

consistentes en la revelación de datos privados de la persona o familia conocidos a través de su actividad profesional.

lation of private personal or family information that one learns through one's work is an illegitimate intrusion into another's privacy.

1.2. Familia

TRANSEXUALIDAD Y RESTRICCIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS (1)

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Profesora contratada doctora

Derecho Civil UCM

I. TRANSEXUALIDAD: CONCEPTO Y REQUISITOS

En la actualidad nuestro ordenamiento jurídico reconoce la condición de transexual de una persona sin exigir la superación de todas las fases necesarias para el cambio de sexo y, en concreto, el haberse sometido a una intervención quirúrgica de reasignación sexual.

La Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, posibilita a la persona transexual corregir la inicial asignación registral de un sexo que no se corresponde con su identidad de género, así como el cambio de nombre en consonancia con este último, bastando para ello con que acredite, mediante informe de médico o psicólogo clínico, que le ha sido diagnosticada disforia de género, y que ha sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes del sexo reclamado (art. 4.1), lo que dará

(1) Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia 176/2008, de 22 de diciembre de 2008, recurso 4595/2005. Número de sentencia: 176/2008. Número de recurso: 4595/2005. Diario *La Ley*, núm. 7115, Sección Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de 16 de febrero de 2009, Año XXX, Editorial LA LEY. LA LEY 198334/2008.

Hechos: el recurrente en amparo venía disfrutando desde el 2 de abril de 2002, fecha en que se dictó la sentencia de separación de la pareja, de un régimen de visitas a su hijo, según el convenio regulador aprobado judicialmente. Este régimen de visitas y custodia vino a sustituirse a partir de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 4 de Lugo, de 18 de octubre de 2004, confirmada íntegramente en apelación por la dictada el 19 de mayo de 2005 por la Audiencia Provincial de Lugo, por una comunicación del padre y el hijo (entonces de seis años de edad) de tres horas de duración —de 17:00 a 20:00 horas— cada quince días (sábados alternos), en la sede del punto de encuentro de Lugo y con la presencia constante de un profesional del centro y de la madre del menor, quedando abierta la posibilidad de ampliarse este régimen en el futuro, a expensas de los informes bimensuales que fuesen rindiendo al Juzgado los psicólogos del punto de encuentro. No prevé ninguna de las sentencias impugnadas el retorno al sistema original de custodia del menor, al menos mientras el recurrente no complete su proceso de reasignación de sexo mediante la correspondiente intervención quirúrgica, algo de lo que, hasta la fecha, no existe constancia en autos.

derecho a poder solicitar la rectificación de la mención registral del sexo, que tendrá efectos constitutivos (art. 5), incluso con carácter retroactivo, según ha señalado la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2007 (2).

El recurrente estima que la pretensión de la madre enmascara una discriminación por razón de la orientación sexual, proscrita por el artículo 14 CE, al haberse resuelto la restricción del régimen de visitas a su hijo por las reservas que suscita a los órganos judiciales su condición de transexual, perjuicio sin el cual dicha restricción no habría sido acordada.

El recurrente se define a sí mismo como transexual, constando por otra parte en las actuaciones del procedimiento que desde el año 2004 viene sometido a un tratamiento hormonal para la reasignación de sexo (de varón a mujer) y que se maquilla y se viste habitualmente como una mujer. No consta, sin embargo, que el recurrente haya finalizado ese tratamiento, ni que se haya sometido a una intervención quirúrgica entendida como última fase del procedimiento médico de transformación. Tampoco consta que haya formalizado ante el Registro Civil el cambio de sexo (sí que inscribió, con fecha 8 de septiembre de 2004, un cambio de nombre, dejando de llamarse Francisco para en lo sucesivo llamarse José).

II. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y TRANSEXUALIDAD

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional viene distinguiendo entre la *cláusula general de igualdad* del primer inciso del artículo 14 CE, por la que se confiere un derecho subjetivo a todos los ciudadanos a obtener un trato igualitario de los poderes públicos, siempre que concurren supuestos idénticos y no existan razones que objetivamente justifiquen la diferenciación, y la segunda vertiente del mismo derecho fundamental, que es de la que aquí hemos de ocuparnos, contenida en el inciso segundo del mismo artículo 14 CE y que *prohíbe la práctica de comportamientos discriminatorios basados en alguno de los factores que allí se mencionan a modo de listado enunciativo y no cerrado* (STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 6) (3).

Desde esa perspectiva, no existe ningún motivo que lleve a excluir de la cobertura del principio de no discriminación contenido en el inciso segundo

(2) Vid. DE LA IGLESIA MONJE, M.^a Isabel: «Situación actual y efectos registrales del matrimonio civil de transexuales (evolución de la doctrina de la DGRN)», en *Libro Homenaje a Manuel Amorós Guardiola*, Centro de Estudios. Madrid, 2006, págs. 1627 a 1651. Y «Novedades en torno a la filiación, el consentimiento y la reproducción asistida en el supuesto de matrimonio de parejas homosexuales femeninas», en *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias* / coord. por Francisco Javier GÓMEZ GÁLIGO, vol. 1, 2008, ISBN 978-84-470-3064-4, págs. 471-489, editorial Thomsom Aranzadi.

(3) Con ese listado, la Constitución pretende una explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 CE (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 19/1989, de 31 de enero, FJ 4; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2; 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4; 161/2004, de 4 de octubre, FJ 3; 175/2005, de 4 de julio, FJ 3; 214/2006, de 3 de julio, FJ 2; 342/2006, de 11 de diciembre, FJ 3; 3/2007, de 15 de enero, FJ 2; 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 5; y 62/2008, de 26 de mayo, FJ 5, por todas).

del artículo 14 CE a una queja relativa a la negación o recorte indebido de derechos —en este caso familiares— a quien se define como transexual y alega haber sido discriminado, precisamente, a causa de dicha condición y del rechazo e incomprensión que produce en terceros su disforia de género.

La condición de transexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el artículo 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indudablemente una circunstancia incluida en la cláusula *cualquier otra condición o circunstancia personal o social* a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación.

Conclusión a la que se llega a partir, por un lado, de la constatación de que la transexualidad comparte con el resto de los supuestos mencionados en el artículo 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente arraigada y que ha situado a los transexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 CE, y, por otro, del examen de la normativa que, *ex* artículo 10.2 CE, debe servir de fuente interpretativa del artículo 14 CE.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al analizar el alcance del artículo 14 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH), ha destacado que la orientación sexual es una noción que se contempla en dicho artículo, señalando que la lista que contiene el precepto tiene un carácter indicativo y no limitativo (4), insistiéndose expresamente en que en la medida en que la orientación sexual es un concepto amparado por el artículo 14 CEDH, como las diferencias basadas en el sexo, las diferencias de trato basadas en la orientación sexual exigen razones especialmente importantes para ser justificadas (5).

El artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en que se establece también la *cláusula de igualdad de trato e interdicción de la discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha destacado que la prohibición contra la discriminación por motivos de sexo (art. 26) comprende la discriminación basada en la orientación sexual (6).

También el artículo 13 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (futuro art. 19 del nuevo Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, conforme al Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, cuya ratificación por España se autoriza por la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio), se refiere a la orientación sexual como una de las causas de discriminación, cuando

(4) STEDH de 21 de diciembre de 1999, caso Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal.

(5) Vid., entre otras, SSTEDH de 9 de enero de 2003, casos L. y V. contra Austria, y S. L. contra Austria, o 24 de julio de 2003, caso Karner contra Austria, a las que se han remitido numerosas sentencias posteriores como son las SSTEDH de 10 de febrero de 2004, caso B. B. contra Reino Unido; 21 de octubre de 2004, caso Woditschka y Wilfing contra Austria; 3 de febrero de 2005, caso Ladner contra Austria; 26 de mayo de 2005, caso Wolfmeyer contra Austria; 2 de junio de 2005, caso H. G. y G. B. contra Austria; o 22 de enero de 2008, caso E. B. contra Francia.

(6) Dictamen de 4 de abril de 1994, comunicación número 488-1992, caso Toonen contra Australia, y Dictamen de 18 de septiembre de 2003, comunicación número 941-2000, caso Young contra Australia.

señala que: «Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual».

Por último, el artículo 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000 y modificada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007, contempla de manera explícita la «orientación sexual» como una de las razones en que queda prohibido ejercer cualquier tipo de discriminación.

III. EL DERECHO A LA COMUNICACIÓN DEL PROGENITOR CON EL HIJO: DERECHO BÁSICO DEL NIÑO

Del régimen inicial de visitas acordado en el convenio se pasa a un régimen de comunicación controlada del recurrente con su hijo limitado a los sábados alternos en horas predeterminadas, bajo la supervisión directa de los profesionales del punto de encuentro y de la propia madre, impidiendo al recurrente permanecer a solas con el menor y *quedando intervenido y fiscalizado todo el proceso de relación personal entre padre e hijo*.

El artículo 94 del Código Civil regula la comunicación y visitas del progenitor que no ostenta la guarda y custodia permanente como un derecho del que aquél podrá gozar en los términos que se señalen judicialmente pero *sin que pueda sufrir limitación o suspensión, salvo graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial*.

Estamos ante un derecho tanto del progenitor como del hijo, al ser manifestación del vínculo filial que une a ambos y contribuir al desarrollo de la personalidad afectiva de cada uno de ellos.

Los instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de menores, integrados en nuestro ordenamiento *ex* artículo 10.2 CE y por expresa remisión de la propia Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, sobre protección jurídica del menor (art. 3), contemplan el reconocimiento del derecho a la comunicación del progenitor con el hijo como un derecho básico de este último, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa (7).

(7) Así el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990, declara que: «Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño».

El artículo 14 de la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución de 18 de julio de 1992, señala que: «En caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones, incluso si alguno de ellos viviese en otro país, salvo si el órgano competente de cada Estado miembro lo declarase incompatible con la salvaguardia de los intereses del niño».

IV. PREVALENCIA DEL INTERÉS DEL MENOR FRENTE AL DE SUS PROGENITORES

El interés superior del niño opera como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de la guarda y custodia del menor (8).

Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, *el interés de los progenitores deberá ceder frente al interés de éste*. En estos casos nos encontramos ante un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada.

Por otra parte, *cuando lo que está en juego es la integridad psíquica del menor, no deviene necesario que se acredite consumada la lesión para poder limitar los derechos del progenitor*, sino que basta con la existencia de un riesgo relevante de que la lesión puede llegar a producirse (9). Riesgo consistente en la alteración efectiva de la personalidad del hijo menor, merced a un comportamiento socialmente indebido de su progenitor, bien sea por la negatividad de los valores sociales o afectivos que éste le transmite durante el tiempo en que se comunican, bien por sufrir el menor de manera directa los efectos de actos violentos, inhumanos o degradantes a su dignidad ocasionados por el padre o la madre, o que de manera persistente alteran o perturban su psique.

Además, no resulta constitucionalmente admisible *presumir la existencia de un riesgo de alteración efectiva de la personalidad del menor por el mero hecho de la orientación sexual de uno u otro de sus progenitores*.

Debe adoptarse una decisión judicial consistente en suprimir, suspender o limitar el derecho de comunicación de los padres con sus hijos menores con *fundamento*, de forma principal o exclusiva, en la transexualidad del padre o de la madre, para que deba calificarse como una medida discriminatoria prosrita por el artículo 14 CE.

Así lo ha venido entendiendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al analizar el alcance del artículo 14 CEDH, que sanciona el principio de no discriminación, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una

Igualmente cabe citar el artículo 24.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que impone que: «Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses».

(8) Vid. SSTC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5; 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4; 144/2003, de 14 de julio, FJ 2; 71/2004, de 19 de abril, FJ 8; 11/2008, de 21 de enero, FJ 7.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (entre otras, SSTEDH de 24 de marzo de 1988, caso Olsson; 28 de noviembre de 1988, caso Nielsen; de 25 de febrero de 1992, caso Andersson; de 23 de junio de 1993, caso Hoffmann; de 23 de septiembre de 1994, caso Hokkanen; de 24 de febrero de 1995, caso McMichael; de 9 de junio de 1998, caso Bronda; de 16 de noviembre de 1999, caso E. P. contra Italia; y de 21 de diciembre de 1999, caso X contra Portugal).

(9) Vid. STC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 4; en el mismo sentido, STC 71/2004, de 19 de abril, FJ 8.

minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación, cláusula abierta que incluye la orientación sexual, así como el artículo 8 CEDH, que reconoce el derecho al respeto de la vida privada y familiar (garantizado por el art. 18.1 CE) (10).

En ningún caso el mero dato de la orientación sexual o la disforia de género es razón objetiva y razonable para dispensar un trato discriminatorio en perjuicio de ese progenitor en el marco de sus relaciones paternofiliales. Es exigible que la resolución judicial (o, en su caso, administrativa) que acuerde una supresión o limitación de derechos del progenitor transexual en relación con sus hijos menores, extreme, al formular su juicio de ponderación, y teniendo siempre presente el interés prevalente del menor, *la justificación de la necesidad y proporcionalidad de las medidas restrictivas acordadas*, de suerte que el escrutinio de la resolución permita descartar que la orientación sexual o la disforia de género del progenitor haya sido el verdadero motivo de la decisión adoptada.

V. LA INESTABILIDAD EMOCIONAL Y SU REPERCUSIÓN EN EL MENOR: CLAVE DE LA DECISIÓN DEL JUZGADOR

En el caso de autos, el órgano judicial justifica la necesidad de adoptar su decisión en «la inestabilidad emocional al recurrente que recoge la psicóloga en su informe pericial», con ocasión de la evaluación psicológica realizada a petición del Juzgado, que es determinante de que por el momento no se considere idóneo que disfrute de un régimen de visitas amplio con el menor, «y no por la transexualidad en sí misma».

La sentencia de instancia resuelve que es la *inestabilidad emocional* apreciada en el padre el motivo por el que resulta aconsejable un régimen restrictivo de visitas, ya que su inestabilidad no debe de transmitirse al menor, que se siente confundido ante la nueva apariencia de su padre.

La sentencia de apelación, por su parte, confirma íntegramente la de instancia, concluyendo, en la misma línea de razonamiento: el interés prevalente del menor aconseja restringir el régimen de visitas del padre.

No es la transexualidad del recurrente la causa de la restricción del régimen de visitas acordada en las sentencias impugnadas, sino la situación de inestabilidad emocional por la que aquél atraviesa, según el dictamen pericial psicológico asumido por los órganos judiciales, y que supone la existencia de un riesgo relevante de alteración efectiva de la salud emocional y del desarrollo de la personalidad del menor, dada su edad y la etapa evolutiva en la que se encuentra.

(10) En tal sentido, valga recordar que en la STEDH de 25 de marzo de 1992, caso B. contra Francia, el Tribunal Europeo ya afirmó, en relación con el transexualismo que: «considera innegable que las mentalidades han evolucionado, que la ciencia ha progresado y que se concede una importancia creciente al mismo», destacando además la complejidad de las relaciones jurídicas que se vinculan a aquél: «cuestiones de naturaleza anatómica, biológica, psicológica y moral», así como los ámbitos sobre los que se proyecta, incluyendo entre ellos el de la filiación. En el caso concreto, el Tribunal estimó infringido el artículo 8 CEDH, al entender que la negativa de las autoridades a conceder a la demandante el cambio de nombre tras el tratamiento al que se sometió —incluyendo cirugía de reasignación de sexo— no estaba justificado y originó a la demandante diversos perjuicios graves de índole personal.

No basta con afirmar la existencia de una situación de trastorno emocional del progenitor para adoptar una medida tan restrictiva de los derechos paternofiliales de éste como la aquí considerada. Lo determinante será la *efectiva repercusión de ese trastorno en relación con el menor*. Pues bien, en el presente supuesto tal repercusión negativa se ha justificado en las sentencias impugnadas en amparo como «riesgo relevante», lo que permite descartar que la disforia de género del recurrente haya sido el verdadero motivo de la decisión de restringir el régimen de visitas de aquél.

RESUMEN

DERECHO DE VISITA. TRANSEXUALIDAD

No vulneración del derecho de un padre transexual a no ser discriminado por razón de la orientación sexual por la restricción del régimen de visitas a su hijo. La disforia de género del progenitor no constituye el verdadero motivo de la decisión judicial de restringir el régimen de visitas adoptada en procedimiento de modificación de medidas definitivas. Ésta se justifica, atendiendo al interés prevalente del menor, y con base en la prueba pericial psicológica, en el riesgo relevante de repercusión negativa para el desarrollo personal del niño que supone la situación de inestabilidad emocional por la que atraviesa el padre.

ABSTRACT

VISITING RIGHTS. TRANSSEXUALITY

A transsexual father's right to freedom from discrimination by reason of sexual orientation was not violated by a restriction of the father's right to visit his/her child, established in the course of a procedure to amend definitive measures. The parent's gender dysphoria was not the true reason for the court's decision to restrict visiting rights. In view of the prevailing interest of the child and on the basis of the psychologist's evidence, the decision was justified by the considerable risk that the situation of emotional instability the father was going through might well have a negative repercussion on the child's personal development.

1.3. Derechos reales

EL ALCANCE DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL A LOS PODERES DE REPRESENTACIÓN: UN RESUMEN DE LAS POSTURAS JURISPRUDENCIALES

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Doctora en Derecho

Profesora de Derecho Civil. Universidad Antonio de Nebrija

La interpretación del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y su coordinación con el artículo 18 LH, ha generado una discusión en torno al ámbito de la califi-