



LA MAYORÍA DE EDAD COMO REQUISITO PARA LA RECTIFICACIÓN REGISTRAL DEL SEXO Y EL NOMBRE: UNA CUESTIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

(The major age as a requirement for the registral rectification of sex and the name: a question of fundamental rights)

Juan Manuel Sánchez Freyre

Licenciado en Derecho y en Antropología Social y Cultural
Juez sustituto

Resumen

Trascendencia constitucional de la exigencia de mayoría de edad para el reconocimiento del derecho a la identidad sexual y al cambio en la mención registral del sexo en el Registro Civil en el caso de las personas transexuales y su incardinación en las limitaciones a la capacidad de obrar de las menores de edad. Diversidad de tratamiento jurídico de la edad y su tratamiento legislativo y jurisprudencial en atención a la progresiva adquisición de discernimiento y capacidad de entender y emitir su voluntad de las personas en su minoría de edad legal. El principio de interés superior de la persona menor de edad como marco referencial para analizar cada caso concreto en defensa de los derechos fundamentales en general y su concreción en la niñez y adolescencia. La dificultad de la valoración de este concepto jurídico indeterminado.

Palabras clave: menores de edad, identidad sexual, legitimación, rectificación registral interés superior del menor, concepto jurídico indeterminado.

Abstract

Constitutional transcendence of the requirement of majority for the recognition of the right to sexual identity and the change in the registration of sex in the Civil Registry in the case of transsexual people and their incardination in the limitations to the capacity to act Minors. Diversity of legal treatment of the age and its legislative and jurisprudential treatment in attention to the progressive acquisition of discernment and ability to understand and to issue its will in the best interest of the minor. The principle of the best interest of the child as a frame of reference to analyze each specific case in defense of fundamental rights in general and its concretion in the case of minors. The difficulty of assessing this indeterminate legal concept.

Keywords: Minors, sexual identity, legitimacy, rectification of the minor's best interests, undetermined legal concept.

1. INTRODUCCIÓN

La decisión del Pleno del Tribunal Supremo (Sala Primera) de plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional en relación con el art. 1 de la Ley 3/2007, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas por presunta vulneración de los arts. 15, 18.1 y 43.1, en relación al art. 10.1 de la Constitución, porque el precepto solo reconoce legitimación a las personas mayores de edad para solicitarla (ATS 1790/2016, de 10 de marzo de 2016, BOE de 19 de mayo de 2016) supone una novedosa interpretación que merece una reflexión jurídica habida cuenta del diferente tratamiento dado por el legislador y la jurisprudencia del ejercicio de derechos fundamentales cuando se refieren a personas mayores o a menores de edad, al tener estos últimos limitada su capacidad de obrar para ciertos actos, con o sin la complementación de sus representantes legales, generalmente sus progenitores, titulares de la potestad parental.

Aunque quizás puede tener poco sentido práctico avanzar una posición respecto a la cuestión planteada al haber de estarse al fallo del Tribunal Constitucional, sí cabe preguntarse qué criterios se han seguido por el legislador por una parte y la jurisprudencia por otra para adaptar la progresiva capacidad de saber y entender que van adquiriendo las personas en su evolución vital a su reconocimiento jurídico como capacidad de obrar para realizar actos jurídicos y obligarse y la merma de protección de derechos fundamentales que supone. El análisis de la cuestión comporta una valoración de su justificación para el caso que se plantea de la modificación de mención del sexo y el nombre en el Registro Civil para las personas transexuales.

Si bien la Ley del Registro civil autoriza en su art. 57 el cambio de nombre a solicitud del interesado, lo condiciona a que sea mayor de 16 años. El art. 52 contempla el procedimiento, que exige probar el uso habitual del nuevo nombre. No obstante, el art. 91.2 prevé la rectificación de la mención registral relativa al nombre y sexo cuando se cumplan los requisitos que prevenidos en el art. 4 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, que regula el cauce para tal variación.

Dado que desde la entrada en vigor de la Ley 13/2005 por la que se modificó el Código Civil en materia de derecho a matrimonio y uniones de hecho en virtud de la cual se sustituyó la expresión marido y mujer por la expresión cónyuges y añadió un segundo párrafo al artículo 44 CC, que permitió la unión en matrimonio homosexual, no es ocioso preguntarse en si es necesaria y se acomoda a la realidad actual una discriminación por razón de sexo en la inscripción de nacimiento del Registro Civil, habida cuenta de que el art. 89 LRC permite promover los procedimientos registrales a cualquier persona que tenga interés en los asientos.

La incoherencia del diferente tratamiento parece evidente por su dudosa adecuación constitucional y se antoja procedente el cuestionamiento de su encaje en el ordenamiento jurídico, debate al que pretende sumarse el presente artículo.

2. JURISPRUDENCIA SOBRE LA RECTIFICACIÓN DEL SEXO Y EL CAMBIO DE NOMBRE DE LAS PERSONAS TRANSEXUALES.

En cuanto a la jurisprudencia existente hasta la fecha, el Tribunal supremo había venido considerando que la mención del sexo de las personas transexuales contenida en el Registro Civil debía ser modificada dando preferencia a los aspectos psíquicos y psicosociales sobre los puramente cromosómicos, circunscribiendo esta interpretación al caso de personas transexuales sometidas a la cirugía de reasignación de sexo (STS de 3 de marzo de 1989) y destacando la prevalencia del factor fenotípico y del psicológico, pues en ellos se basa el desarrollo de la personalidad, factor al que alude expresamente la Constitución.

No obstante, a partir de la Sentencia del alto Tribunal de 17 de septiembre de 2007 se eliminó la exigencia de intervención quirúrgica para la rectificación de la mención del sexo y el nombre en el Registro Civil. Entonces se consideró que negar el cambio registral por tal motivo comportaba un freno al libre desarrollo de la personalidad, además de una falta de tutela de salud y al respeto a la intimidad y a la propia imagen y a la protección física y moral que contempla la Constitución, dada la importancia de los elementos psicosociales en la determinación del sexo. Así, en los supuestos de distrofia de género debía prevalecer el derecho a la identidad sexual que forma parte de la identidad personal. Por ello a que tenía tal distrofia debía otorgársele la facultad de conformar su identidad sexual acorde con su voluntad de pertenencia a un determinado sexo, postura jurisprudencial que se ha mantenido hasta la fecha (SSTS de 28 de febrero y 6 de marzo de 2008 y 18 de julio de 2009).

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) también ha tratado la cuestión evidenciando que nos hallamos ante un asunto en que la ciencia y las percepciones sociales evolucionan constantemente y así lo ha reflejado en sus resoluciones (STEDH de 25 de marzo de 1992 y 11 de julio de 2002), señalando que “la identidad sexual, el nombre, la orientación sexual y la vida sexual pertenecen a la esfera personal que protege el artículo 8 CEDH”. En la reciente sentencia de 10 de marzo de 2015 el Tribunal de Estrasburgo ha avanzado restando ya valor al requisito de la operación quirúrgica para el reconocimiento de la transexualidad invocando la Resolución 1728 (2010) del Consejo de Europa relativa a la discriminación por razones de orientación sexual e identidad de género en la que se exhorta a los Estados miembros a tratar la discriminación y las violaciones de los derechos humanos de las personas transexuales y a garantizar en la legislación y en la práctica su derecho a tener documentos oficiales que reflejen la identidad de género elegida, sin el requisito previo de sufrir una esterilización u otros procedimientos médicos como una operación de reasignación sexual o una terapia hormonal.

Más recientemente, en Sentencia de 6 de abril de 2017 (Asuntos acumulados nº 79885/12, 52471/13 y 52596/13, A. P., Garçon et Nicot contra Francia), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado una violación de lo previsto en el art. 8 de la Convención de Derecho Humanos y Libertades Fundamentales del requisito de irreversibilidad de la transformación de la apariencia física así como el condicionamiento

a la realidad del síndrome transexual y la obligación de examen médico para la inscripción en los registros de estado civil de las personas o la modificación de sus menciones. Dicho precepto declara que “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia” y veta toda injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, excepto cuando esté prevista por la ley y constituya una medida de protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Por otra parte, cabe también destacar, a nivel mundial, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Atala-Riffo y Niñas vs. Chile, de 24 de febrero de 2012 y Caso Duque vs. Colombia de 26 de febrero de 2016), que declararon que los Estados chileno y colombiano habían sido responsables de violación del derecho a la igualdad y no discriminación y a la vida privada consagrado en el art. 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos obligando al Estado chileno a brindar atención médica y psicológica o psiquiátrica gratuita a las víctimas.

En el ámbito más concreto de la Unión Europea, su Tribunal de Justicia también se ha pronunciado sobre la discriminación en la percepción de prestaciones sociales por personas transexuales en las sentencias (TJCE) de 7 de enero de 2004 y 27 de abril de 2006, coincidiendo con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Esta evolución hacia un mayor reconocimiento de la transexualidad y la protección de las personas transexuales para evitar su discriminación y la vulneración de su dignidad personal y vida privada se ha reflejado en Resoluciones, Recomendaciones e Informes de diversas Organizaciones Internacionales (Resoluciones del Parlamento Europeo, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, del Alto Comisionado para los derechos humanos de la Organización de Naciones Unidas y del Parlamento Europeo), organismos internacionales a los que pertenece España.

Pues bien, la problemática de los niños y niñas transexuales ha sido específicamente tratada en el informe sobre derechos humanos e identidad de género del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, 29 de julio de 2009, en el que se destaca que en el ámbito escolar y familiar, en su infancia y adolescencia, las personas transexuales a menudo se enfrentan a un entorno inseguro, siendo víctimas de acoso escolar e incluso expulsión de la familia. En dicho informe se afirma que cuando las personas toman conciencia a una edad temprana de que se identifican mejor con el género opuesto y expresan el deseo de ser un niño o una niña, encuentran muy poca orientación apropiada, con pocas redes de apoyo disponibles para estos jóvenes transexuales así como para sus progenitores. Por consiguiente, las personas menores de edad en esta situación se enfrentan a problemas en la búsqueda de información, apoyo o tratamiento. Se evidencia que recibir esta información y apoyo favorece el interés superior del niño, pues el silencio y falta de atención a sus problemas les puede llevar a la exclusión, al odio, al acoso, al fracaso escolar e incluso al suicidio, como se ha constatado en muchas ocasiones.

En la Resolución 2048 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 22 de abril de 2015, entre otras consideraciones, también se hace referencia a la cuestión de la edad, recomendándose en lo que concierne al reconocimiento jurídico del género la instauración de procedimientos, rápidos, transparentes y accesibles, fundados en la autodeterminación, que permitan a las personas transexuales cambiar el nombre y el sexo sobre los certificados de nacimiento, los documentos de identidad, los pasaportes, los diplomas y otros documentos similares, poniendo los procedimientos a disposición de todas las personas que quieran utilizarlos, independientemente de la edad.

En esta cuestión los avances médicos y la percepción social han llevado a una evolución legislativa y jurisprudencial que acepta que en el reconocimiento de la identidad de género de las personas transexuales debe prevalecer sobre los aspectos psíquicos y sociales sobre los meramente anatómicos, sin que ello se condicione a intervenciones quirúrgicas o esterilización, sin connotaciones patológicas dejándoles libertad para decidir acerca de la publicidad de su incardinación en un sexo u otro con los consiguiente efectos en su entorno social. Habida cuenta de ello, parece conveniente facilitar la rectificación registral de la mención del sexo y el nombre, también en el caso de las personas menores de edad, precisamente porque de la disforia de género se toma consciencia a muy temprana edad, con las consecuencias que el conocimiento general puede provocar reacciones hostiles en su entorno.

Así, la duda jurídica no se plantea en cuanto a los mayores de edad, puesto que la Ley 3/2007, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, establece en su art. 1 que "Toda persona de nacionalidad española, mayor de edad y con capacidad suficiente para ello, podrá solicitar la rectificación de la mención registral del sexo", sino solo cuando el solicitante es menor y por tanto tiene su capacidad de obrar limitada, aunque completada por la representación legal correspondiente, lo que presenta dudas respecto de su legitimación a tal efecto.

Por todo ello, el Tribunal Supremo entiende que en este caso la adecuación de la norma a la Constitución puede ser dudosa, acordando el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, por los cauces previstos en el art. 5.3 LOPJ.

Tal interpretación ha de enmarcarse en la mayor aceptación social de la libertad de autodeterminación del género, que se opone a la visión patologizadora que se desprende de la Ley 3/2007, respecto de la que cabe preguntarse si se ajusta a esta idea la exigencia legal de prueba de la disforia de género y, en particular, en el caso de los niños y niñas o adolescentes transexuales para conseguir la modificación registral del sexo y el nombre. De hecho, esta ley fue objeto de dos proposiciones de modificación legislativa en el Congreso de los Diputados planteadas por el Grupo Parlamentario Socialista y por el Grupo Parlamentario Confederado de Unidos Podemos que pretendieron dar un salto cualitativo para eliminar las limitaciones que esta regulación legal presenta.

3. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Los personas, en su minoría de edad legal, al igual que cuando son ya mayores de acuerdo con la ley, son titulares de derechos fundamentales y como tales también merecen amparados por el Tribunal Constitucional, que así lo ha reconocido en diversas sentencias, en particular al referirse a los principios constitucionales de respeto a la dignidad y libre desarrollo de la personalidad, basados en los Tratados internacionales ratificados por España sobre derechos humanos. Por consiguiente, toda limitación del ejercicio de los derechos fundamentales debe quedar debidamente justificada y ser proporcionada, de manera que se evite la discriminación vetada por el art. 14 CE y art. 14 del Convenio Europeo de Derecho Humanos, restricción que solo puede basarse en la inmadurez y, en todo caso en la necesidad de protección de la persona menor de edad (art. 39.3 CE y STC 274/2005).

En efecto, la limitación de la capacidad de obrar de los niños y niñas, luego adolescentes, no se mantiene de forma regular a lo largo de todo el período de su minoría de edad. Según va creciendo y desarrollando su capacidad natural para querer y entender, el ordenamiento jurídico le reconoce la capacidad de obrar necesaria para realizar actos jurídicos eficaces por sí mismo, es decir, que es limitada pero va aumentando a medida que se aproxima a la mayoría de edad, de acuerdo con dos criterios, el objetivo de la edad y el subjetivo del suficiente juicio. En todo caso, las limitaciones a la capacidad de obrar mientras las personas sean menores de edad han de interpretarse de manera restrictiva siendo máxima en los niños y niñas de corta edad, medida complementada por la asistencia del titular de la potestad parental y mínima cuando el menor está legitimado para realizar la mayoría de los actos como si fuera mayor excepto algunos determinados. Por ello, la apelación al orden público para la restricción del ejercicio de los derechos fundamentales sólo puede justificarse atendiendo al grado de madurez de la persona en cada momento y a su protección, resultando cada vez menos relevante la indisponibilidad del estado civil dentro del orden público con respecto al ejercicio de los derechos fundamentales.

Debe recordarse en este sentido que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su art. 52.1 prevé que cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades en ella reconocidos debe ser establecida por ley y respetar su contenido esencial, con respeto del principio de proporcionalidad, esto es, que solo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o la necesidad de protección de los derechos en dicha Carta, que se corresponden con los garantizados en el CEDH.

Es preciso por tanto un juicio de proporcionalidad para valorar la limitación de los derechos fundamentales recogidos en la CE de integridad física y moral, derecho a la intimidad y a la salud con respeto a su dignidad y libre desarrollo de su personalidad, en este caso para privar a la persona transexual menor de edad del derecho a la rectificación de la mención del sexo y del nombre en el Registro Civil que sí ostentan los mayores. Ese análisis de proporcionalidad debe justificarse por el fin constitucional que persigue, que no es otro que el principio de seguridad jurídica en el que la indisponibilidad del estado

civil se inscribe (SSTC 66/1991, de 22 de marzo, 66/1995, de 8 de mayo, 55/1996, de 28 de marzo y 37/1998, de 17 de febrero).

Así, en principio, una restricción en el ejercicio de derechos fundamentales parece incompatible con el derecho a la integridad del art. 15 CE y a la salud del art. 43 en el caso de una persona menor de edad pero con suficiente madurez que se halle en una situación estable de transexualidad y la disforia entre el sexo psicológico y el legalmente reconocido en el Registro Civil le pueda situar en una situación de vulnerabilidad. Esta situación lleva a cuestionarse la conveniencia de la exigencia de la mayoría de edad para el cambio registral del sexo, pues esta limitación del ejercicio de derechos fundamentales no parece indispensable para reservar los que precisamente la carta magna justifica proclama, ya que puede existir medida alternativa que implique menor restricción. En consecuencia, ha de ponderarse la contraposición de los derechos fundamentales protegidos con atención a las circunstancias del caso concreto, haciendo balance de las ventajas que para el interés general pueda significar la limitación de los valores enfrentados y los eventuales graves perjuicios que puede causar a la persona solicitante de rectificación en minoría de edad legal, que pueden ser de mayor trascendencia si la variación no se lleva a cabo hasta la mayoría de edad, al ser la infancia y la adolescencia el período más determinante de la vida de una persona, especialmente en este extremo.

El voto particular incluido en la resolución se basa en que la rectificación registral del sexo se justifica en la Ley 3/2007 de 15 de marzo en la constatación científica de la transexualidad, que es difícil de diagnosticar en la adolescencia, coincidiendo la mayoría de edad precisamente con el momento de desarrollo físico y psíquico que finalmente determina este aspecto de identidad sexual sentida por el solicitante. Esta posición no parece justificada suficientemente ni se compadece con los recientes estudios médicos y psíquicos en los que se ha constatado los beneficios que se producen en ambos aspectos con la asunción temprana de la disforia de género.

4. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO ELEMENTO DETERMINANTE.

La ponderación de la importancia de los derechos fundamentales enfrentados ha de partir del principio de interés superior de la persona menor de edad que ha de presidir toda decisión que afecte a los menores de edad, según viene recogido en la Constitución en sus artículos 10 y 39, que tienen como precedente y referencia el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y por ello no solo debe ser tenido en cuenta por el Juez, sino también por los diversos organismos públicos y privados y autoridades administrativas con competencia en la materia, además de los padres o tutores.

A modo de ejemplo de su plasmación legislativa en ámbitos territoriales más reducidos, el art. 211-6.1 del Código Civil de Cataluña recoge expresamente la primacía del principio del menor, si bien el problema surge en su interpretación, como ha dicho el TSJ de Cataluña en sentencia de 25 de julio de 2013, entre muchas otras, porque ni las normas internacionales ni las propias han procurado una definición del "interés superior del

menor" que no precise de una labor suplementaria de concreción, e individualización caso por caso, configurándose dicho principio, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha relacionado tradicionalmente bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente, con la protección de sus derechos fundamentales. Conforme ha entendido el Tribunal Constitucional "el interés del menor debe interpretarse no como una discriminación positiva, sino que se trata sencillamente de hacerle justicia en su vertiente existencial y de garantizarle su status de persona y los bienes y derechos fundamentales de la misma que por su mera calidad de persona le corresponde, a fin de que lleguen a ser mañana ciudadanos activos y perfectamente integrados en la sociedad" (STC 141/2000), teniendo en cuenta que precisamente por su minoría de edad, necesitan de la protección y defensa de los terceros. En suma, el interés del niño o niña vendrá delimitado por la normas generales aplicables (en particular por los artículos 10 y 39 de la CE que pretenden asegurar que en la crianza y formación de las personas menores de edad se garantice el libre y armónico desarrollo de su personalidad) por las específicas leyes sectoriales, interpretadas a la luz de los Convenios internacionales ratificados por el Estado y por las concretas circunstancias fácticas del caso.

Corresponde pues al órgano jurisdiccional en último término, la labor de determinar cuál es el interés superior del niño o niña en el supuesto concreto, valorando la situación existente y las circunstancias fácticas acreditadas. Así, la respuesta, no puede ser una interpretación literal de la norma cuando está en cuestión dicho principio (STS 12 de enero de 2015), por lo que El Tribunal Supremo, cuando ha tenido que acudir a negar o posibilitar la interpretación correctora de una norma que afectaba a alguna medida en la que se encontraba interesado un menor ha primado el interés superior de éste (SSTS de 29 de marzo de 2011; 1 de abril de 2011; 10 de octubre de 2011 y 5 de noviembre de 2012)". Debe recordarse en este sentido la Exposición de Motivos de la Ley del Registro Civil 20/2011 de 21 de julio que, en relación con los aspectos sustantivos de la Ley, resalta respecto de los hechos y actos inscribibles que "...El nombre y apellidos se configura como un elemento de identidad del nacido derivado del derecho de la personalidad y como tal se incorpora a la inscripción de nacimiento. Con el fin de avanzar en la igualdad de género se prescinde de la histórica prevalencia del apellido paterno frente al materno permitiendo que ambos progenitores sean los que decidan el orden de los apellidos." En consecuencia, también ha de ser el interés superior de la persona menor de edad el que ha de prevalecer para resolver la cuestión de la inscripción del nombre y del sexo, confiando en todo caso en que sea el Encargado del Registro Civil quien valore tal interés y asuma la decisión.

Ha de tenerse en cuenta a este respecto lo que la Ley 3/2007 de 15 de marzo establece en su art. 1: "Toda persona de nacionalidad española, mayor de edad y con capacidad suficiente para ello, podrá solicitar la rectificación de la mención registral del sexo. La rectificación del sexo conllevará el cambio del nombre propio de la persona, a efectos de que no resulte discordante con su sexo registra". En la Exposición de Motivos se justifica su finalidad en la realidad social que supone la transexualidad, lo que requiere respuesta

legal para permitir la modificación registral con objeto de garantizar el libre desarrollo de la personalidad y dignidad de las personas cuya identidad de género no se corresponde con el sexo con el que fueron inscritas a su nacimiento. Se trata por tanto de constatar un hecho cierto de forma oficial, para evitar discrepancias entre hecho y derecho, justificándose así la reforma del art. 54 la Ley del Registro Civil.

Esta posibilidad ya ha sido introducida en otros países de nuestro entorno, de manera que se pretende dar cobertura y seguridad jurídica a la necesidad de la persona transexual, acreditado su diagnóstico, de ver corregida la asignación registral de sexo inicialmente inscrita, así como ostentar un nombre acorde con su identidad. Esto supone una excepción a la regla general del art. 92 LRC a llevar a cabo mediante el correspondiente expediente gubernativo, de acuerdo con los arts. 93 y 94 LRC, no exigiéndose ya la operación quirúrgica previa, como se ha dicho.

El art. 1.263 CC, relativo a la capacidad contractual, parece elevar a regla general en relación con la capacidad de obrar de la persona menor de edad una prohibición absoluta, heredada de la tradición histórica del Derecho romano (“sui iuris” y “alieni iuris”), que incluía también a las mujeres y a los varones mayores de edad sometidos a la potestad del “pater familias”. Se ha negado la concepción de incapacidad general de los niños, siendo evidente el progresivo aumento de la capacidad de entender el alcance de sus decisiones y manifestar la libre voluntad vinculante, partiendo de una limitación máxima para pasar a una intermedia y alcanzar una limitación mínima previa a la capacidad total en la mayoría de edad. Así por ejemplo, el art. 48.1 CC permite a una persona menor de edad pedir al Juez la dispensa para contraer matrimonio a partir de los 14 años, otorgar testamento (art. 663.1º CC) y, también desde esa edad, debe consentir la emancipación y, asistido por su representante legal, optar por una vecindad civil /art. 14.3 y 15.1 CC) y realizar actos relativos a derechos de la personalidad y aquellos que por sus características están excluidos de la representación legal. Sin embargo, en algunos casos, la ley permite como medida de protección que preste su consentimiento, excepción hecha de los delitos de lesiones (art. 155.2 CP) y esterilización y cirugía transexual (art. 156.1 CP). También pueden realizar ciertos actos de carácter negocial o patrimonial y, en el ámbito procesal, las personas menores de catorce años, por ejemplo, pueden declarar como testigos si tienen el discernimiento necesario para conocer y declarar verazmente (art. 361.2 LEC). En cuanto a responsabilidad civil, el art. 61.3 LPRM la persona menor de edad responde solidariamente con sus padres o tutores, dado que el art. 118 CP que exime de responsabilidad penal a los menores de edad no comporta la de la responsabilidad civil en ciertos supuestos (arts. 20 y 14 CP). Finalmente, a pesar de la mayoría de edad del art. 12 CE, es necesario tener 25 años para adoptar.

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño, órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño por los estados parte y supervisa los dos protocolos facultativos de la Convención se ha pronunciado sobre el asunto al manifestar que su esperanza de que los Estados interpreten el término “desarrollo” como un concepto holístico que abarque el desarrollo tanto físico, como mental, espiritual, psicológico y social del niño (Observación General nº 4, 2003) y señalar que “La adolescencia es un período caracterizado por rápidos cambios físicos, cognoscitivos y sociales, incluida la madurez sexual y reproductiva; la adquisición gradual

de la capacidad para asumir comportamientos y funciones de adultos, que implican nuevas obligaciones y exigen nuevos conocimientos teóricos y prácticos. Aunque en general los adolescentes constituyen un grupo de población sano, la adolescencia plantea también nuevos retos a la salud y al desarrollo debido a su relativa vulnerabilidad y a la presión ejercida por la sociedad, incluso por los propios adolescentes para adoptar comportamientos arriesgados para la salud. Entre éstos figura la adquisición de una identidad personal y la gestión de su propia sexualidad. El período de transición dinámica a la edad adulta es también generalmente un período de cambios positivos inspirados por la importante capacidad de los adolescentes para aprender rápidamente, experimentar nuevas y diversas situaciones, desarrollar y utilizar el pensamiento crítico y familiarizarse con la libertad, ser creativos y socializar”.

Como vemos, no es posible trazar una línea límite entre la mayoría de edad y completa capacidad de obrar y minoría e incapacidad, sino que debe hablarse de una adquisición de capacidad de obrar progresiva y paulatina que se evidencia en el art. 162.2.1 CC, en el que se encuentran elementos suficientes para construir jurídicamente la capacidad general de la persona menor de edad dentro del ámbito limitado y variable de sus aptitudes naturales. La ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, resalta esa gradual adquisición de capacidad de obrar por los menores, estableciendo que las limitaciones a la capacidad de obrar se han de interpretar de forma restrictiva (art. 2.2, reconociéndoseles derechos al honor, intimidad y propia imagen, a la libertad ideológica y de expresión y el de ser oídos.

Abunda en esta cuestión la reciente publicación de la ley catalana 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia, que supone una novedad en tanto que se regulan por primera vez legalmente medidas para hacer efectivo el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de orientación sexual, de identidad de género o de expresión de género que incluye expresamente los casos de transgéneros o intersexuales (LGBTI). Tiende esta ley a la consecución de la igualdad y la no discriminación en todas las áreas de la vida social y etapas vitales, con referencia expresa a cualquier cambio en el estado civil, al objeto de contribuir a la superación de los estereotipos que afectan negativamente a la percepción social de estas personas.

El art. 23, se contempla concretamente el caso de las personas transgénero e intersexuales, con la finalidad de que, al menos en el ámbito de las Administraciones públicas de Cataluña, las personas transgénero y las personas intersexuales sean tratadas y nombradas de acuerdo con el nombre del género con el que se identifican, aunque sean menores de edad.

Obsérvese que se pretende que el nombre refleje la realidad del género con al que las personas menores de edad transgénero se adscriben, lo cual principia en su inscripción registral de nacimiento con el nombre y la mención de género. La limitación del derecho fundamental que comporta la exigencia de mayoría de edad para el cambio de nombre y de la mención de sexo podría considerarse un caso de violencia institucional ejercida sobre los niños o niñas y adolescentes por preverse un marco legal inadecuado por parte

de los poderes públicos pues se trata del derecho a la libertad de decidir o mostrarse adscrito a una de las diversas opciones sexuales. Nos hallamos ante un asunto de perspectiva de género de gran actualidad, pues si bien los derechos de la mujer tienen ya una cierta tradición, que ha llevado a evitar el lenguaje sexista en la sociedad, en el caso de los niños y niñas no se valora suficientemente todavía el impacto que en ellos puede producir. Se reproduce la ya arrumbada visión machista en la posición adultocéntrica que supone pensar en niños y niñas con un sentido patrimonial (“mi hijo, mi hija”), cuando se ha cumplido ya un cuarto de siglo desde la aprobación de la Convención derechos del niño.

Finalmente, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que modifica la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil ha definido el interés superior del menor como valor primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernen, tanto en el ámbito público como privado, estableciendo que en la aplicación de ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a las personas menores de edad que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos debe primar el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. A tal efecto establece que las limitaciones a la capacidad de obrar de las personas menores de edad se han de interpretar de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior de las personas en su niñez y adolescencia.

Para la correcta aplicación en cada caso del interés superior del menor deben tenerse en cuenta los criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto. Ha de preservarse por tanto la protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo durante su minoría de edad y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas, atendiendo a sus deseos, sentimientos y opiniones, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su futuro y la preservación de la identidad sexual, teniendo derecho a no ser discriminado por ello, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad. Estos criterios deben ponderarse teniendo en cuenta la edad y madurez de cada persona, la necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad precisamente por su identidad u orientación sexual, sin dejar de valorarse el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo. La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo de los niños y niñas en la sociedad, así como minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro es evidente, como etapa de preparación del tránsito a la edad adulta. Estos elementos deben ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la solución que se adopte en el interés superior de la persona menor de edad no restrinja o limite más derechos que los que ampara.

En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al declarado interés superior de

las personas menores de edad deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes, en este caso la seguridad jurídica. Si no pudiera ser así, en caso de colisión con los restantes intereses legítimos concurrentes, debe primar este interés sobre cualquier otro, por legítimo que sea.

Los niños, niñas y adolescentes gozan de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y de los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, discapacidad o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social. Los poderes públicos deben garantizar el respeto de los derechos de las personas menores de edad y adecuar sus actuaciones a la normativa legal. En todo caso, tienen derecho a ser oídos y escuchados sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.

La mencionada Ley Orgánica prevé que en los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias de las personas menores de edad deben realizarse de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento. Se garantiza que las personas menores de edad, cuando tengan suficiente madurez, puedan ejercitar este derecho por sí mismos o a través de las personas designadas para su representación. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del niño o niña en concreto como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

Téngase en cuenta a este respecto por ejemplo, en el ámbito penal, la libertad sexual de las personas menores de edad, consentida a partir de los 13 años o la edad fijada para la interrupción voluntaria del embarazo de las mujeres menores de edad.

Cabe concluir de las consideraciones expuestas que no parece suficientemente tratada la transfobia en la infancia y la adolescencia, así como la intersexualidad o situación de personas que tienen genitales de ambos sexos o el hermafroditismo, pues se ha demostrado médicamente que los niños o niñas transexuales muestran prematuramente su identidad sexual (órganos genitales) independientemente de su orientación sexual. Ya se habla en algunos casos de "género neutro", con intención de evitar la polarización, para que no implique la obligación de identificarse o etiquetarse. A la vista de ello, puede incluso cuestionarse la utilidad de la mención del sexo en el Registro Civil.

5. CONCLUSIONES

El interés superior de la persona durante su minoría de edad no es más que la seguridad de la protección de sus derechos fundamentales en general supone una proyección en las personas menores de edad del concepto jurídico de personalidad. El principio recogido en el art. 92 CC se basa, no solo en la protección de los niños y niñas para evitarles perjuicios, sino en buscar su beneficio, obligando a oírlos en todo caso si son mayores de 12 años o, facultativamente, si son menores de esa edad pero tienen suficiente juicio, tal como prevé la LO 1/1996, que garantiza el derecho a ser oído (STC 163/2009), que remite al Juez la competencia para la interpretación y valoración de la ponderación del interés superior de las personas menores de edad en cada caso concreto.

Nos hallamos por tanto ante un concepto jurídico indeterminado que plantea un problema de interpretación que en cada caso corresponderá al Juez, a los titulares de la potestad o a la Administración, que deberá precisar cuál es el interés real y verdadero en cada supuesto concreto.

En consecuencia, en caso de quedar acreditada suficientemente, de acuerdo con la previsión legal, para juzgar la pretensión del niño, niña o adolescente del cambio de identidad sexual, habría de estarse a la realidad probada en el proceso correspondiente, con aplicación del principio de interés de la persona menor de edad, el cual, tal como se define, es superior y debe primar sobre cualquier otra consideración, permitiéndose la rectificación registral de la mención del sexo y el nombre de las personas transexuales, ya sean mayores o menores de edad. En estos casos, tras un análisis individualizado e integral, debe ser decidida la cuestión por el Juez competente con las garantías procesales exigidas y, especialmente, una vez oída la persona menor de edad sobre una cuestión tan determinante para su futuro, como corresponde a su en su condición de persona, titular de derechos fundamentales que es, en plena igualdad que los mayores de edad, eliminando la visión adultocéntrica imperante en la sociedad.

Bibliografía

- Bartolomé Tutor, A. (2016). El derecho a la identidad. En C. Martínez García (Coord.). *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia* (pp. 726-742). Cizur Menor: Thomson Reuters.
- Gete-Alonso y Calera, M. C., Solé Resina, J. y Ysàs Solanes, M. (2011). *Derecho de la Persona Vigente en Cataluña*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Maldonado Molina, Javier (2016). Transexualidad infantil y Derecho. En A. Gallego y M. Espinos (Eds.), *Miradas no adultocéntricas sobre la infancia y la adolescencia. Transexualidad, orígenes en la adopción, ciudadanía y justicia juvenil* (pp. 29-46). Granada: Comares.

- Missé, M. (2013). *Guía para madres y padres de niñ@s con roles y comportamientos de género no-normativos*. Barcelona: AMPGYL.
- Platero Méndez, R. (2014). *Transexualidades. Acompañamiento, factores de salud y recursos educativos*. Barcelona: Ediciones Bellaterra.
- Ravetllat Ballesté, I. (2011). Marco internacional e interno del Derecho de la infancia y la adolescencia. En I. Ravetllat Ballesté (Coord.), *Derecho de la persona* (pp. 51-88). Barcelona: Editorial Bosch.
- Ravetllat Ballesté, I. (2017). El derecho a la identidad (de género) de la infancia y la adolescencia: del paradigma de la patología a la autodeterminación- *Actualidad Civil*, (9), 42-62.
- Sanz-Caballero, S. (2014). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su respuesta al reto de la transexualidad: historia de un cambio de criterio. *American University International Law Review*, 29(4), 831-868.
- Solsona Pairó, N. (2016). *Ni princesas ni piratas. Para educar niños y niñas en libertad*. Barcelona: Ed. Eumo.
- Villagrasa Alcaide, C. (2011). El interés superior del menor. En I. Ravetllat Ballesté (Coord.), *Derecho de la persona* (pp 25-50). Barcelona: Editorial Bosch.