



Patologización e invisibilización de la identidad de género en España: ¿qué debemos aprender de la legislación argentina?

Recibido: 6 de julio de 2019 • Aprobado: 10 de febrero de 2020
<https://doi.org/10.22395/ojum.v19n39a4>

Laura Álvarez Suárez*

Universidad de Oviedo, Oviedo, España
alvarezlaura.uo@uniovi.es
<http://orcid.org/0000-0001-7710-0913>

RESUMEN

El objetivo principal de este trabajo es poner de manifiesto que la legislación española no regula, olvida o, incluso, vulnera muchos de los derechos de las personas trans. Para ello se realizó un estudio de las resoluciones, recomendaciones e informes de los organismos internacionales, así como de la normativa y la jurisprudencia internacional. Como resultado de lo anterior se pudo comprobar que España se encuentra muy por debajo de países como Argentina en materia de identidad de género. Una de las conclusiones a las que se llega es que el Estado español debería aprobar una nueva ley de identidad de género que regule este derecho desde una perspectiva despatologizadora, y aplicar los estudios de género en todas sus leyes.

Palabras clave: identidad de género; patologización; rectificación registral del sexo; tratamiento médico; voluntad personal; derechos humanos; violencia de género.

Pathologization and Invisibilization of Gender Identity in Spain: What Should we Learn from the Argentinean legislation?

ABSTRACT

The main objective of this work is making evident that the Spanish legislation does not regulate, forgets and even harms many of the rights of Trans people. For that, this research performed a study of the resolutions, recommendation and reports of the international organization, as well as the international norms and jurisprudence. As a result of this, the research was able to prove that Spain is far behind countries such as Argentina in matters of gender identity. One of the conclusions of this work is that the Spanish State should approve a new gender identity law that regulates this right from a de-pathologizing perspective, and apply gender studies in all of its laws.

Keywords: gender identity; pathologization; sex registry rectification; medical treatment; self will; human rights; gender violence.

Patologização e invisibilização da identidade de gênero na Espanha: o que devemos aprender da legislação argentina?

RESUMO

Este trabalho tem o objetivo principal de demonstrar que a legislação espanhola não regulamenta, esquece ou, ainda, viola muitos dos direitos das pessoas trans. Para isso, foi realizado um estudo das resoluções, recomendações e relatórios das organizações internacionais, bem como das leis e jurisprudências internacionais. Como resultado disso, foi possível comprovar que a Espanha se encontra muito abaixo dos países como a Argentina quanto ao tema de identidade de gênero. Chega-se à conclusão, entre outras, de que o Estado espanhol deveria aprovar uma nova lei de identidade de gênero que regulamente esse direito sob perspectiva despatologizadora e aplicar os estudos de gênero em todas as suas leis.

Palavras-chave: identidade de gênero; patologização; retificação registral do sexo; tratamento médico; vontade pessoal; Direitos Humanos; violência de gênero.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo fue fruto de una estancia de investigación realizada por la investigadora que suscribe el artículo en la Escuela de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso (Chile), y fue objeto de una ponencia impartida en el Seminario *Cuestión de perspectiva: aportaciones de los estudios de género al derecho*, celebrado el día 12 de junio de 2019 en dicha Institución.

El estudio versa sobre la situación y los derechos de las personas trans en España: la legislación estatal vigente vulnera la gran mayoría de las resoluciones y recomendaciones internacionales, así como los derechos humanos y constitucionales reconocidos a este colectivo. El problema se hace más grande si se tiene en cuenta que algunas leyes del Estado español, como la de violencia de género, no contemplan la realidad de las personas trans u homosexuales al inspirarse en un concepto de género fundado en la concepción binaria hombre y mujer, y, en consecuencia, excluyente de otras diversidades. Esto conlleva a que muchos actos de violencia producidos en parejas formadas entre personas homosexuales o trans, no se enjuicien como delitos de violencia de género y a que no se apliquen las medidas de protección necesarias para las víctimas en estos supuestos.

En lógica con lo anterior, no en vano se afirma que "los estudios de género cuestionan que el Derecho se sostenga en el discurso científico (...), porque la evolución de las ciencias no ha modificado las regulaciones que asumían el dualismo sexuado hombre/mujer como objetivo universal" (Merino Sancho, 2018, p. 331). El enraizamiento de esta concepción es la causa principal de la desigualdad y discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género.

Como posibles soluciones para solventar el problema del Estado español, se propone que se apruebe una nueva ley que regule el derecho a la identidad de género tomando como ejemplo algunas leyes de los Estados de Iberoamérica, esencialmente, la del modelo argentino por ser un referente a nivel mundial al garantizar el derecho de acceso a la salud de las personas trans y ser precursora en la configuración del derecho a la identidad de género desde una perspectiva despatologizadora. También se propone reformar la ley de violencia de género a los efectos de aplicar la perspectiva de género y ampliar el concepto que establece de este tipo de violencia.

1. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL

Para hablar de la protección del derecho a la identidad de género en el ámbito internacional, hay que comenzar mencionando el principio de igualdad y no discriminación, pues se trata de uno de los pilares de la protección de los derechos humanos. Este principio transversal se encuentra consagrado en diversas normas internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (artículo 1), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2) y el Pacto Internacional de

Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 2.2), ambos de 1966. Aunque la orientación sexual y la identidad de género no aparecen explícitamente entre los motivos por los que se puede sufrir discriminación enumerados en estos tratados, se han de considerar incluidos en la cláusula abierta "cualquier otra condición social".

El reconocimiento implícito de los tratados internacionales en relación con la discriminación por motivos orientación sexual e identidad de género se hace expreso en el *Documento de los Principios de Yogyakarta* de 2006¹; en él se recogen veintinueve principios "sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género" (Merino Sancho, 2018, p. 334), fijando unos estándares mínimos, para soslayar los abusos y garantizar la protección de los derechos humanos de las personas lesbianas, gais, bisexuales y transexuales (LGBT) (Arrubia, 2018, pp.154-155). El documento también contiene una serie de recomendaciones para los gobiernos, las instituciones intergubernamentales regionales, la sociedad civil y para la propia organización de las Naciones Unidas.

Sin embargo, se ha señalado que el hecho de que no se haya configurado todavía el *Documento de los principios de Yogyakarta* como un tratado internacional, a diferencia de lo que ha sucedido con otros documentos sobre otros grupos vulnerables como las mujeres o los menores, pone de manifiesto el trato diferente que los Estados otorgan a la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género (Elvira Perales, 2013, p. 6). No obstante, si bien los *Principios de Yogyakarta* carecen de valor jurídico, se ha considerado que están muy próximos a ser englobados en la categoría de instrumentos *soft law*², ya que han sido utilizados por Estados, organizaciones internacionales y en el derecho internacional en general para combatir las vulneraciones de derechos humanos por razón de orientación sexual o identidad de género (Pulecio Pulgarín, 2011, p. 252)³.

¹ Los *Principios de Yogyakarta* fueron redactados en 2006 en la Universidad de Gadjah Mada en Yogyakarta (Indonesia) por un grupo de expertos de 25 estados especializados en derecho internacional, y en especial, en derechos humanos y en orientación sexual e identidad de género (Pulecio Pulgarín, 2011, p. 240)

² Los *soft law* son un tipo de documentos que carecen de obligatoriedad o juricidad, pero que inciden o intentan incidir en el derecho internacional, en particular, en la elaboración de normas y obligaciones internacionales. Es decir, son documentos sin fuerza de ley, pero con relevancia jurídica (Pulecio Pulgarín, 2011, p. 252).

³ En tal sentido, el Informe "Thomas Hammberg" redactado por el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa en 2009 señalaba que los *Principios de Yogyakarta* no son acatados por la mayoría de los Estados miembros del consejo. Por su parte, la Resolución 2048 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 2015 instaba a los estados a establecer y a consagrar en sus respectivos ordenamientos el derecho a la autodeterminación de la identidad en condiciones similares a las previstas en los *Principios de Yogyakarta* (Merino Sancho, 2018, pp. 336-337). Asimismo, los *Principios de Yogyakarta* han servido de argumento para que gobiernos como el de Argentina, Canadá, República Checa, Brasil y Dinamarca presidan debates sobre diversidad sexual en diferentes reuniones de miembros de organismos internacionales (Pulecio Pulgarín, 2011, p. 252).

En el ámbito internacional también ha sido muy relevante la labor llevada a cabo por las Naciones Unidas en la lucha contra la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género. En tal sentido, sus órganos han aprobado varias declaraciones y resoluciones en la materia. En concreto, el 22 de diciembre de 2008, la Asamblea General aprobó la Declaración sobre *Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género* (A/63/635); en la misma mostraba su preocupación por las numerosas violaciones de los derechos humanos que se producen por estos motivos e incitaba a los Estados a que llevaran a cabo las actuaciones necesarias para terminar con esta situación. En junio de 2011, el Consejo de Derechos Humanos dictó la Resolución 17/19 (A/HRC/RES/17/19), en la cual reconocía por primera vez los derechos del colectivo LGTBI y hacía una declaración formal de condena a los actos de violencia y discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género. Además, en dicha resolución el Consejo solicitaba expresamente a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas que documentara las leyes discriminatorias y los actos de violencia por razón de orientación sexual e identidad de género en todo el mundo, y que propusiera medidas para erradicar el problema (Álvarez Rodríguez, 2013, pp. 8 y ss.).

De acuerdo con lo anterior, en noviembre de 2011 el Alto Comisionado de las Naciones Unidas dictó el primer informe sobre discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, denominado *Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*. En dicho informe se ponía de manifiesto que los gobiernos y los órganos intergubernamentales habían ignorado la violencia y la discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género, y se recomendaba al Consejo que promoviera el respeto de la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas, sin diferenciaciones de ningún tipo, y de forma ecuaníme y equilibrada. A tales efectos, se consideraba que el Consejo debía emitir una serie de instrucciones destinadas a los Estados, entre las que debía constar la promulgación de una legislación amplia de lucha contra la discriminación que comprendiera expresamente la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género.

En el año 2012, el alto comisionado de los derechos humanos aprobó otra resolución en la que solicitaba a los Estados miembros que suprimieran las barreras que impedían a las personas LGTBI la participación en todos los ámbitos de la vida social, evitando las interferencias en su vida privada. Ese mismo año, editó el manual *Nacidos libres e iguales*, en el que sintetizaba las cinco obligaciones jurídicas esenciales de los Estados en relación con la protección de los derechos humanos de las personas LGTBI. Por último, en 2015 dictó un *Informe sobre el colectivo LGTBI* en el que recogía una serie de recomendaciones que han inspirado las políticas y legislaciones de muchos Estados miembros.

2. EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO EN LA UNIÓN EUROPEA

En el ámbito europeo, a partir de la década de 1990 la preocupación jurídica por las personas trans adquiere una mayor visibilidad. Uno de los factores que la facilitó fue la llegada de asuntos relacionados con los derechos de las personas trans al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), los cuales obligaron al Alto Tribunal a adoptar una posición que tuvo efectos no solo en los Estados demandados, sino también en los Estados sometidos al TEDH, imponiéndose cierta uniformidad legislativa en los mismos (Elvira Perales, 2013, p. 3). Aunque en la Unión Europea (UE) no existe ninguna norma específica e integral que regule el estatuto jurídico de las personas trans, sus instituciones han abordado la cuestión a través de numerosas resoluciones, recomendaciones y directrices. Además, existen directivas que prohíben expresamente la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género⁴.

El CEDH no consagra expresamente ningún derecho a la autonomía sexual ni alude específicamente a los derechos sexuales, es por ello que para resolver las demandas en las que se sostiene la ausencia de reconocimiento efectivo de los cambios de identidad de género, el TEDH acude al artículo 8 del CEDH que establece el derecho a la vida privada y familiar (*Christine Goodwin vs. Uk* y *Van Kück vs. Germany*). En virtud de esta doctrina el derecho a la intimidad comprende el derecho a que cada persona desarrolle su propia vida con la mínima intromisión posible, lo que el TEDH denomina "intimidad sexual" (*sexual privacy*) (Manzano Barragán, 2012, pp.69 y ss.). Sin embargo, se ha señalado que la autonomía individual que se deriva del derecho a la intimidad descrita en la jurisprudencia del TEDH no es equivalente a un derecho a la autodeterminación de la identidad de género como el previsto en el principio tercero del documento de los *Principios de Yogyakarta* (Merino Sancho, 2018, p.351)⁵.

⁴ Se considera oportuno aclarar la diferencia que existe entre el sistema del Consejo de Europa y el de la UE. El Consejo de Europa es una organización intergubernamental internacional de la que forman parte 47 Estados cuya sede se encuentra en Estrasburgo, y cuya finalidad fundamental consiste en la defensa, la protección y la promoción de los derechos humanos; a estos efectos en 1950 se promulgó el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* y se estableció el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH). En cambio, la UE es una asociación económica y política compuesta por 28 países cuya capital se encuentra en Bruselas donde residen la gran mayoría de sus instituciones. Entre sus objetivos se encuentran fomentar la paz, sus valores y el bienestar de sus ciudadanos; proporcionar la libertad, seguridad y justicia sin fronteras; impulsar un desarrollo sostenible asentado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, una economía de mercado altamente competitiva y la protección del medio ambiente, etc.

⁵ Como pronunciamientos especialmente relevantes del TEDH, cabe traer a colación, la sentencia *Goodwin vs. UK* de 11 de julio de 2002 en la que el TEDH deja atrás una concepción rigurosamente médica de la identidad sexual y del sexo y reconoce que existen otros parámetros que constituyen la identidad sexual, lo que hace posible admitir el cambio de identidad sexual desde el punto de vista "estrictamente jurídico", desechando que su reconocimiento deba cimentarse en razones exclusivamente médicas. En la sentencia *Van Kück vs. Germany*, de 12 de septiembre de 2003, reafirma que el artículo 8 CEDH no reconoce expresamente un derecho a la autodeterminación, pero que el principio de autonomía personal emerge del mismo y es suficiente para garantizar el derecho de las personas trans a desarrollar su proyecto de

El distinto nivel de protección jurídica que establecían los ordenamientos jurídicos de la UE en relación con las personas trans llevó a que el Parlamento Europeo y la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa emitieran, respectivamente, sendas resoluciones promoviendo una aproximación entre los diferentes estados europeos. En tal sentido:

Tanto el Parlamento Europeo —mediante la resolución adoptada el 12 de diciembre de 1989—, como la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa —a través de la Recomendación 1117 de 29 de septiembre de ese mismo año—, instaban a los Estados miembros a desarrollar una legislación que reconociera el derecho de las personas trans a cambiar de sexo a través de tratamientos endocrinos, cirugía plástica y tratamientos estéticos, estableciendo los procedimientos adecuados y evitando toda discriminación en contra de las personas trans, asegurando, especialmente, un reconocimiento jurídico, cambio del nombre, rectificación de la mención de sexo en la partida de nacimiento y en los documentos de identidad. (Concha Horrillo, 2017, p. 153)

En el año 2011, el Parlamento Europeo dictó de nuevo una resolución (de 28 de septiembre), en la que si bien reconocía los avances que se habían logrado hasta ese momento, también pedía a los Estados europeos que promovieran las medidas necesarias para conseguir la plena igualdad para homosexuales y transexuales, requiriendo en particular, para estos últimos, una simplificación en la tramitación del cambio de identidad sexual y cobertura médica por parte de la seguridad social. También solicitaba que las personas trans dejaran de ser consideradas como personas que padecían trastornos mentales y del comportamiento en las listas de la OMS y que se rectificara como trastorno no patológico. Solo un año después, en diciembre de 2012, el Parlamento Europeo emitía otra recomendación en la que reiteraba su petición a la OMS de eliminar los trastornos de identidad de género de la lista de trastornos mentales, y a facilitar el reconocimiento del género sentido tomando como ejemplo el modelo argentino instaurado desde su Ley 26.743⁶.

vida y su seguridad física y moral. Asimismo, el TEDH declara en esta sentencia que los Estados incumplen sus obligaciones si no garantizan un tratamiento de reasignación sexual. La sentencia *Arry vs. Uk* de 28 de noviembre de 2008 se pronuncia sobre cuando se lleva a cabo un proceso de reasignación sexual existiendo previamente un vínculo matrimonial. En la sentencia *E.B. vs. France* de 22 de enero de 2008, el TEDH pone de manifiesto que una legislación basada en la heteronormatividad puede producir discriminación indirecta por razón de identidad sexual. En la sentencia *Gross vs. Switzerland* de 14 de mayo de 2013, el TEDH afirma que para hacer efectivo el derecho a la identidad de género es necesario que los Estados cumplan una serie de obligaciones que comprenden medidas de reconocimiento, de carácter procesal y también de carácter ejecutivo. Por último, en la sentencia *AP, Garçon y Nicot vs. Francia* señala que el hecho de supeditar el reconocimiento de la identidad sexual de las personas transgénero a una operación o tratamiento de esterilización que no tienen la voluntad de realizar implica condicionar el pleno ejercicio a la libertad privada y una renuncia al ejercicio del derecho al respecto de la integridad física (Merino Sancho, 2018, pp. 338 y ss.; Ravetllat Ballesté, 2018, pp. 411 y ss.)

⁶ La OMS excluyó "la transexualidad de su lista de trastornos mentales en la actualización de la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE) publicada el 18 de junio de 2018, en el que la transexualidad pasó a formar parte de un epígrafe nuevo denominado 'condiciones relativas a la salud sexual' y a denominarse «incongruencia de género». Hasta ese entonces formaba parte del capítulo dedicado a «trastornos de

El 24 de junio de 2013, el Consejo de la Unión Europea aprobó unas directrices para promover y proteger el disfrute de los derechos humanos por parte de las personas LGTBI. El objetivo de las mismas era proporcionar a los funcionarios de las instituciones de la UE y de los Estados miembros instrucciones para guiar sus relaciones con terceros países, organizaciones internacionales y la sociedad civil en general (Díaz Lafuente, 2013, pp. 18-19). En octubre de ese mismo año, emitió una resolución sobre el derecho a la integridad física de los menores intersexuales reivindicando la eliminación de los tratamientos médicos innecesarios.

El 4 de febrero de 2014, el Parlamento Europeo aprobó por mayoría reforzada el Informe Lunacek, cuyo propósito fue establecer unos patrones para erradicar la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, tales patrones terminaron por erigirse en el marco que deben respetar las legislaciones nacionales. En abril del 2015, la asamblea parlamentaria del Consejo de Europa emitió la Resolución 2048 sobre discriminación contra transgéneros en Europa. De este texto lo que más llama la atención es el cambio de denominación de "transexualidad a transgénero"⁷ y, que respecto a la validez de los procesos de autodesignación, en el párrafo 6.2 se insta a los Estados a consagrar el derecho a la autodeterminación de la identidad en las mismas condiciones que los *Principios de Yogyakarta* (Merino Sancho, 2018, p. 337)⁸.

Cabe señalar que en la UE existen normas jurídicas que proscriben explícitamente la discriminación por motivos de identidad de género. Las mismas son, por un lado, la Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, que obliga a los Estados miembros a: "reconocer y a tratar a las víctimas de violaciones de derechos individuales de manera respetuosa, sensible y profesional, sin discriminación de ningún tipo por, entre otros motivos, el sexo, la expresión de género, la identidad de género o la orientación sexual" (Díaz Lafuente, 2014, p. 265). Por su parte, la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, reguladora del derecho de asilo, garantiza este

la personalidad y el comportamiento» en el subcapítulo «trastornos de la identidad de género» (Borraz, 2018, de 18 de junio).

⁷ La Opinión Consultiva 24/17, de la CIDH, sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, de 24 de noviembre de 2017 define transgénero o persona trans como la situación en la que "la identidad o la expresión de género de una persona es diferente de aquella que típicamente se encuentran asociadas con el sexo asignado al nacer. Las personas trans construyen su identidad independientemente de su tratamiento médico o intervenciones quirúrgicas" (pp. 15-16). En tal sentido, hay autores que consideran que el transgénero se trata de quien refuta la "categorización o encasillamiento en uno u otro sexo". De forma que el sujeto transgenérico reclama un nuevo cuerpo y una nueva subjetividad, que rompe con las categorías sexuales predeterminadas, al superar el marco de los géneros/sexos que la ideología social y cultural impone como únicos (Ravetllat Ballesté, 2018, p. 406).

⁸ En tal sentido, en el párrafo 6.2.1 se recomienda ligar el reconocimiento de la identidad de género sentida al principio de autodeterminación, y el 6.2.4 plantea la viabilidad de introducir una tercera elección de género en los documentos acreditativos de la identidad.

derecho a las personas perseguidas por su orientación sexual o su identidad de género en los Estados miembros. Asimismo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado en alguna ocasión respecto de la situación de las personas trans, en concreto, en la de sentencia de 26 de julio de 2018 (Asunto M.B) declaró discriminatoria una ley nacional británica que exigía a las personas trans casadas la invalidación de su matrimonio para que su cambio de género pudiera alcanzar plenos efectos jurídicos, ya que era un requisito necesario para el acceso a la pensión de jubilación a la edad prevista por el ordenamiento nacional para las personas del sexo adquirido (Vicente Palacio, 2018, pp. 76 y ss.).

3. EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO EN LOS ESTADOS DE IBEROAMÉRICA

En Iberoamérica existen tres modelos de gestión legal para el reconocimiento del derecho a la identidad de género: el patologizador, el de los derechos humanos y el intermedio o mixto. Los tres modelos se han configurado de acuerdo con la discusión sobre el género que existe en cada respectivo Estado. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha expresado en relación con la identidad de género, que para hacer efectivo el derecho a la misma no es suficiente con la retórica formal al principio de igualdad y no discriminación, sino que es necesario un compromiso de los Estados consistente en adoptar diligentemente todas las medidas que lo garanticen (Litardo, 2018, p. 51).

De acuerdo con esto, el 24 de noviembre de 2017, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) dictó la Opinión Consultiva 24/17 sobre "identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo" en la que estableció los alcances convencionales del derecho a la identidad de género, y en concreto, las obligaciones de los Estados para lograr su pleno y efectivo reconocimiento. En dicha resolución, la Corte IDH expresa que la regla de la autonomía debe ser el eje principal sobre el que se configure una política de reconocimiento del derecho a la identidad de género. Al mismo tiempo, explica que la identidad de género es una construcción cultural y un derecho humano, lo que implica que las obligaciones de los Estados deben ajustarse a la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por otro lado, en la Opinión Consultiva, la Corte afirma que el consentimiento debe ser entendido como un mecanismo para expresar la autonomía de los procesos de reconocimiento del derecho a la identidad de género y, la perspectiva despatologizadora, la regla para garantizar el derecho al reconocimiento de la identidad de género, por lo que se deben de prohibir todos aquellos requisitos previstos para rectificación registral de la mención del sexo que menoscaben la voluntad personal, como por ejemplo, establecer como condición *sine qua non* para el reconocimiento legal de la identidad de género el sometimiento a tratamientos médicos, cirugías de reasignación del sexo, etc. Asimismo, destaca que el derecho a la identidad de género es aplicable también a la infancia. Por último, considera que el procedimiento administrativo o el

notarial son los más recomendables para el reconocimiento de la identidad de género (Litardo, 2018, pp. 54-57).

Como pronunciamientos destacados de la CIDH en materia de identidad de género cabe traer a colación la sentencia *Atala-Riffo y niñas Vs. Chile*, del 24 de febrero de 2012, en la que se condenó a este Estado porque la Corte Suprema había dictado una resolución en la que había privado del cuidado y custodia de sus tres hijas a la jueza Karen Atala debido a su orientación sexual. La CIDH dictaminó que la orientación sexual y la identidad de género son condiciones salvaguardadas por el artículo 1.1 CADH y, en consecuencia, cualquier discriminación cimentada en tales razones constituye una violación del derecho internacional, es importante destacar que el artículo 1.1 de la CADH se ha considerado el "homólogo" del artículo 8 CEDH (Benavente Moreda, 2013, p. 10). Asimismo, en la sentencia *Duque vs. Colombia* de 26 de febrero de 2016, la CIDH puso de manifiesto que ninguna norma, decisión o práctica del derecho interno, ya sea de las autoridades estatales o de los particulares, pueden reducir o limitar los derechos de un sujeto debido a su orientación sexual, identidad o expresión de género (Ravetllat Ballesté, 2018, p. 413).

Son pocos los países de América Latina que regulan el derecho a la identidad de género, y entre estos el tratamiento legal cambia, pues no todos hacen un tratamiento jurídico del derecho a la identidad de género desde la perspectiva despatologizadora, y tampoco todos reconocen los mismos derechos a las personas trans. Algunos Estados como Uruguay (2009), Argentina (2012), Colombia (2015), Bolivia (2016) y Chile (2018) han aprobado una ley específica que regula el derecho a la identidad de género; pero existen otros como Ecuador (2016) y el Distrito Federal de México (2018) que integran el reconocimiento legal a la identidad de género en sus respectivos ordenamientos civiles sobre el estado civil de las personas.

De todas estas legislaciones merece una especial atención la Ley Argentina 26.743 sobre el derecho a la identidad de género, puesto que fue pionera en el avance mundial a la despatologización trans, configurando el derecho a la identidad de género desde la perspectiva de los derechos humanos (Lamm, 2018, pp. 238-240; Suess, 2014, pp. 133-134; y Arrubia, 2018, p. 162). En este sentido, a diferencia de los modelos patologizadores, centra el derecho a la identidad de género en el impacto de las barreras sociales, económicas, culturales y políticas que impiden estructuralmente el ejercicio independiente de este derecho⁹.

Los requisitos que establecen las legislaciones iberoamericanas para poder rectificar la mención registral del sexo son diferentes dependiendo del Estado en cuestión. Sin embargo, dentro de los países mencionados en este trabajo se puede

⁹ El artículo 1 de la Ley de identidad de género argentina dispone que el derecho a la identidad de género se integra de tres aspectos: 1) el reconocimiento de la identidad de género de la persona, 2) el libre desarrollo y 3) el ser identificado en los instrumentos que acrediten la identidad. Además, la definición que establece esta ley de identidad de género está inspirada en los *Principios de Yogyakarta* (artículo 2).

hacer una división en dos grupos, distinguiendo entre un primer grupo que se ajusta más a las pautas de la Opinión Consultiva de la Corte IDH y; un segundo grupo que exige unos requisitos más rígidos.

En el primer grupo de Estados se encuentran Bolivia, México, Colombia, Argentina y Chile¹⁰. Todos ellos basan la práctica de la rectificación registral de la mención del sexo en la simple declaración de la persona, sin intervención de órganos judiciales y sin requerir ni diagnósticos ni tratamientos médicos. Sin embargo, las legislaciones de Bolivia, México y Colombia son más estrictas al exigir, además, otros documentos como certificados de nacimiento, de estado civil, antecedentes penales, comprobantes de domicilio, acreditaciones juradas de la voluntad de hacer el cambio registral del sexo o, incluso, la ley boliviana exige un examen técnico psicológico que acredite que la persona conoce y asume voluntariamente las implicaciones de su decisión. En cambio, las leyes de Argentina y Chile se ciñen a requerir la presentación de una solicitud ante el Registro Civil requiriendo la rectificación registral de la partida de nacimiento y del nuevo documento de identidad y, a la manifestación del nuevo nombre elegido con el que se solicita inscribirse¹¹.

Con carácter general, los Estados de este primer grupo adoptan una perspectiva despatologizadora del reconocimiento legal a la identidad de género y restringen el derecho a la órbita registral. No obstante, salvo la Ley argentina el resto de las regulaciones de los Estados mencionados guardan silencio respecto al derecho a un trato digno o el acceso público a los tratamientos de salud trans específicos a elección de la persona. Asimismo, exceptuando Chile y Argentina, el resto de los Estados vedan a los menores el derecho a la identidad de género. No obstante, en el caso de Chile debe precisarse que la Ley 21.120 no establece un procedimiento para todos los menores de 18 años, sino solo para los mayores de 14 años y menores de 18¹².

¹⁰ Bolivia establece los requisitos para poder llevar a cabo la rectificación registral de la mención del sexo en el artículo 9 de Ley 807 de 21 de mayo de 2016; México en los artículos 135 ter y 135 quáter del Código Civil (Capítulo XI sobre "la rectificación, modificación y aclaración de las actas del Registro Civil"); Colombia en los artículos 2.2.6.12.4.4 y 2.2.2.12.4.5 del Decreto 1.227, de 4 de junio de 2015, en el que se contiene una sección que fija el trámite para "corregir el componente del sexo en el Registro del Estado Civil"; Chile en el artículo 6 de la Ley 21.120 de identidad de género; y por último, Argentina en el artículo 4 de la Ley 26.743 reguladora del derecho a la identidad de género.

¹¹ No obstante, la ley chilena judicializa el reconocimiento legal de la identidad de género, en el supuesto de que el solicitante sea un menor de dieciocho años pero mayor de catorce, y si tiene un vínculo matrimonial. Además, la solicitud del menor ha de ir acompañada de un informe psicológico o psicosocial (artículos 12 y ss.).

¹² Así, el artículo 12 de la Ley 21.120 dispone que "las personas mayores de catorce y menores de dieciocho años de edad podrán solicitar la rectificación del sexo y nombre con que aparezcan individualizadas en su partida de nacimiento para que sea coincidente con su identidad de género. Con todo, una vez que alcancen la mayoría de edad, podrán requerir una nueva rectificación en conformidad a los procedimientos que correspondan". Hay autores que consideran que, a los 14 años, salvo prueba en contrario, debe entenderse que el menor goza de la suficiente madurez para instar por sí mismo el cambio registral de nombre y sexo (Ravetllat Ballesté, 2018, p. 426).

El segundo grupo de Estados se caracteriza por establecer unos requisitos más severos: en el mismo se encuentran Uruguay y Ecuador; si bien las respectivas normas reguladoras del derecho a la identidad de género de estos Estados formulan la autodeterminación del género, también establecen requisitos más rigurosos, basados en juicios de identidad. En tal sentido, exigen de forma arbitraria la permanencia y estabilidad de al menos dos años en la identidad elegida y pruebas que lo acrediten¹³. Sin embargo, se considera que tales requisitos menoscaban la autonomía de la persona en la adopción libre de sus decisiones (Litardo, 2018, p.60).

Por si fuera poco, la ley uruguaya presenta un potencial sesgo patologizador puesto que, si bien el diagnóstico médico no se impone expresamente, establece la necesidad de la intervención de un equipo multidisciplinario especializado en identidad de género. Lo que implica que la declaración propia de la persona como sujeto titular del derecho no es suficiente, sino que lo que realmente se tiene en cuenta a efectos de efectuar la rectificación es la supervisión institucional de la intervención. No obstante, a la hora de establecer quiénes tienen legitimación para solicitar la adecuación registral, la ley uruguaya no distingue franjas etarias, por lo que se entienden incluidos los menores de edad (Litardo, 2018, pp. 57 y 60).

4. EL MODELO ESPAÑOL

El ordenamiento español, a diferencia de lo que ocurre en algunos Estados de Iberoamérica, configura el derecho a la identidad de género desde una perspectiva patologizadora, lo que lleva a que se vulnere la mayoría de los derechos humanos y constitucionales reconocidos a las personas trans. Esta situación se agrava debido a la ausencia de perspectiva de género de otras leyes españolas, como Ley Orgánica 1/2004 de *Medidas de protección integral contra la violencia de género* (LOVG), que concibe el género como una realidad binaria que comprende exclusivamente a hombres y mujeres sin incluir otras diversidades culturales.

Las personas trans se encuentran amparadas en España, en primer lugar, por los artículos 10.1 y 14 de la Constitución española (CE). El artículo 10.1 consagra el

¹³ La Ley uruguaya 18.620 de derecho a la identidad de género, al cambio de nombre y el sexo de documentos identificatorios, dispone en su artículo 3 que para el cambio del sexo y el nombre se deberá acreditar: 1) la discordancia entre la identidad de género y los marcadores de nombre o sexo consignados en el acta de nacimiento y 2) la estabilidad y persistencia de esta disonancia durante al menos dos años, salvo que la persona haya procedido a una cirugía de reasignación sexual. En su artículo 4, apartados 4° y 5°, adiciona como requisitos "un informe médico multidisciplinario especializado en identidad de género y diversidad" y "testimonios de las personas que conocen la forma de vida cotidiana del solicitante y la de los profesionales que lo han atendido desde el punto de vista social, mental y físico". Por su parte, Ecuador, en las disposiciones referentes a la identidad de género recogidas en su Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles del año 2015 (artículo 94), exige que el acto de rectificación de la mención registral del sexo se realice en presencia de dos testigos que acrediten una autodeterminación contraria al sexo del solicitante de una duración de al menos dos años; dicho procedimiento se efectúa ante las autoridades civiles.

derecho a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad (presupuesto del goce del resto de derechos y límite a la actuación de los poderes públicos). Por su parte, el artículo 14 CE establece el derecho a la igualdad formal y a la prohibición de discriminación. No obstante, al igual que en los tratados internacionales, el artículo 14 CE no menciona concreta y expresamente la orientación sexual y la identidad de género como motivos por los que se puede sufrir discriminación, pero ambos han de entenderse incluidos dentro de la expresión "cualquier otra condición o circunstancia personal" contenida en el mismo artículo 14 CE (Elvira Perales, 2013, p. 8)¹⁴.

De otro lado, hay que tener en cuenta que con igualdad el texto constitucional no se refiere meramente a una *igualdad formal*, sino que de acuerdo con el artículo 9.2 CE esta debe ser real, y en este sentido, los poderes públicos tienen la obligación de promover las condiciones necesarias para que la igualdad sea real y efectiva y, de facilitar a los ciudadanos su participación en todos los ámbitos de la vida social. Asimismo, es importante destacar que el artículo 10.2 CE exige a los poderes públicos que interpreten los derechos constitucionales de acuerdo con los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por España.

Otros derechos constitucionales importantes para todas las personas, pero que adquieren una especial significación en las personas trans, son los siguientes: el derecho al honor y a la intimidad (artículo 18.1 CE); el derecho a la protección de los datos personales (artículo 18.4 CE); el derecho a contraer matrimonio (artículo 32 CE); el derecho a la integridad física y a no sufrir tratos inhumanos o degradantes (artículo 15 CE); el derecho a la salud (artículo 43 CE); y el derecho al trabajo (artículo 35 CE). En el *Documento de los principios de Yogyakarta* se pone de manifiesto que estos derechos y su protección adquieren matices distintos en el caso de las personas trans, pues no se puede obviar, por ejemplo, que la vulneración del derecho a la intimidad o a la protección de los datos personales de una persona trans puede revelar aspectos que le ocasionen perjuicios en un futuro o, incluso, nuevas vulneraciones de otros derechos humanos (Elvira Perales, 2013, pp. 9-10).

Todos los derechos constitucionales afectados por la condición trans se desarrollan en distintas leyes según se trate del ámbito de la salud, del laboral, del derecho a la rectificación registral del sexo, etc.; este despliegue normativo ha llevado a considerar la conveniencia de elaborar una ley integral que regule el estatuto jurídico completo de las personas trans como lo han hecho algunas comunidades autónomas entre las que cabe traer a colación Navarra, el País Vasco, Extremadura, Andalucía o Canarias

¹⁴ El Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de manifestarse al respecto en la Sentencia 76/2008, de 23 de julio (RTC 2008/76) en la que declaró que "es de destacar que la condición de transexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el artículo 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indudablemente una circunstancia incluida en la cláusula 'cualquier otra condición o circunstancia personal o social' a la que debe ser referida la interdicción de discriminación".

(Vicente Palacio, 2018, pp. 92-93)¹⁵. No obstante, se ha apuntado que la desventaja de elaborar una ley integral para las personas trans vendría de la mano de su propia especialización, ya que con ella se distinguiría al grupo de personas trans. Esto podría dificultar su plena integración, puesto que la plena igualdad solo se puede cimentar en ciudadanos y no en personas a las que se diferencia según sus inherentes características (Elvira Perales, 2013, p. 28).

4.1 Los requisitos necesarios para la rectificación registral de la mención del sexo y la interpretación correctora de la Ley 3/2007

Actualmente en España, los requisitos necesarios para poder llevar a cabo la rectificación registral de la mención del sexo se establecen en la Ley 3/2007, de 15 de marzo. El mayor progreso de esta fue la supresión del requisito indispensable de someterse a la cirugía de reasignación del sexo para practicar la modificación registral¹⁶. No obstante, la principal crítica es que sigue dejando en manos de los médicos la posibilidad del cambio registral (Belsué, 2011, p. 23; Benavente Moreda, 2013, pp. 31 y ss.; Rodríguez Yagüe, 2012, p. 15), manteniendo la *patologización* de la identidad de género y desobedeciendo el mandato 18 de los *Principios de Yogyakarta*, según el cual los estados "garantizarán que ningún tratamiento o consejería de índole médica o psicológica considere, explícita o implícitamente la orientación sexual o identidad de género como trastornos de la salud que han de ser tratados, curados o suprimidos" (Salazar, 2015, p. 87).

Las condiciones que establece la Ley 3/2007 para llevar a cabo la rectificación registral del sexo son dos (artículo 4): la primera, que se haya diagnosticado una "disforia de género", lo cual se debe acreditar mediante el informe de un médico o de un psicólogo clínico; y la segunda consiste en que la persona solicitante de la rectificación registral del sexo se haya sometido durante al menos dos años a un tratamiento médico para acomodar sus características físicas al sexo reclamado. Este no es obligatorio en aquellos casos en que concurren razones de salud o edad que impiden su seguimiento,

¹⁵ Las leyes de estas comunidades autónomas regulan de forma integral y específica la situación y los derechos de las personas trans, incluyendo, entre otros, el ámbito de la salud, el laboral, etc. Además, a diferencia de la legislación estatal, se ocupan de las personas trans extranjeras y menores.

¹⁶ Otro progreso que implicó la Ley 3/2007 fue la desjudicialización del procedimiento de rectificación del nombre y su configuración como un procedimiento gubernativo mediante la atribución de la competencia para llevarlo a cabo al Encargado del Registro Civil del domicilio del solicitante (Rodríguez Yagüe, 2012, pp. 14 y 15; Vicente Palacio, 2018, p. 91). El TS en las sentencias 929/2007, de 17 de septiembre; 158/2008, de 28 de febrero; 182/2008, de 6 de marzo; 183/2008, de 6 de marzo; 731/2008, de 18 de julio, o 465/2009, de 22 de junio, entre otras, puso de manifiesto que el régimen legal establecido en la Ley 3/2007 era aplicable con carácter retroactivo a los procedimientos que estuvieran pendientes en los tribunales cuando se promulgó la Ley (Benavente Moreda, 2013, p. 35). Con estas sentencias el TS dio un giro jurisprudencial al mutar el criterio que había seguido desde los años ochenta consistente en otorgar preeminencia a los aspectos psíquicos y psicosociales en la determinación del sexo frente a los cromosómicos exclusivamente en el supuesto de las personas trans que se hubieran sometido a una cirugía de reasignación de sexo.

siempre y cuando se aporte un certificado médico que acredite tal circunstancia, o cuando la persona interesada en realizar la rectificación registral del sexo confirme, mediante un informe médico, que se ha realizado la cirugía de reasignación del sexo antes de la entrada en vigor de la Ley 3/2007 (Disposición Transitoria Única).

El requisito de someterse durante un plazo de dos años a un tratamiento médico se ha censurado duramente por diversas razones, entre ellas porque carece de base científica para garantizar la seriedad de la voluntad del cambio del sexo (Elvira Perales, 2013, p. 22). De otro lado, se ha señalado que no se encuentra justificada la obligatoriedad de someterse a un tratamiento médico del que se pueden derivar innumerables efectos secundarios menoscabando el derecho a la integridad física, pues si una persona trans decide, por voluntad propia, recurrir al sistema sanitario es para que se le restituya el cuerpo con el que se siente identificada internamente, no porque piense que está enferma (Ricoy, 2009, pp. 521-522). No obstante, la ley impone como condición indispensable presentar un determinado aspecto físico para poder tener un concreto sexo legal, sin tener en cuenta que la decisión de someterse a un tratamiento médico debería ser únicamente personal, pues en caso contrario se caería en la paradoja de que también deberían ser obligatorias ciertas intervenciones para las personas que, sin ser trans, no tienen un aspecto suficientemente masculino o femenino (Belsué, 2011, p. 24).

Por otro lado, no se entiende por qué la Disposición Transitoria Única de la Ley 3/2007 exonera de los requisitos para la rectificación registral de la mención del sexo a las personas que, mediante certificado médico, acrediten haber sido sometidas a una cirugía de reasignación sexual con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, ya que de acuerdo con esto, las personas que se hayan operado en el extranjero modificando sus genitales, pero sin realizar un tratamiento médico y sin tener un diagnóstico de disforia de género, serán reconocidas conforme a su genitalidad externa. En cambio, una persona trans que realice la misma operación fuera de España tras la entrada en vigor de la ley, no podrá tener acceso al cambio registral si no cumple los requisitos del artículo 4 de la norma (Belsué, 2011, p. 24).

La Ley 3/2007 no se ocupa de la situación de las personas trans menores ni de las extranjeras, pues el artículo 1.1 de Ley 3/2007 establece que "toda persona de nacionalidad española mayor de edad y con capacidad suficiente para ello, podrá solicitar la rectificación de la mención registral del sexo", pero no menciona ni a los menores trans ni a los extranjeros trans (Belsué, 2011, p. 23)¹⁷. No obstante, este precepto

¹⁷ Es importante poner de manifiesto que determinadas leyes autonómicas, a diferencia de la estatal, sí se ocupan de la situación de las personas trans menores. Se pueden traer a colación la Ley Foral de Navarra 12/2009, de 19 de noviembre (artículo 5); la Ley del País Vasco 14/2012, de 28 de junio (artículo 11); la Ley andaluza 2/2014, de 8 de julio (artículo 19.6); la Ley de Canarias 8/2014, de 28 de octubre (artículo 7); la Ley de Extremadura 12/2015, de 8 de abril (artículo 10) y la Ley de Madrid 2/2016, de 29 de marzo (artículos 6 y 14).

fue declarado inconstitucional por el TC en su Sentencia 99/2019, de 18 de julio al considerar que el precepto vulneraba los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad (*ex* artículo 10 CE) y a la intimidad personal (*ex* artículo 18 CE), para el Alto Tribunal estos perjuicios alcanzaban una mayor intensidad en los menores de edad con "suficiente madurez" y en una "situación estable de transexualidad". De forma que el TC afirma que el artículo 1.1 de la Ley 3/2007 es inconstitucional porque no establece un régimen intermedio para los menores que reúnen estas condiciones, es decir, la norma es inconstitucional "únicamente en la medida que incluye en el ámbito subjetivo a los menores de edad con 'suficiente madurez' y que se encuentren en una 'situación estable de transexualidad'"¹⁸.

El TS en su Sentencia 685/2019 de 17 de diciembre consideró que tanto "la madurez suficiente" como la "situación estable de transexualidad" son cuestiones de hecho que han de examinarse mediante la celebración de una audiencia con el menor, sin que sean suficientes para valorar dicha madurez la persistencia de una situación estable de transexualidad o los testimonios de los padres o representantes legales. Asimismo, el TS precisó que "en esa audiencia del menor, el tribunal también deberá comprobar su madurez, de un modo menos exhaustivo mientras más cercano a la mayoría de edad se encuentre el demandante, que actualmente tiene ya 17 años. También servirá para evaluar la situación estable de transexualidad, junto con el examen de la documentación aportada con la demanda" (FJ 9º, apartado 13).

En último lugar, es necesario señalar que la Ley 3/2007 no regula muchos de los aspectos que afectan a las personas trans, como, por ejemplo, el acceso a los servicios de la Seguridad Social en todo el territorio español: existen en la actualidad diferencias en la cobertura según la región en la que se resida. Tampoco regula el derecho de asilo político por persecución por razones de identidad de género, ni dice nada respecto de los intersexuales y los hermafroditas (Platero, 2009, p. 115). Todo esto ha llevado a considerar que la Ley 3/2007 no puede ser calificada como una *Ley de identidad de género*, pues le falta un tratamiento integral de las múltiples dimensiones en que las personas trans precisan de instrumentos eficaces para la plena efectividad de sus derechos. Asimismo, no cambia la forma de concebir el sexo y el género en la sociedad, puesto que está inspirada en la concepción biológica del sexo, lo que se refleja en que la finalidad del tratamiento médico es únicamente "acomodar las características físicas a las correspondientes del sexo reclamado" (Salazar, 2015, p. 91).

¹⁸ La STC 99/2019, de 18 de julio cuenta con el voto particular de la Magistrada doña Encarnación Roca Trías que afirma que el pronunciamiento del Pleno "es confuso y con un efecto impreciso, pues no sabría determinar si estamos ante una sentencia «aditiva», en la que se declara inconstitucional la norma porque no se ha previsto algo que el legislador constitucionalmente estaba obligado a prever; o ante una sentencia de inconstitucionalidad parcial; o ante una sentencia «monitoria» en la que se aconseja al legislador que opte por una regulación más favorable o, en suma, ante una sentencia meramente interpretativa, dejando pendiente por concretar, quién y cómo se ha de determinar la «suficiente madurez del menor» y el grado de transexualidad, de cara a extenderle la facultad de testificar la mención registral relativa al sexo" (p. 47).

Sin embargo, no se puede olvidar que el derecho al propio cuerpo y a una libre identidad de género son derechos fundamentales que imponen la obligación de revisar los límites éticos de la modificación corporal y el rol de la institución médica sobre la subjetividad de los ciudadanos, lo que trae consigo la necesidad de adoptar una perspectiva despatologizadora dejando atrás la concepción de la transexualidad como una patología o un problema, y entendiéndola como un conjunto de trayectorias vitales posibles, heterogéneas, cambiantes y fluidas; todo ello para avanzar de un modelo médico a un modelo de derechos humanos, en el que los profesionales de la salud aconsejen pero no establezcan las formas de concebir y vivir la transexualidad (Missé y Coll-Planas, 2010, p. 54).

La Dirección de los Registros del Notariado (DRN) ha intentado corregir los vacíos y desmanes de la Ley 3/2007, mediante la interpretación correctora que plasmó en la Instrucción dictada 23 de octubre de 2018. En ella se ordena a los encargados del Registro Civil que atiendan todas aquellas solicitudes de cambio de nombre cuando la persona que lo solicite declare ante ellos o en documento público que se siente del sexo correspondiente al nombre solicitado, y que no le es posible obtener el cambio por no cumplir los requisitos de la ley; también decreta actuar así en caso de que las personas solicitantes sean menores de edad no emancipadas.

La DRN justifica la necesidad de dictar esta Instrucción en que la Ley 3/2007 está desfasada y no es acorde con la sociedad actual, en especial por excluir a los menores de edad, pues cuando se aprobó la transexualidad todavía se consideraba una enfermedad entre los trastornos de la personalidad, de la conducta y del comportamiento del adulto. No obstante, actualmente es sabido y reconocido que la transexualidad se considera una de las condiciones relacionadas con la conducta sexual, la cual se caracteriza por una marcada y persistente incongruencia entre el género experimentado por un individuo y el que se le asigna al nacer.

En la instrucción se exponen numerosas razones para legitimar de algún modo la interpretación correctora de la Ley, quizás la más poderosa es que en las Cortes Generales se está tramitando actualmente una proposición de ley dirigida a facilitar la modificación de la constancia registral del género permitiéndola con la simple manifestación de voluntad del solicitante¹⁹. En el Proyecto de Ley se define la identidad de género como:

¹⁹ La Instrucción de DRN también expone como argumentos que el Tribunal Supremo es proclive a conferir una mayor relevancia a los factores psicosociales sobre los morfológicos para autorizar los cambios del sexo y del nombre y, que la Ley del Registro Civil (LRC) vigente debe ser interpretada a la luz de los principios constitucionales (dignidad de la persona, libre desarrollo de la personalidad, prohibición de discriminación, ect.). Respecto de la exclusión de los menores, la Instrucción aduce que la protección del interés preferente del menor es un principio de orden público que debe inspirar la interpretación de las normas. Asimismo, pone de manifiesto que existe deber de informar y escuchar al menor en función de su grado de madurez en cualquier procedimiento que afecte en su esfera personal. Y, por último, recuerda que el Tribunal Supremo ha planteado una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal

La vivencia interna e individual del género tal y como cada persona la siente, incluyendo la vivencia personal del cuerpo y otras expresiones de género como la vestimenta, el modo hablar y los modales. Dicha vivencia puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida por la persona interesada²⁰.

Se ha considerado que, si bien los argumentos jurídicos de la Instrucción referentes a las necesidades de las personas trans deben ser respetados y deberían de servir para lograr un cambio legislativo, los mismos no son válidos para derogar la Ley 3/2007, pues de acuerdo con el artículo 3 del Código Civil, toda interpretación correctora de la ley debe respetar siempre el tenor literal de la norma interpretada, lo que no sucede en este supuesto, puesto que la Instrucción no hace una interpretación correctora de la ley, sino que directamente ordena a los encargados del Registro Civil que desobedezcan tanto la Ley 3/2007 como la Ley del Registro Civil, pero lo cierto es que si cumplen esta orden quebrantan el Estado de derecho establecido en la Constitución española (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2018, p. 3).

4.2. El concepto legal de violencia de género y su falta de perspectiva de género

El artículo 1 LOVG reduce la violencia de género a "la manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres". Según la Ley, esta se ejerce exclusivamente sobre las mujeres "por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia"; y solo incluye los "actos de violencia física o psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de la libertad".

Es decir, el concepto de violencia de género de la LOVG se integra por tres elementos: el primero, de carácter personal, implica que la violencia de género es una realidad binaria en la que siempre el agresor es hombre y la víctima mujer, existiendo —o habiendo existido— entre ambos una relación matrimonial o similar de afectividad. El segundo, de carácter objetivo, define las conductas que constituyen violencia de género, es decir, actos de violencia física o psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, amenazas, coacciones o privación arbitraria de la libertad. Y el tercero, subjetivo, liga la violencia de género con una manifestación de discriminación, una situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres (Muñoz, 2015, pp. 2-3).

Constitucional respecto de la Ley 3/2007 por excluir a los menores del cambio del sexo, dicha cuestión, como ya se ha puesto de manifiesto, fue resuelta por el TC en la Sentencia 99/2019, de 18 de julio.

²⁰ Proposición de Ley de 12 de mayo de 2017, contra la discriminación por orientación sexual, identidad o expresión de género y características sexuales, y de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales y transexuales, trasgénero e intersexuales. Presentada por el grupo parlamentario confederal Unidos Podemos- En Comú Podem- en Marea.

Este concepto de violencia de género ha sido duramente criticado debido a su carácter restrictivo en cuanto a sujetos, ámbito y conductas (De la Cuesta, 2012, pp. 5-6), pues la ley se concentra en la violencia ejercida por el hombre sobre su mujer, es decir, sobre su cónyuge o pareja en relación de afectividad similar (ya sea actual o no), quedando fuera del ámbito de la LOVG modalidades de violencia sobre otras mujeres donde el género es la causa principal de la misma, como pueden ser acosos en sus distintas modalidades de sexual y laboral, violencia sobre hijas, insultos o agresiones machistas sobre mujeres desconocidas, etc. Además, la LOVG no regula la violencia de género en sentido extenso, sino que se circunscribe al ámbito familiar. Sin embargo, este tipo de violencia alcanza la violencia física, psicológica, sexual y económica consumada en la comunidad en general contra las mujeres y no únicamente en el ámbito familiar, e incluye conductas como las agresiones sexuales, el acoso o intimidación en el trabajo, la trata de mujeres, la prostitución forzada, la mutilación genital femenina, etc., las cuales no están incluidas todavía en la LOVG, al igual que la violencia económica (Del Pozo, 2012, p. 2; Gil, 2016, pp. 2-4; Castillejo, 2016, p. 9; Serramià, 2017, p. 5; Álvarez Suárez, 2018, pp. 12-13; Álvarez Suárez, 2019, pp. 26-27).

Esta situación se torna aún más devastadora si se tiene en cuenta que el concepto de la LOVG tampoco contempla otras realidades de violencia en pareja que no están dentro del tan *normalizado* esquema patriarcal en el que la violencia es ejercida por hombres contra mujeres, pero que también precisan de una protección penal especial. Se hace referencia, concretamente, a la violencia entre parejas homosexuales —denominada violencia intragénero— y a los supuestos de violencia en las parejas de las que forma parte una persona trans. Ambas hipótesis no caben dentro del esquema tradicional y binario (hombre/mujer) para el que la LOVG pretende dar una solución (Teruel, 2018, pp. 1 y 2). Aquí se pone de manifiesto cómo la concepción de la legislación española sobre el género únicamente entendido en términos binarios (hombre/mujer) y su aplicación como elemento distintivo de la norma implica la permanencia de la discriminación social de aquellas personas que se salen del prototipo general en orientación sexual o identidad de género (Vicente Palacio, 2018, p.97)

De acuerdo con lo anterior, cuando en una pareja homosexual, ya esté formada por dos hombres o por dos mujeres, se produce un acto de violencia similar al de una pareja heterosexual, este no puede ser considerado un acto de violencia de género según la LOVG. Para intentar colmar esta laguna legal, la Fiscalía ha considerado en varias circulares que a la violencia ejercida sobre mujeres en parejas homosexuales puede aplicarse la violencia doméstica, más no la de género²¹. Esta línea ha sido seguida por la jurisprudencia, y en los supuestos de malos tratos o lesiones graves en parejas homosexuales tiende a incluir a la víctima de la violencia dentro del artículo 153.1 del

²¹ Circular 4/2005, de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la *Ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género* y la Circular 6/2011, de 8 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer.

Código Penal (CP) como una "persona especialmente vulnerable que convive con el autor", aunque ha habido algunas excepciones (Teruel, 2018, p.4).

Más casuística se presenta la jurisprudencia en torno a las situaciones de violencia en las parejas trans, pues dependiendo de si se ha efectuado o no la rectificación registral de la mención del sexo, se entiende que se trata de violencia de género o no. Es decir, la modificación registral puede determinar que en un solo día un acto violento en una pareja trans constituya un delito de violencia de género a que se juzgue como un delito ordinario. Existen tres escenarios posibles con pronunciamientos judiciales diferentes en virtud de si se ha practicado o no la rectificación registral del sexo. Esta situación se ha calificado como un despropósito fruto de la interpretación rígida y restrictiva del género que inspira la legislación (Belsué, 2011, p. 26).

La primera hipótesis se plantea cuando una persona trans ha podido cambiar su sexo legalmente, de forma que su identidad de género coincide con su sexo registral. El artículo 5.1 de la Ley 3/2007 dispone que "la resolución que acuerde la rectificación de la mención registral del sexo tendrá efectos constitutivos a partir de su inscripción en el Registro Civil", lo que quiere decir que ha de darse prioridad a la rectificación registral antes que, al sexo biológico, con independencia de si la misma afecta a la víctima o al agresor. Es decir, solo se pueden aplicar los delitos de violencia de género a las parejas de distinto sexo formadas por personas trans si el agresor es hombre y la víctima mujer de acuerdo con el sexo que consta en el Registro Civil.

Aunque las sentencias en estos casos son muy escasas, esta es la línea jurisprudencial que se ha mantenido, aplicando los tipos de violencia de género en los supuestos de parejas con algún miembro trans, si el sujeto activo es varón y el pasivo mujer conforme al sexo registralmente reconocido, considerando los tribunales que esta interpretación no es extensiva del tipo penal, sino más bien una aplicación de los propios efectos legales de la rectificación registral del sexo [SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 5), N.º 514/2014, de 28 de noviembre; SAP de Vizcaya (Sección 1) N.º 199/2010, de 8 de marzo; SAP de Albacete (Sección 2) N.º 60/2006, de 30 de octubre; SAP Granada (Sección 2), N.º 349/2016, de 6 de junio y SAP Granada, N.º 45/2017, de 31 de enero].

La segunda hipótesis tiene lugar cuando el acto violento se produce en una pareja en que uno de sus integrantes es trans y no ha rectificado registralmente su sexo (o no ha podido hacerlo), pero se identifica de forma permanente con un género diferente a su sexo biológico, mostrando en algunos casos signos sexuales primarios o secundarios del género con el que se identifica.

En este supuesto se confrontan dos principios: el reconocimiento al libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad humana (artículo 10 CE) y el principio *in dubio pro reo*. Según el primero, debe prevalecer la identidad de género de la persona antes que

su sexo biológico registralmente reconocido, especialmente, si se corresponde con una víctima mujer. El segundo prohíbe la interpretación desfavorable de las normas penales para el reo. De esta hipótesis también hay muy pocas sentencias y algunas son contradictorias, pero el mayor número de ellas opta por no hacer una interpretación extensiva de los delitos de violencia de género en contra del reo y, por tanto, rechazan su aplicación cuando no se ha efectuado la rectificación registral, aunque la persona se identifique con un determinado género e, incluso, manifieste caracteres sexuales propios del mismo [SAP de Vizcaya (Sección 1), n.º 514/2014, de 28 de noviembre; SAP de Cádiz (Sección 3), n.º 362/2013, de 4 de noviembre; SAP de Madrid (Sección 15), n.º 489/2016, de 19 de septiembre; SAP de Navarra (Sección 2), n.º 99/2017, de 22 de marzo].

Sin embargo, existen excepciones: en concreto, cuando la víctima es mujer trans y registralmente sigue constando como varón, pero acredita una "identificación acusada y persistente" con el género femenino (más aún si ha sido intervenida quirúrgicamente). En tal sentido, la Circular de la Fiscalía 6/2011 afirma que a los efectos de la LOVG debe ser considerada víctima de violencia de género la mujer trans (nacional o extranjera), con independencia de la rectificación registral, si acredita su condición de mujer mediante "los informes médico-forenses e informes psicológicos por su identificación permanente con el sexo femenino". Sin embargo, la Circular no aclara qué ocurre si el sujeto activo es un hombre trans que no ha rectificado su sexo como mujer y agrede a otra mujer (Teruel, 2018, p. 6).

La última hipótesis tiene lugar cuando, después de cometer un acto violento y durante la tramitación del procedimiento judicial, la persona procesada efectúa una rectificación registral de la mención sexo; para la misma todavía no hay un pronunciamiento judicial, pero ya se ha planteado ante los tribunales. En el año 2017, un hombre que fue denunciado por su esposa por maltrato psicológico se sometió a un cambio de sexo mediante una cirugía de reasignación y rectificó la mención registral del sexo en el lapso en que se tramitaba el procedimiento judicial (que aún sigue abierto)²².

A día de hoy, el supuesto agresor se identifica registralmente como una mujer, por lo que no podría ser sujeto activo de ningún delito de violencia de género, aunque sí podía serlo cuando se cometieron los hechos delictivos. La consecuencia lógica del cambio registral será o bien que la conducta resulte atípica, de acuerdo con su nueva situación registral o, en su caso, que se le imponga una pena menor de la prevista para los delitos de violencia de género y se juzgue al autor como si hubiera cometido un maltrato psicológico común. La respuesta es incierta todavía, pero hay comentaristas que han señalado que lo más conveniente sería que se juzgara al presunto autor del

²² En relación con los cambios de identidad posteriores a un vínculo matrimonial el TEDH en la Sentencia *Hämäläinen vs. Finland*, de 16 de julio de 2014 ha declarado que en los Estados en que el matrimonio entre personas del mismo sexo está prohibido, la conservación del vínculo del matrimonial puede ser una solución jurídica excepcional para este tipo de supuestos.

delito según el sexo registral que tenía en el momento en que se cometieron los hechos (Teruel, 2018, p. 7).

CONCLUSIONES

El *Documento de los principios de Yogyakarta* debería convertirse en un tratado internacional, con la finalidad de que sea vinculante para los Estados y de que les obligue a elaborar leyes que regulen los derechos de las personas trans inspiradas en los principios de identidad de género y orientación sexual que recoge.

En el ámbito europeo, sería conveniente que la Unión aprobara una directiva integral y específica de la situación y los derechos de las personas trans: en ella se deberían de abordar todas las dimensiones en las que se debe garantizar un tratamiento jurídico especial a este colectivo, (p. ej. los ámbitos ámbito de la salud, laboral, educativo, etc.). Con ello se lograría que todos los Estados ofreciesen un nivel mínimo de protección a las personas trans consiguiendo cierta uniformidad en las legislaciones estatales, con independencia de que cada Estado pudiese establecer un estatuto de derechos más amplio que el previsto en la directiva. No obstante, en todo caso, la directiva debería obligar a los Estados a ofrecer cobertura médica a estas personas y a establecer procedimientos de reconocimiento de identidad del género basados en la mera voluntad del solicitante, sin estar condicionados ni a tratamientos médicos ni a informes psicológicos o, a cualquier otra intervención médica.

En España urge reformar la legislación sobre identidad de género. Para ello se podrían tomar como ejemplo las leyes de los Estados de Iberoamérica que regulan la identidad de género desde una perspectiva despatologizadora, y en especial, la ley argentina. La situación jurídica actual de las personas trans en España es nefasta: la vigente Ley 3/2007, reguladora de la rectificación registral de la mención del sexo, vulnera las resoluciones, recomendaciones e informes internacionales, así como un gran número de derechos humanos de las personas trans (como el derecho a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y no discriminación, a la identidad de género, a la integridad física, etc.), al exigir un tratamiento médico de al menos dos años de duración para efectuar el cambio registral, cuando solo debería requerirse la solicitud de la persona interesada para cambiar registralmente la mención del sexo y el nombre.

Por otro lado, la situación de los menores trans en España es muy contingente pues la Ley 3/2007 ni siquiera los menciona para excluirlos de su ámbito de aplicación, y la emblemática Sentencia del TC 99/2019 del 18 de julio tampoco ha aportado mucha claridad al asunto, al utilizar en su fallo conceptos jurídicos indeterminados como "suficiente madurez" o "situación estable de transexualidad". Se considera que el uso de estos términos puede derivar en una gran inseguridad jurídica, pues un menor que solicite la rectificación registral del sexo y del nombre nunca podrá saber con cierta

certeza si será aceptada su petición. Si el legislador español considera que no todos los menores pueden proceder a la rectificación registral del sexo, debería optar por un modelo como el chileno y solo permitir la rectificación a los mayores de 14 años y menores de 18 años; con ello, por lo menos, se lograría una mayor seguridad jurídica.

En lo que respecta a la Instrucción de la Dirección de los Registros del Notariado de 23 de octubre de 2018, no parece muy lógico que se ordene a los encargados del Registro Civil que desobedezcan el ordenamiento jurídico atentando contra el Estado de derecho consagrado en la Constitución española. Si bien los objetivos que persigue son muy loables, el medio que utiliza para lograrlos no es el correcto.

Por último, resulta imprescindible que se reforme la LOVG, entre otras cosas, para ampliar el concepto de violencia de género que establece el artículo 1 de la Ley, pues es extremadamente reducido; ello acarrea que, en muchas ocasiones, las víctimas de violencia de género no puedan ser protegidas por las medidas especiales que precisa y que la Ley establece. La falta de perspectiva de género con la que se elaboró la LOVG se hace palmaria al observar que la violencia producida en parejas homosexuales o trans no puede ser considerada como violencia de género, salvo en algunos casos. La jurisprudencia española al respecto tampoco emplea la perspectiva de género y vulnera los derechos humanos de las personas trans, pero a la luz de la legislación estatal vigente poco margen de actuación tienen los tribunales para interpretar de forma distinta. Resulta ineludible que el legislador español comience a legislar con perspectiva de género, pero no solo la LOVG, sino todas las normas jurídicas del ordenamiento. También es necesario brindar una formación en la materia a todos los operadores jurídicos, a los efectos de impedir que se cometan estos desmanes jurídicos que tanto daño hacen en la sociedad.

REFERENCIAS

- Álvarez Rodríguez, I. (2013). La organización de las Naciones Unidas y el derecho a la no discriminación por motivo de orientación sexual e identidad de género: apuntes para un debate. *Revista General de Derecho Constitucional*, 17, 1-34.
- Álvarez Suárez, L. (2019). La protección de la víctima de violencia de género: comparativa entre el modelo español e italiano. En F. Bueno De Mata (dir.), *La cooperación procesal internacional en la sociedad del conocimiento* (pp. 21-33). Atelier.
- Álvarez Suárez, L. (2018). La posición jurídico-procesal de las víctimas de violencia de género: estudio hispano-italiano. *Revista de Derecho Penal y Procesal*, 51, 1-29.
- Arrubia, E. (2018). El derecho al nombre en relación con la identidad de género dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: el caso del Estado de Costa Rica. *Revista de DireitoGV*, 14(1), 148-168.
- Belsué, K. (2011). Sexo, género y transexualidad: de los desafíos teóricos a las debilidades de la legislación española. *Acciones e Investigaciones Sociales*, 29, 7-32.

- Benavente Moreda, P. (2013). Orientación sexual e identidad de género y relaciones jurídico-privadas. *Revista General de Derecho Constitucional*, 17, 1-74.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (2018). Personas transexuales y Estado de derecho. *Revista Doctrinal de Aranzadi*, 11, 1-4.
- Borraz, M. (2018, 18 de junio). *La OMS deja de considerar la transexualidad un trastorno mental*. eldiario.es. https://www.eldiario.es/sociedad/OMS-considerar-transexualidad-enfermedad-incongruencia_0_783572396.html
- Castillejo, R. (2016). Hipótesis de partida acerca de la posibilidad de mediación en supuestos de violencia de género. *Diario La Ley*, 8882, 1-9.
- Concha Horrillo, S. (2017). *El derecho estático de las personas en movimiento: derecho de asilo por movimiento de género y orientación sexual* [tesis doctoral, Universidad del País Vasco]. Repositorio Institucional. <http://hdl.handle.net/10810/25154>
- De la Cuesta, P. M. (2012). El concepto de "violencia de género" de la LO 1/2004 en el sistema penal: fundamento, trascendencia y efectos. *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, 27, 1-10.
- Del Pozo, M. (2012). Matices y acotaciones sobre la prohibición de mediación del artículo 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004. *Diario La Ley*, 98/99, 1-11.
- Díaz Lafuente, J. D. (2013). La protección de los derechos fundamentales frente a la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en la Unión Europea. *Revista de Derecho Constitucional*, 17, 1-48.
- Díaz Lafuente, J. D. (2014). *Refugio y asilo por motivos de orientación sexual y/o identidad de género en el ordenamiento constitucional español* [tesis doctoral, Universidad de Valencia]. Repositorio Institucional. <http://roderic.uv.es/handle/10550/41098>
- Elvira Perales, A. (2013). Transexualidad y derechos. *Revista General de Derecho Constitucional*, 17, 1-29.
- Gil, B. (2016). A vueltas con el artículo 416 LECrim. Repercusión de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2015 en el uso de la dispensa del art. 416.1 LECrim., por las víctimas de la violencia de género. La mediación en el ámbito de la violencia de género. Necesidad de flexibilización del sistema actual. *Diario La Ley*, 8764, 1-10.
- Lamm, E. (2018). Identidad de género. Sobre la incoherencia legal de exigir el sexo como categoría jurídica. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 8, 230- 278.
- Litardo, E. (2018). Identidad de género en América: aproximaciones para una teoría democrática del género. En L. González y G. Rua (dirs.), *Sistemas judiciales: una perspectiva sobre la administración de justicia* (pp. 45-66). Género, Diversidad Sexual y Justicia.
- Manzano Barragán, I. (2012). La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre orientación sexual e identidad de género. *Revista Española de Derecho Internacional*, 64(2), 49-78.
- Merino Sancho, V. (2018). Una revisión de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la intimidad sexual y la autonomía individual. *Derechos y Libertades*, 38, 327-358.
- Missé, M. y Coll-Planas, G. (2010). La patologización de la transexualidad: reflexiones críticas y propuestas. *Norte de Salud Mental*, 8(38), 44-55.
- Muñoz, M. (2015). Violencia de género y necesidad o no de elemento subjetivo específico o de dominación. Jurisprudencia y legislación reciente. *Diario La Ley*, 8606, 1-16.

- Platero, R. (2009). Transexualidad y agenda política: una historia de (dis)continuidades y patologización. *Política y Sociedad*, 46(1-2), 107-128.
- Pulecio Pulgarín, M. (2011). Teoría y práctica de los principios Yogyakarta en el derecho internacional de los Derechos Humanos. *Análisis Internacional*, 3, 239-259.
- Ravetllat Ballesté, I. (2018). Igual de diferentes: la identidad de género de niñas, niños y adolescentes en Chile. *Ius et Praxis*, 24(1), 397-436.
- Ricoy, R. M. (2009). La regulación de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas en España. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 21, 508-531.
- Rodríguez Yagüe, C. (2012). Orientación e identidad de género: el proceso de consagración de derechos del colectivo LGTB. *Revista General de Derecho Constitucional*, 15, 1-25.
- Salazar, O. (2015). La identidad de género como derecho emergente. *Revista de Estudios Políticos*, 169, 75-107.
- Serramià, L. (2017). Nuevas oportunidades para la justicia restaurativa en el sistema penal tras las reformas legales del año 2015: especial incidencia en la violencia de género. *Dereito*, 26(2), 1-30.
- Suess, A. (2014). Cuestionamiento de dinámicas de patologización y exclusión discursiva desde perspectivas trans e intersex. *Revista de Estudios Sociales*, 49, 128-143. <https://doi.org/10.7440/res49.2014.10>
- Teruel, G. M. (2018). Violencia de género, violencia intragénero y violencia transgénero. *Diario La Ley*, 6375, 1-9.
- Vicente Palacio, A. (2018). Sexo y género en el ámbito comunitario: por un ordenamiento jurídico "de-generador". (Algunas reflexiones a propósito de la STJUE de 26 de julio de 2018, Asunto M.B.). *Revista Galega de Dereito Social*, 7, 73-98.