 2009), Nueva York (desde julio de 2011), Maine y Mariland (2012) y Minesota (2013) reconociéndose igualmente en determinados Estados valor legal a las uniones de hecho del mismo sexo, aunque sin la consideración específica como matrimonio. Igualmente es legal en México D.F desde 2010. Recientes son igualmente las aprobaciones en Uruguay, por Ley de 10 de abril de 2013 (D. 633/13) y Brasil, tras la aprobación por el Consejo Nacional de Justicia, mediante Resolución n.º 175, de 14 de mayo de 2013, que en la práctica permite casarse a personas del mismo sexo (DJE/CN) n.º 89/2013, de 15 de mayo de 2013, p. 2 (www.enj.jus.br/).

En Francia ha sido aprobada la Ley que permite el matrimonio homosexual por la Asamblea Nacional, el 23 de abril de 2013, Ley que ha sido validada por el Tribunal Constitucional francés el 17 de mayo de 2013 (D. n.º 2013-669 DC.). Igualmente la Cámara de los Comunes aprobó el 5 de febrero para Inglaterra y Gales la Ley que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo. *Vid.* con más detalle sobre el tema ARANA DE LA FUENTE, I., *ob. cit.*, p. 177; AGUADO RENEDO, C., «Familia, Matrimonio y Constitución Española» en *Derecho de Familia* (Coordinado por Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G.), p. 92, nota 32.

(58) Así pues, en su propia Exposición de motivos se parte como medida de justificación de la reforma, del propio artículo 32 CE, de la necesidad de no ignorar la evidencia del reconocimiento y realidad social de las convivencias de las parejas de hecho del mismo sexo. Se apoya igualmente la reforma en la Resolución del Parlamento Europeo de 8 de febrero de 1994 en la que se pide a la Comisión Europea que presente una propuesta de recomendación para poner fin a la prohibición de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo y garantizarles los plenos derechos y beneficios del matrimonio.

Se pretende crear un marco para que quienes adoptan una opción sexual y afectiva puedan desarrollar su personalidad y derechos en plano de igualdad, considerando que la Constitución, al encomendar al legislador la regulación del matrimonio no excluye una regulación que delimite las relaciones de pareja de forma diferente a la existente hasta el momento. En cualquier caso, el fundamento constitucional de la Ley se encuentra en la promoción de los ciudadanos en el libre derecho al desarrollo de su personalidad (art. 9.2 y 10. CE), la preservación de la libertad de los ciudadanos en lo que a las formas de convivencia se refiere (art. 1.1 CE) y el principio de igualdad de derechos sin discriminación por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (art. 14 CE) [Exposición de Motivos de la Ley 13/2005 de 1 de julio, de modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, ap. II (BOE núm. 157, de 2 de julio (RCL 2005, 1407))] (*Vid.* sobre ello ARANA DE LA FUENTE, *ob. cit.*, pp. 175 y 199 y ss., donde se hace un pormenorizado análisis sobre el debate existente en España en relación con la constitucionalidad o no de la Ley de 2005 al amparo de la interpretación del art. 32 CE). Igualmente GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «El matrimonio entre personas del mismo sexo: perspectiva constitucional», *RJUAM*, núm. 13 (2005), pp.133 y ss.; DE PABLO CONTRERAS, P., «Matrimonio y sistema matrimonial», *Tratado de Derecho de Familia*, vol. I, *Derecho de Familia y Derecho de la Familia. La relación jurídico-familiar. El matrimonio y su celebración*. (Dir. Yzquierdo Tolsada, M. y Cuenca Casas, M.), p. 504.

En tal contexto, el legislador, al permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, abre para éstos, no sólo la admisión de derechos y prestaciones sociales, sino también la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción, como veremos, posibilidad a la que se llega, tras una mera referencia en la Exposición de motivos de la Ley y con la modificación de los arts.175.4 y 178. 2 del C.C.

Sin embargo la Ley 13/2005 aludida fue y ha seguido siendo objeto de debate no sólo político sino jurídico y social hasta fechas recientes, como se ha puesto de manifiesto por el hecho de que hasta 7 años después de su aprobación no se haya resuelto el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Partido Popular, interpuso ante el Tribunal Constitucional en 28 septiembre de 2005. El TC se pronunció en Sentencia de 6 de noviembre de 2012(RTC/2012/198) declarando su constitucionalidad (59). En su decisión el TC considera que la Ley 13/2005 ni vulnera la garantía institucional del matrimonio ni el derecho fundamental a contraerlo, previsto en el artículo 32 CE (60).

Se pronuncia igualmente el TC sobre la constitucionalidad del artículo 175. 4 del CC, modificado por la Ley 13/2005, conforme al cual se permite la adopción simultánea por matrimonios del mismo sexo, entendiendo que tal posibilidad no vulnera el derecho a la protección integral de los hijos prevista en el artículo 39 CE, puesto que, como puso de manifiesto el Abogado del Estado: «... *este interés se tutela en cada caso concreto en función del escrutinio al que se somete a los eventuales adoptantes con independencia de su orientación sexual, de modo que el deber de protección integral de los hijos que se deriva del art. 39.2 CE no queda afectado por el hecho de que se permita o se prohíba a las personas homosexuales adoptar, bien de forma individual, bien conjuntamente con su cónyuge...*» (61).

Para el TC, el legislador ha proporcionado los mecanismos de garantía suficientes para que se pueda valorar la idoneidad en la adopción y la protección de los intereses superiores de los menores (62).

(59) El problema de fondo sobre el que ha resuelto el TC Español en la citada Sentencia ya lo puso de manifiesto forma clara C. Aguado al apuntar cuál era la base del dilema planteado: «... *si la modificación de la CE disponiendo como matrimonio también la unión formal homosexual es el procedimiento ideal, que sin embargo puede ser soslayado de facto por el legislador bordeando el filo de la Constitución, o si, por el contrario, tal explicitación en la Norma Fundamental resulta una exigencia ineludible para que dicho matrimonio sea jurídicamente posible en nuestro sistema...*» (AGUADO RENEDO, C., ob. cit., pp. 97-98).

(60) El TC se apoya en su decisión, entre otros razonamientos en la posición mantenida por el TEDH en sus últimas decisiones, donde pasa por hacer recomendaciones a los países miembros en el sentido de dar reconocimiento a tales matrimonios, aunque deja la decisión a la legislación de cada país, como se pone de manifiesto en la STEDH de 24 de junio de 2010 (JUR 2010/211641) en el *Caso Schalk y Kopf contra Austria* (el Tribunal no puede sustituir con su propia apreciación la de las autoridades nacionales, mejor situadas para valorar y responder a las necesidades de la sociedad: la autorización o no del matrimonio entre personas del mismo sexo se deja a la regulación de las Leyes nacionales de cada Estado Contratante).

(61) El TC sigue en este punto la posición mantenida por la doctrina de la STEDH en el *caso Frette contra Francia* de 26 de febrero de 2002 (TEDH 2002/10), aunque el resultado de ésta fuera contrario a la adopción solicitada, en la que se puso de manifiesto que: «... *La adopción es “dar una familia a un niño, y no un niño a una familia” y el Estado debe asegurarse de que las personas elegidas como adoptantes sean las que puedan ofrecerle, desde todos los puntos de vista, las condiciones de acogida más favorables y, a este respecto, no existe certeza que permita afirmar actualmente que esas condiciones no puedan ser proporcionadas por una pareja homosexual...*».

(62) Así se establece que: «*El ordenamiento jurídico, que no reconoce un derecho fundamental a adoptar, prevé mecanismos suficientes en las disposiciones que regulan la adopción nacional*

B. Incidencia de la modificación del CC en materia del derecho a contraer matrimonio en las relaciones familiares. Los efectos colaterales del reconocimiento del derecho: filiación por naturaleza, adopción y procreación asistida (63)

a) *Incidencia en materia de Adopción (64)*

El modificado artículo 175.4 CC posibilita la adopción simultánea por ambos cónyuges (con independencia de su sexo) y la adopción por uno sólo de los cónyuges (igualmente con independencia de su sexo) del hijo de su consorte, tras contraer matrimonio con éste.

Por su parte, la modificación introducida por la Ley 13/2005 en el artículo 178.2 CC, posibilita la adopción, por parte del componente de una pareja de hecho, del hijo del otro, progenitor del mismo (adopción sucesiva), al establecer la subsistencia de vínculos jurídicos con la familia del progenitor que corresponda, no sólo cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante (sea el matrimonio heterosexual u homosexual y por tanto referido al supuesto de adopción existiendo matrimonio entre progenitor y adoptante), sino también (pfo. 2.º) cuando «sólo uno de los progenitores haya sido determinado...», suprimiéndose la referencia a la necesidad de que el adoptante sea persona de distinto sexo al de dicho progenitor.

(arts. 175 y ss. CC y disposiciones autonómicas equivalentes, y Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor) e internacional (Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional), como para garantizar la preservación del interés superior del menor en el proceso de adopción, garantía contemplada también en el art. 21 de la Convención de los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990, como fin primordial por el que deben velar los Estados. Nuestra propia jurisprudencia ha establecido ya que, en los procedimientos de adopción, “se configura como prevalente el interés superior del menor. Principio que con carácter general proclama la mencionada Convención, al disponer que «en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (art. 3.1). Y que nuestra legislación en materia de menores define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos relacionadas con el niño, tanto administrativas como judiciales (Exposición de Motivos, arts. 2, 11.2 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; arts. 172.4, 173.3 y 4, y 173 bis CC; arts. 1826 y 1827 LEC)» (STC 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4).

La eventual lesión del artículo 39.2 CE vendría dada si la legislación no garantizase que, en el procedimiento de adopción, el objetivo fundamental fuese la preservación del interés del menor, circunstancia que no concurre en este caso, en el que la normativa del Código Civil establece que la resolución judicial que constituya la adopción tendrá siempre en cuenta el interés del adoptando, y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad, idoneidad que nada puede tener que ver con su orientación sexual (art. 176 CC). Además, como recoge la recién citada STC 124/2002, el juez que conoce del proceso de adopción tiene la facultad de denegarla cuando sea contraria al interés del menor, sea cual sea el motivo y después de su correcta valoración, que se realiza mediante el procedimiento reglado pertinente...».

(63) Dada la extensión limitada del presente trabajo se abordan en su texto aspectos generales del tema, con la finalidad simplemente de reflejar el estado de la cuestión. Para un análisis más detenido del tema *Vid.* BENAVENTE MOREDA, P., «La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual», *ADC*, tomo LXIV, 2011, fascículo 1, pp. 75 a 124.

(64) Sobre la incidencia de la Ley 13/2005 en materia de adopción *Vid.* SOLÉ RESINA J. (2006) «Adopción y parejas homosexuales», en la obra dirigida por Navas Navarro, S., *Matrimonio homosexual y adopción: Perspectiva nacional e internacional*, Reus, pp. 209 y ss.

Se introduce por tanto la posibilidad de que, existiendo una pareja de hecho homosexual, uno de los miembros de la citada unión, adopte al hijo del progenitor cuya filiación está determinada, conservando en tales casos igualmente la filiación respecto del progenitor determinado (filiación por naturaleza en un caso y por adopción en el otro) (65).

Sin embargo, respecto de la *adopción simultánea* por parejas de hecho del mismo sexo, pese a instarlo así el Consejo de Estado en su dictamen de 2004, no se modificó la D.A 3.^a de la ley de adopción de 1987 que, refiriéndose exclusivamente a la «adopción simultánea» equiparó sólo las parejas de hecho «heterosexuales» al matrimonio, al objeto de atribuirles capacidad como adoptantes. ¿Implica ello que en las parejas de hecho del mismo sexo, uno de sus miembros puede adoptar al hijo natural del otro, pero que ambos no pueden adoptar simultáneamente a un menor? Esta parece ser la interpretación literal, aunque no compartida por la doctrina, que se desprende de los citados textos legales (66). Es decir, parece que el legislador olvidó dar en 2005, un tratamiento uniforme a la adopción simultánea por parejas de hecho del mismo sexo frente a la llevada a cabo por matrimonios del mismo sexo.

Tal situación resulta cuanto menos curiosa, cuando ya, a nivel autonómico, se había legislado, no sin problemas, sobre esta materia, equiparando en este punto,

(65) El artículo 178.2 del CC regula los supuestos en los que, como excepción a la extinción de vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior, estos se mantienen. Antes de ser modificado por la Ley de 2005, esta posibilidad estaba prevista cuando el adoptado fuera hijo del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiera fallecido, y además cuando determinado legalmente uno sólo de los progenitores, el adoptante fuera persona de distinto sexo al de dicho progenitor, siempre que tal efecto (el de la subsistencia del vínculo) hubiera sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el padre o la madre cuyo vínculo haya de subsistir.

El precepto, cuya redacción originaria se debe a la reforma del CC en materia de adopción de 1987, introdujo en su pfo 2.º, la posibilidad de que uno de los miembros de una pareja de hecho heterosexual, adoptase al hijo del otro miembro de la pareja (puesto que la adopción del hijo del cónyuge estaba previsto en el apartado primero del citado precepto). Tal posibilidad, tal y como aparecía regulado en el citado pfo.2, no requería, como apunta Díez PICAZO, convivencia entre el adoptante y el progenitor, aunque el precepto parece estar dictado para ese caso. (DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil IV, Derecho de Familia y Sucesiones*, 8.ª ed. 2001, p. 285). Guardaba por tanto lógica consonancia con lo dispuesto en la DA 2.ª de la citada ley de 1987, en la que, en materia de adopción simultánea se asimilaban a las parejas casadas, como capaces de llevarla a cabo, las parejas de hecho heterosexuales, unidas de forma permanente en análoga relación de afectividad al matrimonio. Así pues, con la reforma de 1987, no sólo se permitió la adopción simultánea por las parejas de hecho heterosexual, sino la adopción, por parte de uno de los miembros de la pareja de hecho en relación con el hijo del otro.

(66) A esta situación concreta se refería V. CABEDO MALLOL (2008), al señalar con lógica, que: «... una interpretación literal y sistemática del actual artículo 175.4 CC y de la referida D.A nos conduciría a la incoherencia de permitir la adopción simultánea a los matrimonios, tanto heterosexuales como homosexuales, y a las parejas de hecho heterosexuales. Claramente esta interpretación, al excluir a las parejas de hecho homosexuales, atentaría contra el principio de igualdad...» («Marco Constitucional de la protección de menores», *La Ley*, 2008, pp. 146 y ss.).

NANCLARES VALLE (2008) considera igualmente que hoy debe hacerse una interpretación sistemática de la DA 3.ª de la Ley 21/87, de 11 de noviembre y por tanto debe admitirse la posibilidad de adopción simultánea por parejas de hecho homosexuales («Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza», BIB 2008/575, *Aranzadi civil*, núm.7/2008, nota 27).

A una interpretación diferente llegó VALLÉS AMORES, M. L. (2005), que partiendo de la lectura del nuevo artículo 175.4 CC, considera que tras la reforma operada en el CC por la Ley 13/2005, queda limitada la adopción conjunta o sucesiva exclusivamente a las personas casada (VALLES AMORES, M.L., «Modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio: Incongruencias en sede de adopción», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 28, julio/sept. 2005, pp. 57 y ss.).

en algunas de ellas a las parejas de hecho del mismo sexo con las parejas heterosexuales, lo que pone de manifiesto una descoordinación clara entre la legislación nacional y la de las Comunidades Autónomas en un tema de tanta trascendencia como el que abordamos.

b) *Incidencia en materia de Filiación por naturaleza y presunción de paternidad matrimonial*

En la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005, y sólo en ella, se hace referencia a la filiación por naturaleza cuando, tras mencionar la necesaria adaptación terminológica de los diferentes artículos que en el CC se refieren o traen causa del matrimonio, se indica que «... Subsiste no obstante la referencia al binomio formado por el marido y la mujer en los artículos 116, 117 y 118 del Código, dado que los supuestos de hecho a que se refieren estos artículos sólo pueden producirse en el caso de matrimonios heterosexuales». Es decir, se mantienen las normas sobre presunción de paternidad del marido de la madre, exclusivamente referidas, por cuestiones obvias, a los supuestos de matrimonio heterosexual (67).

c) *Filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida*

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, pese a ser objeto de debate, discusión (68) y aprobación con posterioridad a la vigencia de la Ley 13/2005 (69), obvió la totalidad de enmiendas presentadas a los artículos 6, 7 y 8 del Proyecto, referidos a la determinación de la filiación, en las que se hacían evidentes y coherentes consideraciones sobre la equiparación entre los matrimonios heterosexuales y homosexuales, en aquellos casos en los que la equiparación podía producirse, de forma que, en el caso de fecundación de mujer casada con otra mujer, con esperma de donante, no estaba prevista la atribución de la doble maternidad por vía del consentimiento de la cón-

(67) Si bien, el legislador no ha tenido en cuenta que tal obviada, que deriva del hecho de admitir que en los matrimonios heterosexuales se puede presumir sin problema la paternidad matrimonial del marido por razón, precisamente de la heterosexualidad, no alcanza con tal carácter a los matrimonios heterosexuales en que el marido lo sea tras haber cambiado su sexo, es decir, en el caso de un transexual, cambiado de mujer a hombre, que haya contraído matrimonio con una mujer.

(68) Si bien el Proyecto de Ley 121/000039 de Técnicas de Reproducción Asistida se presenta el 13 de mayo de 2005, cuando aun no se había aprobado la Ley 13/2005, aunque la misma ya estaba siendo objeto de debate, sin embargo las enmiendas presentadas al mismo aparecen publicadas en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 28 de septiembre de 2005, momento en que ya había entrado en vigor la Ley 13/2005 de 1 de julio. A tal inobservancia hizo referencia ya en su momento CARRASCO PERERA cuando se presentó en el Congreso el Proyecto de Ley de regulación de la reproducción asistida, aludiendo a la ausencia de regulación de los supuestos de fecundación asistida de mujer casada con otra mujer, tanto en el artículo 6.3 como en los artículos 11.5, 15.1 y 16.2 [«Reproducción Asistida», BIB 2005/1142, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 674/2005 (Tribuna)].

(69) Así lo destaca TOMÁS MARTÍNEZ G., al analizar las lagunas que quedaron en la redacción de la LTRA de 2006 en relación con la aplicación de la misma a matrimonios y parejas de hecho integradas por mujeres, señalando que causaba sorpresa tal ausencia de regulación si se tiene en cuenta que la norma entró en vigor algo más de un año después de la reforma operada por la Ley 13/2005, cuya aprobación se produjo estando ya, como hemos indicado, en fase parlamentaria la reforma de la LTRA. «El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro» (*Actualidad Civil*, núm. 7, quincena del 1 al 15 de abril 2010, pp. 748 y ss., *La Ley*, 1796/2010).

yuge no fecundada, debiendo recurrir a ésta por vía de la adopción sucesiva prevista en el artículo 175.4 CC, pero con las limitaciones de edad previstas en el artículo 175.1 del mismo cuerpo legal (70).

Fue sin embargo la «Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas», absolutamente ajena a la institución de la filiación, la que en su Disposición adicional 1.ª, añade un pfo. 3 al artículo 7 de la Ley 14/2006, de Técnicas de Reproducción Asistida señalando que «Cuando la mujer estuviera casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido». De esta manera se permite considerar como doble maternidad matrimonial la derivada del uso de técnicas de reproducción asistida cuando la madre gestante está casada con otra mujer.

Sin embargo no se ha regulado expresamente el supuesto de la mujer que comparte su vida con la usuaria (pareja de hecho) de tales técnicas, sin existir matrimonio entre ellas, puesto que no se modifica ni altera el contenido del artículo 8.2 de la LTRA relativo al consentimiento del varón no casado al uso de las técnicas de reproducción asistida de la mujer con la que comparte la vida.

d) *Incidencia de la equiparación del matrimonio de personas del mismo sexo en el debate sobre la atribución de la «doble paternidad matrimonial» en los Matrimonios entre dos varones*

Hoy por hoy, bajo el ámbito normativo actual no es posible, por razones obvias, acudir a la aplicación de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida (LTRA) para atribuir una doble paternidad por naturaleza a dos hombres casados y por tanto proceder a la equiparación del matrimonio heterosexual con el matrimonio entre dos hombres a tales efectos.

Sin embargo, la vía a la que se recurre en los momentos actuales para llegar a esa doble paternidad «por naturaleza» se encuentra, bajo una gran discusión y polémica social, legal y doctrinal, en el recurso a la denominada «gestación por sustitución», prohibida sin embargo expresamente en el artículo 10 de la LTRA, que declara nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero (pfo. 1.º) (71). La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto (pfo. 2.º), quedando a salvo no obstante la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales (pfo. 3.º).

(70) Para un análisis más detallado del proceso de elaboración legislativa del artículo 6.3 de la LTRA de 2006. Vid. NANCLARES VALLE, J., «Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza», BIB 2008/578, *Aranzadi Civil*, núm.7/2008.

(71) Señala sin embargo QUIÑONES ESCÁMEZ que el artículo 10 LTRHA es una ley contractual de policía, pero que la nulidad del contrato no es de carácter absoluto ni entraña la consecuencia grave, para el *status filii*, de que no pueda reconocerse la filiación biológica paterna ante los tribunales. No estamos, afirma, ante una nulidad absoluta o ante una solución drástica del *fraus omnia corrumpit*, que dejaría a los menores huérfanos o apátridas (o extranjeros) («Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada –En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009–», *Indret*, 2009, www.indret.com, p. 40).

El cauce legal por tanto y de momento, para acceder a la doble paternidad queda restringido a la adopción, a salvo, claro está, la determinación de la paternidad natural del aportante de gametos.

Pese a lo dicho, pese a la claridad del artículo 10 LTRA y a la evidencia de su prohibición en el citado precepto, el recurso a la paternidad subrogada aún no tiene una respuesta definitiva, o al menos no unánime, en nuestro ordenamiento, como se puso de manifiesto a raíz de la polémica «*Resolución de la D.G.R.N. de 18 de febrero de 2009*» (RJ/2009/1735) en la que se resolvió por primera vez sobre la solicitud de dos ciudadanos españoles, varones, casados en 2005, de inscripción en el Registro Civil Consular de Los Ángeles (Estados Unidos), del nacimiento de sus hijos, nacidos en San Diego, California (Estados Unidos) en octubre de 2008 mediante «gestación por sustitución», Supuesto en que, pese a la aparente claridad de la Ley, la DGRN permite el acceso al Registro civil de los hijos del matrimonio (72).

La tan discutida Resolución fue recurrida en su momento por la Fiscalía, recurso que fue resuelto en primera instancia por «*SJPI núm. 15 de Valencia de 17 septiembre 2010 (núm. 193/2010)*». La sentencia estimó el recurso presentado y anuló la inscripción de la doble paternidad en el Registro Civil, sobre la base de la prohibición en la ley española del embarazo por sustitución, considerando que el sistema jurídico español dispone de instrumentos para conseguir por otras vías la satisfacción de los intereses de los menores. Recurrida la sentencia por los padres, la «*SAP Valencia 826/2011, de 23 noviembre (JUR 2011/420242)*» confirmó la decisión de instancia.

Entre ambas sentencias se volvió a pronunciar la DGRN en su «*Instrucción de 5 de octubre de 2010 (BOE de 7 de octubre)*» sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, dictada con la finalidad de «*establecer los criterios que determinen las condiciones de acceso al Registro Civil Español de los nacidos en el extranjero mediante estas técnicas de reproducción asistida*» (73).

(72) El Encargado del Registro Civil Consular denegó lo solicitado por los interesados, con apoyo en la prohibición de la denominada «gestación de sustitución» (art. 10 LTRA). Los padres interpusieron recurso ante la DGRN, solicitando la inscripción de los menores en el Registro Civil español. La DGRN admitió el recurso y aceptó la inscripción de los nacidos como hijos del matrimonio, por aplicación del artículo 81 RRC, considerando que se trataba de la inscripción del nacimiento mediante presentación de la correspondiente certificación registral extranjera en la que consta el nacimiento y la filiación del nacido y en tal caso, el acceso de la misma al Registro Civil español constituye no una cuestión de «Derecho aplicable», sino una cuestión de «validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España», en este caso, una cuestión de acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro, lo que excluye, por tanto, la utilización de las normas españolas de conflicto de Leyes, y en concreto, la del artículo 9.4 del Código Civil. Por tanto, también excluye la aplicación de la Ley sustantiva a la que tales normas de conflicto españolas pudieran conducir, como es la Ley 14/2006, de 26 mayo 2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida y por tanto a la inaplicación de la prohibición prevista en el artículo 10 LTRA (Un análisis completo y detallado de la misma lo realiza QUIÑONES ESCAMEZ, A., «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada», *Revista Indret*, julio 2009. www.indret.com).

(73) Conforme a la citada Instrucción, para atribuir la filiación a los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución debe existir una previa resolución judicial, dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido (Directriz primera 1).

Por otro lado, salvo que resulte aplicable un Convenio Internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de exequátur, según el procedimiento contemplado en la LEC 1881. Para inscribir

Y ha sido a raíz de la citada Instrucción y con apoyo en la misma cuando la propia DGRN ha venido en resolver a favor de la inscripción de la doble paternidad en los registros españoles, en aquellos casos en que se cumpla una triple condición: la existencia de una resolución judicial emitida por la autoridad competente del país donde se produce el nacimiento, la renuncia libre y consentida de la madre gestante y la constatación de que no se produce la vulneración del interés superior del menor nacido (RDGRN 23 septiembre 2011-JUR 2012/168314).

C. El contexto inmediato de los derechos de los Homosexuales. Posición del TEDH y CIDH. ¿Dónde están los límites de apreciación por parte de los Estados?

- a) *Adopción por persona homosexual soltera. SSTEDH 26 de febrero de 2002 (TEDH 2002/10) Caso FRETTÉ contra Francia y 22 de enero de 2008 (TEDH 2008/4). Caso EB contra Francia*

El derecho a la adopción por matrimonios o parejas de hecho del mismo sexo ha quedado resuelto, como hemos visto anteriormente, dentro del Derecho Español, al menos a nivel legal. No obstante, como también hemos venido apuntando, no es esta la opción admitida por todos los ordenamientos de nuestro entorno y, en los casos de admisión, no siempre con la misma extensión y contenido.

La cuestión ha sido abordada por el TEDH desde el punto de vista de la posible vulneración que del derecho a la protección de la vida privada y familiar prevista en el artículo 8 del Convenio en relación con el artículo 14 del mismo pueda suponer la prohibición de adoptar, por el hecho de ser homosexual (como antes se abordó el relación con las personas transexuales), y la colisión que tal derecho pueda encontrar con el «interés superior» del menor adoptando, más digno de protección que el primero si se valora éste como causa justificada suficiente para desproteger a aquél (tal y como prevé el art. 8. del Convenio).

En las dos decisiones señaladas se aborda el tema de la «*adopción por persona soltera homosexual*», partiendo en ambos casos de que la legislación francesa en el momento en que se intentan ambas adopciones permitía la adopción individual por persona soltera. La solución a que llega el Tribunal en ambos casos es diferente, pero en ambos toma en consideración, como elemento definitivo para resolver, la atención del «interés superior del menor» como base de la decisión. Se parte igualmente en ambos casos de dejar claro que el artículo 8 del Convenio no garantiza

el nacimiento en el Registro será necesaria la presentación de la solicitud de inscripción y el auto judicial que ponga fin al procedimiento de exequátur (directriz primera.2).

No obstante lo anterior, en el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento judicial análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución puede ser reconocida en España (Directriz primera 3).

En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y la filiación del nacido, una certificación registral extranjera, o la simple declaración, acompañada de certificación médica, relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante (directriz segunda). *Vid. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Filiación por maternidad de sustitución- filiación establecida con arreglo a Derecho extranjero –Inscripción registral–», Revista Española de Derecho Internacional, 2010, pp. 264-266.*

como tal ni el derecho a fundar una familia ni a adoptar. Sin embargo no deja de resultar llamativa la diferente posición mantenida ante supuestos similares.

– En el *Caso FRETTÉ contra Francia*, el adoptante era un varón homosexual, al que no se permitió prestar el consentimiento previo para la adopción. El demandante consideraba que se había vulnerado el derecho previsto en el artículo 8 del Convenio (protección de su vida privada y familiar), aunque en el mismo no se incluyera expresamente el derecho a adoptar, en consonancia con el artículo 14, por cuanto se había producido una discriminación derivada de su orientación sexual.

El Tribunal, tras valorar que el Gobierno francés había denegado la adopción, básicamente, atendiendo a la «forma de vida» del demandante (aunque sin mencionar la homosexualidad), entendió que sí existía una discriminación de trato respecto del resto de las personas solteras a las que sí se permitía adoptar. Sin embargo, siguiendo la posición mantenida en otras decisiones por el propio Tribunal entendió que la discriminación era real si no existía una «causa objetiva y razonable», es decir si no persigue un fin legítimo o si no hay una «relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido»

Sin embargo, el Tribunal, apelando «al margen de apreciación de los Estados Contratantes» para determinar sí y en qué medida las diferencias de situaciones en otros aspectos análogas, justifican una distinción de tratamiento jurídico, y al hecho de que no existe entre los Estados contratantes un tratamiento uniforme sobre el tema, entendió que había que dejar la valoración a la apreciación de los Estados, en este caso el Gobierno Francés.

Partiendo de tales premisas se acoge, en aras del «interés superior del menor» la posición mantenida por el Gobierno para considerar la injerencia en los derechos del homosexual justificada y necesaria atendiendo a la protección de tal interés superior.

– En el *Caso EB contra Francia* se parte de un supuesto, entendemos, exactamente igual al de la Sentencia anterior, dictada 6 años después de ésta. La solución que adopta el Tribunal es sin embargo totalmente contraria, al admitir la existencia de violación del artículo 8 en relación con el 14 del Convenio, partiendo sin embargo de que ambos supuestos eran diferentes.

En este caso la petición de adopción provenía de una mujer, soltera y homosexual. Igualmente se había denegado el consentimiento previo para adoptar con apoyo, en esta ocasión, en la ausencia de «referente masculino» en el entorno familiar y en la ausencia de implicación en el proyecto de adopción de la compañera con quien mantenía una relación estable (74).

(74) Tras intentar argumentar sobre las diferencias existentes entre el presente supuesto y el Caso Fretté, el Tribunal estima que: «... En el presente caso... las autoridades administrativas internas y, posteriormente, los tribunales que conocieron del recurso de la demandante, se basaron principalmente en dos motivos para denegar la solicitud de adopción...

En cuanto a que las autoridades internas recurran al motivo fundado en la ausencia de referente paterno o materno en el hogar de un solicitante, el Tribunal estima que no plantea necesariamente un problema en sí mismo. Sin embargo, en las circunstancias de la causa, está permitido preguntarse sobre el fundamento de tal motivo que tiene finalmente como consecuencia exigir a la demandante que justifique, en su entorno cercano, la presencia de un referente del otro sexo, corriendo así el riesgo de vaciar de sustancia el derecho que tienen las personas solteras a solicitar la preceptiva autorización para adoptar, puesto que el presente caso no se refiere a una solicitud de autorización para la adopción presentada por una pareja, casada o no, sino por una persona soltera. En opinión del Tribunal tal

motivo podría llevar a una negativa arbitraria y servir de pretexto para descartar la solicitud de la demandante debido a su homosexualidad... El Tribunal constata por otra parte que el Gobierno sobre el que recaía la carga de la prueba no ha podido presentar unos datos estadísticos sobre el recurso a tal motivo según la orientación sexual –declarada o conocida– de los peticionarios, datos que proporcionarían directamente una imagen fiel de la práctica administrativa y probarían la ausencia de discriminaciones en su utilización.

En opinión del Tribunal, el segundo motivo estimado por las autoridades internas, basado en el comportamiento de la compañera de la demandante, requiere un enfoque distinto. Aunque era la pareja estable y declarada de la demandante, la señora R. no se sentía implicada por la solicitud de adopción de su amiga. Las autoridades, que señalaron constantemente este punto, de forma expresa y motivada, dedujeron de ello que la demandante no ofrecía las garantías suficientes para acoger a un niño en el seno de su hogar.

Cabe señalar ante todo que, contrariamente a lo que sostiene la demandante, la cuestión de la actitud de su compañera, con la que dice vivir una relación estable y duradera, no carece de interés y pertinencia en la valoración de su solicitud. Es legítimo que las autoridades se rodeen de todas las garantías para la eventual acogida de un niño en una familia. En consecuencia, puesto que el o la solicitante, aunque soltero/a, ya ha constituido un hogar con una pareja, la postura de esta última y el lugar que ocuparía necesariamente en el día a día junto al niño que irá a vivir al hogar ya formado exigen un examen específico, en el interés superior del niño. Asimismo, sería por lo menos sorprendente que las autoridades competentes, informadas de la existencia de una pareja «de hecho», fingiesen ignorar dicho dato en la evaluación de las condiciones de acogida y de vida futura de un niño en el seno de su nuevo hogar. El estatus jurídico de la peticionaria no es en efecto incompatible con un análisis de su situación real y la constatación subsiguiente de la presencia no de uno, sino de dos adultos en el hogar.

El Tribunal señala asimismo que el artículo 4 del Decreto de 1 de septiembre de 1998.. exige al presidente del Consejo general asegurar las condiciones de acogida que ofrece el peticionario en el plano familiar, educativo y psicológico. La importancia de estas garantías de las que deben rodearse las autoridades antes de autorizar a una persona a adoptar se desprende asimismo de los instrumentos internacionales en la materia, se trate de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 o del proyecto del Convenio europeo en materia de adopción de niños... En opinión del Tribunal, nada permite establecer que dicho motivo se basase en la orientación sexual de la demandante. Por el contrario, el Tribunal estima que tal motivo, ajeno a toda consideración sobre la orientación sexual de la interesada, se basa en un simple análisis de la situación de hecho probada y de las consecuencias de ésta en cuanto a la acogida de un niño. Por tanto, no puede haber discriminación debido a la orientación sexual de la demandante en este punto.

Con todo y con eso, estos dos motivos principales se inscriben en el marco de una apreciación global de la situación de la demandante. Por esta razón, el Tribunal estima que no pueden considerarse alternativamente sino que, por el contrario, deben valorarse de forma acumulativa. En consecuencia, el carácter ilegítimo de uno de los motivos tiene por efecto contaminar el conjunto de la decisión.

... El Tribunal considera que la referencia a la homosexualidad de la demandante era si no explícita, al menos implícita. La influencia de la homosexualidad declarada de la demandante en la apreciación de su solicitud ha sido probada y, habida cuenta de lo que antecede, tuvo un carácter decisivo, conduciendo a la denegación de la preceptiva autorización para la adopción (ver, mutatis mutandis, Sentencia Salgueiro da Silva Mouta (TEDH 1999, 72)... La demandante ha sido pues objeto de una diferencia de trato cuya finalidad cabe verificar y, si tal finalidad era legítima, si existía una justificación para tal diferencia.

El Tribunal recuerda, en efecto, que la diferencia de trato es discriminatoria, en el sentido del artículo 14..., si no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue un fin legítimo y si los medios empleados no son razonablemente proporcionales al fin perseguido... Cuando se trata de la orientación sexual, son necesarios unos motivos especialmente serios y convincentes para justificar una diferencia de trato en lo que respecta a los derechos protegidos por el artículo 8...

El Tribunal recuerda también a este respecto que el Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) es un instrumento vivo, a interpretar a la luz de las condiciones actuales [ver, concretamente, Sentencia Johnston y otros (TEDH 1986, 16)]...

El Tribunal recuerda que el Derecho francés autoriza la adopción de un niño por una persona soltera... abriendo así la vía a la adopción por una persona soltera homosexual, lo que no se discute.

- b) *Adopción por mujer soltera homosexual, de la hija de su pareja sentimental. STEDH de 15 de marzo de 2012(TEDH 2012/26). Caso Gas y Dubois contra Francia.*

En este supuesto, la demanda ante el Tribunal parte del rechazo de la adopción por una mujer soltera homosexual, de la hija de su pareja sentimental.

Las demandantes alegaban que habían sido objeto de discriminación en relación con las parejas heterosexuales puesto que no existía en Francia posibilidad jurídica de que se permitiese a las parejas homosexuales acceder a la adopción por una parte de la pareja de los hijos de la otra, invocando por ello la vulneración del artículo 14 del Convenio en relación con su artículo 8, por entender que habían sufrido un trato discriminatorio basado en su orientación sexual, lo que vulneraba su derecho al respeto de la vida privada y familiar.

El hijo de la Sra Dubois había nacido mediante inseminación artificial por donante anónimo. Con posterioridad al nacimiento ambas suscribieron un PACS (Pacto de Solidaridad Civil) y a partir de tal situación se solicitaba la adopción simple, permitida en el Ordenamiento Francés, conforme a la cual no se rompen los vínculos entre el nacido y la familia de origen, creando un vínculo de filiación suplementario (art. 360 y ss. CC).

El TEDH considera que no existe vulneración del principio de igualdad de trato recogido en el artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 8, habida cuenta de que, conforme al artículo 363 CC francés, tampoco en el caso de las parejas heterosexuales no casadas existe el derecho de adopción simple en tal caso, porque en tales casos (PACS) no es posible por vía de adopción la custodia compartida.

Dicho esto resulta interesante el planteamiento del voto disidente del Juez Villiger que entendió sin embargo que se había producido la violación invocada pero atendiendo no al interés de las demandantes sino el de los menores, sometidos a trato discriminatorio en cuanto a su posible custodia compartida por el hecho de nacer en uno u otro tipo de relación matrimonial heterosexual o PACS heterosexual u homosexual.

- c) *Ejercicio de patria potestad, régimen de visitas y guarda de menores, hijos de padres homosexuales. STEDH de 21 de diciembre de 1999 (TEDH/1999/72) Caso Salgueiro da Silva contra Portugal y SCIDH de 24 de febrero de 2012) Caso Atala Riffó y Niños contra Chile (Serie C., núm. 252) (www.corteidh.or.cr/)*

El supuesto de hecho del que arrancan ambas decisiones, la primera de ellas del TEDH y la segunda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) es similar al resuelto por el TC español en la Sentencia, ya analizada, de 22 de

Habida cuenta de esta realidad del régimen legal interno, considera que las razones expuestas por el Gobierno no pueden calificarse de particularmente serias y convincentes para justificar la denegación de la solicitud de la demandante... Señala, por último, que las disposiciones aplicables del Código civil no hacen mención a la necesidad de un referente del otro sexo, no dependiendo ésta, en cualquier caso, de la orientación sexual del padre soltero adoptivo. Es más, en el presente caso la demandante presentaba, retomando los términos de la Sentencia del Consejo de Estado «unas cualidades humanas y educativas seguras», lo que servía seguramente al interés superior del niño, noción clave de los instrumentos internacionales aplicables... Habida cuenta de lo que antecede, ha de constatar que las autoridades internas, para denegar la solicitud de autorización para la adopción presentada por la demandante, hicieron una distinción llevadas por consideraciones relativas a su orientación sexual, distinción que no se puede tolerar según el Convenio...».

diciembre de 2008 y del TEDH de 30 de noviembre de 2010 (Caso E.V. contra España), si bien referidas estas últimas a la posible discriminación en el ejercicio de la patria potestad por persona transexual.

La posición del TEDH en sus Sentencias de 2010 y 1999, que ahora comentamos, como la del TC de 2008, como la mantenida por la CIDH, aun llegando a soluciones diferentes, parten de dos valoraciones comunes, que resultan esenciales para la solución de cada supuesto:

1.º Si existió o no discriminación en el trato, y por tanto violación del derecho a la vida privada y familiar ex artículo 8 del Convenio en relación con el artículo 14 del mismo, o en su caso de los derechos constitucionales invocados. O si existió, en su caso violación del artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (intromisión en la vida privada y familiar) en el caso de la SCI de 24 de febrero de 2012.

2.º Si tal violación, en caso de existir, encontraba una justificación «objetiva y razonable», si de haberse producido perseguía un fin legítimo y si los medios empleados eran razonablemente proporcionales al fin perseguido.

Estos dos planteamiento o criterios son la base de las resoluciones en que se debate entre la vulneración de derechos de los homosexuales en este caso, o los transexuales en aquellos casos donde se debate sobre tal situación, y los derechos de terceros, en este caso o la mayoría de los supuestos, de los menores («interés superior del menor»), que justifique el trato discriminatorio.

He de manifestar, que tales afirmaciones, en clave puramente «objetiva» son irreprochables, de la misma forma que a lo largo de la historia podemos considerar como «irreprochables» y nadie discutiría de su «irreprochabilidad objetiva» la necesidad de «actuar en interés de la familia» (predicable durante muchos años para justificar la actuación del marido en el ámbito de la gestión del patrimonio familiar y determinante de auténticos expolios familiares)... Son principios irreprochables, grandes formulaciones que encuentran su reflejo en los Convenios internacionales (Convención de Derechos del Niño, Ley Orgánica de Protección del menor...) y que cuando se invocan no pueden obtener una respuesta de oposición... Pero creo que la respuesta que demos depende de en manos de quién caiga su interpretación...

– *El Caso Salgueiro da Silva contra Portugal (STEDH de 21 de diciembre de 1999).*

En el presente supuesto, invocado posteriormente por el Tribunal en numerosas ocasiones, se trataba de determinar si se habían violado los derechos del Sr. Salgueiro en relación con la custodia y régimen de visitas de su hija, de la que había sido privado ante las alegaciones de la madre de ser aquél homosexual y vivir con otro hombre tras el divorcio del matrimonio.

Inicialmente, tras la separación de los cónyuges, se concedió la guarda a la madre con régimen de visitas al padre. La madre incumplió el acuerdo pactado, no dejando al padre ver a la menor, a la par que la menor convivía con los abuelos y no con la madre. Por tal motivo el padre solicitó alterar el régimen del acuerdo, pidiendo que se le atribuyera a él la guarda de su hija.

De los exámenes psicológicos de la menor se desprendía que mantenía buena relación con ambos progenitores y que lo que no parecía muy adecuado era la con-

vivencia casi permanente con la abuela. A ello se añadió una denuncia de la madre alegando que el compañero sentimental del padre había abusado sexualmente de la menor, dato éste que según el informe psicológico no resultó creíble. Por otro lado se consideraba poco recomendable la convivencia de la menor con la abuela, dado su fanatismo religioso como testigo de Geová y la condena frontal de la misma a la situación afectiva del padre, lo que creaba un conflicto afectivo para la hija.

Nuevamente en este supuesto se plantea ante el TEDH la violación del artículo 8 del Convenio en relación con el artículo 14, al entenderse que la custodia de la hija del matrimonio se había otorgado a la madre atendiendo exclusivamente a la condición de homosexual del padre y por tal circunstancia se le privaba al padre de la misma.

Igual que se hiciera en las otras ocasiones señaladas (en la STC 2008 española y posteriormente en la STEDH de 2010), la base de la decisión se encuentra en determinar si se produjo violación del derecho reconocido en el artículo 8 del Convenio y, en caso de ser así, si la misma respondía a una justificación objetiva y razonable (un hilo fino de separación que a veces resulta difícilmente sustentable).

El TEDH considera en esta caso que sí se produjo la violación invocada, puesto que la decisión adoptada en cuanto a la privación del régimen de guarda y visitas de la menor se había tomado atendiendo precisamente a la homosexualidad del padre, no condenando sin embargo al Estado a indemnizar por los daños morales sufridos por el padre (ex. art. 41 del Convenio), por entender que la constatación de la violación del Convenio ya suponía indemnización suficiente.

– *Caso Atala Riffó y Niños contra Chile (SCIDH de 24 de febrero de 2012).*

El supuesto planteado en la decisión de la CIDH coincide básicamente con el presentado en el caso anterior. Conforme al mismo, lo que se planteaba era la vulneración de los derechos de la Sra Atala y de sus hijas, al ser privada aquélla de la custodia y visitas de sus hijas por razón de su orientación sexual, su homosexualidad.

La Corte resuelve en este caso en el mismo sentido del pronunciamiento anterior, con apoyo fundamental en la existencia de un trato discriminatorio sustentado en la orientación sexual de la demandante y por tanto determinante de la violación del artículo 1.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, conforme al cual: «*Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*» (75).

(75) La Corte reiteró la obligación de los Estados de respetar y garantizar «sin discriminación alguna» el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana. Así, estableció que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención Americana bajo el término «otra condición social» establecido en el artículo 1.1 de la Convención. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual. En este sentido, la proscripción de la discriminación por orientación sexual conlleva la obligación de todas las autoridades y funcionarios de garantizar que

BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO RENEDO, C., «Familia, Matrimonio y Constitución Española», en *Derecho de Familia* (Coordinado por Gema Díez-Picazo Giménez), Thomson Reuters, 2012.
- ARANA DE LA FUENTE, I., «Concepto y función social del Matrimonio», *Derecho de Familia* (coord. por Gema Díez-Picazo Giménez), Thomson-Reuters, Aranzadi, 2012, p. 176.
- BARDAJÍ GÁLVEZ, M. D., *Transexualidad y Derecho de visitas* (Comentario a la STC 176/2008, de 22 de diciembre), R.J.C., 2010.1, pp. 125 y ss.
- BENAVENTE MOREDA, P., «La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual», *ADC*, tomo LXIV, 2011, fascículo 1, pp. 75 a 124.
- «Desamparo, acogimiento y retorno a la propia familia», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 23 (enero/diciembre 2009), pp. 9-59; igualmente «Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuación de la Administración e intereses en juego», *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM (AFDUAM)*, núm. 15, 2011, pp.1 a 62.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Matrimonio de los transexuales*, BIB 2001/612, *Aranzadi Civil-Mercantil*, num. 6/2001 (Tribuna).
- *Manual de Derecho Civil, Derecho Privado y Derecho de la Persona*, Madrid, 2011, pp. 81 y 82.
- BERNAL CRESPO, J. S., «Estados intersexuales en los menores de edad: los principios de autonomía y beneficencia», *Revista de Derecho*, núm. 36 (julio-diciembre 2011), Barranquilla (Colombia), pp. 54 y ss., *Vid*, pp. 78 y ss.
- BUSTOS MORENO, Y., «Comentario a la STS de 28 de febrero de 2008», *CCJC*, núm. 80-mayo/agosto 2009, p. 500.
- CABEDO MALLOL, V., «Marco Constitucional de la protección de menores», *La Ley*, 2008, pp.146 y ss.
- CARRASCO PERERA, A., «Reproducción Asistida», BIB 2005/1142, *Actualidad Jurídica*, Aranzadi, núm. 674/2005 (Tribuna).
- «Derecho Civil. Introducción. Derecho de la Persona. Derecho Subjetivo. Derecho de Propiedad», Tecnos, 1996, p. 96.

todas las personas, sin discriminación por su orientación sexual, puedan gozar de todos y cada uno de los derechos establecidos en la Convención.

Asimismo, la Corte consideró que la sola referencia al «interés superior del niño» como fin legítimo de las decisiones internas sin probar, en concreto, ningún riesgo o a las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna.

Respecto al proceso judicial de tuición, la Corte Interamericana precisó que no desempeña funciones de tribunal de «cuarta instancia», razón por la cual no le corresponde establecer si la madre o el padre de las tres niñas ofrecían un mejor hogar para las mismas, valorar prueba para ese propósito específico, o resolver sobre la tuición, aspectos que se encuentran fuera del objeto del presente caso.

En la Sentencia la Corte declaró a Chile responsable internacionalmente por haber vulnerado los siguientes derechos reconocidos en la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento: i) el derecho a la igualdad y la no discriminación consagrado en el artículo 24; ii) el derecho a la vida privada consagrado en el artículo 11.2 frente a Karen Atala; iii) el derecho a la vida familiar reconocido en los artículos 11.2 y 17.1, en perjuicio de Karen Atala y las tres niñas; iv) el derecho a ser oído consagrado en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1, y v) la garantía de imparcialidad consagrada en el artículo 8.1 respecto a la investigación disciplinaria. (El contenido íntegro de la sentencia se puede consultar en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>).

- DE LA IGLESIA MONJE, M., «Transexualidad y restricción del derecho de visitas», *RCDI*, núm. 713/2009, pp. 1518 y ss.
- DE PABLO CONTRERAS, P., «Matrimonio y sistema matrimonial», *Tratado de Derecho de Familia*, vol. I, *Derecho de Familia y Derecho de la Familia. La relación jurídico-familiar. El matrimonio y su celebración*. (Dir. Yzquierdo Tolsada, M. y Cuenca Casas, M.), Thomson-Reuters, Aranzadi, 2011, p. 504 y ss.
- DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil IV, Derecho de Familia y Sucesiones*, 8.ª ed., 2001, p. 285.
- *Sistema de Derecho Civil, vol. I, Introducción, Derecho de la Persona, Autonomía Privada. Persona Jurídica*, 12.ª ed., 2012, p. 360.
- EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A., «Derecho al apellido: Tradición, igualdad y ciudadanía europea (A propósito de la STEDH de 16 de noviembre 2004, asunto Ünal Tekeli)», *BIB 2005/1554, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, num. 11/2005 (Estudio), Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 2005.
- ESTEVA *et al.* «Organización de la asistencia a la transexualidad en el sistema sanitario público español», *Gaceta Sanitaria*, 2012, 26:203-9.
- FAUSTO STERLING, A., «The Five Sexes», *Revista Sciences*, en 1993 (ed. revisado posteriormente en 2000).
- *Cuerpos sexuados: La política de género y la construcción de la sexualidad (2000)*, traducido al español en 2006, Barcelona, Melusina.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «El matrimonio entre personas del mismo sexo: perspectiva constitucional», *RJUAM*, núm. 13 (2005), pp. 133 y ss.
- GÓMEZ-GILA, E.; ESTEVA DE ANTONIO, I.; ALMARAZ, M. C.; GODÁS SIESO, T.; HALPERIN RABINOVICH, I.; SORIGUER ESCOFET, F. y Equipos de Identidad de Género de Andalucía y Cataluña «Demanda de atención sanitaria en las unidades de identidad de género de Andalucía y Cataluña durante la década 2000 a 2009», *Revista Clínica Española*, 2011 (5), pp. 233-239.
- GRAU PINEDA, C., «Nuevos horizontes para las personas transexuales: ¿fantasía o realidad?», *Aranzadi social*, núm. 2/2007 (BIB 2007/363), p. 6.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros, *Elementos de Derecho Civil I. Parte General, volumen segundo, Personas*, 5.ª ed., revisada y puesta al día por J. Delgado Echeverría, Madrid, 2008, pp. 77 y 78.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., «Principios de Derecho Civil I. Parte General y Derecho de la Persona», *Pons*, 2009, p. 171.
- LINACERO DE LA FUENTE, M., «La nueva redacción del artículo 30 del Código Civil y la creación de un archivo especial para hacer constar los fallecimientos con posterioridad a los seis meses de gestación en la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil», *RCDI*, mayo-junio 2012, núm. 731, pp. 1329 a 1361.
- «El estado civil y el principio de igualdad en el orden de transmisión de los apellidos en la nueva Ley de Registro Civil», *La Ley*, 21 de junio de 2011, y «Orden de los Apellidos», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 44, julio-agosto de 2012.
- Ponencia presentada en el XVII Congreso Internacional de Derecho de Familia «Las Familias y los desafíos Sociales», Mar del Plata, 22 a 26 de octubre de 2012, *La Ley*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, pp. 118-119.
- NANCLARES VALLE, «Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza», *BIB 2008/575, Aranzadi civil*, núm.7/2008.
- NIETO PIÑEROBA, J. A., *Transexualidad, Intersexualidad y dualidad de género*, Ediciones Bellaterra, Barcelona, 2008.

- ORDÓÑEZ, V., «Particularidades del consentimiento en el cambio quirúrgico de sexo por hermafroditismo y ambigüedad sexual», *Actualidad de Derecho Sanitario*, núm. 179, 2011, pp. 95 a 101. núm. 181, 2011, pp. 250-256.
- OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Filiación por maternidad de sustitución. Filiación establecida con arreglo a Derecho extranjero. Inscripción registral», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2010, pp. 264-266.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada», en torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009, *InDret* 2009, www.indret.com, p. 40.
- ROMERO COLOMA, A. M., «Transexualidad del progenitor y derecho de visitas (sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de diciembre de 2008 y las limitaciones al derecho de visitas)», *Diario La Ley*, núm. 7471 (Tribuna), 20 de septiembre de 2010. Ref. D-276.
- SALAS CARCELLER, *La disforia de género en la reciente jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo* (BIB 2008/2583).
- SARMIENTO ECHEVERRÍA, I. C.; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, P.; VELÁSQUEZ ACEVEDO, C., «Principios y derechos involucrados en el análisis jurídico de los estados intersexuales en pacientes menores de edad en Colombia –el caso del hermafroditismo–», *Estudios de Derecho*, vol. LXIV, núm. 144, diciembre 2007, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia, pp. 217 y ss.
- SOLÉ RESINA, J., «Adopción y parejas homosexuales», en la obra dirigida por S. Navas Navarro, *Matrimonio homosexual y adopción: Perspectiva nacional e internacional*, Reus, 2006, pp. 209 y ss.
- TOMÁS MARTÍNEZ, G., «El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro», *Actualidad Civil*, núm. 7, quincena del 1 al 15 de abril de 2010, pp. 748 y ss., *La Ley*, 1796/2010.
- VALLES AMORES, M. L., «Modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio: Incongruencias en sede de adopción», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 28, julio/sept. de 2005, pp. 57 y ss.
- WACKE, A., «Del hermafroditismo a la transexualidad», *ADC, ADCT XLIII*, julio-septiembre 1990, pp. 681 y ss.
- YRONWODE, ALTHAEA, «Las personas intersexuales cuestionan las operaciones realizadas en la infancia», Archivo y Biblioteca de Lesbianas, Mujeres Bisexuales y Diferentes (Traducción: Alejandra Sardá), publicado en la revista *Synapse*, Universidad de California, EEUU, abril 1999 (www.isna.org/node/64).

