

Resolución adoptada por el Defensor del Pueblo, el 21 de marzo de 2024, con motivo de la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 17/2023, de 27 de diciembre, por la que se modifica 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

(Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, núm. 309, de 29 de diciembre 2023)

AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Ángel Gabilondo Pujol, en mi condición de Defensor del Pueblo por elección de las Cortes Generales, nombramiento que fue publicado en el *Boletín Oficial del Estado* número 276, de 18 de noviembre de 2021; con domicilio institucional en la Villa de Madrid, paseo de Eduardo Dato 31; por virtud de la autoridad y responsabilidad que me confiere la Constitución española, comparezco ante el Tribunal Constitucional y, como mejor proceda en derecho, DIGO

Que en ejercicio de la legitimación que al Defensor del Pueblo le es atribuida por los artículos 162.1 de la Constitución, 32.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y 29 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo; oída la Junta de Coordinación y Régimen Interior de esta Institución, en sesión celebrada el 21 de marzo de 2024; mediante la presente demanda, interpongo

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

contra el inciso «para iniciar el tratamiento farmacológico será requisito necesario que previamente reciban apoyo de los profesionales de salud mental infanto-juvenil, mantenido durante todo el proceso y en el caso de que existiera comorbilidad será imprescindible un informe favorable del profesional que esté tratando al menor en dichas patologías», incorporado en el artículo 14, párrafo segundo, letra b), de la Ley 2/2016, de 29 de marzo, por el artículo único, numeral doce, de la Ley 17/2023, de 27 de diciembre, por la que se modifica 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, en razón de los motivos de inconstitucionalidad que se exponen.

El presente recurso se interpone ante el Tribunal Constitucional, a quien corresponde la jurisdicción y competencia para conocerlo, de acuerdo con el artículo 161.1.a) de la Constitución, y los artículos 1.2 y 2.1.a) de su Ley Orgánica; dentro del plazo y cumplidos los requisitos que determina el artículo 33 de dicha disposición.

ANTECEDENTES

1°. El *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*, núm. 309, de 29 de diciembre de 2023, publicó la Ley 17/2023, de 27 de diciembre, por la que se modifica 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.

2°. Con fecha 13 de febrero de 2024 se registró en esta institución una solicitud para que el Defensor del Pueblo ejercitará su facultad de formular recurso de inconstitucionalidad contra seis numerales del artículo único de la citada ley, en atención a la vulneración de varios preceptos constitucionales.

3°. El 20 de febrero de 2024 se recibió en esta institución una segunda solicitud en el mismo sentido, en este caso suscrita por dos personas a título particular y por una de ellas, además, en su condición de presidenta de una asociación de familiares de menores y jóvenes trans, en la que se cuestionaba la constitucionalidad de la totalidad de la norma y, subsidiariamente, de catorce preceptos de la misma.

4°. Una vez oída la Junta de Coordinación y Régimen Interior, según determina el artículo del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Defensor del Pueblo, de 6 de abril de 1983; el Defensor del Pueblo entiende que respecto del inciso antes indicado concurren los requisitos objetivos de inconstitucionalidad, según se detallará a continuación.

MOTIVOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

PRIMERO. El principio de conservación de la ley y las posibilidades de una interpretación de conformidad de la norma controvertida.

La búsqueda de la interpretación del precepto más acorde a la Constitución es una obligación de todos los poderes públicos, con carácter previo a la interposición de un proceso constitucional (por todas, STC 108/1986).

Por tanto, el análisis que debe realizarse en primer lugar, en palabras de ese alto tribunal, se resume en la STC 341 /1993, Fundamento jurídico 2º, cuando señala:

El fundamento de todo pronunciamiento interpretativo está en el principio de conservación de la ley y en la exigencia de su interpretación conforme a la Constitución, criterios que, con todo, tienen también sus límites, pues no puede el Tribunal «reconstruir una norma que no esté debidamente explícita en un texto, para concluir que esta es la norma constitucional» (STC 11/1981, Fundamento jurídico 4º), como tampoco puede «ignorar o

desfigurar el sentido de enunciados legales meridianos» (STC 22/1985, Fundamento jurídico 5º; en sentido análogo, STC 222/1992, Fundamento jurídico 2º). Pero a un fallo interpretativo de tal género —esto es lo relevante— se podrá o no llegar, según los casos, en atención a que el precepto impugnado requiera y admita un pronunciamiento expreso sobre su entendimiento conforme a la Constitución, sin que tenga sentido una específica pretensión de las partes para su adopción (STC 5/1981, Fundamento jurídico 6º) o, por iguales razones, para su exclusión.

Así pues, resulta preciso partir en nuestro análisis del objeto y los fines de la norma, y de la configuración que en la misma establece el legislador autonómico de los derechos que se reconocen a los menores trans, ahora llamados menores transexuales.

Para ello, en primer lugar, debe acudir al preámbulo de la Ley 17/2023, de 27 de diciembre, ya que es a través del mismo como el legislador explica los motivos que le han llevado, en este caso, a modificar algunos preceptos de una norma anterior reguladora de la identidad, la expresión de género, la igualdad social y la no discriminación. Ese tribunal ya se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el hecho de que, aun careciendo el preámbulo de valor normativo, es un elemento a tener en cuenta en la interpretación de las leyes (STC 36/1981, FJ 7).

Se destacan a continuación varios párrafos del preámbulo en los que se justifica la necesidad de la modificación normativa operada, en los siguientes términos:

[L]a necesaria protección de los derechos fundamentales y de la igualdad efectiva ante la ley de todos los ciudadanos, «sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social», como dispone el artículo 14 de la Constitución, y la creciente sensibilidad social hacia personas que antes vivían su transexualidad en la marginalidad o padeciendo discriminación, ha llevado en los últimos años a las distintas Administraciones del Estado, entre ellas la propia Comunidad de Madrid, a promulgar disposiciones complementarias con el fin de reforzar la garantía constitucional de no discriminación.

Especialmente relevante, cuando se trata de la protección de las personas transexuales, es cuidar que las medidas necesarias y justas no acaben yendo en detrimento de la mujer, de su seguridad física y jurídica, de su participación en condiciones de igualdad efectiva en la vida profesional, deportiva, artística, de ocio y social, ni de su necesario reconocimiento e igualdad ante la ley. No pocas organizaciones feministas han levantado la voz señalando este peligro, que una legislación de calidad está llamada a soslayar, al tiempo que ampara a todos; especialmente a los menores.

Las organizaciones médicas, especialmente las relacionadas con la salud mental y la pediatría, pero también las de bioética o medicina sexual, han advertido también de la criminalización de su asistencia, que, en última instancia redundaría en daño,

precisamente, de aquellas personas que esta Ley está llamada a proteger. Todas estas voces autorizadas se han tenido aquí en cuenta.

La presente modificación pretende corregir aspectos 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, que pueden acabar conculcando derechos como la libertad de expresión y de prensa, y la libertad de cátedra y educativa de los artículos 20 y 27 de la Constitución Española, o la presunción de inocencia del artículo 24 de la Constitución, ya que se introducía la inversión de la carga de la prueba, así como la «discriminación por error», que es una variante *de facto* de la falta de presunción de inocencia y contraria al espíritu y la letra de nuestras leyes.

Al mismo tiempo, la entrada en vigor de la Ley para la Igualdad Real y Efectiva de las Personas Trans y para la Garantía de los Derechos de las Personas LGTBI, aprobada por las Cortes Generales el 16 de febrero de 2023, hace necesario derogar los preceptos de la Ley 2/2016 que establecían un sistema paralelo de autodeterminación de género en el ámbito competencia y en la expedición de documentos de la Comunidad de Madrid.

Respecto a la cuestión que ahora se somete a la consideración de ese tribunal, debe señalarse el énfasis que en este preámbulo se aprecia cuando indica que la reforma planteada se concibe como un remedio a determinados excesos que, a criterio del órgano que ejercitó la iniciativa legislativa, se estaban produciendo y que cercenaban e incluso criminalizaban la prestación de asistencia médica, muy especialmente, en lo que aquí interesa, en el ámbito de la salud mental.

Se produce en este caso la peculiar circunstancia de que no existe un preámbulo sino dos. Y es que el numeral uno del artículo, además de cambiar el título de la Ley 2/2016, da también una nueva redacción al preámbulo que elimina alrededor de la mitad del contenido original y modula algunos pasajes. La nueva redacción mantiene el pasaje referido al compromiso con la protección de los menores transexuales, la atención a su interés superior y el amparo de la ley frente toda exclusión, plena atención a sus necesidades sanitarias y protección en el sistema educativo.

Sin embargo, si se compara la redacción actual con la original, ciñendo el examen a lo relevante respecto de la cuestión controvertida, en la actual redacción, al referirse al Título 11 « De la atención sanitaria a las personas transexuales», puede leerse:

La asistencia a los menores transexuales se establece bajo los principios de tutela del mejor interés del menor y de respeto a su voluntad bajo el principio de reconocimiento progresivo de su madurez, conforme establecen los principios de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño y los protocolos de las principales organizaciones pediátricas internacionales.

Este texto aparecía ya en la primera redacción de la ley promulgada en 2016. Lo que ha hecho el legislador autonómico es eliminar en este punto las dos frases que completaban el párrafo y cuyo tenor literal era:

En lugar de establecer prohibiciones que atentarían contra los derechos de los menores afectados y constituirían un maltrato, o de fijar barreras de edad que no tienen en cuenta el desarrollo individual de cada menor, se establece un sistema de atención individualizado y basado en las necesidades específicas de cada menor, y en el que se provee de los oportunos tratamientos en el momento adecuado en atención a su desarrollo. La Ley, establece además salvaguardas en interés del menor y el deber de consulta del mismo en toda medida que le afecte.

La eliminación de este inciso del preámbulo resulta coherente con la redacción que luego se da al artículo 14.2.b) de la Ley 2/2016, que constituye el objeto de discusión en este proceso constitucional, ya que en ella se va más lejos de la previsión de apoyos durante el tratamiento para incluir exigencias que someten a condiciones e imposiciones —dilatadas en el tiempo— el ejercicio por los menores transexuales del derecho al tratamiento hormonal cruzado.

Por otro lado, el preámbulo modificado de la Ley 2/2016, señala:

El Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid contempla entre sus competencias el poder para velar y garantizar el adecuado ejercicio de los derechos y deberes fundamentales de sus ciudadanos, así como las competencias en materia de organización administrativa y de los servicios públicos, en la protección y tutela de los menores, en la promoción del empleo, asistencia social, en el ámbito educativo y en la organización de la prestación de los servicios médicos del sistema nacional de salud. Todo ello la habilita para realizar un planteamiento de atención integral en las diversas materias que afectan a la situación de las personas trans sin necesidad de interferir en las competencias estatales o de otras administraciones (...).

A la luz de lo indicado, procede, por tanto, hacer un somero análisis de la norma estatal que la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, Ley 4/2023, de 28 de febrero.

Resulta de especial importancia comprobar el planteamiento general de dicha norma que se plasma en su preámbulo y, concretamente, en los siguientes párrafos:

En lo relativo a las personas transexuales (en adelante, personas trans), la Clasificación Internacional de Enfermedades de la Organización Mundial de la Salud, en su undécima revisión (CIE-11), de 2018, eliminó la transexualidad del capítulo sobre trastornos mentales y del comportamiento, trasladándola al de «condiciones relativas a la salud sexual», lo que supone el aval a la despatologización de las personas trans (...).

Por otro lado, la iniciativa normativa se ejerce de manera coherente con el resto del ordenamiento jurídico, nacional, autonómico, de la Unión Europea e internacional, para generar un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones por parte de las personas físicas y jurídicas destinatarias. Se garantiza de este modo el principio de seguridad jurídica.

De esta suerte, en atención al título competencial con que esta norma se dictó (D.F. 18ª), debe tomarse en consideración lo establecido en los artículos 56 (atención sanitaria integral a personal trans), 57 (consentimiento informado) y 59 (protocolos de actuación en el ámbito de la salud y servicios especializados).

También resulta necesario en este debate acudir a 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, de la que son de particular interés los siguientes preceptos: 3 (definiciones legales), 4 (derecho a la información asistencial), 8 (consentimiento informado) y 9 (límites del consentimiento informado y consentimiento por representación).

El marco de lo que la propia norma considera «principios básicos» se establece en el artículo 2:

1. La dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad orientarán toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica.
2. Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley.
3. El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles.
4. Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito.
5. Los pacientes o usuarios tienen el deber de facilitar los datos sobre su estado físico o sobre su salud de manera leal y verdadera, así como el de colaborar en su obtención, especialmente cuando sean necesarios por razones de interés público o con motivo de la asistencia sanitaria.
6. Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no solo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de

información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente.

7. La persona que elabore o tenga acceso a la información y la documentación clínica está obligada a guardar la reserva debida.

A criterio de esta institución, el conjunto de estos principios y preceptos configuran un marco en el que cualquier paciente o usuario —con independencia de su edad o situación médico-asistencial— retiene un ámbito de libertad estrechamente ligado a su propia dignidad y al libre desarrollo de su personalidad, que ha de ser respetado por el legislador autonómico en virtud de lo previsto en el artículo 149.1.1ª de la Constitución.

Al analizar la cuestión que se sustancia en este recurso, el Defensor del Pueblo tiene especialmente presente que, además del alto comisionado de las Cortes Generales para la defensa de los derechos constitucionales, es reconocido por Naciones Unidas como Institución Nacional de Derechos Humanos (INDH).

El Comité de los Derechos del Niño, desarrolló en su Observación n.º 2 (2002) el papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño. Así, señaló:

Si bien tanto los adultos como los niños necesitan instituciones nacionales independientes para proteger sus derechos humanos, existen motivos adicionales para velar por que se preste especial atención al ejercicio de los derechos humanos de los niños. Estos motivos comprenden el hecho de que el estado de desarrollo de los niños los hace particularmente vulnerables a violaciones de los derechos humanos; rara vez se tienen en cuenta sus opiniones; la mayoría de los niños no tienen voto y no pueden asumir un papel significativo en el proceso político que determina la respuesta de los gobiernos ante el tema de los derechos humanos; los niños tropiezan con dificultades considerables para recurrir al sistema judicial a fin de que se protejan sus derechos o pedir reparación por las violaciones de sus derechos; y el acceso de los niños a las organizaciones que pueden proteger sus derechos generalmente es limitado.

Entre las actividades cuyo ejercicio encomienda el referido comité a las instituciones nacionales de derechos humanos se encuentra la de «mantener en examen la adecuación y eficacia de la ley y la práctica en relación con la protección de los derechos del niño»; motivación esta que alienta especialmente el presente recurso.

A la vista de lo hasta aquí dicho, se ha de estudiar si el inciso cuya inconstitucionalidad se pretende, admite una interpretación que permita salvar la primacía de la Constitución de acuerdo con las exigencias del principio de conservación de la ley.

Habiendo ya analizado el objetivo que el legislador autonómico expone para modificar la norma e introducir el inciso objeto de este recurso y el marco jurídico conforme al cual ha de interpretarse, procede ahora analizar el sentido literal de dicho inciso.

Siguiendo a Solozábal Echavarría, la interpretación de la Constitución no se plantea, de ordinario, como indagación de lo que esta significa por sí y separadamente, sino como averiguación de lo que la Constitución es en relación con la ley, o, en otras palabras, cuando se quiere averiguar el significado «constitucional» de la ley o verificar la interpretación de la ley conforme a la Constitución.

La interpretación de una norma consiste en aquella actividad desarrollada para averiguar su sentido o significado. Una norma jurídica pretende la regulación de las conductas o la adecuación de la realidad a lo prescrito en su enunciado. Por ello, para que cumpla su función debemos saber cuál es el sentido o significado a atribuir a sus palabras.

Así pues, el artículo 14, cuya rúbrica es «atención sanitaria de menores», tiene en la actualidad la siguiente redacción:

1. Las personas transexuales menores de edad tienen derecho a recibir tratamiento médico relativo a su transexualidad proporcionado por profesionales pediátricos, previo examen de dichos profesionales.
2. Los menores transexuales tendrán derecho a recibir:
 - a) Tratamiento para el bloqueo hormonal al inicio de la pubertad, situación que se determinará utilizando datos objetivos como la medición del nivel de estradiol y testosterona, la velocidad de crecimiento o la madurez de los ovarios y gónadas, para evitar el desarrollo de caracteres sexuales secundarios no deseados.
 - b) Tratamiento hormonal cruzado en el momento adecuado de la pubertad para favorecer que su desarrollo corporal se corresponda con el de las personas de su edad, a fin de propiciar el desarrollo de caracteres sexuales secundarios deseados.

Para iniciar el tratamiento farmacológico será requisito necesario que previamente reciban apoyo de los profesionales de salud mental infanto-juvenil, mantenido durante todo el proceso y en el caso de que existiera comorbilidad será imprescindible un informe favorable del profesional que esté tratando al menor en dichas patologías.

Dicho tratamiento se producirá bajo la autorización de quienes posean la tutela de la persona menor de edad o por autorización del juez que los sustituya.

El protocolo de actuación determinará el procedimiento a seguir en aquellos casos en que el equipo profesional estime la improcedencia por existir circunstancias que pongan en riesgo la salud del menor.

- c) A recibir, llegado el caso, acompañamiento y tratamiento en la decisión de desistir o revertir el proceso de cambio de sexo.
- 3. Sin perjuicio de lo establecido por la Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid, la negativa de padres o tutores a autorizar tratamientos relacionados con la transexualidad o a que se establezca preventivamente un tratamiento de inhibición del desarrollo hormonal, podrá ser recurrida ante la autoridad judicial cuando conste que puede causar un grave perjuicio o sufrimiento al menor. En todo caso se atenderá al criterio del interés superior del menor.
- 4. A los efectos de que conste la posición o el consentimiento del menor en el procedimiento y de conformidad con la legislación en materia de los derechos de los pacientes y de protección de los menores, el menor deberá ser oído en atención a su desarrollo y madurez, siempre si supera los 12 años de edad y su consentimiento deberá ser recabado de manera clara e inequívoca si supera los 16 años de edad.

En una interpretación gramatical, lo primero que llama la atención es el uso por el legislador autonómico de la expresión «será requisito necesario»; la cual evidencia un especial interés por destacar que esta cuestión se considera insoslayable; esto es, que se impone como premisa para el acceso y mantenimiento del tratamiento hormonal cruzado a los menores.

El examen de los términos de dicha expresión no deja lugar a dudas, puesto que el sustantivo «requisito», según el Diccionario de la Real Academia Española (RAE), alude a una «circunstancia o condición necesaria para algo» y el adjetivo «necesario», que actúa como refuerzo expresivo, en sus dos primeras acepciones, se define como «dicho de una persona o cosa: que hace falta indispensablemente para algo» o «que forzosa e inevitablemente ha de ser o suceder».

Todo ello se compadece mal con el modelo de respeto a la voluntad de la persona menor de edad, articulado a través del consentimiento informado, al que se ha aludido al referirnos a la Ley 41/2002.

La alusión que sigue al «apoyo de los profesionales de la salud mental infanto-juvenil mantenido durante todo el proceso», que leída aisladamente podría considerarse como una prestación específica del Servicio Sanitario de la Comunidad de Madrid a favor de

los menores trans, tiene aquí un indudable carácter obligatorio que plantea problemas de constitucionalidad, a criterio de esta institución. Más aun, cuando viene precedida del verbo «recibir» (concretamente «reciban») que, según la primera acepción del diccionario de la RAE, significa, cuando se refiere a una persona, «tomar lo que le dan o le envían».

Además, la expresión «y en el caso de que existiera comorbilidad será imprescindible un informe favorable del profesional que esté tratando al menor en dichas patologías» obliga a examinar si el uso de la palabra «comorbilidad» resulta aquí adecuado y, con un mayor alcance jurídico, la consecuencia que a ello se anuda.

Según el diccionario académico, por «comorbilidad» ha de entenderse la «coexistencia de dos o más enfermedades en un mismo individuo, generalmente relacionadas». Resulta equívoca, en primer lugar, la utilización de este término cuando la transexualidad ha dejado de ser considerada una patología y el artículo 56 de la Ley 4/2023, al referirse a la atención sanitaria integral a personas trans, establece que se realizará conforme al principio de no patologización.

Pero además, la norma cuestionada exige en este punto que el acceso al tratamiento hormonal cruzado para un menor de edad, requiere el informe favorable del profesional que está tratando al menor de las patologías que pueda padecer y enfatiza que dicho informe favorable es «imprescindible», es decir, obligatorio.

La introducción de estas previsiones evidencia su alcance inexorable, pues ya existía en la norma, y de hecho se mantiene, la previsión de que «el protocolo de actuación determinará el procedimiento a seguir en aquellos casos en el que el equipo profesional estime la improcedencia [del tratamiento] por existir circunstancias que pongan en riesgo la salud del menor».

A la vista de lo hasta aquí expuesto, las cuestiones a dilucidar por ese alto tribunal serían, en opinión del Defensor del Pueblo, dos: 1ª) Si el hecho de condicionar el inicio y mantenimiento del tratamiento hormonal cruzado de los menores de edad al apoyo de los profesionales de salud mental infanto-juvenil —en el momento adecuado de la pubertad para favorecer que su desarrollo corporal se corresponda con el de las personas de su edad, a fin de propiciar el desarrollo de caracteres sexuales secundarios deseados— lesiona por desproporcionado algún derecho de estos menores; y 2ª) Si la exigencia de un informe favorable del profesional que trate al menor en casos de enfermedad concomitante puede impedir al acceso o el mantenimiento de tratamiento en vulneración de algún derecho constitucionalmente relevante.

SEGUNDO. Doctrina jurisprudencial relevante para este proceso.

Para enfocar el planteamiento del presente recurso, resulta capital, en opinión de esta institución, la jurisprudencia emanada de la STC 99/2019, en la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo respecto al artículo 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas; derechos a la integridad física y moral, a la intimidad y a la protección de la salud, en relación con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad.

El Tribunal Supremo planteó dicha cuestión de inconstitucionalidad con ocasión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal presentados por los padres de un menor de edad que, como representantes legales del mismo, solicitaron la rectificación registral del sexo y nombre del menor al amparo de la mencionada Ley 3/2007 cuando este tenía doce años, primero en vía gubernativa ante el registro civil y luego en juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia y en apelación ante la Audiencia Provincial.

En todas las instancias se les denegó su pretensión, en atención a la minoría de edad de su hijo, dado que el citado precepto solo se refería a los mayores de edad.

El Auto del Tribunal Supremo que planteó la cuestión incluía ocho proposiciones que resumen el estado de la cuestión de la doctrina del citado tribunal:

1. El tratamiento socio-jurídico de la transexualidad se encuentra en constante y acelerada evolución.
2. En la identidad de género debe primar el aspecto psicológico y psicosocial sobre el cromosómico o gonadal.
3. El reconocimiento de la identidad de género de un transexual no se puede condicionar al sometimiento a una operación quirúrgica de reasignación de sexo.
4. La transexualidad no debe ser considerada una patología psiquiátrica necesitada de curación.
5. Debe facilitarse a la persona transexual el cambio de sexo y nombre en su inscripción de nacimiento y en sus documentos de identidad.
6. Debe protegerse la intimidad y dignidad de la persona transexual ante situaciones humillantes de identificación en el ámbito escolar, laboral o de relación con las autoridades públicas.

7. Estas exigencias derivan del respeto a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), en relación con el derecho a su integridad física y moral (art. 15 CE), el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), y el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE), así como de la jurisprudencia del TEDH y de la interpretación del Consejo de Europa.
8. Los menores no son ajenos a la problemática de las personas transexuales, padeciendo además problemas específicos inherentes a la etapa de la infancia y la adolescencia.

Cuando el alto tribunal al que me dirijo resolvió la cuestión, lo hizo mediante una resolución de la que cabe extraer unos parámetros de interpretación constitucional que son altamente pertinentes para el caso que ahora se sustancia; a saber: derechos vulnerados y principio de proporcionalidad, alcance del control de la proporcionalidad de una medida legislativa, el objetivo constitucionalmente legítimo que justifica la restricción legal, la proporcionalidad en la persecución del objetivo legítimo y la proporcionalidad en sentido estricto de la norma legal cuestionada.

TERCERO. Derechos vulnerados y principio de proporcionalidad.

Ese alto tribunal tiene establecido lo siguiente:

Es constante la doctrina constitucional acerca de que el principio de proporcionalidad, como presupuesto de constitucionalidad de la ley, no opera en abstracto. Así, la jurisprudencia constitucional ha establecido que dicho principio actúa únicamente por referencia a concretos derechos fundamentales (SSTC 64/2019, FJ 5, y 55/1996, FJ 3) o a específicos principios constitucionales (STC 60/2010, FFJJ 7 y 8 b). Estos derechos y principios serían los vulnerados en caso de que el legislador los restrinja de un modo desproporcionado.

Siguiendo esta doctrina, procede analizar, como primera cuestión, cuáles son los principios o derechos constitucionales cuyo contenido se vería restringido por los preceptos impugnados, ya que, de no producirse dicha restricción, carecería de sentido la exigencia de que la norma fuera proporcionada.

El primer principio constitucional que puede quedar afectado por el inciso ya señalado del artículo 14.2.b), en la redacción dada a la Ley 2/2016 por la Ley 17/2023, es el contemplado en el artículo 10.1 de la Constitución, en lo que se refiere al libre desarrollo de la personalidad.

Ha de repararse, a este respecto, en la significativa diferencia de trato que se produce entre los mayores de edad y los menores. Para los primeros, el artículo 13.2 de la Ley 2/2016, tras su reforma, establece que el sistema sanitario de la Comunidad de Madrid proporcionará tratamiento hormonal a las personas transexuales sin hacer mayores precisiones. Con ello queda garantizado para estas personas el ejercicio autónomo de su identidad.

Además, respecto de las personas mayores de edad transexuales, el citado artículo 13.2 establece, en su apartado e), que el sistema sanitario de la Comunidad de Madrid les proporcionará el acompañamiento psicológico o psiquiátrico adecuado. Ese acompañamiento, junto al proceso quirúrgico genital, mamoplastia de aumento y masculinización de tórax, material protésico necesario y de tratamientos que tiendan a la modulación del tono y timbre de la voz, cuando sean requeridos, se configuran como servicios que se encuentran a disposición de las personas transexuales, pero su utilización no se establece como requisito previo al tratamiento hormonal, como sí que se hace con las personas transexuales menores de edad.

Como ya ha señalado ese alto tribunal, en la STC 99/2019:

La propia identidad, dentro de la cual se inscriben aspectos como el nombre y el sexo, es una cualidad principal de la persona humana. Establecer la propia identidad no es un acto más de la persona, sino una decisión vital, en el sentido que coloca al sujeto en posición de poder desenvolver su propia personalidad. Cualquiera que se vea obligado a vivir a la luz del Derecho conforme a una identidad distinta de la que le es propia sobrelleva un lastre que le condiciona de un modo muy notable en cuanto a la capacidad para conformar su personalidad característica y respecto a la posibilidad efectiva de entablar relaciones con otras personas.

Este nexo entre decidir sobre la identidad de uno mismo y el goce por la persona de autonomía para organizar su propia vida y sus relaciones personales es reconocido y afirmado por diversas instituciones de nuestro entorno jurídico, lo que muestra que sobre este vínculo existe un extendido consenso y así el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia tiene un valor hermenéutico especial para este Tribunal, al abordar reclamaciones en que es relevante la situación de transexualidad alude expresamente a la protección del desarrollo personal y la pone en relación con «el derecho a establecer y consolidar relaciones con otros seres humanos y con el entorno que le rodea».

En el presente caso, adquiere especial relevancia la línea jurisprudencial establecida por el Tribunal Supremo, cuando fundamenta en el libre desarrollo de la personalidad la

prevalencia que otorga a los factores psicosociales para la rectificación registral del sexo, sin supeditarla a una previa reasignación sexual de carácter quirúrgico.

En el caso que nos ocupa, las personas trans que pretenden el desarrollo de las características físicas del género sentido necesitan de un tratamiento hormonal supresor de la secreción hormonal endógena y que, además, mantenga los niveles de hormonas sexuales dentro del rango normal para el género sentido. Tratamiento sin el cual no resulta posible entender que se esté salvaguardando el libre desarrollo de la personalidad.

Sin embargo, para los menores, la norma que se impugna, al establecer la necesidad de recibir acompañamiento de un profesional de salud mental —para iniciar el proceso y mantenerlo en toda su duración— implica desconocer su derecho a definir, de forma progresiva en función del grado de madurez, su propia personalidad y la identidad a ella asociada.

Circunstancia esta que también se produce cuando para estos menores se exige la emisión de un informe favorable del profesional médico que trate al menor de alguna enfermedad concomitante, situación a la que la norma alude bajo el término «comorbilidad».

Ambas limitaciones, al igual que observó la STC 99/2019 respecto de las restricciones a la mención del sexo en el Registro Civil de los menores, son «de un grado particularmente intenso, porque condiciona[n] una manifestación de primer orden de la persona y, consecuentemente, incide[n] de un modo principal en su dignidad como tal individuo, cuya salvaguarda es la justificación última de un Estado constitucional como el establecido en la Constitución de 1978».

La necesidad de proteger al menor, que la ley examinada enuncia como uno de sus principales objetivos, quedaría ya suficientemente cubierta por la actuación profesional del pediatra, quién deberá valorar si, en un caso concreto, resulta necesaria su derivación o el acompañamiento de los profesionales de la salud mental para detectar o tratar alguna patología mental relevante que pueda ser determinante en la decisión de cambio de sexo. Lo contrario supone desconocer la condición que los menores tienen como titulares de derechos fundamentales, para cuyo ejercicio se prevé un sistema de apoyos y garantías jurídicas, mediante padres, tutores y, en última instancia, la autoridad judicial, suficientemente protector, que ha de adaptarse en función de su edad y madurez.

Esta derivación a los profesionales de la salud mental ha de interpretarse, en cualquier caso, a la luz de la Clasificación Internacional de Enfermedades y Problemas de Salud Conexos (CIE) de la Organización Mundial de la Salud. La undécima revisión (CIE-11), cerrada en 2018, es el resultado de la colaboración entre clínicos, estadísticos, epidemiólogos, codificadores y expertos en clasificación y tecnologías de la información de todo el mundo. La anterior revisión (CIE 10), databa de 1990.

Sin embargo, el legislador autonómico, que ha entendido necesario modificar sustancialmente el preámbulo de la Ley 2/2016 —en el que se citaba la CIE 10— ha mantenido dicha cita, obviando el relevante cambio que se ha producido con la CIE-11, en la cual se eliminó la transexualidad del capítulo sobre trastornos mentales y del comportamiento, trasladándola al de «condiciones relativas a la salud sexual».

En la citada clasificación, bajo el enunciado de «discordancia de género», se señala:

La discordancia de género en la adolescencia o adultez se caracteriza por una discordancia marcada y persistente entre el género experimentado por la persona y el sexo asignado, lo que a menudo conduce a un deseo de «transición» para vivir y ser aceptada como una persona del género experimentado, ya sea por medio de un tratamiento hormonal, intervención quirúrgica u otros servicios de salud, para que el cuerpo pueda alinearse, tanto como lo desee y en la medida de lo posible, con el género experimentado. El diagnóstico no se puede hacer antes del inicio de la pubertad. Las variaciones en el comportamiento de género y las preferencias no constituyen por sí solas una base para asignar el diagnóstico.

Esta despatologización de la transexualidad tiene su reflejo en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, en cuyo articulado se establece:

Artículo 56. Atención sanitaria integral a personas trans.

La atención sanitaria a las personas trans se realizará conforme a los principios de no patologización, autonomía, decisión y consentimiento informados, no discriminación, asistencia integral, calidad, especialización, proximidad y no segregación. Se asegurará, en todo caso, el respeto de su intimidad y la confidencialidad sobre sus características físicas, evitando las exploraciones innecesarias o su exposición sin un objetivo diagnóstico o terapéutico directamente relacionado.

Por su parte, 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 tiene por objeto la regulación de los derechos y obligaciones de los pacientes,

usuarios y profesionales, así como de los centros y servicios sanitarios, públicos y privados, en materia de autonomía del paciente y de información y documentación clínica.

Esta norma se estableció teniendo en cuenta el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina, hecho en Oviedo, el 4 de abril de 1997 y ratificado por España mediante instrumento de 23 de julio de 1999.

Como se ha señalado en el primer apartado de este recurso, el conjunto de los principios y preceptos de la Ley 41/2002, que emanan del referido convenio, configuran un marco en el que cualquier paciente o usuario —con independencia de su edad o situación médico-asistencial— retiene un ámbito de libertad estrechamente ligado a su propia dignidad y al libre desarrollo de su personalidad, que ha de ser respetado por el legislador autonómico, en virtud de lo previsto en el artículo 149.1.1ª de la Constitución.

En conclusión, el inciso cuestionado, en la medida que obliga a la persona menor de edad a recibir apoyo de los profesionales de salud mental infanto-juvenil para poder iniciar el tratamiento hormonal cruzado y también somete esta decisión a la previa emisión de un informe favorable, cuando el menor tenga alguna enfermedad, incide sobre un aspecto esencial de su identidad y conlleva una restricción para el libre desarrollo de la personalidad.

El segundo aspecto que puede quedar afectado por el inciso ya señalado del artículo 14.2.b), en la redacción dada a la Ley 2/2016 por la Ley 17/2023, es el principio constitucional que garantiza el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), en conexión, por tratarse de un derecho de la personalidad, con el ya analizado artículo 10.1 de la Constitución.

El derecho a la intimidad se ha ido configurando a lo largo de los años a la luz de la jurisprudencia, y se ha consolidado como un derecho autónomo al margen del derecho al honor o a la propia imagen, cuyo contenido fundamental tiene por objetivo preservar un espacio de intimidad, personal y familiar, de intromisiones ajenas públicas o privadas. Un espacio reservado de libertad, en el que cada persona puede actuar y decidir al margen del resto de la sociedad, ligado al respeto a la dignidad.

En la actualidad, el derecho a la intimidad ha de interpretarse en sentido más amplio conforme a lo señalado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), cuya doctrina tiene especial valor hermenéutico para ese alto tribunal, en virtud del artículo 10.2 de la Constitución (por todas, STC 35/1995, de 6 de febrero, FJ 3).

(...) el Tribunal ha destacado en numerosas ocasiones que el concepto de «vida privada» incluye no solo la integridad física y mental de la persona, sino que también puede en ocasiones comprender aspectos de la identidad física y social del individuo. Elementos tales como la identidad de género, el nombre, la orientación sexual y la vida sexual caen dentro de la esfera personal protegida por el art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH). Esto ha conducido a reconocer, en el contexto de la aplicación de este principio a las personas transgénero, que ello implica un derecho a la autodeterminación, que la libertad de definir la propia identidad sexual es uno de los elementos esenciales más básicos y que el derecho de las personas transgénero a su desarrollo personal y a la seguridad física y moral está garantizado en el art. 8 (STEDH asunto A.P. Garçon y Nicot contra Francia, de 6 de abril de 2017).

La identidad sexual, esto es, cómo cada persona siente y se autodefine independientemente de su sexo, y la expresión de género, cómo esa persona quiere manifestarse ante terceros, forman parte no solo de la identidad en un sentido físico sino también en su dimensión social y relacional.

La identidad sexual tiene eficacia jurídica a partir de la libre decisión de la persona de identificarse con cualquiera de los géneros, con independencia del sexo físico o genético de nacimiento y luego que el ordenamiento jurídico respete esa decisión. A esos efectos, el elemento esencial del derecho a mostrarse ante terceros de la manera elegida, puede verse condicionado, en el caso de los menores transexuales, de manera desproporcionada, al imponerse requisitos para recibir el tratamiento hormonal cruzado necesario para su transición hacia una correspondencia con la identidad sentida.

En este contexto, la terapia hormonal incide en la libre decisión de la persona trans de hacer coincidir esa identidad sexual con la expresión de género. Esto es, la identidad sexual, como vivencia interna del sujeto respecto de su pertenencia a un sexo, recibe una protección jurídica autónoma e independiente de cuál sea la expresión de género a través de la que desea manifestarse externamente, ya que no es jurídicamente necesaria una congruencia entre identidad sexual y expresión de género para que tenga eficacia jurídica plena la protección de la identidad sexual dispensada por el ordenamiento jurídico.

En atención a esas consideraciones, ha de acudir de nuevo a la STC 99/2019, respecto de la configuración que realiza de los artículos 10.1 y 18.1 CE, que pueden resumirse así:

- La dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad están íntimamente vinculados con la libre decisión de la persona relativa tanto a cuál sea el sexo con el que se identifica —identidad sexual— como a cuál sea el género a

través del que quiere manifestarse externamente —expresión de género—. Constitucionalmente estos principios garantizan y protegen ambas decisiones que, se insiste, aunque se suelen presentar como interdependientes (la persona tenderá a hacer congruente su expresión de género con su identidad sexual) pueden ser completamente autónomas.

- El derecho a la intimidad personal implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de la vida humana, añadiendo que lo que garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio.
- En atención a ello, la jurisprudencia constitucional ya ha declarado que «la falta de equivalencia entre el sexo atribuido al nacer, que es el que accede originariamente al registro civil, y el que un individuo percibe como suyo es una de esas circunstancias particularmente relevantes que la persona tiene derecho a proteger del conocimiento ajeno. Ello se debe a que esa reserva constituye un medio eficaz de que aparezca como único y verdadero sexo el segundo de ellos, el percibido por el sujeto, y, en consecuencia, no trascienda al conocimiento público su condición de transexual».

De ese modo, si la terapia hormonal es un elemento fundamental en la decisión de la persona trans de hacer congruente su identidad sexual con su expresión de género y esa congruencia, como afirma la jurisprudencia constitucional expuesta, es un elemento relevante junto con la rectificación registral para que pueda no trascender al conocimiento público la condición de persona transexual; entonces eliminar, condicionar, limitar, restringir u obstaculizar de cualquier modo el acceso a esa terapia hormonal, utilizando la expresión de la jurisprudencia constitucional, «se trata de una profunda intromisión en ese derecho fundamental ya que se refiere a una circunstancia relativa al círculo más interno de la persona».

De todo lo anterior se desprende que la norma impugnada también afecta a la intimidad personal contemplada en el artículo 18.1 de la Constitución, ya que la intromisión que realiza el inciso cuestionado alcanza un grado y extensión tales que desconocen de manera radical el contenido esencial del derecho a la intimidad, en virtud

de una previsión formalmente protectora que no deja de suponer un apriorismo el cual, por su falta de matización y generalidad, debe ser examinado de manera rigurosa.

CUARTO. El alcance del control de la proporcionalidad de una medida legislativa.

Procede ahora analizar si esa potencial afectación de estos dos preceptos al derecho fundamental a la intimidad personal y al principio constitucional al libre desarrollo de la personalidad serían inconstitucionales. Siguiendo la doctrina de ese alto tribunal, ha de comprobarse si esa incidencia se manifiesta como desproporcionada.

El enjuiciamiento de la proporcionalidad de una medida legislativa, como presupuesto de constitucionalidad de la misma, se articula en dos fases (STC 60/2010, FJ 9):

a) la primera parte de ese canon de control consiste en examinar que la norma persigue una finalidad constitucionalmente legítima; y b) la segunda parte implica revisar si la medida legal se ampara en ese objetivo constitucional de un modo proporcionado. Esta segunda fase de análisis exige, a su vez, verificar (por todas, STC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 5), sucesivamente el cumplimiento de «la triple condición de

(i) adecuación de la medida al objetivo propuesto (juicio de idoneidad);

(ii) necesidad de la medida para alcanzar su objetivo, sin que sea posible su logro a través de otra más moderada con igual eficacia (juicio de necesidad) y

(iii) ponderación de la medida por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)».

Lo que toca analizar aquí es si, siguiendo la doctrina constitucional, el objetivo constitucionalmente legítimo de la protección de las personas menores de edad transexuales recae propiamente sobre elementos centrales de un determinado derecho o principio constitucional, restringiéndolo más allá del margen de configuración que la Constitución le reserva.

Como se indica en la, ya extensamente citada, STC 99/2019:

a) La primera observación es en clave institucional y atiende a la delimitación de las funciones respectivas del legislador y de este Tribunal (...) el Tribunal ha declarado que «cuando entran en colisión derechos fundamentales o determinadas limitaciones a los mismos en interés de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos, la función del interprete constitucional alcanza la máxima importancia 'y se ve obligado —como dice la STC 53/1985— a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizar/os si ello es posible o, en caso contrario, precisando las con-

diciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos'» (SSTC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 5, y 215/1994, de 14 de julio, FJ 2). b) La segunda consideración es de carácter sustantivo y conlleva que el alcance del enjuiciamiento constitucional del legislador resulta dependiente «del objeto sobre el que este se proyecte o del tipo de decisiones que incorpore», de tal modo que «cuanto más intensa sea la restricción de los principios constitucionales y, en particular, de los derechos y libertades reconocidos en el texto constitucional, tanto más exigentes son los presupuestos sustantivos de la constitucionalidad de la medida que los genera» (STC 60/2010, FJ 7).

Siguiendo esta argumentación, que utiliza la sentencia citada para la exclusión de los menores de edad del derecho reconocido con carácter general al resto de españoles a que en el registro civil consten menciones de sexo y nombre coherentes con la identidad de género sentida, hay que proyectar ahora los dos anteriores criterios sobre las circunstancias de este proceso.

Aquí la norma impugnada, supedita al apoyo de los profesionales de salud mental el acceso a determinadas personas —los menores transexuales— al derecho, reconocido con carácter general al resto de las personas transexuales, de acceso a tratamientos hormonales cruzados. Tal restricción es aún mayor cuando el menor sufre una enfermedad de cualquier tipo, ya que no podrá procederse al inicio o mantenimiento del tratamiento farmacológico sin el previo informe favorable del profesional médico responsable de atender la patología concomitante.

Ello comporta, como consecuencia directa, que las personas transexuales menores de edad se vean privadas de la capacidad de decidir el hacer congruente su identidad sexual con su expresión de género. Se ha señalado que tal congruencia es esencial para que pueda no trascender al conocimiento público la condición de persona transexual del interesado.

Esta evidencia conduce a apreciar, al igual que hizo el Tribunal Constitucional en la STC 99/2019, que esa medida legal afecta tanto al derecho a la intimidad, por exponer al público circunstancias que el sujeto puede pretender reservadas, como a la autonomía personal, por no poder desenvolver su propia vida y sus relaciones sociales conforme a la identidad de género que se siente como propia.

Llegados a este punto, ha de abordarse el examen de proporcionalidad de la medida legal, a través de las dos fases establecidas por la jurisprudencia constitucional que a continuación se desarrollan.

QUINTO. El objetivo constitucionalmente legítimo que justifica la restricción legal.

Atendiendo a este canon exegético emanado de la jurisprudencia de ese alto tribunal, se hace preciso comprobar que el requisito necesario de recibir apoyo de los profesionales de salud mental infanto-juvenil para iniciar el tratamiento farmacológico, mantenido durante todo el proceso, así como la existencia inexorable de un informe favorable del profesional que esté tratando al menor de alguna patología persiguen preservar algún bien o interés constitucionalmente legítimo de relevancia suficiente.

Y, efectivamente, el legislador autonómico, en el preámbulo de la Ley 17/2023, justifica, como ya se ha visto, su reforma, en lo que se refiere a los menores transexuales, en los siguientes términos:

Las organizaciones médicas, especialmente las relacionadas con la salud mental y la pediatría, pero también las de bioética o medicina sexual, han advertido también de la criminalización de su asistencia, que, en última instancia redundaría en daño, precisamente, de aquellas personas que esta Ley está llamada a proteger. Todas estas voces autorizadas se han tenido aquí en cuenta.

Resulta de nuevo plenamente aplicable la argumentación en este punto de la STC 99/2019:

El Tribunal ha admitido expresamente que el art. 39 CE incorpora un mandato dirigido a los poderes públicos para que atiendan de un modo preferente la situación del menor de edad, estableciendo regímenes especiales de tutela allí donde el legislador, dentro del amplio margen que enmarca la Constitución, lo considere necesario.

Por su parte, la STC 141/2000, FJ 5, declaró que «el estatuto del menor es, sin duda, una norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos, que constituye un legítimo límite a la libertad de manifestación de las propias creencias mediante su exposición a terceros, incluso de sus progenitores». Y la misma sentencia, líneas más arriba, había precisado que «[las] libertades y derechos de unos y otros ... deberán ser ponderados teniendo siempre presente el 'interés superior' de los menores de edad (arts. 15 y 16.1 CE en relación con el art. 39 CE)». En la misma línea de las dos sentencias anteriormente referidas, la STC 64/2019 ha declarado que el interés superior del menor de edad es un objetivo constitucionalmente legítimo que puede justificar límites al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Como conclusión de las anteriores consideraciones, cabe admitir que el interés superior del menor inherente a algunas de las previsiones del art. 39 CE es, considerado en abstracto, un bien constitucional suficientemente relevante para motivar la adopción de medidas legales que restrinjan derechos y principios constitucionales.

Por tanto, la restricción del principio o derecho constitucional, que en este caso giraría entorno a la intervención de profesionales de la salud mental o de otras especialidades con carácter previo y simultáneo al tratamiento hormonal cruzado, pretende lograr un beneficio para los mismos sujetos que soportarían la limitación de ese derecho, es decir los menores transexuales. Tal medida podría ser considerada legítima y consecuente con la protección de superior interés del menor, siempre y cuando resulte proporcional.

De hecho, así ocurre, en el caso de las personas transexuales mayores de edad a las que el artículo 13.2.b) de la Ley 2/2016 reformada garantiza un acompañamiento psicológico o psiquiátrico adecuado. Ello sería suficiente para atender el mandato constitucional dirigido a todos los poderes públicos de dispensar una protección especial a los menores de edad, puesto que el citado precepto alcanza a todas las personas transexuales, con independencia de su edad.

SEXTO. La proporcionalidad en la persecución del objetivo legítimo.

Ahora bien, la segunda parte del canon de enjuiciamiento requiere verificar si la norma legal restrictiva de derechos y principios constitucionales —el requisito necesario de recibir apoyo de los profesionales de salud mental infanto-juvenil para iniciar el tratamiento farmacológico, mantenido durante todo el proceso, para la generalidad de los supuestos y la exigencia de un informe favorable para menores que estén tratados de alguna enfermedad— se orienta de un modo proporcionado al bien jurídico constitucional que la justifica —la tutela privilegiada de los menores de edad como categoría de personas necesitadas de especial protección—, lo que sucederá únicamente si la medida restrictiva que incorpora es adecuada, necesaria y proporcionada en sentido estricto (STC 99/2019, FJ 9).

Sobre el juicio de adecuación de una medida legal restrictiva a la finalidad constitucional que la justifica, este Tribunal ha precisado, con muy particular atención a la posición constitucional del legislador, que «la necesaria consideración del espacio de libertad de configuración política que corresponde al legislador democrático obliga a precisar que para apreciar la adecuación [de la medida legal restrictiva], desde la posición que corresponde a este Tribunal, es suficiente con que la disposición cuestionada contribuya en alguna medida a la realización del fin que persigue, de tal modo que solo cabría declarar la inconstitucionalidad de aquella en este estadio del control de proporcionalidad si resultara manifiesto que [la medida legal restrictiva] entorpece o, cuando menos, es indiferente desde la perspectiva del cumplimiento de sus fines» (STC 60/2010, FJ 12).

A juicio del Defensor del Pueblo, el análisis de proporcionalidad de los preceptos mencionados, en el caso del inciso que se viene analizando, incorpora unas restricciones que inciden de manera muy intensa sobre los derechos a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad. Fruto de esa afectación queda también menoscabado el derecho a la identidad personal, que reviste una especial centralidad por su inescindible relación con la dignidad de la persona humana.

La gravedad de la lesión a estos derechos en el caso aquí analizado implica que no puede considerarse adecuada, porque los eventuales beneficios que con tales medidas se pretenden obtener pueden lograrse de formas menos gravosas para la vigencia de los derechos en cuestión.

Siguiendo con el análisis que realizó la STC 99/2019, al considerar que los preceptos impugnados suponen, «una restricción que se proyecta sobre un objeto particularmente vinculado a la dignidad humana y que se concreta en una limitación muy intensa del mismo, conlleva que el control de la proporcionalidad de dicha norma por el tribunal debe desenvolverse de un modo especialmente incisivo, en el sentido de poder verificar si los beneficios obtenidos por la aplicación de la norma sean de una entidad tal que compensen la gravedad de los sacrificios que impone a los derechos fundamentales enfrentados».

Por otra parte, el análisis del artículo 14, en que se inserta el inciso sobre el que esta institución mantiene su inconstitucionalidad, en una lectura conjunta con otros preceptos de la norma, no permite, a juicio del Defensor del Pueblo, sostener que las restricciones que tal inciso contiene sean necesarias.

Así, el artículo 13, indica:

1. El sistema sanitario de la Comunidad de Madrid atenderá a las personas transexuales conforme a los principios de consentimiento informado, de no discriminación, de asistencia integral, de calidad, especializada, de proximidad y de no segregación.

Teniendo derecho las personas transexuales a:

- a) Ser informadas y consultadas de los tratamientos que les afecten y a que los procesos médicos que se les apliquen, se rijan por el principio de consentimiento informado y libre decisión del paciente o tutor legal.
- b) Ser tratadas conforme a su situación durante su proceso de cambio de sexo, e ingresadas en las salas o centros correspondientes a esta cuando existan diferentes dependencias por razón de sexo, y a recibir el trato que se corresponde a su situación, evitando toda segregación o discriminación.

- c) Ser atendidas en la Unidad de Intersexualidad y Transexualidad (UIT) y en los centros de atención especializada pertinentes a su tratamiento.
- d) A solicitar, en caso de duda, una segunda opinión a otro miembro del personal médico, antes de acceder a tratamientos o intervenciones quirúrgicas con efectos irreversibles.
- e) A recibir, llegado el caso, acompañamiento y tratamiento en la decisión de desistir o revertir el proceso de cambio de sexo.

2. Dentro de sus competencias, y previo cumplimiento de los requisitos y trámites previstos en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, el sistema sanitario de la Comunidad de Madrid:

- a) Proporcionará tratamiento hormonal a las personas transexuales. En el caso de menores de edad, la atención se realizará en los términos expresados en el artículo siguiente de esta Ley.
- b) Proporcionará el proceso quirúrgico genital, mamoplastia de aumento y masculinización de tórax, siendo la gestión de las listas de espera ajustada a la máxima transparencia, agilidad y eficacia.
- c) Proporcionará el material protésico necesario.
- d) Prestará tratamientos que tiendan a la modulación del tono y timbre de la voz cuando sean requeridos.
- e) Proporcionará el acompañamiento psicológico o psiquiátrico adecuado.

3. Se prohíbe expresamente el uso en el sistema sanitario de la Comunidad de Madrid de terapias aversivas y de cualquier otro procedimiento que suponga un intento de anulación de la personalidad o voluntad de la persona transexual, así como cualquier otra vejación, trato discriminatorio, humillante o que atente contra su dignidad personal, sin que el asesoramiento psicológico o, en su caso, la evaluación psiquiátrica del personal sanitario pueda considerarse discriminatoria ni contraria a la libertad de la persona evaluada sino, por el contrario, informadora de la misma con base científica y garantías médicas, para que pueda ejercerse dicha libertad con pleno conocimiento de causa, siempre buscando el bienestar de la persona transexual.

Mientras que el artículo 19, señala:

1. La Comunidad de Madrid en su cartera de servicios sanitarios garantizará la existencia de una Unidad de Intersexualidad y Transexualidad (UIT), en una red en la que podrán participar diferentes hospitales que realizarán las prestaciones que se les encomienden, en todo caso, asesorar, tratar y acompañar a la persona a lo largo de todo el proceso, así

como en la decisión de iniciarlo o no, y, llegado el caso, en la decisión de desistir o revertir dicho proceso.

2. La Unidad de Intersexualidad y Transexualidad estará integrada por profesionales sanitarios, que siempre incluirán a psicólogos clínicos y psiquiatras y de servicios sociales, y prestará a las personas transexuales el tratamiento más adecuado a sus circunstancias personales y a su estado de salud.

3. Será responsabilidad de la UIT la realización de las cirugías genitales que no puedan ser atendidas conforme al principio de atención de proximidad y demás principios expresados en el artículo 13.

4. La Unidad de Intersexualidad y Transexualidad se concibe igualmente como un centro de formación e investigación en las especialidades médicas y quirúrgicas relacionadas con la transexualidad. A tal fin, podrá desarrollar programas de formación y estudios especializados para la mejora de los profesionales del sistema de salud de la Comunidad de Madrid.

5. La UIT prestará servicios de asesoramiento y seguimiento a los profesionales que presten asistencia sanitaria a las personas transexuales de la Comunidad que opten por la atención de proximidad siguiendo los principios de esta Ley.

6. Dicha Unidad definirá, en coordinación con la Unidad de Referencia estatal correspondiente, las mejores prácticas médicas y quirúrgicas relacionadas con la transexualidad; dicha coordinación quedará sin efecto en el caso de que la Unidad sea designada Unidad de Referencia estatal por la Administración competente. En cualquier caso, tal designación no podrá menoscabar los derechos sanitarios de los usuarios recogidos en el articulado de esta Ley y demás normas aplicables, ni los derechos de los profesionales reconocidos en la Ley a una formación inicial y continuada en la materia, así como a la práctica de los conocimientos adquiridos.

Como puede observarse, a la vista de las previsiones que estos y otros preceptos de la norma dedican a la atención sanitaria en todas sus vertientes para las personas transexuales, con independencia de cuál sea su edad, la limitación de derechos respecto de los menores que el inciso cuestionado establece no puede reputarse como necesaria.

SÉPTIMO. La proporcionalidad en sentido estricto de la norma legal cuestionada.

Este último apartado revela que la intervención de los profesionales de salud mental o de otras disciplinas médicas, que se imponen como requisitos *sine qua non* para el inicio y mantenimiento del tratamiento hormonal cruzado, carece de proporcionalidad, puesto que obvia el consentimiento informado, restringe de forma radical la capacidad de decisión del menor, impide el ejercicio de su identidad sexual, todo lo cual vulnera los artículos 10.1 y 18.1 de la Constitución.

Además, el referido inciso, cuando convierte en obligatorio el apoyo de profesionales de la salud mental, soslaya el hecho de que no en todos los casos va a estar en cuestión la salud mental de las personas menores de edad transexuales, ya que, como se ha dicho con anterioridad, la transexualidad no está ya considerada como una enfermedad mental.

Los motivos por los que la STC 99/2019 declaró la inconstitucionalidad del artículo 1.1 de la Ley 3/2007 sirven, a juicio del Defensor del Pueblo, como guía para la interpretación en este punto. Así, la citada resolución señala:

La restricción legal que enjuicamos, sin embargo, no solo da lugar a inconvenientes para ciertos principios y derechos constitucionales. Conlleva, por otro lado, determinados beneficios importantes para otros bienes jurídicos también de relevancia constitucional, ya que mediante esta restricción legal el legislador despliega la protección especial de los menores de edad que le incumbe en virtud del mandato derivado del art. 39 CE. Estos beneficios, cuya relevancia este Tribunal no desdeña, se relativizan paulatinamente según se avanza hacia la mayor edad por dos motivos. De un lado, a medida que cumple años el menor de edad adquiere mayores grados de entendimiento y, por tanto, disminuyen las necesidades específicas de protección, como se desprende de la regulación que hace el Código civil de la emancipación del menor de edad (arts. 314 y ss.). De otro lado, como argumenta el auto de planteamiento, el riesgo de remisión de las manifestaciones de transexualidad merma cuando la persona se aproxima a la edad adulta.

En ese contexto, las medidas impugnadas, al imponer la intervención de estos profesionales, incluso contra la voluntad de los menores afectados, establecen una limitación desproporcionada de sus derechos sin ponderar que la propia norma incluye mecanismos legales para el caso en que pudiera existir conflicto en la determinación de su superior interés, así como para protegerle de manera especial en caso de riesgo para su salud.

En virtud de cuanto se ha expuesto

SUPLICO

al Tribunal Constitucional que, teniendo por presentado este escrito en tiempo y forma debidos, se sirva admitirlo y tenga por interpuesta demanda de recurso de inconstitucionalidad contra el inciso «para iniciar el tratamiento farmacológico será requisito necesario que previamente reciban apoyo de los profesionales de salud mental infanto-juvenil, mantenido durante todo el proceso y en el caso de que existiera comorbilidad será imprescindible un informe favorable del profesional que esté tratando

al menor en dichas patologías», incorporado en el artículo 14, párrafo segundo, letra b), de la Ley 2/2016, de 29 de marzo, por el artículo único, numeral doce, de la Ley 17/2023, de 27 de diciembre, por la que se modifica 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; por estimar que en él se vulneran los artículos 10.1 y 18.1 de la Constitución, interpretados de conformidad con la jurisprudencia de ese alto tribunal.

Y que, tras los trámites procesales oportunos, declare en sentencia su inconstitucionalidad, así como la de cuantos otros preceptos que, por conexión o consecuencia, considere procedente ese alto tribunal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 39.1 de su Ley orgánica reguladora.

Por ser de justicia, que pido en Madrid, a 26 de marzo de 2024.

Ángel Gabilondo Pujol

Defensor del Pueblo