

INTERSEXUALIDAD: UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA

ANTONIO ARROYO GIL
Universidad Autónoma de Madrid

1. INTRODUCCIÓN

El propósito de este trabajo no es otro que realizar un acercamiento a la situación en que se encuentran (o podrían/deberían encontrar) las personas intersexuales en España a partir de la normativa vigente, tanto de carácter internacional como nacional, prestando una especial atención a aquellos instrumentos jurídicos (o de *soft law*) que inciden más directamente en dos de los principales problemas que padece este colectivo: las intervenciones quirúrgicas de asignación de sexo (que se practican, sobre todo, a los recién nacidos) y el reconocimiento registral y documental de su identidad sexual, no siempre reconducible al binomio: sexo masculino - sexo femenino.

2. ¿QUIÉNES SON LAS PERSONAS INTERSEXUALES?

Más allá de cuáles sean los factores que determinan que una persona desarrolle naturalmente características sexuales propias de lo que denominamos “intersexualidad”¹, es común entender que las personas intersexuales² son aquellas que, desde un punto de vista biológico

¹ Son muy interesantes, a este respecto, las consideraciones que realiza Ieuan Hugues, del Departamento de Pediatría de la Universidad de Cambridge (Reino Unido), acerca de las condiciones genéticas y hormonales que condicionan el desarrollo fetal, y que pueden acabar conduciendo a que una persona presente características sexuales de ambos sexos. Vid. HUGUES, Ieuan: “Biology of fetal sex development”, en Scherpe, J. M./Dutta, A./Helms, T. (eds.), *The legal status of intersex persons*, Intersentia, Cambridge, 2018, pp. 25 ss.

² Término, en sí mismo, controvertido, si bien es el que más se ha consolidado internacionalmente y el que mayor consenso genera entre las asociaciones en defensa de los derechos de estas personas, que lo prefieren, en todo caso, al

no “se dejan” clasificar pacíficamente en ninguno de los dos sexos al uso (femenino o masculino), dadas las “singularidades cromosómicas, hormonales y/o anatómicas” que presentan, características de ambos sexos, con mayor o menor grado de intensidad³. Más allá de otras

de “desórdenes del desarrollo sexual” (DSD en sus siglas en inglés: *Disorders of sexual development*), dadas sus connotaciones patológicas. Vid. LAUROBA LACASA, Elena: “Las personas intersexuales y el derecho: posibles respuestas jurídicas para un colectivo invisible”, *Derecho Privado y Constitución*, 32, 2018, p. 17.

³ Así lo entiende la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA, en sus siglas en inglés), en su informe *The fundamental rights situation of intersex people*, 04/2015, p. 2 [disponible en: <https://fra.europa.eu/en/publication/2015/fundamental-rights-situation-intersex-people>].

En sentido similar, el Documento temático “Derechos humanos y personas intersex”, publicado por el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa (abril 2015), hace suya la definición de GHATTAS, Dan Christian: *Human Rights between the Sexes. A preliminary study in the life of inter* individuals*, Heinrich Böll Stiftung, Publication Series on Democracy, Vol. 34, 2013, p. 10., de conformidad con la cual “[l]as personas intersex son aquellas que, en relación a su sexo cromosómico, gonadal o anatómico, no pueden ser clasificadas de acuerdo a las normas médicas sobre los cuerpos llamados ‘masculinos’ o ‘femeninos’. Esto se hace evidente, por ejemplo, en características sexuales secundarias, tales como la masa muscular, la distribución pilosa y la estatura, o en características sexuales primarias tales como los genitales interiores y exteriores y/o la estructura cromosómica y hormonal”.

Vid. asimismo, LAUROBA LACASA, Elena: “Las personas intersexuales...”, p. 14.

En España, la abundante normativa autonómica de protección de las personas LGTBI, apunta, por lo general, en esta misma dirección. Así, por ejemplo, el apartado 3 del art. 1 de la Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid, define la intersexualidad en los siguientes términos: “Variedad de situaciones en las cuales, una persona nace con una anatomía reproductiva o sexual que no parece encajar en las definiciones típicas de masculino y femenino”. Aunque ya en la pionera Ley Foral 12/2009, de 19 de noviembre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales, en su Exposición de Motivos, se dejaba constancia de que “el sexo va más allá de la simple apreciación visual de los órganos genitales externos presentes en el momento del nacimiento: como ha ido estableciendo la ciencia médica moderna, se trata de una realidad compleja, consecuencia de una cadena de eventos cromosómicos, gonadales y hormonales, entre otros, que en su sucesión determinan lo que comúnmente conocemos como hombres y mujeres; dicha cadena de eventos sufre en ocasiones rupturas y diferencias que producen como resultado la existencia de personas con características cruzadas

consideraciones, tales peculiaridades ponen seriamente en entredicho una premisa que, aunque ha sido, y es, absolutamente predominante en las clasificaciones médicas, jurídicas y culturales, resulta, sin embargo, muy controvertida, a saber, el binarismo sexual, es decir, que el sexo es o bien masculino o bien femenino.

Con carácter general, aunque de manera imprecisa, la intersexualidad se solía asociar a la ambigüedad genital, de modo que cuando una persona nacía con genitales de ambos sexos lo común era optar por una intervención quirúrgica para extirpar aquellos que, siguiendo normalmente el criterio médico, no se consideraban predominantes⁴. Incluso hoy en día en muchos países sigue rigiendo esta visión, lo que avala dichas operaciones de “(re)asignación de sexo”⁵.

de uno y otro sexo. (...) la intersexualidad está presente en aquellas personas que presentan características físicas de uno y otro sexo, en mayor o menor grado (...).”

⁴ A diferencia de lo que se suele entender por “hermafroditismo”, en donde la presencia de ambos sexos es completa, en el caso de la intersexualidad esa concurrencia no suele darse en condiciones de igualdad, de ahí que tradicionalmente (e incluso hoy en día en muchos países) se trate de “averiguar”, o “decidir”, cuál es el sexo predominante en una persona intersexual (recién nacidos, por lo general) para proceder a la consiguiente operación de “asignación” de sexo, optándose en la mayor parte de los casos por el sexo femenino, dado que es el más fácilmente “(re)construible” mediante cirugía.

Además, esa “asignación” de sexo viene, en buena medida, determinada por “las expectativas sociales sobre el género, basadas en la anatomía genital externa”, como destaca críticamente GARCÍA LÓPEZ, Daniel J.: “La intersexualidad en el discurso médico-jurídico”, *Eunomía*, 8, 2015, p. 58. En su opinión, “[a] partir del siglo XX no es posible ni médica ni jurídicamente el sexo verdadero, pues la asignación de género ya no es constitutiva sino performativa (al existir una variedad de sexos en la persona: cromosómico, gonadal, genital, hormonal, psicológico), pero al darle una posición central a los genitales a la hora de asignar un género se establece esa vinculación normativa entre identidad y genitalidad”, p. 60.

⁵ Aunque debe ser tomado con cierta prudencia, en su informe de 2015, la FRA sostiene que la “(re)asignación de sexo o cirugía relacionada con el sexo parece realizarse en niños intersexuales y jóvenes en al menos 21 Estados miembros de la UE”, entre los que se encuentra España, si bien se desconoce con qué frecuencia se llevan a cabo tales operaciones. En todos estos países se requiere el consentimiento informado del paciente y/o de sus representantes legales para llevar a cabo la cirugía, excepto en casos de emergencia médica.

Más recientemente, en el ámbito de Estados Unidos, el informe “I want to be like Nature made me (Medically unnecessary surgeries on intersex children in

No obstante, la intersexualidad no se reduce simplemente a esto, sino que presenta muchas más manifestaciones, algunas de las cuales no son evidentes, como las de carácter cromosómico, hasta el punto de que, en ocasiones, no se descubre que una persona es intersexual hasta su pubertad o mucho más tarde, con ocasión, por ejemplo, de algún análisis clínico, o, incluso, una vez fallecida, tras haberle realizado la autopsia⁶.

the US)”, elaborado por Human Rights Watch en colaboración con InterACT (Advocates for Intersex Youth), de julio de 2017 (disponible en https://www.hrw.org/sites/default/files/report_pdf/lgbtintersex0717_web_0.pdf), deja igualmente constancia de que, de conformidad con las fuentes de datos disponibles, en Estados Unidos los médicos continúan realizando intervenciones quirúrgicas de carácter estético en niños con “características sexuales atípicas”, a menudo antes de cumplir un año de edad, p. 48.

No obstante, como señala LAUROBA LACASA, Elena: “Las personas intersexuales...”, p. 25, la situación está cambiando, sobre todo, desde 2006, año en que “se publicó el ‘Consensus Statement on Management of Intersex Disorders’, que ya no consideraba la operación como la solución idónea en todos los supuestos (la atención al sexo cromosómico modula el criterio monolítico: la genitalidad externa ya no es suficiente). Paralelamente, se ha constatado que los menores intersexuales no operados tienen un desarrollo psicosocial sano (...) y que un número muy significativo de intersexuales adultos operados tempranamente hubieran preferido que la intervención no se produjera (...). Por último, el número de organismos internacionales que propugnan evitar intervenciones innecesarias crece a diario, aunque —no nos engañemos—, en ese debate externo al ámbito sanitario, también hay defensores de las cirugías en beneficio de los menores”. Vid. LEE, Peter A./HOUK, Christopher P./AHMED, S. Faisal/HUGHES, Ieuan A.: “Consensus Statement on Management of Intersex Disorders”, *Pediatrics*, 118, 2006 (disponible en: <http://pediatrics.aappublications.org/content/118/2/e488>).

Muy significativo es también que desde 2013 la ONU recoja en su informe “Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment” un llamamiento a todos los Estados para que rechacen cualquier ley que permita tratamientos intrusivos e irreversibles, incluida la “cirugía de normalización genital”, practicada sin el consentimiento libre e informado de la persona concernida. Disponible en: https://www.ohchr.org/documents/hrbodies/hrcouncil/regularsession/session22/a.hrc.22.53_english.pdf

En esta misma línea, el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa reconoció por vez primera en 2015 el derecho de las personas intersexuales a no ser sometidas a tratamientos de asignación de sexo.

⁶ Véase el referido informe 04/2015 de la FRA, p. 2. Vid. asimismo LAUROBA LACASA, Elena: “Las personas intersexuales...”, p. 14.

Aunque el tema, desde luego, merece una reflexión profunda, no nos podemos detener ahora en la distinción entre sexo y género, así como en sus conexiones. Simplemente dejaremos apuntado que la intersexualidad tiene más que ver con el sexo de una persona⁷ que con el género de la misma, si entendemos que aquel apela esencialmente a rasgos biológicos o físicos, y este a otros de carácter, sobre todo, cultural y simbólico.

Tampoco podemos confundir el sexo, dentro del que la intersexualidad vendría a ser una manifestación más, con la orientación sexual. En la medida en que una persona intersexual puede identificarse, o no, con el sexo masculino o femenino, es perfectamente posible que se pueda sentir heterosexual, homosexual o bisexual⁸; no obstante, también puede escapar a esa clasificación, en la medida en que no se identifique ni con un hombre ni con una mujer, pese a que se pueda sentir sexualmente atraída por hombres, por mujeres o por ambos.

Por otro lado, y pese a sus puntos de conexión, es también importante diferenciar la intersexualidad y la identidad de género, que se predica de las personas transexuales, es decir, aquellas que habiendo nacido con una determinada genitalidad (masculina o femenina) no se sienten identificadas con la misma⁹.

⁷ En este sentido, la FRA, en el informe citado, sostiene que “la intersexualidad se refiere a las características corporales de una persona”, de forma que a la hora de abordar los problemas asociados al tratamiento desigual de las personas intersexuales en las políticas de la UE, debería huirse de los supuestos de discriminación por motivos de orientación sexual y/o identidad de género, para enfocar tal tratamiento como un supuesto de discriminación por razón de sexo, p. 3. Vid. asimismo LAUROBA LACASA, Elena: “Las personas intersexuales...”, p. 19.

⁸ Vid. Informe 04/2015 de la FRA, p. 3.

⁹ Tal y como se destaca en el Informe de 2011 (publicado en 2012), “Trans and intersex people. Discrimination on the grounds of sex, gender identity and gender expression” (disponible en: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/9b338479-c1b5-4d88-a1f8-a248a19466f1>), elaborado por Silvan Agius y Christa Tobles, y preparado y financiado por la Dirección General de Justicia de la Comisión Europea, “[l]as personas intersexuales son diferentes de las personas trans en la medida en que su estado no está relacionado con el género, sino que con su condición biológica (características genéticas, hormonales y físicas), que no es exclusivamente masculina ni exclusivamente femenina, sino que presenta caracteres típicos de ambas a la vez o no se encuentra claramente definida como alguna de ellas”, p. 12.

En realidad, el problema es más complejo de lo que a primera vista parece, pues, en el fondo, como apuntábamos más arriba, la clave de bóveda se encuentra en el reconocimiento, o la negación, del binarismo sexual. Si se afirma este, en el caso de las personas intersexuales habrá que optar por un sexo determinado de los dos posibles (masculino o femenino); pero si se niega se debería asumir sin mayores dificultades que el sexo propio de estas personas no es ni masculino ni femenino, sino otro o diverso¹⁰, merecedor de la misma consideración y sin que, por tanto, se pueda ser discriminado por ello.

Aceptar esta posibilidad, que el sexo no es binario¹¹, tiene innumerables implicaciones y consecuencias desde muy diversos puntos

¹⁰ Como, entre otros países, ha sucedido en Alemania a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 10 de octubre de 2017 (1 BvR 2019/16 - Rn. (1-69), en la que se insta a la Administración alemana a permitir que en el registro de nacimiento se pueda inscribir, de manera positiva, a una persona con un sexo diferente a masculino o femenino (ya sea como “intersexual” o “diverso”). Con anterioridad a esta sentencia, desde una reforma de la ley del estado civil de 2013, que seguía la recomendación del Comité Ético Alemán, se aceptaba ya la posibilidad de que en el caso de que una persona (un bebé) no pudiera ser identificado “como perteneciente al género masculino o femenino”, se pudiera dejar en blanco el apartado correspondiente en el registro de nacimiento. El TCF alemán entendió que esto atentaba contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 2.1 en relación con el art. 1.1 de la Ley Fundamental de Bonn), que también comprende la identidad sexual de aquellas personas que no se identifican con el sexo masculino o femenino. Además, según el Tribunal, la prohibición de discriminación por razón de sexo prevista en el art. 3.3 LFB protege también a todas las personas que de manera persistente no se identifican ni con el sexo masculino ni con el femenino. No permitir a estas personas registrar su sexo de manera positiva, sino simplemente hacerlo en negativo (al no identificarse ni con el sexo masculino ni con el femenino), según el TCF también supone una vulneración de este derecho a no ser discriminadas. En razón de todo ello, el TCF conminó al Gobierno alemán a que reformara la legislación registral para adecuarla a estas previsiones antes del 31 de diciembre de 2018.

¹¹ Progresivamente, a nivel documentativo y registral, se va aceptando ya en diversos países la existencia de un sexo diferente al masculino y al femenino. Además del caso antes citado de Alemania, en otros países o Estados, con mayor o menor amplitud, se reconoce jurídicamente —o se van dando pasos, fundamentalmente judiciales, en ese sentido— que hay personas que no se identifican con el binarismo sexual, permitiéndoles que se identifiquen con un sexo indeterminado o diverso. Así sucede, por ejemplo, en Australia, India, Nepal, Sudáfrica, Malasia, Nueva Zelanda, Austria u Holanda, o en los Estados de California, Colorado, Oregón o Whashington D. C. en los EE.UU. La propia Asamblea Parlamentaria

del Consejo de Europa, en su Resolución de 22 de abril de 2015, insta a los Estados partes a considerar la inclusión de una tercera opción de género en los documentos de identidad de las personas que así lo soliciten.

En España, la Proposición de Ley sobre la protección jurídica de las personas trans y el derecho a la libre determinación de la identidad sexual y expresión de género, presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, el 23 de febrero de 2018, iba en esta misma línea, al prever, con un carácter muy amplio —según se anunciaba en el punto IV de su Exposición de Motivos— que “[l]as personas de género no binario también quedan protegidas bajo el presente título, donde es atendida de forma particular la necesidad de una categoría jurídica que responda a una expresión no binaria de existir y ser como persona. (...) A tal efecto, junto a un procedimiento de rectificación registral rápido, transparente y accesible que tiene como base la autodeterminación, tal y como insta a los Estados el Consejo de Europa, esta Ley impone el respeto a la identidad sexual y expresión de género expresada por la persona, a su solo requerimiento, arbitrando un sistema que permita identificar a la persona sin menoscabar su dignidad, en aquellos casos en los que la naturaleza de la gestión haga necesario registrar los datos obrantes en el Registro Civil y no se haya procedido a su rectificación”.

Desde la teoría feminista y *queer*, destacan en la crítica al binarismo sexual los trabajos de Judith Butler. Véase, entre otros, BUTLER, Judith: *Deshacer el género*, Paidós, Barcelona, 2006. Vid. igualmente los trabajos de Anne Fausto-Sterling. En particular (traducido al castellano), véase FAUSTO-STERLING, Anne: *Cuerpos sexuados*. La política de género y la construcción de la sexualidad, Melusina, Barcelona, 2006, en donde pone en cuestión las categorías (biológicas y sociales) de sexo y género, y de identidad sexual y de género.

En la misma línea, en nuestro país, vid. GARCÍA LÓPEZ, Daniel J. (ed.): *Sobre el derecho de los hermafroditas*, Melusina, Barcelona, 2015, que en su extenso estudio introductorio lleva a cabo un repaso del tratamiento que la intersexualidad ha recibido a lo largo de la historia, poniendo el acento crítico en las perniciosas consecuencias de su medicalización (cirugía, hormonación, etc.), sobre todo a partir del tristemente célebre protocolo del psicólogo John Money, popularizado a mediados del siglo pasado, y llamando a la esperanza de su progresiva superación desde postulados que ponen el acento en la importancia (e imprescindibilidad) del consentimiento de la persona afectada.

De igual forma, BENAVENTE MOREDA, Pilar: “Orientación sexual e identidad de género y relaciones jurídico privadas”, RGDC, 17, 2013 (Número especial dedicado a “El movimiento LGTB en perspectiva constitucional”, coord. por Elvira Perales, A./Matia Portilla, J./Arroyo Gil, A.), cuestiona el mantenimiento del binarismo sexual; y aunque se muestra partidaria de que sean las propias personas intersexuales quienes en su edad adulta tomen la decisión sobre su propia identidad, no se resiste, sin embargo, a cuestionarse si, en realidad, es necesario elegir. “¿Y si no hay nada que elegir?” -(se) pregunta, dejando la respuesta abierta para la reflexión y discusión, p. 21.

de vista (biológicos, médicos, legales, culturales, etc.). Escapa a los propósitos de este trabajo acometer un estudio riguroso de su posible alcance. No obstante, sí se quiere dejar constancia de que ese debate existe, y que en los últimos años se están dando pasos importantes en el reconocimiento de esa realidad diversa, en la medida en que la existencia de personas con características sexuales (del tipo que sean) difícilmente inscribibles en el sexo masculino o femenino así lo evidencia.

Con todo, más allá de que se acepte o no el binarismo sexual, y a la espera de ver cómo va evolucionando, desde esas diferentes perspectivas, el tratamiento de esta cuestión, lo que sí urge ya es afianzar -también en España- los pasos emprendidos a favor del reconocimiento del derecho de estas personas a no sufrir ningún tipo de discriminación (o de trato diferenciado carente de otra justificación que no sea la mera adscripción a uno de esos dos sexo: masculino o femenino) por ser como son, lo que, entre otras cosas, entronca con otros derechos humanos y/o fundamentales tan básicos como el derecho a la integridad física y moral o el derecho al libre desarrollo de su personalidad, reflejo directo de su dignidad como personas.

Aunque no existe un registro fiable del porcentaje de personas intersexuales en términos globales, se calcula que este puede oscilar entre el 0,05% y el 1,7% de la población mundial. De confirmarse este último dato, y por hacernos una idea aproximada de lo que el mismo significa en términos comparativos, el número de intersexuales sería similar al de pelirrojos¹². Si bien cuando hablamos de la dignidad humana el dato numérico no es lo relevante, pues tal dignidad se predica

¹² Datos extraídos de la definición que de intersexualidad hace ILGA-Europe (Asociación Internacional de Gays, Lesbianas, Bisexuales, Trans e Intersexuales en Europa y Asia Central) en su web: <https://www.ilga-europe.org/what-we-do/our-advocacy-work/trans-and-intersex/intersex>

Por su parte, de acuerdo con los datos que maneja la Intersex Society of North America - ISNA: "How common is intersex?" (disponible en: <http://www.isna.org/faq/frequency>), el número total de personas cuyos cuerpos difieren del estándar masculino o femenino es de 1 por cada 100 nacimientos. Y el número total de personas que son sometidas a una cirugía de "normalización" genital oscila entre 1 y 2 por cada 1000 nacimientos.

En España, según GARCÍA LÓPEZ, Daniel J.: "La intersexualidad...", p. 67, se calcula que en el año 2012 nacieron aproximadamente 227 personas intersexuales.

de todas y cada una de las personas, lo cierto es que el mismo sí ayuda a situar la cuestión en el lugar que le corresponde, y, en consecuencia, nos obliga a no seguir mirando hacia otro lado, una vez que tomamos conciencia del padecimiento a que son sometidas muchas de estas personas desde su mismo nacimiento a través de cirugías de “asignación sexual”, que, de no ser necesarias desde un punto de vista médico, bien podrían ser consideradas auténticas mutilaciones genitales¹³.

3. POR QUÉ UN TRABAJO SOBRE INTERSEXUALIDAD EN UN LIBRO SOBRE DERECHOS DE LGTB

La intersexualidad, como hemos visto, no es una determinada manifestación de la orientación sexual, pues puede haber personas intersexuales que se identifiquen como heterosexuales, homosexuales

¹³ Vid. KESSLER, Suzanne J.: *Lessons from the intersexed*, Rutgers University Press, New Brunswick, 1998, pp. 39 ss.

España ha sido el décimo Estado severamente reprendido por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas en su 77ª sesión (febrero de 2018) por practicar Mutilación Genital Intersex (MGI). Vid. CRC77, así como las recomendaciones intersex vinculantes (CRC/C/ESP/CO/5-6), disponibles en: http://intersex.shadowreport.org/public/2018-Spain_CRC_C_ESP_CO_5-6_30177_E.pdf, entre las que destaca la recomendación de “que el Estado parte prohíba los tratamientos médicos o quirúrgicos innecesarios en niños intersex, cuando esos procedimientos impliquen un riesgo de daño y puedan ser pospuestos con seguridad hasta que el niño pueda participar activamente en la toma de decisiones”. Conviene recordar, a estos efectos, que la mutilación genital en el ordenamiento jurídico español se encuentra sancionada gravemente en el art. 149 del Código penal en los siguientes términos:

“1. El que causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, 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, será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años.

2. 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 persona con discapacidad necesitada de especial protección, 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 persona con discapacidad necesitada de especial protección”.

o bisexuales, o que, por el contrario, rehúsen cualquiera de esas categorías, en la medida en que nieguen el *a priori* del binarismo sexual.

Tampoco se puede confundir con la identidad de género, propia de las personas cissexuales o transexuales, en la medida en que al poseer rasgos biológicos de ambos sexos tal clasificación resultaría de muy difícil aplicación a las personas intersexuales. No obstante, sí podría darse el caso, no infrecuente, de que una persona intersexual hubiera sido sometida (al poco de nacer o durante su infancia, normalmente) a una intervención quirúrgica para “asignarle” un determinado sexo, y que posteriormente esa persona no se sintiese identificada con este. Pero esto, más que una manifestación de la llamada disforia de género, característica de las personas transexuales, y considerada hasta hace poco un trastorno psiquiátrico por la OMS¹⁴, en realidad, no es más que consecuencia de “una errónea asignación de género” a la que se pretendió llegar por la vía quirúrgica, mediante la “construcción” de un determinado sexo.

Quizás la estrecha vinculación que, frecuentemente, se establece entre las personas intersexuales y transexuales tenga su principal punto de encuentro en la necesidad que unas y otras sienten, y demandan, de que su realidad (física y/o psicológica) no sea calificada como un desorden (o patología) que, por necesidad, haya de ser tratado médicamente¹⁵.

Detrás de todo ello se esconde un derecho a la propia identidad¹⁶, que, más específicamente, podría calificarse de sexual¹⁷, que compren-

¹⁴ La OMS, en su undécima revisión de la clasificación de enfermedades (ICD-11) de 2018, deja de considerar la transexualidad como una enfermedad mental (incluida, como anteriormente, dentro de los “trastornos de la personalidad y el comportamiento”), si bien la mantiene como “incongruencia de género” (dentro del capítulo de “condiciones relativas a la salud sexual”), esto es, como una mera falta de adecuación del cuerpo al género que siente la persona. Se puede consultar en: <https://icd.who.int/>

¹⁵ LAUROBA LACASA, Elena: “Las personas intersexuales...”, p. 21

¹⁶ En la línea apuntada por BENAVENTE MOREDA, Pilar “Identidad y contexto inmediato de la persona (identidad personal, el nombre de la persona, identidad sexual y su protección)”, AFDUAM, 17, 2013, p. 120.

¹⁷ Comparto, en este punto, la apreciación de LAUROBA LACASA, Elena: “Las personas intersexuales...”, p. 21, cuando sostiene que “el concepto de identidad sexual, que algunos análisis estiman sinónimo de identidad de género, (...) tam-

dería aspectos tanto físicos o corporales como psicológicos o mentales, y que en el ordenamiento jurídico español perfectamente cabría derivar del derecho al libre desarrollo de la personalidad reconocido en el art. 10.1 CE.

El demandado respeto a la “identidad de género” de las personas transexuales es, en efecto, equiparable al que se reclama para la “identidad sexual” de las personas intersexuales. Lo que supone anteponer la propia percepción que unas y otras tienen de sí mismas (su identidad, en definitiva) a la pretensión de encuadrarlas en (o, peor aún, adecuarlas a) clasificaciones rígidas supuestamente objetivas y exclusivas (sexo masculino-sexo femenino; hombre-mujer; heterosexual-homosexual-bisexual).

Los conocimientos científicos y la experiencia acumulada son ya más que suficientes como para llevarnos a admitir sin excusas que tanto las personas transexuales como las intersexuales contradicen la identificación sexo-género o el binarismo sexual (masculino-femenino)¹⁸. Y que, en consecuencia, esas singularidades deben de ser igualmente respetadas, sin que puedan ser motivo de discriminación alguna.

En definitiva, la transexualidad y la intersexualidad, pese a su cercanía, en tanto que ambas tienen que ver con una determinada forma de entender la identidad personal, son perfectamente deslindables, dado que apuntan hacia realidades diferentes. En un caso, la falta de correspondencia entre los rasgos biológicos de carácter sexual y el género sentido, lo que, de ser deseado por la propia persona, puede justificar la correspondiente intervención quirúrgica para adecuar

bien puede entenderse como macroconcepto que incorpora los índices sexo, orientación sexual, identidad de género y expresión de género”, augurando que esta será probablemente la acepción que se consolide en los próximos años.

¹⁸ En realidad, como señalaba ya hace tres décadas Andreas WACKE en su sugerente trabajo “Del hermafroditismo a la transexualidad”, ADC, XLIII, vol. 3, 1990, tal binarismo sexual, en perspectiva histórica, nunca se ha dado, ya que “[e]l hermafroditismo humano existe (...) desde que existe la humanidad”, p. 681. En esta misma línea NIETO PIÑEROBA, José Antonio: *Transexualidad, intersexualidad y dualidad de género*, Bellaterra, Barcelona, 2008, aboga idealmente por la superación del binarismo sexual, defendiendo que, mientras tanto, al menos, habría que posponer la intervención quirúrgica hasta que la persona intersexual pueda tomar su propia decisión bien informada.

aquellos rasgos físicos, en lo posible, a los que se consideran propios del género sentido. Y, en el otro, la existencia de rasgos biológicos de ambos sexos, que pueden explicar que una persona intersexual no se sienta identificada ni con el sexo masculino ni con el femenino, y, en su caso, que tampoco se sienta ni hombre ni mujer, pudiendo optar, en consecuencia, por mantener esos rasgos físicos, más aún cuando los mismos, como es habitual, no supongan ningún riesgo serio para su salud.

Con todo, pese a tales diferencias, en los últimos tiempos las reivindicaciones de las personas intersexuales han sido asumidas, en buena medida, por los colectivos y asociaciones LGTB. Más allá de que esto también sea objeto de viva discusión, básicamente, porque pueda acabar difuminando -o distorsionando- el núcleo de sus demandas, lo cierto es que nos pareció que las referidas conexiones justificaban la incorporación de un trabajo sobre intersexualidad a un libro sobre derechos de las personas LGTB. De ahí la inclusión del presente artículo en esta obra colectiva.

4. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL

Los derechos de las personas intersexuales, aunque no se encuentren mencionados como tales, sí están protegidos por el derecho internacional de los derechos humanos. A este respecto, presentan un especial interés, bajo el paraguas de la ONU, la Convención sobre los Derechos del Niño (CRC, en sus siglas en inglés); en el marco del Consejo de Europa, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH); y en el ámbito de la Unión Europea, la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Todos estos acuerdos vinculan a España. Seguidamente, haremos una breve mención a cada uno de ellos.

Pero antes merece la pena que nos detengamos un momento para hacer referencia a los llamados *Principios de Yogyakarta*¹⁹, elaborados por un grupo internacional de expertos en derechos humanos,

¹⁹ *Principios de Yogyakarta*. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género (9 de noviembre de 2006): http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_sp.pdf

reunidos en noviembre de 2006 en esta ciudad indonesia, y que, aunque no sean jurídicamente vinculantes, se han convertido en una guía muy útil para aplicar los estándares de la legislación internacional sobre derechos humanos a las personas que padecen algún tipo de discriminación como consecuencia de su orientación sexual e identidad de género. A través de estos 29 principios se identifican, por un lado, los derechos que corresponden a las personas LGTBI, y, por el otro, las “obligaciones” que incumben a los Estados para que aquellos se puedan disfrutar plenamente.

A la luz de estos principios, en relación con las personas intersexuales, podemos encontrar que, en el ámbito de su salud, les ofrece protección contra los abusos médicos el principio 18, en donde se establece el deber de los Estados de adoptar “todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar la plena protección contra prácticas médicas dañinas basadas en la orientación sexual o la identidad de género, incluso en estereotipos, ya sea derivados de la cultura o de otra fuente, en cuanto a la conducta, la apariencia física o las que se perciben como normas en cuanto al género” (A); “todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar que el cuerpo de ninguna criatura sea alterado irreversiblemente por medio de procedimientos médicos que procuren imponerle una identidad de género sin su consentimiento pleno, libre e informado, de acuerdo a su edad y madurez y guiándose por el principio de que en todas las acciones concernientes a niñas y niños se tendrá como principal consideración su interés superior” (B); y establecer “mecanismos de protección infantil encaminados a que ningún niño o niña corra el riesgo de sufrir abusos médicos o sea sometido o sometida a ellos” (C).

Sin embargo, habrá que esperar diez años para que las personas intersexuales vean plenamente reconocida su singularidad y protección en estos principios, mediante la revisión que se llevó a cabo de los mismos con el fin de incluir aquellos aspectos que, afectando también a las personas LGTBI, habían quedado, sin embargo, fuera de su contenido original, entre otros, determinadas referencias a la expresión de género y a las características sexuales. De este modo, en noviembre de 2017 se adoptaron en la ciudad suiza de Ginebra,

los *Principios de Yogyakarta plus 10*²⁰, 9 nuevos principios que vienen a complementar los 29 ya reconocidos hace diez años, así como a añadir obligaciones adicionales de los Estados en relación con algunos de estos²¹.

Entre los derechos y las consiguientes obligaciones (más bien, recomendaciones) que se establecen para los Estados en estos nuevos principios y que afectan de manera más directa a las personas intersexuales, se encuentran el derecho al reconocimiento legal, que conlleva una obligación de los Estados de dejar de registrar el sexo/género de las personas, y hasta que tal cosa suceda, el deber de facilitar un mecanismo ágil y rápido que facilite el cambio de uno/otro a instancia de la persona interesada (principio 31), así como el derecho a la integridad corporal y mental (principio 32), que incluye el rechazo de los procedimientos médicos invasivos e irreversibles que modifiquen las características sexuales de una persona sin su consentimiento previo, libre e informado, a menos que sea necesario para evitar un daño serio, urgente e irreparable para la persona concernida.

Como se señalaba *supra*, estos principios, aunque no sean vinculantes, integrando, a lo sumo, lo que podríamos entender como una especie de *soft law*, sí han ido adquiriendo un peso creciente en la interpretación y, en su caso, aprobación o modificación de normativas estatales contra la discriminación de las personas por razón de su orientación sexual, identidad de género o características sexuales. Su presentación a modo de Carta global para los derechos de las personas LGTBI+ ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, en Ginebra, el 26 de marzo de 2007, supone, indudablemente, un aval muy importante que los convierte en un parámetro muy valioso para medir el grado de respeto de los derechos de estas personas, entre los que se encuentran, sobre todo a partir de los nuevos principios

²⁰ *The Yogyakarta principles plus 10*. Additional principles and State obligations on the application of international human rights law in relation to sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics to complement the Yogyakarta Principles (As adopted on 10 November 2017), Geneva): http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2017/11/A5_yogyakartaWEB-2.pdf

²¹ Vid. BENAVENTE MOREDA, Pilar: “Identidad y contexto inmediato de la persona...”, pp. 118 ss.

acordados en 2017, los de las personas intersexuales, por parte de los Estados y Gobiernos de todo el mundo.

4.1. ONU

Según se apuntaba, en el marco de la ONU, y en relación con los menores intersexuales, presenta un gran interés la Convención sobre los Derechos del Niño (CRC). En concreto, tiene una especial relevancia el art. 3 CRC, que en su apartado 1 dispone que “[e]n 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”.

El párrafo 26 del Comentario general explicativo núm. 14 del Comité sobre lo que se entiende por “interés superior del niño” incluye dentro de las “instituciones públicas o privadas de bienestar social” a aquellas que estén relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales, como la salud, pero también las relacionadas con los derechos civiles y las libertades, como el registro de nacimiento, aplicable en los casos de niños nacidos con variaciones en las características sexuales cuyos padres se sienten presionados por la legislación nacional a la hora de registrar con celeridad el nacimiento de sus hijos asignándole un determinado sexo (masculino o femenino).

En el terreno de la salud y las intervenciones médicas, las decisiones sobre la práctica de una cirugía genital invasiva e irreversible en bebés o menores, así como el tratamiento hormonal de niños con variaciones de las características sexuales, pueden suponer una violación grave de sus derechos a la vida (art. 6 CRC), a la preservación de su identidad, en tanto que obligación de los Estados partes (art. 8.1 CRC), a expresar sus opiniones y participar en las decisiones que les afectan (art. 12 CRC) y a no ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada (art. 16 CRC), que abarca la integridad física y la autodeterminación.

Además, ese tipo de prácticas podrían suponer también una infracción del deber que incumbe a los Estados partes de “adoptar todas las medidas eficaces y apropiadas para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños” (art. 24.2 CRC).

Por último, nos podríamos plantear si esas intervenciones quirúrgicas o tratamientos hormonales a que se ven sometidos en ocasiones los niños intersexuales no suponen asimismo una violación del art. 37.a) CRC, que impone el deber de los Estados de velar por que “[n]ingún niño sea sometido a (...) tratos (...) inhuman[o]s o degradantes”²². Y, en consonancia, de haberse producido ya tales prácticas, el deber que corresponde a tales Estados partes de adoptar “todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de cualquier (...) forma de trato (...) inhumanos o degradantes”, recuperación y reintegración que habrá de llevarse a cabo “en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño” (art. 39 CRC).

En esta misma línea, el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la CRC por los Estados partes, el Comité de los Derechos del Niño, ha considerado en diversas ocasiones que las intervenciones quirúrgicas y hormonales invasivas e irreversibles, no de emergencia, en niños intersexuales sin consentimiento son dañinas y violan los derechos del niño²³. En concreto, en sus observaciones finales sobre Suiza en 2015 y sobre Francia e Irlanda en 2016, el Comité manifestó su preocupación por la práctica rutinaria de estas cirugías médicamente innecesarias y de otros tratamientos en niños

²² Ya en 2008 el Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Manfred Nowak, declaró que: “Mientras que un tratamiento médico plenamente justificado puede provocar dolores o sufrimientos graves, los tratamientos médicos de carácter alterador e irreversible, en caso de que carezcan de finalidad terapéutica o traten de corregir o aliviar una discapacidad pueden constituir tortura y malos tratos si se aplican o administran sin el consentimiento libre e informado del paciente” [A/63/175 (28 de julio de 2008), párrafo 47]. Tres años más tarde, en 2011, el Comité contra la Tortura de la ONU, en su Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención (Observaciones finales del Comité contra la Tortura), en su revisión de Alemania, abordó específicamente este tema en el contexto de las cirugías sobre personas intersexuales e hizo varias recomendaciones con respecto al consentimiento informado, la reparación y la compensación por dichos tratamientos médicos [CATCAT/C/DEU/CO/5, párrafo 20].

²³ Así, por ejemplo, en relación con Suiza (CRC/C/CHE/CO/2-4), Chile (CRC/C/CHL/CO/4-5), Irlanda (CRC/C/IRL/CO/3-4), Francia (CRC/C/FRA/CO/5), Reino Unido (CRC/C/GBR/CO/5), Nepal (CRC/C/NPL/CO/3-5), Sudáfrica (CRC/C/ZAF/CO/2) o Nueva Zelanda (CRC/C/NZL/CO/5).

intersexuales que pueden ser irreversibles, recomendando a los Estados que desarrollen e implementen un protocolo de atención médica basado en los derechos de los niños intersexuales, que garantice su integridad corporal y su autonomía.

Ya en 2009 el Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la salud había declarado que “[l]os proveedores de atención médica deberían esforzarse por posponer las intervenciones invasivas e irreversibles que no sean de emergencia hasta que el niño esté lo suficientemente maduro como para proporcionar consentimiento informado”, destacando en nota a pie de página que “esto es particularmente problemático en el caso de cirugía de genitales intersexuales, al ser un procedimiento doloroso y de alto riesgo sin beneficios médicos comprobados”²⁴, remitiéndose a tal efecto a lo fallado por la Corte Constitucional colombiana en sus Sentencias SU-337/99 y T-551/99²⁵.

4.2. Consejo de Europa

En el ámbito del Consejo Europa merece una atención especial la Resolución 2191 (2017) de la Asamblea Parlamentaria, adoptada en

²⁴ A/64/272, 2009: ‘Right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health’ (párrafo 49, nota al pie de página núm. 67). Se puede consultar en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/450/88/PDF/N0945088.pdf?OpenElement>.

²⁵ En la primera de estas sentencias (<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/su337-99.htm>), la Corte Constitucional colombiana sostiene que la intervención quirúrgica de una niña intersexual (“seudohermafroditismo masculino”), a la luz del art. 16 de la Constitución Política de Colombia (CPC), que garantiza el derecho al libre desarrollo de la personalidad, queda supeditada a que la menor preste su consentimiento informado, una vez que esta adquiera consciencia de su identidad de género. La Corte fundamenta su fallo en la protección del derecho a la identidad sexual, al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad de la menor (arts. 1, 5, 13 y 16 CPC).

En la segunda sentencia (<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/t-551-99.htm>), la Corte insiste en que el consentimiento (sustitutorio de los padres o del propio menor, según su grado de madurez) ha de ser no solo informado, sino también “cualificado y persistente”.

Vid. también las ulteriores sentencias de la propia Corte Constitucional colombiana: T-692/1999; T-850/2000; T-1390/2000 y T-1025/2002.

Véase al respecto, BENAVENTE MOREDA, Pilar: “Identidad y contexto inmedia-to de la persona...”, pp. 124 ss.

el debate que tuvo lugar el 12 de octubre de 2017, bajo el título “Promoting the human rights of and eliminating discrimination against intersex people”²⁶, que parte del informe del Comité de igualdad y no discriminación (Doc. 14404, de 25 de septiembre de 2017), presentado por el relator Piet De Bruyn²⁷.

En esta resolución, la Asamblea Parlamentaria parte del reconocimiento de que “las personas intersexuales nacen con características sexuales biológicas que no se ajustan a las normas sociales o definiciones médicas sobre lo que hace a una persona masculina o femenina”. Asimismo, destaca que las personas intersexuales, pese a encontrarse, por regla general, físicamente sanas, sin que sus características corporales constituyan un riesgo para su salud, durante mucho tiempo, sin embargo, han sido tratadas médicamente, esto es, como si fuesen enfermas, procurando adecuar los cuerpos de los niños al paradigma masculino o femenino, muchas veces, a través de la cirugía o de los tratamientos hormonales, educando después a esos niños de acuerdo con el género correspondiente al sexo que se les ha asignado.

Este enfoque es considerado por la Asamblea Parlamentaria una grave violación de la integridad física que afecta, en muchos casos, a niños o menores incapaces de prestar su consentimiento y cuya identidad de género (y sexual) es desconocida, sobre todo, cuando dichos tratamientos carecen de un verdadero propósito terapéutico, en la medida en que, más bien, lo que tratan es de minimizar determinados problemas sociales (falta de aceptación, rechazo, estigmatización, discriminación, etc.). Además, muchos padres se ven fuertemente presionados para tomar una decisión, con suma rapidez y sin información suficiente, sobre qué hacer con sus hijos recién nacidos con tales características.

De ahí que la Asamblea ponga el énfasis en la necesidad de asegurar que la ley no cree o perpetúe determinadas barreras que dificultan la igualdad de las personas intersexuales, garantizando que aquellas que no se identifiquen como pertenecientes al sexo masculino o fe-

²⁶ Se puede consultar en: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=24232&>

²⁷ Disponible en: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-en.asp?FileID=24027&lang=en>

menino puedan tener acceso al reconocimiento legal de su identidad de género. Asimismo, debería permitírseles rectificar fácilmente aquel sexo con el que se les haya registrado de manera errónea al nacer, tomando como criterio únicamente la propia identidad, tal y como se acordó ya en relación con las personas transexuales en la Resolución 2048 (2015) de la Asamblea Parlamentaria sobre discriminación contra personas transgénero en Europa.

En atención a tales consideraciones, la Asamblea Parlamentaria entiende que en este terreno se pueden ver afectados distintos preceptos del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH), especialmente, los artículos 3 y 8: prohibición de tortura y de penas o tratos inhumanos o degradantes y derecho al respeto a la vida privada, respectivamente.

A la luz de todo lo anterior, y teniendo en cuenta las disposiciones de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano, en relación con el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (el llamado “Convenio de Oviedo”), así como las relevantes recomendaciones formuladas por la propia Asamblea Parlamentaria en su Resolución 1952 (2013) sobre el derecho de los niños a la integridad física, sin olvidar las realizadas por el Comisionado de Derechos Humanos del Consejo de Europa y por diversos organismos internacionales en el marco de las Naciones Unidas, la Asamblea solicita a los Estados miembros del Consejo de Europa que adopten una serie de medidas para garantizar la protección efectiva del derecho de los niños a la integridad física y a la autonomía corporal, y para empoderar a las personas intersexuales en lo que respecta a estos derechos, como, por ejemplo, la prohibición de la cirugía de “normalización” sexual innecesaria desde el punto de vista médico²⁸, la esterilización y otros tratamientos practicados en niños intersexuales sin su consentimiento informado; la garantía de que, excepto en los casos en que la vida

²⁸ De conformidad con el art. 6.1 del Convenio de Oviedo, “sólo podrá efectuarse una intervención a una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento cuando redunde en su beneficio directo”, lo que “cuestionaría que tengan cabida operaciones consideradas, en puridad, cosméticas”. Vid. LAUROBA LACASA, Elena: “Las personas intersexuales...”, p. 29.

del niño esté en riesgo inmediato, cualquier tratamiento que busque alterar las características sexuales del niño, incluidas sus gónadas, genitales u órganos sexuales internos, se aplaza hasta que el niño pueda participar en la toma de la decisión, basada en el derecho a la libre determinación y en el principio del consentimiento libre e informado; la prestación de apoyo psicológico a las personas intersexuales y a sus familias; etc.

Igualmente interesantes son las medidas propuestas en relación con el estado civil y el reconocimiento legal de género. La Asamblea solicita a los Estados que las leyes y prácticas que regulan el registro de nacimientos, en particular en lo que respecta a la inscripción del sexo de un recién nacido, respeten debidamente el derecho a la vida privada, siendo suficientemente flexibles para afrontar la situación de los niños intersexuales, sin obligar a los padres o profesionales médicos a revelar tal condición; o que simplifiquen los procedimientos legales de reconocimiento de género de acuerdo con las recomendaciones adoptadas por la Asamblea en la Resolución 2048 (2015), garantizando, en particular, que estos procedimientos sean rápidos, transparentes y accesibles para todos y se basen en la autodeterminación personal; o que aseguren que, siempre que las autoridades públicas utilicen las clasificaciones de género, se dispone de una gama de opciones para todas las personas, incluidas las personas intersexuales que no se identifican como pertenecientes al sexo masculino o femenino; o que valoren la posibilidad de hacer que el registro de sexo en los certificados de nacimiento y otros documentos de identidad sea opcional para todos; o que garanticen que, de conformidad con el derecho al respeto de la vida privada, no se impida a las personas intersexuales formar parte de -o permanecer en- una sociedad civil o matrimonio, como consecuencia del reconocimiento legal de su género; o, en fin, que realicen una investigación sobre el daño causado por los tratamientos de “normalización” sexual invasivos y/o irreversibles practicados en individuos sin su consentimiento y valoren la posibilidad de otorgarles una compensación a quienes hayan sufrido algún daño como consecuencia de los mismos.

Aunque se trata de una Resolución sin carácter vinculante, supone, sin embargo, por el prestigio de la autoridad internacional de que procede, el Consejo de Europa, un paso decisivo a favor del reconocimiento de la identidad de las personas intersexuales y sus derechos.

Como apuntó la Asamblea Parlamentaria en esta Resolución 2191 (2017), los derechos del CEDH que se ven cuestionados en el ámbito de las intervenciones médicas de carácter hormonal y, sobre todo, quirúrgico, de las personas intersexuales, son fundamentalmente los comprendidos en los arts. 3 (prohibición de tortura y de penas o tratos inhumanos o degradantes) y 8 (derecho al respeto a la vida privada).

En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) ha destacado que dentro de la esfera personal protegida por este último precepto se encuentran incluidos elementos tales como la identificación de género, el nombre, la orientación sexual y la vida sexual²⁹, o que el derecho a la identidad sexual y el libre desarrollo de la persona son aspectos fundamentales en el derecho al respeto de la vida privada³⁰.

En definitiva, parece incuestionable que en los Estados partes del Consejo de Europa, vinculados a lo dispuesto en el CEDH, los derechos de las personas intersexuales, entre los que se encuentran el derecho a la identidad sexual, a no sufrir discriminación alguna por razón de la misma, y a no padecer intervenciones quirúrgicas o tratamientos hormonales innecesarios desde el punto de vista médico, porque no esté en riesgo la salud del afectado, tal y como vienen siendo entendidos e interpretados por la Asamblea Parlamentaria y la jurisprudencia del TEDH, se encuentran suficientemente protegidos, incumbiendo a los Estados partes la garantía de su respeto.

4.3. Unión Europea

Sin perjuicio de que las instituciones europeas hubieran aprobado ya diversas resoluciones y recomendaciones para combatir distintos tipos de discriminación contras las personas LGTB³¹, en relación con

²⁹ Vid., entre otras, las SSTEDH de 12 de junio de 2003, caso Van Kück v. Germany (núm. 35968/97); y de 6 de abril de 2017, caso A. P., Garçon et Nicot c. France (núms. 79885/12, 52471/13 y 52596/13).

³⁰ Vid. STEDH de 10 de marzo de 2015, caso Y.Y. v. Turkey (núm. 14793/08).

³¹ Según recuerda LAUROBA LACASA, Elena: “Las personas intersexuales...”, pp. 41-42, la UE, “[d]esde la voluntad de erradicar la discriminación entre hombres y mujeres, y contra transexuales, aprueba la Recomendación CM/Rec (2010) del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género; las

las personas intersexuales merece ser destacado el informe de 2011 (publicado en 2012), “Trans and intersex people. Discrimination on the grounds of sex, gender identity and gender expression”, elaborado por Silvan Agius y Christa Tobles, y preparado y financiado por la Dirección General de Justicia de la Comisión Europea³².

En él se realiza una clara diferenciación entre las personas transsexuales e intersexuales, constatando que las acciones antidiscriminatorias, en el caso de las primeras, han de centrarse en la identidad de género, mientras que en el caso de las segundas, la discriminación de que son objeto es una “forma particularmente compleja de discriminación sexual”, p. 7, índice este que se corresponde con el que defienden mayoritariamente las asociaciones intersexuales como óptimo para el ejercicio de acciones antidiscriminatorias (nota al pie de página núm. 86).

En este informe se contienen asimismo interesantes observaciones sobre la medicalización y patologización de los cuerpos intersexuales al entender que padecen un DSD. Especialmente interesante es el apartado final (VII), dedicado exclusivamente a analizar la discriminación de que son objeto las personas intersexuales, poniendo el énfasis en su derecho a la integridad corporal.

Igualmente reseñable a los efectos que aquí interesan es el informe de 2015 (Focus 04/2015) de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a que ya hicimos referencia *supra*: “The fundamental rights situation of intersex people”. En este documento se lleva a cabo un análisis de cuál es la situación legal en que se encuentran las personas intersexuales desde una perspectiva de derechos fundamentales, dejando constancia, entre otras cosas, de que aún existen muchos Estados miembros de la UE en los que se exige

resoluciones del Parlamento Europeo de 8 de febrero de 1994, de 18 de enero de 2006 y de 24 de mayo de 2012, relativas a la igualdad de derechos de lesbianas y gays y a la lucha contra la discriminación y la homofobia; la resolución del Parlamento Europeo, de 4 de febrero de 2014, sobre la hoja de ruta de la UE contra la homofobia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género o la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación”.

³² Se puede consultar en: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/9b338479-c1b5-4d88-a1f8-a248a19466f1>

legalmente que los nacimientos estén certificados y los nacidos sean registrados como hombres o mujeres. Además, en al menos 21 de ellos los niños intersexuales son sometidos a cirugías de “normalización” del sexo, pudiendo en 8 un representante legal dar su consentimiento para aquellas intervenciones médicas de “normalización” sexual con independencia de cuál sea la capacidad del niño para decidir. En otros 18 Estados se requiere el consentimiento del paciente siempre que el niño tenga la capacidad de decidir. Finalmente, se deja asimismo constancia de que la discriminación de las personas intersexuales se corresponde más bien con la discriminación sexual que con aquella otra basada en la orientación sexual y/o la identidad de género, en la medida en que la misma concierne a características (sexuales) físicas.

Y se llega a las siguientes conclusiones: Mejorar la información de los profesionales legales y médicos sobre los derechos fundamentales de las personas intersexuales, especialmente los niños; mejorar los marcadores de género en los documentos de identidad y registros de nacimiento para proteger mejor a las personas intersexuales; y evitar los tratamientos médicos no consentidos de “normalización sexual” en las personas intersexuales.

Más allá de estos importantes documentos, sin carácter vinculante, el texto jurídico fundamental de la UE en materia de derechos humanos es la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que es derecho vigente en todos los Estados miembros de la misma. Aunque en ella no haya ninguna referencia explícita a las personas intersexuales, su dignidad, como la de cualquier otra persona, indudablemente, es inviolable y merecedora de respeto y protección, según dispone el art. 1 CDFUE. Además, también se encontrarían protegidas por el derecho a la integridad física y psíquica (art. 3.1 CDFUE), debiéndose respetar, en particular, en el marco de la medicina, “el consentimiento libre e informado” (art. 3.2 CDFUE). De igual modo, las personas intersexuales disfrutan del derecho a una vida privada, de acuerdo con el art. 7 CDFUE. De aquí cabría derivar que aquella que presente características sexuales diferentes de las más comunes tiene también derecho a la integridad física y la vida privada, debiendo la ley afirmar positivamente su sexo, reconociendo, además, la posibilidad de modificarlo registralmente cuando no se encuentre en sintonía con el que les fue asignado al nacer.

Asimismo, y por lo que se refiere a los niños, los mismos tienen reconocido el derecho a expresar sus puntos de vista libremente y a que sus opiniones sean tomadas en consideración en aquellos asuntos que les conciernan directamente de acuerdo con su edad y madurez (art. 24 CDFUE), lo que ha de ser tenido especialmente en cuenta en el terreno de las intervenciones quirúrgicas de asignación de sexo de los menores intersexuales.

Finalmente, de conformidad con el apartado 1 del art. 21 CDFUE, queda prohibida “toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, (...) características genéticas (...) u orientación sexual”, de modo que parece asimismo incuestionable que, en razón de estos criterios, y muy particularmente el relativo al “sexo”, tampoco cabe establecer ningún tipo de discriminación de las personas intersexuales en el ámbito de la UE, en áreas como, por ejemplo el empleo, el acceso a bienes y servicios y la libertad de movimiento, en donde la UE es competente.

4.4. Conclusión provisional

Como hemos podido comprobar con este breve (y no exhaustivo) repaso de algunos instrumentos internacionales y europeos sobre derechos humanos, los derechos de las personas intersexuales, de manera más o menos explícita, también encuentran en ellos reconocimiento y protección. Aunque todavía queda mucho por avanzar en este sentido, se puede sostener con buenos fundamentos que los tratados de derechos humanos, en efecto, ofrecen a las personas intersexuales garantías contra la discriminación y las violaciones de sus derechos a la integridad corporal, a una vida privada, al más alto nivel posible de salud, a la autodeterminación y al reconocimiento legal de su identidad sexual. Veremos a continuación si estos estándares internacionales son respetados por el legislador español.

5. MARCO JURÍDICO ESPAÑOL

En el ordenamiento jurídico español, por el momento, más allá de algunas menciones muy limitadas en alguna normativa autonómica, no se ha abordado de manera directa la regulación de la situación en

que se encuentran las personas intersexuales. Existe, digámoslo así, una especie de ignorancia, intencionada o no, pero, en todo caso, cada vez menos justificable, de ciertos problemas que atañen de manera seria a este colectivo, en tanto que están en juego bienes y derechos tan básicos como, en primer lugar, el elemental reconocimiento de su existencia singular o, lo que a estos efectos viene a ser lo mismo, la aceptación y reconocimiento de su identidad sexual, de difícil (o imposible) reconducción al cuestionado binarismo, que solo reconoce la existencia de sexos masculino y femenino. También se encuentran directamente afectados sus derechos a la integridad física o a la salud, así como a no ser discriminados por razón de sexo.

Este silencio del ordenamiento jurídico español no nos impide, sin embargo, llevar a cabo una labor de prospección de ciertos derechos de rango fundamental, y otros reconocidos por el legislador, estatal o autonómico, que, sin excesivas dificultades podrían ser igualmente de aplicación a las personas intersexuales, más aún cuando, como hemos visto, en la normativa internacional sobre derechos humanos, a la que se abre hermenéuticamente nuestro ordenamiento por la vía del art. 10.2 CE, hemos podido también encontrar rastros y huellas crecientes de una sensibilidad cada vez más desarrollada hacia la situación en que se hallan estas personas, y que merece una respuesta que les evite los muchos sufrimientos y padecimientos a que todavía hoy se ven sometidas.

Dadas las características de este trabajo, y sus limitaciones espaciales, no me podré detener a estudiar con detalle cuáles son esos derechos, facultades y/o normas. Por el contrario, me limitaré prácticamente a enunciarlos, con el único, pero -espero que- no intrascendental propósito de dejar constancia de la existencia de una realidad (la de las personas intersexuales) que merece ser atendida desde este mismo instante con las herramientas normativas (y jurisprudenciales) de que disponemos, y en un futuro, de mejor modo, mediante la aprobación de la legislación que se precise a tal efecto.

5.1. Constitución

Aunque el derecho a la protección de la salud, reconocido en el art. 43 CE, merecería un análisis detenido, en la medida en que en España aún hay personas intersexuales que, según hemos visto, son

sometidas a cirugías de “asignación de sexo” (menores o, más bien, recién nacidos, en su mayoría), y a procedimientos de hormonación que inevitablemente afectan a su salud, dado que tal derecho, jurídico-constitucionalmente, no goza del rango de fundamental, estando sujeto, en buena medida, a lo que el legislador disponga, en este punto centraremos el grueso del análisis en otros bienes o derechos que o bien sirven de fundamento del orden político y de la paz social, o bien ostentan directamente el rango de fundamentales, con todas las garantías adicionales que ello supone. En todo caso, será inevitable más adelante, al hacer referencia a la legislación estatal, volver a mencionar la necesidad de proteger debidamente este derecho a la salud de las personas intersexuales.

5.1.1. Dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)

Sobre lo que sea la dignidad humana, más allá del concreto contenido de los derechos fundamentales y demás bienes constitucionalmente reconocidos, se ha debatido largo y tendido, sin que haya sido posible llegar a un acuerdo generalmente aceptado. No obstante, sí suele admitirse que una de las manifestaciones de esa dignidad humana pasa por tratar a toda persona como un fin en sí mismo, y no como un mero medio o instrumento para conseguir otro fin. De igual modo, tampoco sería conforme a la dignidad humana la cosificación de una persona, lo que, entre otras cosas, repugnaría la idea de introducir a la misma en el tráfico comercial (*res extra commercium*). El Tribunal Constitucional español, a tal efecto, expresamente ha señalado que el respeto a la dignidad humana conlleva la prohibición de instrumentalizar a una persona³³, o considerarla como un objeto de mercado; prohibición esta última que se extiende al cuerpo y al material biológico humano³⁴.

A mayor abundamiento, el propio Tribunal ha reconocido que en la concreción del principio de dignidad humana la radical igualdad de todas las personas no es óbice para que puedan ser tenidas singular-

³³ STC 53/1985, de 11 de abril (FJ 11).

³⁴ SSTC 212/1996, de 19 de diciembre, y 166/1999, de 27 de septiembre.

mente en cuenta determinadas circunstancias³⁵, entre las que cabría entender que la identidad sexual es una de ellas. De manera más concreta, en el ámbito de los derechos (y prohibiciones) contenidos en el art. 15 CE, el Tribunal ha entendido que “la dignidad de la persona constituye una cualidad ínsita a la misma (...) a la que se contraponen frontal y radicalmente los comportamientos prohibidos” por ese precepto, “bien porque cosifican al individuo, rebajándolo a un nivel material o animal, bien porque lo mediatizan o instrumentalizan, olvidándose de que toda persona es un fin en sí mismo”³⁶.

Desde otra perspectiva, la dignidad, en tanto que cualidad espiritual inherente al ser humano, demanda que cada persona pueda tomar decisiones, de manera autónoma, consciente y responsable, sobre su propia vida, que merecen el respeto de los demás³⁷. Su conexión con el libre desarrollo de la personalidad es, por tanto, muy estrecha³⁸, lo que quizás explique que ambas encuentren reconocimiento en el mismo precepto constitucional (art. 10.1 CE).

Si bien es cierto que este entendimiento material de la dignidad humana resulta un tanto “vaporoso”, y que, como se ha denunciado ya, conlleva el riesgo de que, por esa misma indefinición, pueda dar lugar a un uso desmedido, en uno u otro sentido, por parte de los aplicadores del Derecho³⁹, lo cierto es que el mismo apunta a una idea esencial, a saber, que una persona no puede desarrollar una vida digna si no se le reconoce un amplio haz de facultades para tomar decisiones autónomas sobre su propia vida, entre las que cabría encuadrar aquellas que tienen que ver con la integridad física o corporal y con la

³⁵ STC 53/1985, de 11 de abril.

³⁶ STC 181/2004, de 2 de noviembre (FJ 13).

³⁷ O, en palabras de Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María: *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas-Thomson-Reuters, Madrid, 2013, “cada persona puede y debe trazar por sí misma su propio proyecto vital, sin que el Estado deba interferirse salvo para salvaguardar los derechos similares de los demás”.

³⁸ Vid. BILBAO UBILLOS, Juan María: “Artículo 10.1”, en Pérez Tremps, P./Saiz Arnaiz, A. (dirs.), *Comentario a la Constitución Española*. 40 Aniversario 1978-2018, Libro Homenaje a Luis López Guerra, Tomo I (Preámbulo a artículo 96), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 266.

³⁹ Vid. JIMÉNEZ CAMPO, Javier: “Artículo 10.1”, en Casas Baamonde, M^a. E./Rodríguez Piñero, M. (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*. XXX Aniversario, Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pp. 178 ss.

propia percepción que esa persona tiene sobre su identidad sexual. Lo que inevitablemente nos conduce a asumir y respetar a aquellas personas, con determinadas características sexuales, que no se identifican ni con el sexo masculino ni con el femenino. Y, a mayor abundamiento, nos conduce también a hacer la reflexión de si el poder público no debería arbitrar una solución para que dichas personas, a efectos registrales, documentales, etc., puedan ver reconocida con plenitud de derechos esa identidad sexual.

El Tribunal Constitucional, en diferentes ocasiones, ha reconocido también la estrecha relación que existe entre la dignidad humana y los derechos a la integridad física y moral⁴⁰, por un lado, y la prohibición de tortura y tratos inhumanos o degradantes⁴¹, por el otro. Y aunque tales vinculaciones, en estos contextos, no se hayan predicado nunca respecto de la situación en que se encuentra una persona intersexual (que puede ser sometida, a muy temprana edad, a intervenciones quirúrgicas que conlleven amputación o grave afectación de determinados órganos sexuales), conviene no perder de vista que ese paso argumentativo, cuando llegue el momento, se podría dar sin demasiadas dificultades a partir de la jurisprudencia actualmente existente, que busca proteger, con todas las garantías posibles, a una persona frente a aquel tipo de prácticas que pueden considerarse atentatorias contra su integridad física, como veremos más adelante.

En el ámbito del derecho antidiscriminatorio la apelación a la dignidad humana también ha sido frecuente. Singularmente, en relación con el sexo, el Tribunal ha sostenido que “la conducta discriminatoria se cualifica por el resultado peyorativo para la mujer que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, dado su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano”⁴². Pues bien, salvando las distancias, me parece que esta misma argumentación se podría predicar respecto de aquellas personas que, a causa de sus singulares características sexuales, no se ajustan al binarismo “sexo masculino - sexo femenino”.

⁴⁰ STC 150/2011, de 29 de septiembre.

⁴¹ STC 181/2004, de 2 de noviembre.

⁴² STC 66/2014, de 5 de mayo (FJ 2). Vid. también SSTC 214/2006, de 3 de julio, FJ 3; 324/2006, de 20 de noviembre, FJ 4; y 3/2007, de 15 de enero, FJ 2.

Por su parte, el “libre desarrollo de la personalidad” a que antes nos referíamos, pese a que no sea un derecho fundamental, sino, más bien, una manifestación del “principio general de libertad” del art. 1.1 CE⁴³, también ha servido de apoyo al Tribunal Constitucional para tomar importantes decisiones sobre la licitud, o no, de determinadas intervenciones corporales en las que no se cuente con el consentimiento libre e informado del afectado. Es célebre, en este sentido, la Sentencia de 1990 sobre la huelga de hambre de los presos del GRAPO, en la que el Tribunal vino a reconocer que la libertad de autodeterminación personal (trasunto del libre desarrollo de la personalidad) comprende la posibilidad de rechazar la asistencia médica o cualquier tratamiento terapéutico forzosos⁴⁴.

Por último, especial interés a los efectos de este trabajo tiene la Sentencia 215/1994, en la que el Tribunal fundamentó su rechazo a la esterilización forzosa de las personas incapaces mediante la apelación, precisamente, al libre desarrollo de la personalidad, en la medida en que tales intervenciones quirúrgicas practicadas sobre su cuerpo sin su consentimiento, conllevaban una ablación de sus potencialidades genéticas e impedían, por tanto, el ejercicio de su libertad de procreación⁴⁵. Como se habrá adivinado ya, estas razones fácilmente son extrapolables al ámbito de las personas intersexuales con el fin de defender la prohibición de aquellas intervenciones quirúrgicas que no estén justificadas en estrictas razones de salud.

Si -como afirma el Tribunal- “[p]royectada sobre los derechos individuales, la regla del art. 10.1 C.E. implica que, en cuanto ‘valor espiritual y moral inherente a la persona’ (STC 53/1985, fundamento jurídico 8.º), la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre (...), constituyendo, en consecuencia, un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona”⁴⁶, cabría finalmente preguntarse si no es hora ya de cons-

⁴³ STC 83/1984, de 24 de julio (FJ 3).

⁴⁴ STC 120/1990, de 27 de junio (FJ 8).

⁴⁵ STC 215/1994, de 14 de julio (FJ 4).

⁴⁶ STC 120/1990, de 27 de junio (FJ 5).

truir un estatuto jurídico de las personas intersexuales que partiendo del respeto a sus singularidades (cromosómicas, gonadales y/o genitales) asegure su dignidad frente a intervenciones (quirúrgicas), tratamientos médicos o rigídicos (registrales o documentales) que la ponen seriamente en entredicho.

5.1.2. Igualdad y prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE)

Como es de sobra conocido, el art 14 CE garantiza el derecho fundamental de todos los ciudadanos a ser iguales ante la ley, o, por extensión, el derecho fundamental de cada persona a ser tratada por los poderes públicos de manera igual que cualquier otra persona que se encuentre en una situación o posición equivalente, de forma que solo será jurídico-constitucionalmente aceptable aquella diferencia de trato que tenga una justificación objetiva, proporcionada y razonable, respecto de la finalidad de la norma, considerándose cualquiera otra que carezca de esta justificación una discriminación prohibida por este mismo precepto⁴⁷, por ser también contraria la dignidad humana (art. 10.1 CE), así como al valor superior del ordenamiento jurídico “igualdad” (art. 1.2 CE), y al mandato dirigido a los poderes públicos para que promueva las condiciones a fin de que aquella igualdad (formal) del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9.2 CE).

La justificación del establecimiento de dicha diferencia de trato estará sometida a un juicio de igualdad especialmente riguroso y estricto cuando la misma se base en alguno de los rasgos mencionados en el propio art. 14 CE. Son estos los conocidos como “rasgos sospechosos”, entre los que se encuentra expresamente mencionado el “sexo”⁴⁸, pero dentro de los cuales también cabría incluir la identidad

⁴⁷ Vid. GIMÉNEZ GLUCK, David: “Artículo 14”, en Pérez Tremps, P./Saiz Arnaiz, A. (dirs.), *Comentario a la Constitución Española*. 40 Aniversario 1978-2018, Libro Homenaje a Luis López Guerra, Tomo I (Preámbulo a artículo 96), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 341 ss.

⁴⁸ La jurisprudencia constitucional basada en este rasgo (sexo) es muy abundante. Valgan por todas las SSTC 59/2008, de 14 de mayo (FJ 5); y 200/2001, de 4 de octubre (FJ 4).

sexual, dada la cláusula de apertura final de este precepto a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

A partir de esta simple constatación, podríamos preguntarnos si en el terreno de los tratamientos médicos (y, en especial, de las intervenciones quirúrgicas) y del reconocimiento registral o documental no se está produciendo una discriminación por razón de identidad sexual. En el primer caso, porque hay menores que son sometidos a operaciones con el fin de adecuar su morfología sexual a uno de los sexos al uso, el masculino o el femenino, sin que existan motivos de salud que lo aconsejen; y, en el segundo, directamente porque se les niega el reconocimiento a las personas que no se identifican con alguno de esos sexos.

Merece también la pena traer a colación lo que sucede en el ámbito educativo con la segregación sexual en los centros docentes privados concertados, reconocida en el art. 84.3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE), y la disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE), y avalada por el Tribunal Constitucional en sentencias recientes⁴⁹.

Como ha señalado con todo acierto el magistrado José Antonio Xiol Ríos en sus votos particulares a dichas resoluciones, esa normativa estatal “implica una situación intrínsecamente sospechosa de discriminación por razón de sexo y de identidad sexual”, entre otras cosas, porque “la segregación sexual binaria excluye con carácter absoluto a las personas intersexuales del ámbito educativo”⁵⁰.

Según Xiol Ríos, “[l]a segregación sexual (...) [a]l tomar como presupuesto el sexo desde una perspectiva binaria hombre-mujer, incide en un (...) motivo de discriminación vinculado a la identidad sexual”. En su opinión, en este tipo de razonamientos se parte de un prejuicio a combatir: “la percepción de que solo existen dos únicos

⁴⁹ SSTC 74/2018, de 5 de julio; 67/2018, de 21 de junio; 66/2018, de 21 de junio; 53/2018, de 24 de mayo; 49/2018, de 10 de mayo; y 31/2018, de 10 de abril.

⁵⁰ Voto particular que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la STC 74/2018, de 5 de julio, que reproduce íntegramente el formulado a la STC 31/2018, de 10 de abril, y, por remisión a este, en los formulados a las SSTC 49/2018, de 10 de mayo, 53/2018, de 24 de mayo, 66/2018, de 21 de junio y 67/2018, de 21 de junio.

sexos y de que todo individuo ha de tener encaje en uno de ellos”, lo que le lleva a sostener que “[c]ualquier normativa basada en el prejuicio de la dualidad sexual provoca un inmediato efecto de exclusión total de aquellas personas, como los intersexuales, que no pueden ser identificadas con ninguno de estos dos sexos, provocando con ello una nueva forma de discriminación, en este caso no por segregación, sino por exclusión”.

Su conclusión, expuesta con toda crudeza, no puede sino ser compartida aquí: “No puedo imaginar la violencia institucional y el sentido de desolación y abandono que para estas personas implica ser radicalmente negados por el ordenamiento jurídico y que se les imponga una identidad sexual que ni tienen ni sienten necesariamente como propia a modo de ficción legal para que puedan ser integrados socialmente. Esta consideración y mi profundo convencimiento de la necesidad de respetar la diversidad como fundamento de una sociedad democrática es otro de los elementos que me lleva a afirmar ya no solo el carácter intrínsecamente sospechoso de discriminación por razón de sexo de la segregación sexual binaria sino, directamente, su carácter discriminatorio por razón de identidad sexual respecto de los intersexuales por representar su forma más extrema y por ello nunca justificable: su negación y exclusión radical”.

Para finalizar este epígrafe, me gustaría también compartir el optimismo con el que concluye este voto particular el magistrado Xiol, que está llamado a convertirse en un referente constitucional en nuestro país en la defensa de los derechos de las personas intersexuales: “Algún día, espero no muy lejano, sueño tener la posibilidad de celebrar que la sociedad se ha elevado y trascendido a cualquier tipo de segregación sexual. Mientras tanto, parafraseando al Juez Harlan en su Voto particular a la *Sentencia Plessy v. Ferguson* (1896) 163 US 53 hace más de 120 años —demasiado tiempo para lo poco que parece que se ha avanzado en algunos temas— solo me resta decir: cuando están en juego los derechos fundamentales de los ciudadanos, niego categóricamente a los legisladores o a los jueces la posibilidad de fijarse en su sexo o identidad sexual”. Porque -cabría añadir- de hacerlo estarían provocando una vulneración intolerable del derecho a la igualdad y de la prohibición de discriminación contenidos en el art. 14 CE.

5.1.3. Derecho a la integridad física y moral y prohibición de tratos inhumanos y degradantes (art. 15 CE)

El art. 15 CE reconoce el derecho de todos “a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

En concreto, “mediante el derecho a la integridad física lo que se protege es el derecho de la persona a la incolumidad corporal, esto es, su derecho a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento”⁵¹. En este sentido, y por lo que se refiere a las personas intersexuales, las principales dudas se plantean en relación con las intervenciones forzosas que algunas de ellas padecen sobre su propio cuerpo (en particular, los menores que son sometidos a cirugías de “asignación” sexual, sin que puedan manifestar su consentimiento al respecto). Tales intervenciones, más allá de que puedan poner en riesgo su derecho a la intimidad, conllevan, sin duda, una afectación de su derecho a la integridad física, que para no ser lesiva del mismo, exige reunir -según la jurisprudencia constitucional- los siguientes requisitos⁵²: 1º) Respeto a la dignidad humana (art. 10.1 CE), lo que conlleva la prohibición absoluta de tratos inhumanos o degradantes (art. 15.1 CE), de modo que se considerará “ilegítima toda intervención que sea grave o intensa”⁵³ (...) o que se intente imponer por la fuerza física”. Además, ninguna intervención puede suponer un riesgo o quebranto para la salud⁵⁴. 2º) Existencia de un interés o exigencia constitucionales que justifiquen (directa o indirectamente) dicha intervención. 3º) Previsión legal de la medida. 4º) Resolución judicial, si bien se puede prescindir de este requisito, sobre todo, cuando tales intervenciones son leves (y sin perjuicio de que las mismas puedan ser sometidas a control judicial ulterior). 5º)

⁵¹ STC 207/1996, de 16 de diciembre (FJ 2).

⁵² Tal y como los ha sistematizado REY MARTÍNEZ, Fernando: “Artículo 15”, en Pérez Tremps, P./Saiz Arnaiz, A. (dirs.), *Comentario a la Constitución Española*. 40 Aniversario 1978-2018, Libro Homenaje a Luis López Guerra, Tomo I (Preámbulo a artículo 96), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 365 ss.

⁵³ STC 207/1996, de 16 de diciembre.

⁵⁴ SSTC 7/1994, de 17 de enero; y 207/1996, de 16 de diciembre.

Justificación por parte del órgano judicial de la proporcionalidad de la medida limitativa del derecho fundamental afectado⁵⁵.

A la luz de estos requisitos, no parece que las intervenciones de “asignación” de sexo practicadas en menores que no tienen ningún problema de salud cumplan con (todos) ellos, por lo que podrían ser consideradas ilegítimas. Algo similar puede decirse en relación con los tratamientos hormonales, que, cuando menos, pueden conllevar también un quebranto de la salud de la persona afectada.

Sin embargo, en atención asimismo a la jurisprudencia constitucional, resulta más complicado considerar que tales intervenciones constituyen un acto de tortura, o un trato inhumano o degradante (en tanto que nociones jurídicas graduadas de una misma escala), pues, como recuerda el profesor Fernando Rey, todas estas conductas, para ser consideradas tales, “requieren tres elementos: el padecimiento, dolor o sufrimiento de la víctima, que puede ser físico o moral; el carácter vejatorio del comportamiento y la intención de someter la voluntad de la víctima”⁵⁶. Y no parece que los mismos -en particular los dos últimos- se den en el caso de las intervenciones quirúrgicas de “asignación” de sexo a que nos venimos refiriendo.

5.2. Normativa estatal

5.2.1. De lege data

En este punto, centraremos el análisis en aquella normativa que más directamente afecta a las personas intersexuales en relación con sus derechos a la integridad física y a no sufrir discriminación alguna por razón de su identidad sexual a la hora de proceder a la inscripción registral pertinente.

En primer lugar, interesa destacar la importancia de un concepto que, por lo que se refiere a los menores, presenta, sobre todo desde 2015, una gran *vis expansiva*: el interés superior del menor. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial

⁵⁵ STC 207/1996, de 16 de diciembre.

⁵⁶ REY MARTÍNEZ, Fernando: “Artículo 15”..., p. 361.

del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (modificada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia), “[t]odo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir” (apdo. 1).

En el apartado 2 de este mismo precepto se dispone que “[a] efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales (...): d) “La preservación de la (...) orientación e identidad sexual (...) del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, (...) garantizando el desarrollo armónico de su personalidad”.

Por su parte, en el apartado 3 se establece que “[e]stos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales: (...) b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por (...) su orientación e identidad sexual”.

Además, “[e]n caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes”, pero “[e]n caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir” (apdo. 4).

Finalmente, se prevé que “[t]oda medida en el interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular: a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente”.

Además, el art. 11.2 de esta misma Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor (modificado por la Ley 26/2015, de 28

de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia) establece que “[s]erán principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores: (...) l) El libre desarrollo de su personalidad conforme a su orientación e identidad sexual”.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha entendido que el interés superior del menor prima sobre los deseos de sus progenitores (o tutores legales), de forma que en caso de conflicto corresponde decidir a la autoridad administrativa o judicial competente⁵⁷.

Cabría entonces preguntarse si, aceptando la posibilidad de que se puede llevar a cabo una intervención quirúrgica de “asignación” de sexo a un menor intersexual decidida así por los padres (o tutores legales), no sería exigible, en aplicación de esta normativa legal y jurisprudencia constitucional, que, en atención precisamente a ese interés superior del menor, interviniera también en la decisión final una autoridad independiente, sobre todo, cuando tal intervención no esté justificada por motivos de salud del propio menor⁵⁸.

Sin embargo, esto no es lo que sucede en la práctica. Por el contrario, tales intervenciones, se han justificado y, aunque sean cada vez menos, se siguen justificando por la existencia de una supuesta “urgencia o emergencia psicosocial”, al entender que si no se realiza esa operación “el menor sufrirá una serie de problemas en su desarrollo y en su relación con la sociedad”. Pero esto, como ha denunciado con toda razón, entre nosotros, Daniel García, no es de recibo, pues supone una suspensión del deber de consentimiento informado, previsto en el art. 8 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, al privar al directamente interesado de la toma de una decisión que le afecta de manera muy grave

⁵⁷ STC 141/2000, de 29 de mayo (FJ 5).

⁵⁸ En esta misma línea, Elena Lauroba se pregunta que “[s]i para determinados actos, por su relevancia (por ejemplo, patrimoniales) es necesaria la autorización del juez, ¿por qué dejar a los progenitores solos en esta materia? ¿No sería más beneficioso idear mecanismos que permitieran compartir la responsabilidad?”. Vid. LAUROBA LACASA, Elena: “Las personas intersexuales...”, p. 31.

y directa⁵⁹. Pese a ello, el propio Tribunal Supremo ha convalidado en estos casos de (falsa) urgencia la innecesariedad de tal consentimiento informado en aplicación del art. 9.2 de la referida Ley de Autonomía del Paciente⁶⁰, que permite tal ausencia del consentimiento “cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él”.

A este respecto, conviene además tener en cuenta que el reconocimiento de la representación legal por parte de los progenitores de sus hijos menores no emancipados, previsto en el art. 162 Código civil, encuentra su excepción, de acuerdo con el apartado 1º de este mismo precepto, en aquellos “actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda realizar por sí mismo”. Indudablemente, en el ámbito de la intervención quirúrgica de un menor intersexual no justificada en motivos de salud, el consentimiento de los progenitores no puede ser entendido como un acto legítimo de ejercicio de la representación legal, sino que supone, más bien, una intervención sustitutoria de estos en relación con los derechos de la personalidad de aquel, que, en su caso, podría encontrar fundamento en el ejercicio de las responsabilidades parentales y en el deber de velar por sus hijos (art. 154.3.1º CC)⁶¹.

El problema es que este mismo precepto dispone también que “[l]a patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental”, y que estos, si “tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten”.

Parece claro que en el ámbito al que nos venimos refiriendo, el de las intervenciones quirúrgicas de “asignación” de sexo no motivadas por razones de salud, puede ponerse seriamente en duda que se esté actuando de conformidad con lo establecido en este precepto, no solo

⁵⁹ Vid. GARCÍA LÓPEZ, Daniel J.: “La intersexualidad en el discurso médico-jurídico”, *Eunomía*, 8, 2015, pp. 62 ss.

⁶⁰ STS (Sala de lo CA) de 16 de mayo de 2005.

⁶¹ Vid. AGÓN LÓPEZ, Juan Guillermo: *Consentimiento informado y responsabilidad médica*, La Ley-Wolters Kluwer Agón, Madrid, 2017, pp. 165 ss.

porque no se respete, como es obligado, la integridad física del menor afectado, sino también porque es (o puede ser) perfectamente posible esperar a que el menor tenga suficiente madurez para que el mismo sea oído antes de adoptar esa decisión que tan seriamente le afecta.

Por lo que se refiere al reconocimiento de la identidad sexual de las personas intersexuales a nivel registral, tenemos que tener en cuenta lo previsto en el aún vigente art. 92 de la antigua Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil, que dispone expresamente que “[l]as inscripciones sólo pueden rectificarse por sentencia firme en juicio ordinario”.

No obstante esta previsión, de conformidad con el art. 93.2 de esta misma ley, en la redacción dada por el apartado cuarto de la Disposición final *segunda de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas*, se admite la rectificación “previo expediente gubernativo” de “[l]a indicación equivocada del sexo cuando (...) no haya duda sobre la identidad del nacido por las demás circunstancias, así como la mención registral relativa al sexo de las personas en los casos de disforia de género”.

De este modo, de conformidad con la legislación vigente hasta el 30 de junio de 2020, fecha en que entrará enteramente en vigor la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, las personas intersexuales podrán rectificar la inscripción registral del sexo mediante un simple expediente gubernativo, esto es, sin necesidad de resolución judicial, al considerarse una rectificación derivada de un error originario en la inscripción (“discordancia originaria”)⁶². Así lo ha acabado entendiendo, finalmente, tras haber mantenido una doctrina un tanto contradictoria, la DGRN. Por su parte, en el caso de las personas transexuales, al no haber -supuestamente- error en la consignación del sexo, sino un cambio ulterior a través de la cirugía correspondiente, se requiere sentencia judicial para proceder a tal rectificación registral.

En opinión de algún autor, esta puntualización es útil para deslindar a las personas transexuales de las intersexuales, en la medida en

⁶² BENAVENTE MOREDA, Pilar “Identidad y contexto inmediato de la persona...”, 126

que “si los primeros pretenden cambiar su sexo inscrito, los segundos pretenden corregirlo”⁶³. Sin embargo, me parece que esta aseveración merece alguna matización, pues, en realidad, es más que dudoso que las personas transexuales quieran “cambiar” de sexo; más bien lo que sucede es que el que tenían asignado no era el correcto.

Con todo, el auténtico problema no está aquí, o, al menos, no se reduce a esto, pues si pensamos, sobre todo, en las personas intersexuales nos daremos cuenta de que muchas veces el reconocimiento de su identidad sexual no se ve satisfecho con la posibilidad de un mero cambio de sexo, de masculino a femenino, o viceversa. Por el contrario, muchas veces lo que sucede es que estas personas, que, como sabemos, presentan ciertas características sexuales de ambos sexos en diferente proporción, no se sienten identificadas ni con uno ni con el otro. De nuevo, como un obstáculo imposible de superar, aparece el problema del binarismo sexual.

Curiosamente, como señala Pilar Benavente, de acuerdo con el nuevo art. 91 LRC de 2011, que estará en vigor a partir del 30 de junio de 2020, no cabe aquella interpretación, ya que ahora “solo se prevé la modificación por medio de expediente registral, de los asientos sobre “[l]a 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” (art. 91.2). “Es decir, tan solo 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 solo se refiere a aquellos supuestos y no a estos”⁶⁴. Quizás convendría que el legislador, antes de que entre en vigor esta norma, valorara la posibilidad de corregir esta disfunción carente de justificación.

⁶³ LAUROBA LACASA, Elena: “Las personas intersexuales...”, p. 36.

⁶⁴ BENAVENTE MOREDA, Pilar “Identidad y contexto inmediato de la persona...”, p. 126.

5.2.2. *De lege ferenda*

En estos momentos se encuentran en tramitación parlamentaria dos proposiciones de ley que afectan de manera directa al estatuto jurídico de las personas intersexuales⁶⁵.

Por un lado, la *Proposición de Ley (122/000072) para la reforma de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, para permitir la rectificación registral de la mención relativa al sexo y nombre de los menores transexuales y/o trans, para modificar exigencias establecidas en el artículo 4 respecto al registro del cambio de sexo, y para posibilitar medidas para mejorar la integración de las personas extranjeras residentes en España*, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista el 3 de marzo de 2017.

Entre otras muchas cosas, a través de ella se pretende, según se expresa en su Exposición de Motivos, “reconocer expresamente como beneficiarios y beneficiarias de esta ley a las personas intersexuales a las que en el momento de la inscripción registral se les asignó un sexo no concordante con el propio sexo sentido. Es obvio que realizándose dicha inscripción registral en los días posteriores al nacimiento, resulta imposible conocer en ese momento cuál va a ser el sexo sentido por la persona recién nacida. De ahí la necesidad de su inclusión por medio de esta reforma, en la línea ya mantenida por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su Resolución 1952(2013) Children’s right to physical integrity, en la que instaba a la protección de las personas intersexuales (así como la eliminación de los tratamientos médicos innecesarios), por el informe de la ONU sobre tortura infantil de 2013 (Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, firmado por Juan E. Méndez) o, por lo señalado un año más tarde (mayo 2014) por el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, Nils Mulnieks”.

⁶⁵ Para un análisis más detenido de las mismas, vid. BENAVENTE MOREDA, Pilar: “Menores transexuales e intersexuales. La definición de la identidad sexual en la minoría de edad y el interés superior del menor”, RJUAM, 38, 2018, pp. 301 ss.

El propio Grupo Parlamentario Socialista ha presentado una enmienda (la núm. 4) de modificación, en la que se solicita sustituir la redacción del apartado 1 del artículo 4 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, por el siguiente texto: “(...)La persona interesada podrá solicitar que figure en blanco la mención relativa al sexo de su inscripción de nacimiento si no se siente identificada con ninguna categoría; teniendo derecho, asimismo, a que figure en la misma forma en sus documentos de identidad”.

Aunque está por ver si finalmente esta proposición de ley será aprobada, lo que sí parece claro es que la misma supone un avance muy importante en el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de la propia persona para definir su identidad sexual a partir de su autopercepción.

Por otro lado, se encuentra también en tramitación parlamentaria la *Proposición de ley (122/000097) contra la discriminación por orientación sexual, identidad o expresión de género y características sexuales, y de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales*, presentada por el Grupo Parlamentario Confederado de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, el 12 de mayo de 2017.

Se trata de una proposición de ley mucho más ambiciosa que la anterior y que, por lo que se refiere a las personas intersexuales, considera de manera más completa su situación jurídica. De hecho, dedica todo un capítulo (el XVIII) a las “transidentidades” y a la “intersexualidad” (arts. 76-86).

En concreto, en el art. 21, relativo a la atención sanitaria integral a personas intersexuales, además de preverse el establecimiento de “un protocolo específico de actuación en materia de intersexualidad que incluirá la atención psicológica adecuada y los tratamientos de asignación del sexo requeridos en atención al género sentido” (apdo. 1), se establece, asimismo, la obligación de la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas, en el marco de sus respectivas competencias, de velar “por la erradicación de las prácticas de reasignación de sexo de los recién nacidos, salvo en los casos en que las indicaciones médicas exijan lo contrario en aras a proteger la salud de la persona recién nacida” (apdo. 2).

Dentro del referido Título XVIII, en el art. 76, s”[s]e reconoce el derecho humano a la autodeterminación de la identidad de género sin injerencias ni discriminaciones. No se podrá limitar, restringir, excluir o suprimir el derecho a la libre autodeterminación de género de las personas, debiendo interpretarse y aplicarse normas siempre a favor del libre y pleno ejercicio de este derecho. El reconocimiento del género sentido en ningún caso vendrá supeditado al haber obtenido su reconocimiento legal”.

Por su parte, en art. 79 se dispone que “[n]inguna persona será obligada a someterse a tratamiento, procedimiento médico o quirúrgico, así como a cualquier examen psicológico que coarte su libertad de autodeterminación de género”.

En el art. 82 se establece que “[l]as personas transexuales, transgénero y las personas intersexuales tendrán derecho a recibir una atención integral y adecuada a sus necesidades sociales, sanitarias, jurídicas, laborales y educativas, entre otras, en igualdad efectiva de condiciones y sin discriminación con el resto de la ciudadanía”.

O, en fin, en el art. 85, se preceptúa que “[d]eberán establecerse por reglamento las condiciones para que las personas transexuales, transgénero y las personas intersexuales sean nombradas y tratadas de acuerdo con la identidad de género manifestada, en especial en los documentos que acreditan su identidad, aunque sean menores de edad”.

Aunque tampoco se puede prever qué suerte correrá esta proposición de ley, y más allá de que su contenido, en una parte nada despreciable, contenga más un catálogo de buenas intenciones que auténticas disposiciones normativas, jurídicamente exigibles, por tanto, lo cierto es que la misma denota también una creciente sensibilidad hacia la necesidad de que se produzca una plena igualdad real de todas las personas con independencia de su orientación sexual o identidades de género y sexual.

En particular, por lo que afecta a las personas intersexuales, la apuesta, al igual que sucedía con la proposición de ley anteriormente mencionada, es que las mismas dispongan de plena autonomía para definir su identidad, de conformidad con la percepción que a tal efecto tengan de sí mismas. Pero este buen propósito, inspirado, sin duda, por el principio de respeto máximo a la autonomía de la voluntad en

un aspecto tan sensible como es el que afecta a nuestra autopercepción sexual y de género, puede que acabe chocando con una realidad mucho más compleja, de carácter no solo jurídico, sino también, y primordialmente, social y cultural, que ha sido construida a lo largo de la historia sobre un eje primordial: el del binarismo sexual. De ahí que la apuesta por su superación deba de ir acompañada por las cautelas y garantías necesarias para no generar contradicciones e inseguridades jurídicas que a nadie benefician. Eso es lo que, con toda razón, viene defendiendo desde hace tiempo entre nosotros la profesora Pilar Benavente, entre otros, en los trabajos mencionados en este escrito⁶⁶. Que no quepa ninguna duda de su firme y leal compromiso

⁶⁶ Resulta particularmente pertinente traer aquí a colación el análisis y la crítica que realiza la profesora Benavente a la Instrucción de 23 de octubre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre cambio de nombre en el Registro Civil de personas transexuales, que establece “*las siguientes directrices para orientar la actuación de los encargados del Registro Civil, ante las solicitudes de cambio de nombre para la imposición de uno correspondiente al sexo diferente al que resulta de la inscripción de nacimiento:*

Primero. En el supuesto de que un mayor de edad o un menor emancipado solicitara el cambio de nombre, para la asignación de uno correspondiente al sexo diferente del resultante de la inscripción de nacimiento, tal solicitud será atendida, con tal de que ante el encargado del Registro Civil, o bien en documento público, el solicitante declare que se siente del sexo correspondiente al nombre solicitado, y que no le es posible obtener el cambio de la inscripción de su sexo en el Registro Civil, por no cumplir los requisitos del art. 4 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

Segundo. Los padres de los menores de edad, actuando conjuntamente, o quienes ejerzan la tutela sobre los mismos, podrán solicitar la inscripción del cambio de nombre, que será atendida en el Registro Civil, con tal de que ante el encargado del Registro Civil, o bien en documento público, los representantes del menor actuando conjuntamente declaren que el mismo siente como propio el sexo correspondiente al nombre solicitado de forma clara e incontestable. La solicitud será también firmada por el menor, si tuviera más de doce años. Si el menor tuviera una edad inferior, deberá en todo caso ser oído por el encargado del Registro Civil, mediante una comunicación comprensible para el mismo y adaptada a su edad y grado de madurez”.

Como señala Benavente, aunque se comparta el espíritu de fondo de esta Instrucción, el problema es que su contenido debería haber estado incluido en una ley, pues, “nos guste o no, altera sustancialmente la interpretación y sentido de la normativa vigente (LRC 1957 y RRC 1958) en materia de determinación y cambio de nombre, así como de la LRC 2011”. Además, “[s]e altera también

con la igualdad real de las personas LGTBI, y que, sin embargo, denuncie algunas de las contradicciones e inseguridades jurídicas a que una regulación “buenista” en este terreno podría dar lugar, debería hacernos reflexionar pausadamente sobre el modo en que han de irse dando los pasos necesarios para que esa ansiada igualdad sea no solo posible, sino también efectiva.

5.3. *Normativas autonómicas*

En la mayoría de las Comunidades Autónomas se han ido aprobando en los últimos años diferentes leyes de igualdad y contra la discriminación de las personas LGTBI, que, en alguna medida, han tratado o bien de suplir la falta de regulación estatal al respecto, o bien de ofrecer una respuesta autonómica a determinados problemas y demandas de este colectivo que, en buena lógica competencial, deberían haber sido abordadas por el legislador estatal, lo que ha dado lugar, como referíamos en el epígrafe anterior, a ciertas contradicciones e inseguridades jurídicas de difícil aceptación⁶⁷.

Especial atención han recibido en todas ellas las personas transexuales. Y, a tal efecto, interesa destacar aquí cómo buena parte de esta legislación autonómica, en su apuesta por primar la autonomía

lo dispuesto en la Ley 3/2007 en la medida en que para que los transexuales mayores de edad cambien no solo su sexo sino también su nombre, se requiere el cumplimiento de determinados requisitos de los que se prescinde en la Instrucción citada. Dicho de otra forma, la DGRN emite una instrucción “contra legem” en la medida en que permite que los Registradores interpreten la ley de una forma distinta a lo que la propia ley dice. Insisto, aunque se esté totalmente de acuerdo con la solución, ésta no justifica los medios utilizados para ello”. Vid. BENAVENTE MOREDA, Pilar: “Menores transexuales e intersexuales...”, pp. 299 ss.

Tener en cuenta, además, la reciente sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad del art. 1.1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, en la medida en que impide que un menor de edad “con suficiente madurez y que se encuentra en una situación estable de transexualidad” pueda efectuar tal petición de rectificación registral (STC 99/2019, de 18 de julio).

⁶⁷ De nuevo me remito aquí al análisis crítico que lleva a cabo la profesora Benavente del contenido de esta normativa autonómica. Vid. BENAVENTE MOREDA, Pilar: “Menores transexuales e intersexuales...”, pp. 39 ss. (del manuscrito). Vid. asimismo, LAUROBA LACASA, Elena: “Las personas intersexuales...”, pp. 43 ss.

de la voluntad de las personas afectadas (mayores y menores de edad) a la hora de definir su identidad sexual, han reconocido la posibilidad de que en diversos documentos oficiales las mismas puedan hacer constar esa identidad, pese a que se contradiga con la que consta en el Registro civil. Lógicamente, el legislador autonómico no puede regular el cambio de sexo de una persona, pues eso es competencia del legislador estatal, que ya aprobó la Ley 3/2007. Pero lo que sí contienen la mayoría de las normas autonómicas es un capítulo dedicado a regular “la ‘identidad’ de las personas transexuales al margen del sexo asignado en el momento del nacimiento y por tanto previendo la posibilidad de ser identificadas mediante una documentación administrativa diferente de la registral para todas aquellas cuestiones en las que correspondiendo la competencia a la CCAA se exija la acreditación personal del individuo”, lo que inevitablemente genera un grave problema de doble identificación, la registral y la administrativa⁶⁸.

Además, en estas normativas autonómicas cada vez se va prestando mayor atención a la intersexualidad; de hecho, la mayoría de ellas regula específicamente la situación jurídica de las personas intersexuales, apostando, entre otras cosas, por la prohibición de aquellas intervenciones médicas sobre las mismas que carezcan de justificación en términos de salud; en particular, se muestra un claro rechazo a las cirugías de “asignación” de sexo practicadas sobre los recién nacidos que presenten características sexuales propias tanto del sexo masculino como del femenino⁶⁹.

⁶⁸ Vid. BENAVENTE MOREDA, Pilar: “Menores transexuales e intersexuales...”, p. 309.

⁶⁹ Así, por ejemplo, en el Preámbulo de la Ley 2/2016, de 29 de marzo, de identidad y expresión de género e igualdad social y no discriminación de la Comunidad de Madrid, se dispone, de manera expresa y muy categórica y significativa, que “[e]n el caso de las personas intersexuales, y de manera novedosa, la presente norma garantiza la integridad corporal de los menores intersexuales hasta que estos definan su identidad sentida y les ofrece protección de su intimidad y dignidad frente a prácticas de exposición y análisis de carácter abusivo. La protección de las personas intersexuales exige el reconocimiento de la diversidad de los cuerpos humanos y la erradicación del prejuicio según el cual existe un único patrón normativo de corrección corporal, que lleva a que menores intersexuales sean operados en su infancia para asimilarlos al patrón normativo de hombre o mujer, sin saber cuál es la identidad de dicha persona y cometiendo con ello frecuentes errores que luego condicionan gravemente

6. CONCLUSIONES FINALES

Como acabamos de ver, existen argumento suficientes para entender que, de conformidad con la normativa española de carácter constitucional y legal (estatal y autonómica), interpretada a la luz de la normativa internacional sobre derechos humanos, las intervenciones quirúrgicas de las personas intersexuales, que no estén motivadas por razones perentorias de salud, únicamente se deben considerar lícitas cuando se realizan con el consentimiento libre e informado de la propia persona directamente afectada por las mismas. A partir de esta constatación, cabe defender que en el caso de los menores intersexuales tales operaciones se deberían de posponer, en todo caso, hasta que ellos mismos pudieran tomar tal decisión. En consecuencia, las cirugías de “asignación” de sexo que aún se practican a algunos recién nacidos, y que no estén motivadas por razones médicas, han de ser consideradas como un atentado severo a la integridad física de estas personas, sin que el consentimiento paterno (o de los tutores legales) pueda servir de cobertura para su práctica.

Dicho de otro modo, las personas intersexuales, incluidos, lógicamente, los menores de edad, no pueden ser tratadas médicamente como si fueran enfermos. De ahí que este tipo de cirugías se deban de posponer el tiempo necesario para que la propia persona intersexual,

la vida de la persona intersexual. Sin conocimiento de la identidad de género sentida por la persona intersexual: hombre, mujer o simplemente intersexual, cualquier intervención quirúrgica que asimile al menor a una identidad puede ser una autentica castración traumática”. Y, a tal efecto, el art. 4.3 de la misma Ley establece que “[q]uedan prohibidas en los servicios sanitarios de la Comunidad de Madrid las terapias de aversión o de conversión de las manifestaciones de identidad de género libremente manifestadas por las personas, así como las cirugías genitales de las personas intersexuales que no obedezcan a la decisión de la propia persona afectada a la necesidad de asegurar una funcionalidad biológica por motivos de salud”.

En un sentido similar se manifiesta la Ley balear 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia, que en su art. 23.2 dispone: “El sistema sanitario público de las Illes Balears velará por la erradicación de las prácticas de modificación genital en bebés recién nacidos atendiendo únicamente a criterios quirúrgicos y en un momento en el cual se desconoce cuál es la identidad real de la persona intersexual recién nacida. Todo ello con la excepción de los criterios médicos basados en la protección de la salud de la persona recién nacida”.

suficientemente madura, pueda tomar una decisión libre tras una información detallada. A partir del máximo respeto al principio de autonomía en la definición de la identidad sexual, y desde la perspectiva de procurar el mayor respeto posible al bienestar físico y psíquico del menor intersexual⁷⁰, el ordenamiento jurídico debería establecer las garantías necesarias para evitar unas prácticas quirúrgicas de “asignación” de sexo que aún se siguen produciendo, y que bien podrían ser caracterizadas de delictivas, en tanto que suponen un serio atentado contra la integridad física de quienes las padecen.

Por lo que se refiere al reconocimiento registral y documental de la identidad sexual de las personas intersexuales, cabría entender igualmente a la luz de esta normativa que el legislador estatal español debería dar ya el paso de posibilitar en el Registro civil o bien que se puede dejar en blanco la casilla correspondientes a sexo (masculino o femenino) hasta que la propia persona afectada pueda tomar una decisión bien informada por sí misma sobre su identidad sexual, o bien que se puede optar, en positivo, por una tercera posibilidad (sexo “diverso” o “intersexual” u “otro”, por ejemplo)⁷¹. Aunque, quizás, la solución más adecuada pase por eliminar ese dato, sustituyéndolo en un futuro por otros de carácter biométrico que ya se están desarrollando y que, además, parecen más fiables a la hora de facilitar la identificación de una persona⁷².

⁷⁰ Vid. LAUROBA LACASA, Elena: “Las personas intersexuales...”, p. 32.

⁷¹ Tal y como el Tribunal Constitucional Federal alemán señaló al legislador federal en la Sentencia de 10 de octubre de 2017 [1 BvR 2019/16 - Rn. (1-69)]

⁷² Sin embargo, de momento, no parece ser esta la opción que está en la mente del legislador. De acuerdo con la nueva Ley del Registro Civil (Ley 20/2011, de 21 de julio), que entrará en vigor el 30 de junio de 2020, son hechos y actos inscribibles los que se refieren a “el sexo y el cambio de sexo” (art. 4.4^o). Además, la inscripción hace fe, entre otras cosas, del “sexo” del inscrito (art. 44.2). Por su parte, el aún vigente Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil, establece asimismo que en el parte de nacimiento constará el “sexo del nacido” (art. 167), y, en consecuencia, en la inscripción de nacimiento constará también especialmente “[s]i el nacido es varón o mujer y el nombre impuesto” (art. 170). De este modo, el círculo se encuentra, por el momento, bien cerrado. Todas estas obligaciones jurídicas de carácter registral y documental declaran “la verdad oficial” de los hechos, por más que la naturaleza se empeñe en contradecirlas. Y a partir de ahí empieza el “calvario” para muchos progenitores de niñas/os intersexuales, y, lo que es peor, para ellas/os mismas/os. Vid. GARCÍA LÓPEZ, Daniel J.: “La intersexualidad...”, p. 64 ss.

El propio Tribunal Supremo español (Sala de lo Civil), en su Auto de 10 de marzo de 2016, mediante el que plantea cuestión de inconstitucionalidad frente al art. 1 de la Ley 3/2007, que limita la legitimación para solicitar el cambio en la mención registral del sexo y del nombre a las personas transexuales mayores de edad, fundamenta la procedencia del cambio en la mención registral del sexo de las personas transexuales en principios y derechos fundamentales reconocidos en la Constitución que bien podrían ser aplicables a las demandas de las personas intersexuales que no se sienten identificadas con ninguno de los sexos al uso (masculino y femenino). Para el Tribunal Supremo está en riesgo el respeto a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), así como la salvaguarda de determinados derechos fundamentales, como la protección de la integridad física y moral (art. 15 CE) y el derecho a la intimidad personal y a la propia imagen (art. 18.1 CE), o constitucionales, como el derecho a la salud (art. 43 CE), todos ellos en relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). A tal efecto, entiende que las personas menores de edad también son titulares de esos derechos, aunque con limitaciones o restricciones en su disfrute que deben tener una justificación adecuada y proporcionada en la falta de madurez para ejercer el derecho o en la necesidad de protección que la propia Constitución reconoce a los menores. Estas justificaciones no operan de modo uniforme durante toda la minoría de edad, por lo que admiten modulaciones a lo largo de ese periodo. Cuando se trata de un menor con suficiente madurez, que realiza una petición seria por encontrarse en una situación estable de transexualidad, el tribunal tiene dudas de que la restricción absoluta que supone la exigencia de la mayoría de edad para poder solicitar el cambio en la mención registral del sexo y del nombre sea acorde a los principios y derechos fundamentales citados, por lo que ha planteado al Tribunal Constitucional la presunta vulneración por parte del artículo 1 de la Ley 3/2007 de los preceptos constitucionales que los regulan⁷³.

⁷³ Recientemente, el Tribunal Constitucional ha dictado sentencia confirmando las dudas del Tribunal Supremo (STC 99/2019). Vid. *supra* nota al pie número 67. Asimismo, véase BENAVENTE MOREDA, Pilar: "Menores transexuales e intersexuales...", pp. 296 ss.

Salvando las distancias, los argumentos que justifican las dudas del Tribunal Supremo en relación con los menores transexuales, podrían ser perfectamente predicables de la situación en que se encuentran los menores intersexuales respecto de la inscripción registral que da fe de su sexo, pero que, como el propio legislador llegó a asumir, puede dar lugar a un “error originario”, lo que nos lleva a preguntarnos si no sería preferible dejar la pregunta sobre este dato para un momento posterior, abriendo, en todo caso, al posibilidad de que además de masculino y femenino se reconozca una identidad sexual diferente.

En tanto que eso sucede, merece la pena fijar la atención en el ejemplo de Malta, país pionero en la aprobación de una legislación prohibitiva de este tipo de intervenciones quirúrgicas, carentes de justificación en términos médicos y practicadas sin el consentimiento de las personas directamente afectadas por las mismas. La *Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act*, aprobada por el Parlamento maltés el 1 de abril de 2015⁷⁴, en efecto, al tiempo que reconoce a los ciudadanos malteses el derecho a la identidad de género y a su libre desarrollo, así como a ser tratados e identificados documentalmente de acuerdo con tal identidad, y a su integridad corporal y autonomía física (art. 3.1), sin que sea necesario someterse a tratamiento hormonal o a cirugía de asignación para solicitar el cambio de sexo, legitima también a los menores de edad para acceder a todos los derechos establecidos en dicha ley, ofreciendo además la opción de que el sexo o la identidad de género no conste en los documentos oficiales⁷⁵.

En nuestro país, disponemos ya de normativas autonómicas que ofrecen también a las personas intersexuales una respuesta avanzada en este terreno, al apostar por la despatologización y la prohibición de la cirugía genital en los recién nacidos, por motivos que no estén relacionados directamente con su salud. Quizás tengamos aquí un buen punto de partida para seguir avanzando en la aprobación de una legislación estatal que garantice el pleno respeto de la identidad sexual

⁷⁴ Disponible en: <http://justiceservices.gov.mt/DownloadDocument.aspx?app=lom&itemid=12312&l=1>

⁷⁵ Vid. BENAVENTE MOREDA, Pilar: “Menores transexuales e intersexuales...”, notas al pie de página 24 y 41, en pp. 287 y 299, respectivamente.

de las personas intersexuales y de sus derechos, entre los que ocupa un lugar destacado el derecho a la integridad física.

Pero para que eso ocurra y sea efectivo, como paso previo, habrá que comenzar a superar el (aún mayoritario) entendimiento binario del sexo, a partir de la aceptación de una realidad natural, que por minoritaria que sea, merece todo el respeto, y sobre la que carece de justificación alguna cualquier intervención médica destinada a alterarla que no cuente con el consentimiento expreso, libre y bien informado de quien va a padecerla.

7. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGIUS, Silvan/TOBLES, Christa: “Trans and intersex people. Discrimination on the grounds of sex, gender identity and gender expression”, 2012 (disponible en: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/9b338479-c1b5-4d88-a1f8-a248a19466f1>).
- AGÓN LÓPEZ, Juan Guillermo: *Consentimiento informado y responsabilidad médica*, La Ley-Wolters Kluwer Agón, Madrid, 2017.
- BENAVENTE MOREDA, Pilar: “Identidad y contexto inmediato de la persona (identidad personal, el nombre de la persona, identidad sexual y su protección)”, AFDUAM, 17, 2013.
- BENAVENTE MOREDA, Pilar: “Menores transexuales e intersexuales. La definición de la identidad sexual en la minoría de edad y el interés superior del menor”, RJUAM, 38, 2018.
- BENAVENTE MOREDA, Pilar: “Orientación sexual e identidad de género y relaciones jurídico privadas”, RGDC, 17, 2013 (Número especial dedicado a “El movimiento LGTB en perspectiva constitucional”, coord. por Elvira Perales, A./Matia Portilla, J./Arroyo Gil, A.).
- BILBAO UBILLOS, Juan María: “Artículo 10.1”, en Pérez Tremps, P./Saiz Arnaiz, A. (dirs.), *Comentario a la Constitución Española*. 40 Aniversario 1978-2018, Libro Homenaje a Luis López Guerra, Tomo I (Preámbulo a artículo 96), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- BUTLER, Judith: *Deshacer el género*, Paidós, Barcelona, 2006.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María: *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas-Thomso-Reuters, Madrid, 2013.
- FAUSTO-STERLING, Anne: *Cuerpos sexuados*. La política de género y la construcción de la sexualidad, Melusina, Barcelona, 2006.
- FRA: *The fundamental rights situation of intersex people*, 04/2015, p. 2 [disponible en: <https://fra.europa.eu/en/publication/2015/fundamental-rights-situation-intersex-people>].

- GARCÍA LÓPEZ, Daniel J. (ed.): *Sobre el derecho de los hermafroditas*, Melusina, Barcelona, 2015.
- GARCÍA LÓPEZ, Daniel J.: “La intersexualidad en el discurso médico-jurídico”, *Eunomía*, 8, 2015.
- GHATTAS, Dan Christian: *Human Rights between the Sexes*. A preliminary study in the life of inter* individuals, Heinrich Böll Stiftung, Publication Series on Democracy, Vol. 34, 2013.
- GIMÉNEZ GLUCK, David: “Artículo 14”, en Pérez Tremps, P./Saiz Arnaiz, A. (dirs.), *Comentario a la Constitución Española*. 40 Aniversario 1978-2018, Libro Homenaje a Luis López Guerra, Tomo I (Preámbulo a artículo 96), Tirant lo Blanch, Valencia.
- HRW: “I want to be like Nature made me (Medically unnecessary surgeries on intersex children in the US)”, elaborado por Human Rights Watch en colaboración con InterACT (Advocates for Intersex Youth), de julio de 2017 (disponible en https://www.hrw.org/sites/default/files/report_pdf/lgbtintersex0717_web_0.pdf).
- HUGUES, Ieuan: “Biology of fetal sex devolpment”, en Scherpe, J. M./Dutta, A./Helms, T. (eds.), *The legal status of intersex persons*, Intersentia, Cambridge, 2018.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier: “Artículo 10.1”, en Casas Baamonde, M^a. E./Rodríguez Piñero, M. (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*. XXX Aniversario, Wolters Kluwer, Madrid, 2008.
- KESSLER, Suzanne J.: *Lessons from the intersexed*, Rutgers University Press, New Brunswick, 1998.
- LAUROBA LACASA, Elena: “Las personas intersexuales y el derecho: posibles respuestas jurídicas para un colectivo invisible”, *Derecho Privado y Constitución*, 32, 2018.
- LEE, Peter A./HOUK, Christopher P./AHMED, S. Faisal/HUGHES, Ieuan A.: “Consensus Statement on Management of Intersex Disorders”, *Pediatrics*, 118, 2006 (disponible en: <http://pediatrics.aappublications.org/content/118/2/e488>).
- NIETO PIÑEROBA, José Antonio: *Transexualidad, intersexualidad y dualidad de género*, Bellaterra, Barcelona, 2008.
- Principios de Yogyakarta*. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género (9 de noviembre de 2006): http://yogyakartapriniciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_sp.pdf.
- REY MARTÍNEZ, Fernando: “Artículo 15”, en Pérez Tremps, P./Saiz Arnaiz, A. (dirs.), *Comentario a la Constitución Española*. 40 Aniversario 1978-2018, Libro Homenaje a Luis López Guerra, Tomo I (Preámbulo a artículo 96), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

The Yogyakarta principles plus 10. Additional principles and State obligations on the application of international human rights law in relation to sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics to complement the Yogyakarta Principles (As adopted on 10 November 2017), Geneva): http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2017/11/A5_yogyakartaWEB-2.pdf.

WACKE, Andreas: “Del hermafroditismo a la transexualidad”, ADC, XLIII, vol. 3, 1990.