

Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia 176/2008 de 22 Dic. 2008, rec. 4595/2005

Nº de Sentencia: 176/2008

Nº de Recurso: 4595/2005

LA LEY 198334/2008

Texto

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de amparo núm. 4595-2005, promovido por don Eloy, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Susana Hernández del Muro y asistido por el Abogado don Manuel Ródenas Pérez, contra la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lugo de 19 de mayo de 2005 (LA LEY 112763/2005), que desestimó el recurso de apelación núm. 41-2005 interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Lugo de 18 de octubre de 2004, recaída en procedimiento de modificación de medidas definitivas en materia de separación matrimonial núm. 354-2004, por la que se acordó modificar el régimen de visitas del recurrente a su hijo menor de edad. Ha comparecido doña Luisa, representada por el Procurador de los Tribunales don Francisco de Paula Martín Fernández y asistida por el Abogado don José Ramón Veiga Lamelas. Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

Ha sido Ponente el Magistrado don Manuel Aragón Reyes, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 20 de junio de 2005 la Procuradora de los Tribunales doña Susana Hernández del Muro, en nombre y representación de don Eloy, anunció la intención de promover recurso de amparo contra la Sentencia de apelación citada en el encabezamiento. Por providencia de la Sección Primera de este Tribunal de 5 de julio de 2005 se tuvo por recibido dicho escrito al tiempo que se requirió a la parte por plazo de diez días para que formalizase la demanda de amparo con los requisitos previstos en el art. 49 LOTC y con asistencia de Abogado, lo que fue cumplimentado mediante escrito registrado en este Tribunal el 22 de julio de 2005 por la misma Procuradora y bajo la dirección del Abogado don Manuel Ródenas Pérez.

2. Los hechos con relevancia para la resolución del presente recurso de amparo son los siguientes:

a) Por Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Lugo de 2 de abril de 2002, en estimación de la demanda presentada por la representación de doña Luisa, se decretó la separación legal del matrimonio formado por aquélla y el recurrente en amparo, aprobándose judicialmente el convenio regulador de 27 de febrero de 2002 pactado entre los cónyuges y a tenor del cual, en lo que aquí importa, además de concederse la patria potestad del hijo común, menor de edad, a ambos cónyuges y la custodia a la madre, se establecía en cuanto al régimen de visitas lo que sigue: «El padre podrá tener en su compañía al hijo fines de semana alternativos, desde las 10 horas del sábado, en que lo irá a recoger a su domicilio materno, hasta las 20 horas del domingo, en que lo dejará en dicho domicilio». Se fijaron asimismo las reglas para la custodia del hijo menor durante las vacaciones de Navidad, semana santa y verano, dividiendo cada periodo en dos y asignando a cada progenitor la mitad correspondiente, con carácter rotatorio según los años pares e impares.

b) El 24 de mayo de 2004 la representación de doña Luisa presentó ante el mismo Juzgado demanda de modificación de medidas definitivas, interesando la privación de la patria potestad al padre y la inmediata y total suspensión del régimen de visitas y comunicación del padre respecto al hijo común, aduciéndose como fundamento para ello, en primer lugar, cierto desinterés del padre sobre el niño, además de no abonar la pensión alimenticia salvo en contadas ocasiones; y, en segundo lugar, el hecho de que desde hacía unos meses el padre se estaba sometiendo a un tratamiento para cambio de sexo y que se maquillaba y se vestía

habitualmente como una mujer.

c) En la vista oral del procedimiento de modificación de medidas la madre se ratificó en su solicitud, a la que se opuso el recurrente en amparo, que prestó declaración manifestando que sus relaciones tanto con su hijo como con su esposa fueron normales hasta que a principios de 2004 empezó el tratamiento hormonal y comunicó su condición de transexual, momento en que su esposa le impidió ver al niño; añadiendo que su intención es continuar con el tratamiento hormonal y completar el cambio de sexo mediante intervención quirúrgica.

Se practicaron además en el procedimiento otros medios de prueba, entre ellos la exploración directa del menor --entonces de seis años- por la Juzgadora, manifestando el menor que le gusta estar con su padre, aunque preferiría que no se maquillase. Asimismo se emitió por la psicóloga designada judicialmente al efecto, tras mantener diversas entrevistas con los padres y el menor, informe pericial (refiriéndose al recurrente como «la Sra. W.»), íntegramente ratificado ante la Juez y las partes, en el que se concluye que, siendo reciente el inicio del tratamiento para cambio de sexo del padre, la permanencia continuada del menor con éste sin presencia de la madre puede constituir «una situación de riesgo para la salud emocional del menor, por la inestabilidad emocional demostrada de la Sra. W. y por la edad y etapa evolutiva del niño», por lo que «en este momento no se considera idóneo que la Sra. W. realice un régimen de visitas amplio con el menor, debido a su inestabilidad emocional y no por la transexualidad en sí misma»; aconsejando en consecuencia la perito «un régimen de visitas paulatino y según criterio de los profesionales del Punto de Encuentro», al menos hasta «hasta que la Sra. W. se opere y se encuentre en plenas facultades físicas y psicológicas, y con la disponibilidad y estabilidad que el menor requiere».

d) El procedimiento de modificación de medidas fue resuelto por Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Lugo de 18 de octubre de 2004. La Sentencia desestima, en primer lugar, la pretensión de privación de la patria potestad del padre, al entender que no consta acreditado que éste haya desatendido de forma grave a su hijo. En cuanto a la pretensión referida a la suspensión del régimen de visitas, el Juzgado acuerda estimarla en parte, en el sentido de revocar el régimen establecido en la Sentencia de separación, sustituyéndolo por el propuesto por la psicóloga autora del informe pericial obrante en autos, lo que significa, conforme se concreta en el fallo, que: «El padre podrá tener en su compañía al hijo menor Z. los

sábados alternos de cada mes desde las 17:00 horas a las 20:00, visitas que se desarrollarán en el Punto de Encuentro de la ciudad de Lugo, controladas por profesionales y con la presencia de ambos progenitores hasta que los profesionales lo crean oportuno. Por el Punto de Encuentro se remitirán informes bimensuales al Juzgado a fin de realizar un seguimiento del desarrollo de las visitas».

El Juzgado fundamenta su decisión sobre el régimen de visitas en la inestabilidad emocional del recurrente a la que se refiere el informe pericial psicológico, provocada por el proceso de cambio de sexo, y su proyección sobre la evolución educativa y emocional del menor. En todo caso, sostiene el Juzgado que la restricción del régimen de visitas no conlleva una discriminación del padre por el hecho de ser transexual, sino que de lo que se trata es de buscar la solución más adecuada para el interés del menor a fin de que progresivamente se adapte a la nueva situación de manera adecuada.

e) Contra la anterior Sentencia el demandante de amparo interpuso recurso de apelación en lo tocante a la modificación del régimen de visitas, alegando vulneración del principio de prohibición de discriminación por razón de sexo, pues entiende que la restricción del régimen de visitas inicialmente acordado viene determinada en realidad por su transexualidad, aunque formalmente la Sentencia lo niegue, amparando su decisión en la inestabilidad emocional del recurrente, pero sin que en ningún momento se constate la existencia de un riesgo o peligro para el menor que justifique la restricción del régimen de visitas inicialmente acordado.

f) En el recurso de apelación se celebró vista, en la que prestó declaración el psicólogo que viene tratando al recurrente desde 2004 de un trastorno de identidad sexual y que ratificó su informe en el que manifiesta que no se objetiva ningún trastorno mental y que el recurrente es emocionalmente estable. El recurso de apelación fue desestimado por Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lugo de 19 de mayo de 2005. Invocando el principio de favor filii, la Sentencia de apelación confirma íntegramente la modificación del régimen de visitas acordado por la Sentencia de instancia, por entender que el cambio de identidad sexual del padre biológico del menor debe ser asumido progresivamente por éste, lo que aconseja mantener el sistema controlado de visitas en el Punto de Encuentro con informes bimensuales de los profesionales intervinientes, tal como se recomendaba en el informe pericial psicológico emitido en primera instancia, concluyendo la Sentencia de apelación que «un sistema normal de

visitas supondría un riesgo para la salud emocional del menor, que progresivamente se habituara -como de facto ya lo está haciendo, pues la relación afectiva es buena- a la decisión del cambio de sexo adoptada por su progenitor, debiendo en consecuencia confirmarse la Sentencia apelada por sus propios y acertados fundamentos».

g) Consta en las actuaciones remitidas que, con posterioridad a la interposición del presente recurso de amparo, el recurrente solicitó la ampliación del régimen de visitas que le había sido impuesto, a lo que accedió el Juzgado por providencia de 1 de febrero de 2006, en los términos sugeridos por los responsables del punto de encuentro de Lugo (seguirse llevando a cabo las visitas en el punto de encuentro, en domingos alternos, de 12:00 a 19:00 horas), y previa conformidad de la madre y el Ministerio Fiscal. Más tarde, el punto de encuentro informó al Juzgado el 9 de noviembre de 2006 que las visitas controladas en el punto de encuentro se habían ampliado a sábados y domingos alternos, de 11:30 horas a 20:00 horas y de 11:30 horas a 19:00 horas, sin que conste resolución judicial al respecto. Con fecha 7 de marzo de 2007 se acuerda el archivo provisional de las actuaciones.

3. El recurrente dirige su demanda de amparo contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo que desestimó su recurso de apelación contra la dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Lugo que acordó modificar el régimen de visitas inicialmente establecido, quedando éste reducido a un encuentro con su hijo menor los sábados alternos de cada mes, desde las 17:00 horas a las 20:00 horas, en el punto de encuentro de Lugo, controlado por profesionales y con la presencia de ambos progenitores. El recurrente considera que ha sido realmente su condición de transexual femenino la que ha determinado los términos restrictivos del nuevo régimen de visitas, lo que supone la vulneración de su derecho a la no discriminación por razón de la orientación sexual, reconocido en el art. 14 CE.

4. Por providencia de la Sección Primera de este Tribunal de 30 de enero de 2008, se acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo y, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, requerir a la Audiencia Provincial de Lugo y al Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Lugo para que en el plazo de diez días remitieran, respectivamente, testimonio de las actuaciones correspondientes al rollo de apelación núm. 41-2005 y al procedimiento de modificación de medidas núm. 354-2004, interesando asimismo el emplazamiento de quienes fueron parte en el mencionado

procedimiento, con excepción del recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en este proceso constitucional, con traslado, a dichos efectos, de copia de la demanda de amparo presentada.

5. Mediante diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Primera de 23 de abril de 2008 se tuvieron por recibidos los testimonios de actuaciones remitidos por la Audiencia Provincial de Lugo y el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Lugo, y por personado y parte al Procurador de los Tribunales don Francisco de Paula Martín Fernández, en nombre y representación de doña Luisa Asimismo se dio vista de las actuaciones recibidas por plazo común de veinte días al Ministerio Fiscal y a los Procuradores del recurrente en amparo y de doña Luisa para que, conforme al art. 52.1 LOTC, dentro de dicho período presentaran las alegaciones procedentes.

6. El demandante de amparo presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el 20 de mayo de 2008, en el sentido de ratificarse íntegramente en las alegaciones expuestas en la demanda de amparo.

7. El Procurador de los Tribunales don Francisco de Paula Martín Fernández, en nombre y representación de doña Luisa, por medio de escrito registrado el 23 de mayo de 2008 se opuso a la demanda de amparo. Niega que nos encontremos ante un caso de discriminación por razón de la transexualidad del recurrente en amparo, pues se trata de una modificación del régimen de visitas en interés del menor, que se acuerda en un contexto en el que deberá producirse una adaptación progresiva a la nueva situación, según lo que vayan informando los profesionales del punto de encuentro. El hecho de que tras iniciarse el nuevo régimen de visitas haya habido una ampliación de éste y que los encuentros en este tiempo se hayan llevado a cabo con normalidad, como señalan los informes realizados periódicamente por los profesionales del punto de encuentro, demuestra que el nuevo régimen instaurado se ha demostrado como verdaderamente eficaz y beneficioso para el menor.

8. El Ministerio Fiscal presentó su escrito de alegaciones el 8 de julio de 2008, interesando el otorgamiento del amparo. Precisa, en primer lugar, que las resoluciones concernidas por el recurso de amparo lo son tanto la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia acordando el cambio del régimen de visitas, como la de la Audiencia Provincial que confirmó aquélla en apelación, respecto de las cuales se denuncia la vulneración del derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE). Tras extractar lo más significativo de ambas resoluciones judiciales, y

citar la doctrina de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 21 de diciembre de 1999, caso Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal, invocada por el recurrente en su demanda de amparo, el Ministerio Fiscal centra el debate en los términos siguientes: de un lado, entiende que es indudable, como se deduce de la demanda de modificación de medidas, que la razón de los cambios solicitados (tanto de la solicitud de privación de la patria potestad como de la suspensión del régimen de visitas) «no es otro sino el proceso de transexualidad que inició el Sr. Eloy», por entender su cónyuge la Sra. Y. que ese proceso «supone una influencia de carácter negativo en las relaciones que mantenga con su hijo menor». De modo que no puede negarse, concluye el Fiscal, que las decisiones judiciales se han adoptado en ese contexto, como tampoco puede negarse que la modificación acordada del régimen de visitas supone un perjuicio para el padre, al pasar de un régimen normal de visitas a otro en el que las mismas son supervisadas en un punto de encuentro.

Siendo ello así, sostiene el Fiscal que la decisión de restringir el régimen de visitas exige una justificación razonable y objetiva, que no se halle «reorientada sin más por esa nueva condición sexual» del padre. Justificación que en este caso no se ofrece, pese a que las dos Sentencias recurridas en amparo nieguen que la modificación del régimen de visitas se deba a la transexualidad del recurrente. A tal efecto y partiendo del hecho de que ambas Sentencias se apoyan para su decisión en el informe pericial psicológico practicado en las actuaciones, entiende el Fiscal que aquel dictamen no proporciona la justificación razonable y objetiva que sería deseable, desligada de la nueva orientación sexual del padre, pues la referencia a la inestabilidad emocional de éste no se relaciona causalmente con el menor y tampoco se argumenta de qué manera ello está provocando algún tipo de alteración o confusión de alcance bastante en el menor para justificar una severa restricción del régimen de visitas.

En suma, concluye el Fiscal, tanto la Sentencia de instancia como la de apelación fracasan a la hora de establecer un nexo racional, objetivo y lógico entre el estado emocional del padre y su incidencia en el menor de manera que pueda fundamentar el drástico cambio en el régimen de visitas acordado inicialmente, lo que determina que deba entenderse infringida la prohibición constitucional de no discriminación (art. 14 CE), pues es la nueva condición de transexual del padre la que ha motivado de facto esa decisión del cambio del régimen de visitas; por lo que, además de declararse la lesión del derecho fundamental infringido y decretar la nulidad de las Sentencias

recurridas, interesa el Fiscal que se restablezca al recurrente en su derecho, acordando el mantenimiento del anterior régimen de visitas.

9. Por providencia de fecha de 18 de diciembre de 2008 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 22 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. La presente demanda de amparo se dirige formalmente, tanto en el encabezamiento como en el suplico, contra la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lugo de 19 de mayo de 2005, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por el recurrente en amparo contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Lugo de 18 de octubre de 2004, recaída en procedimiento de modificación de medidas matrimoniales instado por la esposa del recurrente. Sin embargo, la vulneración del art. 14 CE que se denuncia en la demanda de amparo sería imputable en su origen a la Sentencia de instancia, luego confirmada en apelación, de modo que resulta obligado entender, pese a la imprecisa determinación del objeto del recurso, que la demanda de amparo se dirige contra ambas Sentencias, de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional, según la cual, cuando se impugna en amparo una resolución judicial confirmatoria de otras, que han sido lógica y cronológicamente presupuesto de aquélla, debe considerarse que la impugnación se extiende a las precedentes resoluciones judiciales confirmadas (entre otras muchas, SSTC 182/1990 (LA LEY 1575-TC/1991), de 3 de diciembre, FJ 2; 97/1999, de 31 de mayo (LA LEY 6409/1999), FJ 2; 209/2001 (LA LEY 8781/2001), de 22 de octubre, FJ 1; 40/2002 (LA LEY 3591/2002), de 14 de febrero, FJ 1; 239/2005, de 26 de septiembre (LA LEY 13722/2005), FJ 1; 139/2007 (LA LEY 26303/2007), de 4 de junio, FJ 1; 231/2007 (LA LEY 179918/2007), de 5 de noviembre, FJ 1; y 58/2008 (LA LEY 32622/2008), de 28 de abril, FJ 1).

2. Como ha quedado expuesto en el relato de antecedentes, el recurrente en amparo venía disfrutando desde el 2 de abril de 2002, fecha en que se dictó la Sentencia de separación de la pareja, de un régimen de visitas a su hijo según el convenio regulador aprobado judicialmente, conforme al cual se fijaba la entrega del menor al padre los fines de semana alternos, desde las 10:00 horas del sábado hasta las 20:00 horas del domingo, estableciéndose asimismo las reglas para la custodia del menor durante las vacaciones de Navidad, semana santa y verano, dividiendo cada periodo en dos y

asignando a cada progenitor la mitad correspondiente, con carácter rotatorio según los años pares e impares. Este régimen de visitas y custodia vino a sustituirse a partir de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Lugo de 18 de octubre de 2004, confirmada íntegramente en apelación por la dictada el 19 de mayo de 2005 por la Audiencia Provincial de Lugo, por una comunicación del padre y el hijo (entonces de 6 años de edad) de tres horas de duración --de 17:00 a 20:00 horas-- cada quince días (sábados alternos), en la sede del punto de encuentro de Lugo y con la presencia constante de un profesional del centro y de la madre del menor, quedando abierta la posibilidad de ampliarse este régimen en el futuro, a expensas de los informes bimensuales que fuesen rindiendo al Juzgado los psicólogos del punto de encuentro. No prevé ninguna de las Sentencias impugnadas el retorno al sistema original de custodia del menor, al menos mientras el recurrente no complete su proceso de reasignación de sexo mediante la correspondiente intervención quirúrgica, algo de lo que, hasta la fecha, no existe constancia en autos.

Por otra parte, conforme a los datos obrantes en las actuaciones y como ha quedado expuesto en el relato de antecedentes de la presente Sentencia, tras la interposición de la demanda de amparo y en virtud del aludido sistema de informes bimensuales al Juzgado, se ha ampliado el horario de visitas acordado en las Sentencias impugnadas, si bien se mantiene el sistema de entrevistas controladas en el punto de encuentro, así como la exclusión de la entrega del menor a su padre los fines de semana alternativos y durante los periodos correspondientes de vacaciones. Es decir, en lo sustancial se sigue aplicando el régimen de visitas acordado en las Sentencias impugnadas en amparo, que supone una evidente limitación para los derechos del recurrente en comparación con el acordado inicialmente en la Sentencia de separación que aprobó el convenio regulador, por lo que no puede hablarse de una pérdida de objeto, ni siquiera parcial, del presente recurso de amparo.

3. El recurrente, como se ha dejado indicado, entiende que los argumentos en que se sustenta la decisión judicial, estimando en parte la pretensión de la madre, enmascaran una discriminación por razón de la orientación sexual, proscrita por el art. 14 CE, al haberse resuelto la restricción del régimen de visitas a su hijo por las reservas que suscita a los órganos judiciales su condición de transexual, prejuicio sin el cual dicha restricción no habría sido acordada, según sostiene. El Ministerio Fiscal coincide con el recurrente en esta apreciación.

Importa precisar que el recurrente se define a sí mismo como transexual, constando por otra parte en las actuaciones del procedimiento que desde el año 2004 viene sometiéndose a un tratamiento hormonal para la reasignación de sexo (de varón a mujer) y que se maquilla y se viste habitualmente como una mujer. No consta, sin embargo, que el recurrente haya finalizado ese tratamiento, ni que se haya sometido a una intervención quirúrgica entendida como última fase del procedimiento médico de transformación. Tampoco consta que haya formalizado ante el Registro Civil el cambio de sexo (sí que inscribió, con fecha 8 de septiembre de 2004, un cambio de nombre, dejando de llamarse Francisco para en lo sucesivo llamarse José). Sin perjuicio de ello, debe recordarse que en la actualidad nuestro ordenamiento jurídico reconoce la condición de transexual de una persona sin exigir la superación de todas las fases necesarias para el cambio de sexo y, en concreto, el haberse sometido a una intervención quirúrgica de reasignación sexual. En efecto, la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, posibilita a la persona transexual corregir la inicial asignación registral de un sexo que no se corresponde con su identidad de género, así como el cambio de nombre en consonancia con este último, bastando para ello con que acredite, mediante informe de médico o psicólogo clínico, que le ha sido diagnosticada disforia de género, y que ha sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes del sexo reclamado (art. 4.1 de la Ley 3/2007), lo que dará derecho a poder solicitar la rectificación de la mención registral del sexo, que tendrá efectos constitutivos (art. 5 de la Ley 3/2007), incluso con carácter retroactivo, según ha señalado la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2007 (LA LEY 125167/2007).

En suma, no puede ponerse en duda -como tampoco lo hacen, por otra parte, las Sentencias impugnadas- que *el recurrente ha de ser considerado como transexual, atendiendo para ello al significado común que este término ha adquirido en nuestra sociedad actual, esto es, la persona que perteneciendo a un sexo por su configuración cromosómica y morfológica, se siente y actúa como miembro del otro sexo, en este caso el femenino. Partiendo de este presupuesto hemos de examinar si, como sostienen el Ministerio Fiscal y el recurrente, ha sido en realidad la condición de transexual femenino de éste la que ha determinado los términos restrictivos del nuevo régimen de visitas acordado por las Sentencias impugnadas en*

amparo, pues de ser así las resoluciones judiciales habrían incurrido en la vulneración que se denuncia del derecho fundamental del recurrente a no sufrir discriminación por razón de su orientación sexual (art. 14 CE).

4. La jurisprudencia de este Tribunal viene distinguiendo entre la cláusula general de igualdad del primer inciso del art. 14 CE, por la que se confiere un derecho subjetivo a todos los ciudadanos a obtener un trato igualitario de los poderes públicos, siempre que concurran supuestos idénticos y no existan razones que objetivamente justifiquen la diferenciación, y la segunda vertiente del mismo derecho fundamental, que es de la que aquí hemos de ocuparnos, contenida en el inciso segundo del mismo art. 14 CE y que prohíbe la práctica de comportamientos discriminatorios basados en alguno de los factores que allí se mencionan a modo de listado enunciativo y no cerrado (STC 75/1983 (LA LEY 8077-JF/0000), de 3 de agosto, FJ 6).

Con ese listado, la Constitución pretende una explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (SSTC 128/1987 (LA LEY 855-TC/1987), de 16 de julio, FJ 5; 19/1989, de 31 de enero (LA LEY 304/1989), FJ 4; 145/1991, de 1 de julio (LA LEY 1743-TC/1991), FJ 2; 39/2002 (LA LEY 3383/2002), de 14 de febrero, FJ 4; 161/2004 (LA LEY 2133/2004), de 4 de octubre, FJ 3; 175/2005, de 4 de julio (LA LEY 1728/2005), FJ 3; 214/2006 (LA LEY 70567/2006), de 3 de julio, FJ 2; 342/2006, de 11 de diciembre (LA LEY 145365/2006), FJ 3; 3/2007, de 15 de enero, FJ 2; 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 5; y 62/2008, de 26 de mayo, FJ 5, por todas).

Desde esa perspectiva, *no existe ningún motivo que lleve a excluir de la cobertura del principio de no discriminación contenido en el inciso segundo del art. 14 CE a una queja relativa a la negación o recorte indebido de derechos -en este caso familiares- a quien se define como transexual y alega haber sido discriminado, precisamente, a causa de dicha condición y del rechazo e incomprensión que produce en terceros su disforia de género. En relación con lo anterior, es de destacar que la condición de transexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el art. 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indudablemente una circunstancia incluida en la cláusula «cualquier otra condición o circunstancia personal o social» a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación. Conclusión a la que se llega a partir, por un*

lado, de la constatación de que la transexualidad comparte con el resto de los supuestos mencionados en el art. 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente arraigada y que ha situado a los transexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra estas personas; y, por otro, del examen de la normativa que, ex art. 10.2 CE, debe servir de fuente interpretativa del art. 14 CE.

En efecto, en cuanto a lo primero, es notoria la posición de desventaja social y, en esencia, de desigualdad y marginación sustancial que históricamente han sufrido los transexuales. En cuanto a lo segundo, puede citarse a modo de ejemplo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al analizar el alcance del art. 14 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH), ha destacado que la orientación sexual es una noción que se contempla, sin duda, en dicho artículo, señalando que la lista que contiene el precepto tiene un carácter indicativo y no limitativo (STEDH de 21 de diciembre de 1999, caso Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal, § 28); insistiéndose expresamente en que en la medida en que la orientación sexual es un concepto amparado por el art. 14 CEDH, como las diferencias basadas en el sexo, las diferencias de trato basadas en la orientación sexual exigen razones especialmente importantes para ser justificadas (entre otras, SSTEDH de 9 de enero de 2003, casos L. y V. contra Austria, § 48, y S.L. contra Austria, § 37, ó 24 de julio de 2003, caso Karner contra Austria, § 37, a las que se han remitido numerosas Sentencias posteriores como son las SSTEDH de 10 de febrero de 2004, caso B.B. contra Reino Unido; 21 de octubre de 2004, caso Woditschka y Wilfing contra Austria; 3 de febrero de 2005, caso Ladner contra Austria; 26 de mayo de 2005, caso Wolfmeyer contra Austria; 2 de junio de 2005, caso H.G. y G.B. contra Austria; ó 22 de enero de 2008, caso E.B. contra Francia, § 91)

Del mismo modo, y en relación con el art. 26 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, en que se establece también la cláusula de igualdad de trato e interdicción de la discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha destacado que la prohibición contra la discriminación por motivos de sexo (art. 26) comprende la discriminación basada en la orientación sexual

(señaladamente, Dictamen de 4 de abril de 1994, comunicación núm. 488-1992, caso Toonen contra Australia, § 8.7, y Dictamen de 18 de septiembre de 2003, comunicación núm. 941-2000, caso Young contra Australia, § 10.4).

Asimismo es pertinente la cita del art. 13 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (futuro art. 19 del nuevo Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, conforme al Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, cuya ratificación por España se autoriza por la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio), que se refiere a la orientación sexual como una de las causas de discriminación, cuando señala que «Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual».

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

5. Como ya se ha expuesto en los antecedentes, nos enfrentamos a un caso de restricción del régimen de visitas del padre a su hijo menor, como consecuencia de la demanda de modificación de medidas definitivas instada por la madre, fundada en la transexualidad del padre y en el pretendido desinterés de éste respecto del niño. De este modo, del régimen de visitas inicial, pactado entre los cónyuges y aprobado judicialmente, conforme al cual el recurrente podía tener en su compañía al hijo los fines de semana alternativos, desde las 10:00 horas del sábado hasta las 20:00 horas del domingo (más la mitad de los periodos vacacionales en igual proporción de disfrute estos últimos que su cónyuge), se pasa, en virtud de las Sentencias impugnadas, a un régimen de comunicación controlada del recurrente con su hijo limitado a los sábados alternos de cada mes desde las 17:00 a las 20:00 horas, bajo la supervisión directa de los profesionales del punto de encuentro y de la propia madre, impidiendo al recurrente permanecer a solas con el menor y quedando intervenido y fiscalizado, en definitiva, todo el proceso de relación personal entre padre e hijo.

Debe tenerse presente que la comunicación y visitas del progenitor que no

ostenta la guarda y custodia permanente del hijo menor de edad se configura por el art. 94 del Código civil como un derecho del que aquél podrá gozar en los términos que se señalen judicialmente pero sin que pueda sufrir limitación o suspensión salvo «graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial». Se trata, en realidad, de un derecho tanto del progenitor como del hijo, al ser manifestación del vínculo filial que une a ambos y contribuir al desarrollo de la personalidad afectiva de cada uno de ellos.

En este sentido, los instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de menores, integrados en nuestro ordenamiento ex art. 10.2 CE y por expresa remisión de la propia Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, sobre protección jurídica del menor (art. 3), contemplan el reconocimiento del derecho a la comunicación del progenitor con el hijo como un derecho básico de este último, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa: así el art. 9.3 de la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990 («Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño»); así también el art. 14 de la Carta europea de los derechos del niño aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución de 18 de julio de 1992 («En caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones, incluso si alguno de ellos viviese en otro país, salvo si el órgano competente de cada Estado miembro lo declarase incompatible con la salvaguardia de los intereses del niño»); igualmente cabe citar el art. 24.3 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea («Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses»).

6. En coherencia con lo que acaba de indicarse, *constituye doctrina consolidada de este Tribunal*, con fundamento en las citadas normas internas e internacionales dictadas para la protección de los menores de edad, *que en materia de relaciones paternofiliales* (entre las que se encuentra lo relativo al régimen de guarda y custodia de los menores por

sus progenitores, como es el caso que nos ocupa) *el criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda adoptar al Juez, a la vista de las circunstancias concretas, debe ser necesariamente el del interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable* (SSTC 141/2000 (LA LEY 8805/2000), de 29 de mayo, FJ 5; 124/2002 (LA LEY 4754/2002), de 20 de mayo, FJ 4; 144/2003 (LA LEY 2608/2003), de 14 de julio, FJ 2; 71/2004 (LA LEY 1211/2004), de 19 de abril, FJ 8; 11/2008 (LA LEY 230/2008), de 21 de enero, FJ 7). En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (entre otras, SSTEDH de 24 de marzo de 1988, caso Olsson (LA LEY 555/1988); 28 de noviembre de 1988, caso Nielsen; de 25 de febrero de 1992, caso Andersson; de 23 de junio de 1993, caso Hoffmann; de 23 de septiembre de 1994, caso Hokkanen; de 24 de febrero de 1995, caso McMichael; de 9 de junio de 1998, caso Bronda; de 16 de noviembre de 1999, caso E.P. contra Italia; y de 21 de diciembre de 1999, caso X contra Portugal).

El interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de la guarda y custodia del menor. Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores deberá ceder frente al interés de éste. En estos casos nos encontramos ante un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada.

Por otra parte, cuando lo que está en juego es la integridad psíquica del menor no deviene necesario que se acredite consumada la lesión para poder limitar los derechos del progenitor, sino que basta con la existencia de «un riesgo relevante de que la lesión puede llegar a producirse» (STC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 4; en el mismo sentido STC 71/2004, de 19 de abril, FJ 8). *Es decir, un riesgo consistente en la alteración efectiva de la personalidad del hijo menor, merced a un comportamiento socialmente indebido de su progenitor, bien sea por la negatividad de los valores sociales o afectivos que éste le transmite durante el tiempo en que se comunican, bien por sufrir el menor de manera directa los efectos de actos violentos, inhumanos o degradantes a su dignidad ocasionados por el padre o la*

madre, o que de manera persistente alteran o perturban su psique. Sea cuales fueren los motivos de esa perturbación, incluso si se debieran a circunstancias incontrolables para el progenitor causante (depresiones o problemas mentales de diversa índole), resulta inequívoco y absoluto que el hijo menor no está en modo alguno obligado a sufrirlos, y sí la autoridad competente a arbitrar los instrumentos para evitarlo, incluso con restricción o suspensión de ese derecho de comunicación filial, según la gravedad de los hechos.

7. *Ahora bien, es claro que lo que en modo alguno resulta constitucionalmente admisible es presumir la existencia de un riesgo de alteración efectiva de la personalidad del menor por el mero hecho de la orientación sexual de uno u otro de sus progenitores. Ello implica que la adopción de una decisión judicial consistente en suprimir, suspender o limitar el derecho de comunicación de los padres con sus hijos menores con fundamento, de forma principal o exclusiva, en la transexualidad del padre o de la madre, deba calificarse como una medida discriminatoria proscrita por el art. 14 CE.*

Así lo ha venido entendiendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al analizar el alcance del art. 14 CEDH, que sanciona el principio de no discriminación, «especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación», cláusula abierta que incluye, como antes se dijo, la orientación sexual, así como el art. 8 CEDH, que reconoce el derecho al respeto de la vida privada y familiar (garantizado entre nosotros por el art. 18.1 CE).

En tal sentido valga recordar que en la STEDH de 25 de marzo de 1992, caso B. contra Francia, § 48, el Tribunal Europeo ya afirmó en relación con el transexualismo que «considera innegable que las mentalidades han evolucionado, que la ciencia ha progresado y que se concede una importancia creciente al mismo», destacando además la complejidad de las relaciones jurídicas que se vinculan a aquél: «cuestiones de naturaleza anatómica, biológica, psicológica y moral», así como los ámbitos sobre los que se proyecta, incluyendo entre ellos el de la filiación. En el caso concreto, el Tribunal estimó infringido el art. 8 CEDH, al entender que la negativa de las autoridades a conceder a la demandante el cambio de nombre tras el tratamiento al que se sometió -incluyendo cirugía de reasignación de sexo- no estaba justificado y originó a la demandante diversos perjuicios graves de índole personal (§§ 55 a 63).

En suma, una decisión judicial o de otro poder público que suprima, suspenda o restrinja los derechos del progenitor en relación con sus hijos menores, cuya ratio decidendi descansa de manera decisiva, expresa o implícitamente, en la orientación sexual de dicho progenitor supone una diferenciación discriminatoria proscrita por el art. 14 CE, pues en ningún caso el mero dato de la orientación sexual o, más específicamente, de la disforia de género puede erigirse en justificación objetiva y razonable para dispensar un trato discriminatorio en perjuicio de ese progenitor en el marco de sus relaciones paternofiliales. Ello implica que resulte exigible que la resolución judicial (o, en su caso, administrativa) que en estos casos pueda acordar una supresión o limitación de derechos del progenitor transexual en relación con sus hijos menores, extreme, al formular su juicio de ponderación, y teniendo siempre presente el interés prevalente del menor, la justificación de la necesidad y proporcionalidad de las medidas restrictivas acordadas, de suerte que el escrutinio de la resolución permita descartar, sin sombra de duda alguna, que la orientación sexual o la disforia de género del progenitor haya sido el verdadero motivo de la decisión adoptada.

8. En el caso que nos ocupa se advierte, como ya quedó expuesto, que la Sentencia de instancia niega expresamente que la decisión adoptada se deba a una discriminación hacia el padre por la circunstancia de su transexualidad, al tiempo que afirma que se fundamenta en el interés prevalente del menor: «no se trata, en contra de lo que interpreta la demandada, de impedir que el padre se relacione con su hijo por el hecho de ser transexual, no se trata de discriminar por ese motivo, ni de impedir que el padre ejerza como tal con sus derechos y deberes, de lo que se trata es de buscar la solución más adecuada para el menor velando siempre por su interés y procurando buscar la resolución más adecuada a sus intereses, es decir, la que mejor le permita adaptarse a las nuevas circunstancias familiares» (FJ 3).

El razonamiento judicial que sigue a esta afirmación permite descartar, frente a lo que sostienen el recurrente y el Ministerio Fiscal, que el dato de la transexualidad del recurrente haya sido el verdadero motivo determinante de la decisión judicial de restringir drásticamente el régimen de visitas inicialmente establecido. Por el contrario, el órgano judicial justifica la necesidad de adoptar esta decisión en «la inestabilidad emocional [de don Eloy] que recoge la psicóloga en su informe pericial», informe en el que claramente se expresa que la situación de inestabilidad emocional que se aprecia en el recurrente con ocasión de la evaluación psicológica realizada a

petición del Juzgado es por sí sola determinante de que por el momento no se considere idóneo que disfrute de un régimen de visitas amplio con el menor, «y no por la transexualidad en sí misma».

En suma, la Sentencia de instancia, haciendo suyas las valoraciones del informe elaborado por la psicóloga designada judicialmente (informe pericial ratificado en su integridad ante la Juez y las partes, que tuvieron oportunidad de recabar de la perito cuantas aclaraciones y precisiones estimaron oportunas), resuelve que es la inestabilidad emocional apreciada en el padre «el motivo por el que resulta aconsejable un régimen restrictivo de visitas, ya que su inestabilidad no debe de transmitirse al menor, que se siente confundido ante la nueva apariencia de su padre». Por lo que, «en definitiva, a fin de proteger el interés del menor, fundamental en este procedimiento, se considera conveniente establecer el régimen de visitas que propone la psicóloga a fin de que progresivamente se adapte y entienda la nueva situación de manera adecuada» (FJ 3).

La Sentencia de apelación, por su parte, confirma íntegramente la de instancia, concluyendo, en la misma línea de razonamiento, que el interés prevalente del menor aconseja restringir el régimen de visitas del padre. La Audiencia Provincial de Lugo razona en su Sentencia que la prueba practicada en apelación a instancias del recurrente (informe del perito psicólogo que viene tratando al recurrente desde el año 2004 de su trastorno de identidad sexual) «no hace más que ratificar el acertado criterio de la Sentencia apelada», fundado en la prueba pericial psicológica practicada en instancia con plenas garantías de inmediación y contradicción, prueba de la que se infiere, sin lugar a dudas, que está plenamente justificada la modificación del régimen de visitas del padre acordado inicialmente, pues esa prueba pericial acredita que el mantenimiento de «un sistema normal de visitas supondría un riesgo para la salud emocional del menor» (FJ 2). Por ello, «tal como se razona en la Sentencia apelada, debe establecerse un sistema controlado de visitas en el punto de encuentro, hasta que los profesionales lo crean oportuno, emitiéndose informes bimensuales al Juzgado a fin de realizar un seguimiento del desarrollo de las mismas» (FJ 1).

No es, en definitiva, la transexualidad del recurrente la causa de la restricción del régimen de visitas acordada en las Sentencias impugnadas, sino la situación de inestabilidad emocional por la que aquél atraviesa, según el dictamen pericial psicológico asumido por los órganos judiciales, y que supone la existencia de un riesgo relevante de alteración efectiva de la salud

emocional y del desarrollo de la personalidad del menor, dada su edad (de seis años en el momento de producirse la exploración judicial) y la etapa evolutiva en la que se encuentra.

Ciertamente no basta con afirmar la existencia de un situación de trastorno emocional del progenitor para adoptar una medida tan restrictiva de los derechos paternofiliales de éste como la aquí considerada. Lo determinante, en todo caso, será la efectiva repercusión de ese trastorno en relación con el menor. Desde luego, un menor no tiene, ni moral ni jurídicamente, el deber de soportar un trato inadecuado y perturbador de sus padres por razón de los problemas personales que éstos padezcan, sean cuales fueren, incluyendo los derivados de una decisión libre de uno de los progenitores de someterse a un proceso de reasignación de sexo. De verificarse tal repercusión negativa para el desarrollo personal del niño habría que adoptar efectivamente las medidas necesarias para evitarla, pero sólo en ese caso.

Pues bien, en el presente supuesto tal repercusión negativa se ha justificado en las Sentencias impugnadas en amparo como «riesgo relevante» (SSTC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 4; y 71/2004, de 19 de abril, FJ 8) para el menor, lo que permite descartar, como ya hemos señalado, que la disforia de género del recurrente haya sido el verdadero motivo de la decisión de restringir el régimen de visitas de aquel. En efecto, los razonamientos de las Sentencias evidencian que, partiendo de una valoración motivada y razonable de las pruebas practicadas en el proceso, en especial de la pericial psicológica (valoración que no le corresponde a este Tribunal revisar, conforme a consolidada doctrina: SSTC 81/1998 (LA LEY 3993/1998), de 2 de abril, FJ 3; 220/2001 (LA LEY 8716/2001), de 5 de noviembre, FJ 3; 57/2002 (LA LEY 3607/2002), de 11 de marzo, FJ 2; 119/2003, de 16 de junio (LA LEY 12666/2003), FJ 2; y 159/2004 (LA LEY 11487/2005), de 4 de octubre, FJ 9, por todas), los órganos judiciales han justificado la necesidad y proporcionalidad de la decisión de restringir el régimen de visitas del recurrente, al apreciar la existencia de un riesgo cierto (y mientras que éste subsista) de que, dado el trastorno emocional coyuntural que sufre en el presente caso el recurrente, según el resultado de la evaluación psicológica realizada a instancias del órgano judicial, pudieran llegar a producirse perjuicios para la integridad psíquica o el desarrollo de la personalidad del menor si se mantuviese el régimen de visitas originario.

En suma, los razonamientos de las Sentencias impugnadas permiten llegar a la conclusión de que la decisión de restringir el régimen de visitas del recurrente acordado inicialmente ha sido adoptada por los órganos judiciales

teniendo en cuenta el interés genuino y prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, y sin que se advierta que tal decisión haya resultado influida, como pretenden el recurrente y el Ministerio Fiscal, por un supuesto perjuicio de los órganos judiciales ante el dato de la transexualidad del padre, lo que determina que debemos descartar que las Sentencias impugnadas hayan dispensado al recurrente un tratamiento jurídico desfavorable en el marco de sus relaciones paternofiliales proscrito por el art. 14 CE.

9. Correspondiendo a este Tribunal la adopción, en cuanto a la forma de sus resoluciones, de «las medidas que estime pertinentes para la protección de los derechos reconocidos en el art. 18.4 de la Constitución» (art. 86.3 LOTC), la presente Sentencia no incluye la identificación completa del recurrente, ni la de su cónyuge separado legalmente, con el objeto de respetar la intimidad del hijo común de ambos, menor de edad, tal como ya ha señalado este Tribunal en anteriores ocasiones (SSTC 288/2000 (LA LEY 94/2001), de 27 de noviembre, FJ 1; 94/2003, de 19 de mayo (LA LEY 12121/2003), FJ 7; 30/2005 (LA LEY 496/2005), de 14 de febrero, FJ 7; y 114/2006 (LA LEY 35961/2006), de 5 de abril, FJ 7).

F A L L O

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Denegar el amparo solicitado por don Eloy

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintidós de diciembre de dos mil ocho.

laleydigital.es