

IMPACTO EN LA VIOLENCIA DE GÉNERO DE LA LEY 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

CONSEQUENCES IN THE LAW AGAINST GENDER- BASED VIOLENCE DUE TO THE LAW FOR THE REAL AND EFFECTIVE EQUALITY OF TRANSGENDER PEOPLE AND THE GUARANTEE OF LGTBI RIGHTS..

Verónica Ponte García

Magistrada del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 6 de Getxo

Fecha de recepción: 16 de julio de 2023.

Fecha de aceptación:

SUMARIO:

I. Rectificación registral del sexo.

II. Ley de Violencia de Género.

III. Conclusiones.

Bibliografía

RESUMEN

A la vista de la entrada en vigor de la ley denominada socialmente “trans”, se atribuye la facultad a las personas de cambiar en el Registro Civil la mención que en el mismo conste acerca del sexo de una persona. Este estudio tiene por finalidad comprender el procedimiento y comprobar si esta posibilidad puede afectar y, en su caso, cómo a la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004 que contempla previsiones normativas aplicables en el ámbito penal cuando el autor sea o haya sido el cónyuge de la mujer o esté o hay estado ligado a ella por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.

ABSTRACT

Due to the entry of the law for the real and effective equality of transgender people and the guarantee of LGTBI rights (4/2023), it is recognised the right to change the entry related to gender in the Civil Register. This study aims to understand the proceedings and verify if this right may affect and if so, how it affects the law against gender- based violence (1/2004), which punishes some acts committed by a man against the woman who is or has been his wife or companion in a similar relationship as marriage, even without coexistence.

PALABRAS CLAVE

hombre; mujer; transexual; fraude de ley; buena fe

KEYWORDS:

man; woman; transgender; fraud of law; good faith

INTRODUCCIÓN

El objeto de este artículo es determinar la posible trascendencia de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI sobre la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género.

Así, se considera que, como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 4/2023, se puede plantear un problema o al menos, una duda razonable en cuanto al sujeto activo de la comisión de un ilícito penal en cuanto a que la ley 1/2004 hace referencia a que la conducta típica debe ser llevada a cabo por el varón que tenga o haya tenido una relación análoga a la matrimonial con la víctima que debe ser mujer.

En particular, el quid estriba en determinar si un cambio del sexo registral reconocido por la entrada de la Ley 4/2023 puede evitar la aplicación de determinadas medidas de protección integral que prevé la Ley Orgánica 1/2004, aun cuando se haya hecho con tal intención, es decir, en aras a eludir el supuesto que esta norma parece pretende erradicar: la situación de superioridad que históricamente ha tenido el varón sobre la mujer.

Rectificación registral de la mención del sexo

I.1 Antes de la ley 3/2007

A la vista de que este trabajo pretende aportar soluciones y armonizar la legislación y jurisprudencia, se considera necesario hacer mención al estado de la cuestión en el momento anterior a que por parte del legislador, con la promulgación de la Ley 3/2007, se habilitara expresamente la posible rectificación registral por razón de cambio de sexo, y ello mediante la sucesiva exposición de los cinco hitos jurisprudenciales anteriores a tal promulgación a través de los que la Sala primera del TS fue dibujando los contornos de aquella.

I.1.i STS de 2 de julio de 1987

Esta Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS) 436/1987 de 2 de julio de 1987 planteaba la transexualidad como un problema derivado de los avances de la cirugía plástica y un problema social sobre el que Derecho no podía hacer caso omiso. Por ello, realiza un pormenorizado estudio de la materia y el régimen jurídico aplicable por entonces ante la ausencia de previsión legal al respecto.

En ese momento, y como curiosidad, las sentencias del Tribunal Supremo (TS) traen a colación el Derecho comparado y de este modo, hacen un resumen de la legislación en esta materia. En concreto, la mentada resolución recuerda que, hasta ese momento, no se había legislado en muchos países de la Unión Europea permitiendo la rectificación en el Registro civil del sexo y el nombre por medio de solicitud de personas que no se sentían identificadas por el sexo inscrito en el momento de su nacimiento.

Si bien las regulaciones existentes en algunos países eran dispares, con carácter general, permitían la modificación registral del sexo, previo cumplimiento de una serie de requisitos que, en la mayor parte de las naciones con este tipo de regulación, incluía la cirugía de cambio de sexo, salvo en Holanda donde se exigía una resolución judicial firme y una adaptación del cuerpo de la persona solicitante al sexo pretendido.

Adicionalmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), en su sentencia de 17 de octubre de 1986¹, había concluido que la legislación británica sobre rectificación registral en lo relativo al sexo pertenecía al margen de apreciación de los Estados quienes debían reglar el correcto equilibrio entre el interés general y el interés individual.

Por ende, no había habido injerencia en la vida privada, de tal forma que no afectaba al art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) que reconoce el derecho a la vida privada, toda vez que, primero, es perfectamente posible según la legislación británica de la época la modificación del nombre y, por otro lado, la inscripción del sexo se limita a la certificación del sexo con el que nació la persona solicitante², sin que se diera disonancia entre la realidad física y el sexo inscrito, ni hubiera habido otro error. Así, consideraba que el cambio quirúrgico de sexo no cambiaba el sexo cromosómico, manteniéndose aquel con el que había nacido.

¹ STEDH de 10 de octubre de 1986, asunto Rees contra Reino Unido (*demanda n° 9532/81*).

² En mismo sentido, se pronunciarían las SSTEDH (pleno) de 27 de septiembre de 1990 (caso Cossey contra Reino Unido) demanda n° 10843/84 y 30 de Julio de 1998 (casos Sheffield y Horsham, acumulados, contra Reino Unido) demanda 31-32/1997/815-816/1018-1019

En este mismo sentido, entiende que no se conculca el derecho de casarse y de fundar una familia (art. 12), toda vez que dicho precepto pretende proteger el matrimonio en la forma que legalmente se concebía en el momento: heterosexual o entre personas de distinto sexo.

En España, por su parte, no existía regulación³ acerca de la transexualidad, más allá de la despenalización, operada por LO 8/1983 de 25 de junio, de las lesiones en que hubiera mediado consentimiento, es decir, entre otras, las operaciones que dicha ley denomina “cirugía transexual” llevadas a cabo por facultativos en forma legal.

Sin embargo, sí que había habido resoluciones judiciales en las que se reconocía el cambio en el Registro Civil del sexo y del nombre de la persona, si bien exigiendo la correspondiente operación quirúrgica y el tratamiento hormonal acorde. De esta forma, se venía reconociendo como derecho de la personalidad, el derecho a un sexo determinado, en atención a los “atributos psicológicos y características sexuales”. En este sentido, se había pronunciado también la Comisión Europea de Derechos Humanos⁴.

A partir de esta laguna, reconoce como hechos ciertos que la persona solicitante ha cumplido el rol de mujer, con cambio quirúrgico y entiende que se debe dar una solución jurídica. Así, entiende que, ante el cambio de morfología sexual artificial de órganos externos e internos practicables similares a los femeninos, junto al comportamiento que socialmente se atribuye a las mujeres, estamos ante una ficción que puede ser protegida por el Derecho y, por ello, debe dar lugar a la rectificación del sexo atribuido en el momento del nacimiento, lo que incluye el derecho a cambiar de nombre para que sea acorde al sexo psíquico. No obstante, tal declaración tiene efectos limitados, de tal manera que no supone una equiparación absoluta con el sexo femenino, entendiendo que se adolece de la “plena capacidad y aptitud”, en la realización de determinados actos o negocios jurídicos, como el matrimonio.

I.1. ii STS de 15 de julio de 1988

La STS 607/1988 de 15 de julio⁵ plantea el problema de la competencia de los órganos judiciales para resolver sobre transexualidad, a la vista de la carencia

3 Esta resolución reconoce que, en el ámbito gubernativo, hasta la resolución de 17 de marzo de 1982 que reenvía al ámbito judicial, la resolución de la Dirección General de los Registros extendió la aplicación del expediente de rectificación de error relativo al sexo previsto en el art. 93.2 de la Ley del registro civil, a los supuestos de transexualidad. El Alto Tribunal descartó también esta aplicación para los supuestos de transexualidad, remitiendo a la vía judicial.

4 Dicho informe se emitió en el marco del asunto Van Oosterwijk contra Bélgica, STEDH de 6 de noviembre de 1980 (*demanda no 7654/76*). Dicha resolución no entró a resolver del fondo por un motivo formal, cual es que la falta de agotamiento de los recursos internos (Artículo 26 del Convenio).

5 STS 607/1988 de 15 de julio de 1988, ECLI:ES:TS:1988:9445

de regulación sobre la materia y su posible impacto sobre la seguridad jurídica, proclamada en el art. 9.3 de la Constitución (en adelante, CE).

En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional español (en adelante, TC) había declarado la directa aplicación de la CE, lo cual vincula también a los poderes públicos y en concreto, los tribunales conforme al art. 5 LOPJ. Ello es coherente con el art. 9 CE.

De este modo, se concluye que no afecta a la seguridad jurídica que los órganos judiciales⁶ reconozcan el cambio de sexo de una persona que mantiene su genotipo, a pesar de la falta de regulación específica. Para ello, se fundamenta en el art. 10 CE, entendiendo que forma parte del derecho de la persona al libre desarrollo de la personalidad la inclusión de los cambios físicos de la forma del ser humano, siempre que ello no implique ilícito civil o penal, y tomando en consideración que no está expresamente prohibido por la legislación.

No obstante, limita el reconocimiento a que se realice por vía judicial y en todo caso, sin comprender el supuesto del matrimonio, entendiendo que aun cuando no se de publicidad, el matrimonio sería nulo.

Finalmente, valora a la hora de conceder la rectificación registral del sexo, que es preciso tomar en consideración los factores psíquicos, en concreto, en razón de la acreditada personalidad psíquica de naturaleza del sexo deseado. Para ello, toma en consideración la proyección morfológica de quien se define física y socialmente como perteneciente a sexo distinto al atribuido al nacer.

I.1.iii STS de 3 de marzo de 1989

En tercer lugar, la STS 189/1989 de 3 de marzo de 1989⁷ acuerda que la mención registral debe modificarse priorizando los aspectos psíquicos y psicosociales sobre los puramente biológicos, si bien exige que el solicitante se someta previamente a una cirugía de reasignación de sexo⁸.

De este modo, se basó para el reconocimiento de la rectificación, en que esta persona se presentaba como del sexo al que sentía pertenecer, con la vestimenta y comportamiento atribuida a ese sexo y en su vida social, era reconocido por

⁶ En apoyo de la resolución de casos, aduce esta resolución que el derecho positivo regula las relaciones sociales, atendiendo a las necesidades del momento y aun cuando exista una laguna legal, ello no impide que se deba resolver las nuevas situaciones aplicando el sistema de fuentes (ex art. 1 CC). De esta forma, la jurisprudencia tiene la función de complementar el ordenamiento jurídico (conforme con el art. 1.6 CC), al armonizar el Derecho positivo y la realidad social, aplicando las fuentes anteriormente mencionadas.

⁷ STS 189/1989 de 3 de marzo de 1989, ECLI: ES:TS:1989:8991

⁸ En este sentido, se pronuncian las SSTS 287/1991 de 19 de abril de 1991 (ponente: JAIME SANTOS BRIZ, ECLI: ES:TS:1991:2141), 436/1987 de 2 de julio de 1987 (Ponente: JUAN LATOUR BROTONS, ECLI: ES:TS:1987:8700).

ese sexo, habiéndose sometido, como culmen de dicha vida, a una operación quirúrgica. Todo ello le generó problemas en cuanto a su identificación, lo que suponía que, sin el cambio registral, se producía de facto la imposibilidad del libre desarrollo de la personalidad que consagra el art. 10 de nuestra Constitución.

Merece la pena, sin embargo, destacar el siguiente comentario que realiza esta resolución: *“Todas estas situaciones, que desde el punto de vista biológico y médico, pueden encuadrarse en lo que llamaríamos un inter sexo, no alcanzan igual encuadre desde el punto de vista del derecho. De una parte, la relativa inusualidad de su ocurrencia» que no ha atraído aún la atención legislativa, y, de otra, el rechazo social que su conocimiento comporta pese a la evidente inimputabilidad de la situación al sujeto que lo sufre, obligan a su inclusión dentro de uno de los dos únicos sexos que el derecho reconoce. De tal forma que, aún partiendo de la base de que el sujeto en cuestión tiene unas características que no coinciden enteramente con la del resto de los individuos que componen el grupo en el que se encuadra, no tenemos otra solución que otorgarles uno de ambos sexos, para lo cual no solo habremos de atender al componente hormonal, así como al precedente que supuso su inscripción en el Registro Civil, a raíz de su nacimiento, como varón o hembra, sino también a los restantes y más importantes elementos que determinan su entera personalidad, somática y psíquica”*.

En esta sentencia, el TS reconoce, primero, que debe resolver la cuestión a pesar de la evidente laguna legal que existía y, segundo y más importante, que en Derecho nuestro legislador solo reconoce dos sexos y por una “ficción”, incluye a la persona en uno de esos dos sexos, atendiendo, entre otros criterios, a la personalidad de quien lo solicita.

No obstante, dicho reconocimiento del cambio registral acerca del sexo y del nombre no le atribuye los mismos derechos del sexo buscado y adquirido y, así, limita los efectos de la declaración, por cuanto, al no haber base legal que lo reconozca, se impide la validez de los matrimonios que esta persona pudiera contraer (*“los eventuales matrimonios del individuo sujeto al cambio ordenado, serían nulos”*)⁹.

I.1.iii STS de 19 de abril de 1991

En cuarto lugar, la STS 287/1991 de 19 de abril de 1991 recuerda su jurisprudencia relativa a la prioridad del sexo psicológico sobre el cromosómico. Ello se deriva del *“irresistible sentimiento de pertenencia al sexo contrario, rechazo del propio y deseo obsesivo de cambiar la morfología genital”* y así, por un lado, desde un punto de vista familiar y social, es tratada con este sexo distinto al atribuido

⁹ Recuérdese que España fue uno de los primeros países en reconocer los matrimonios entre personas del mismo sexo y ello gracias a la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

en la inscripción de nacimiento y, por otro lado, ha sufrido una cirugía para acomodar su cuerpo al sexo deseado.

Es, por ello, que la falta de reconocimiento registral vulneraría el derecho al desarrollo de la personalidad previsto en el art. 10.1 CE y, en consecuencia, autoriza para incluir el desarrollo de los cambios físicos del ser humano y, por ende, se debe acceder a la rectificación solicitada en el Registro civil de cambio de sexo y nombre.

Sin embargo, tal reconocimiento del cambio en el Registro civil tiene como límite contraer matrimonio por cuanto sería nulo por inexistente (ex art. 44 y 73 del Código civil y 32.1 CE), como consecuencia de las restricciones derivadas de la naturaleza física humana.

A 29 de abril de 2002, el TEDH, en el caso *Pretty*¹⁰ contra Gran Bretaña¹¹, concluye que la “vida privada”, en los términos del derecho reconocido en el art. 8 CEDH, es un concepto abierto, de tal manera que incluye tanto la integridad física, como la psicológica. Asimismo, protege el derecho al desarrollo personal y a establecer relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior.

Así, el término “vida privada” incluye identidad social, identificación de género, nombre, orientación sexual y vida sexual (pár. 61), así como la autonomía personal, en el sentido de llevar la vida que una persona quiere, extendiéndose a la realización de aquellas actividades que puedan implicar riesgos físicos o morales para la persona (pár. 62).

I.1.iiii STS de 6 de septiembre de 2002

Finalmente, la STS 811/2002 de 6 de septiembre de 2002¹² realiza un pormenorizado examen de la jurisprudencia existente hasta entonces y, en ese momento, reseña el cambio en la tendencia en la jurisprudencia del TEDH¹³ en virtud del cual se reconoce que la falta de reconocimiento del cambio de sexo en el ámbito registral vulnera el derecho a la vida privada de los solicitantes. En el presente caso, el supuesto planteado ante al Alto Tribunal trata sobre una persona que, tras el proceso hormonal, se había sometido a la “ablación mamaria”, sin haber podido continuar con el tratamiento por motivos puramente económicos.

¹⁰ Se trata de un supuesto relativo a la eutanasia.

¹¹ STEDH de 29 de abril de 2002, asunto *Pretty* contra Reino Unido (demanda. [2346/02](#))

¹² STS 811/2002 de 6 de septiembre de 2002, ECLI: ES:TS:2002:5786

¹³ Entre otras, STEDH de 11 de julio de 2002, asunto *Christine Goodwin* contra Reino Unido (demanda 28957/95). Recuerda esta resolución que “la esfera personal de cada individuo está protegida, comprendiendo el derecho de cada uno a establecer los detalles de su identidad como ser humano.”

Por tanto, existe un dato distintivo frente a los supuestos estudiados por las anteriores sentencias del Alto Tribunal y es que, en este caso, no ha completado el proceso quirúrgico de reasignación de sexo.

Esta es la diferencia radical. Entiende esta resolución que el reconocimiento de la identidad sexual de una persona no se basa exclusivamente en el dato cromosómico, ni tampoco en los factores psicológicos, sino que es *conditio sine que non* el sometimiento a tratamientos hormonales y quirúrgicos. Por ello, desestima la petición del cambio registral.

I.2 Durante la vigencia de la ley 3/2007

El 17 de marzo de 2007 entró en vigor la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Dicha ley reconoce que las personas con nacionalidad española y con capacidad suficiente podrán solicitar la rectificación de la mención registral de sexo, que conllevará el cambio del nombre propio.

Una vez realizada la solicitud de rectificación, deben concurrir una serie de motivos: primero, un diagnóstico de disforia de género, acreditado mediante informe de médico o psicólogo clínico en el que se certifique, por un lado, la existencia de disonancia entre el sexo morfológico y el sentido por el solicitante, así como la estabilidad y persistencia de esta situación¹⁴ y, por otro lado, la ausencia de trastornos de personalidad que pudieran tener relevancia en el deseo del cambio de sexo.

Segundo, se exige un tratamiento médico de, al menos, dos años para el ajuste a los rasgos físicos relativos al sexo deseado y que se debe certificar por medio de un informe médico colegiado que haya seguido el tratamiento o, en su defecto, del médico forense especializado. Se excepciona que hubiera razones de salud o edad que imposibiliten el tratamiento, siempre que se aporte certificación médica de este extremo.

No obstante, expresamente se descarta como condición para el reconocimiento del cambio registral el sometimiento a tratamiento quirúrgico. Ello supone un cambio en la jurisprudencia del TS que había esperado esta legislación a fin de regular la laguna sobre la cual se había visto obligado a resolver, como hemos visto anteriormente.

Concurriendo las condiciones anteriores, se acordará la rectificación con efectos constitutivos en el Registro civil y, por ende, la persona podrá a partir

¹⁴ En concreto, requiere “existencia de disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante o sexo psicosocial, así como la estabilidad y persistencia de esta disonancia”.

de entonces ejercer los derechos inherentes al sexo deseado, sin afectar a la titularidad de derechos y obligaciones de las que fuera titular la persona con anterioridad al cambio.

Por su parte, a 11 de septiembre de 2007, el TEDH, en el caso L. contra Lituania¹⁵, recuerda la obligación que compete a todos los Estados de asegurar el respeto por la vida privada, incluyendo el respeto a la dignidad humana y la calidad de la vida¹⁶. Constata dicho tribunal que ha habido una evolución en el reconocimiento de los derechos de las personas transexuales, si bien entiende que este derecho se debe extender al reconocimiento de la modificación de sus datos civiles en personas que han sufrido la cirugía de cambio de sexo¹⁷ (pár. 56).

Desde la STS 929/2007, de 17 de septiembre, como consecuencia de la entrada en vigor de la legislación expuesta y del cumplimiento de la misma, se descarta el requisito de la operación quirúrgica de reasignación sexual como necesario para acordar judicialmente la rectificación en el Registro civil del asiento relativo al sexo y al nombre.

Así, las resoluciones judiciales dictadas en primera y segunda instancia, con anterioridad a la entrada en vigor de la citada ley, denegaban la inscripción con base a que, a pesar del cambio físico, en los hábitos y los factores psicológicos y sociales, así como el sometimiento a tratamiento, faltaba la cirugía de reasignación de sexo.

Reconoce el Alto Tribunal que este tratamiento quirúrgico, por su permanencia, supone la plasmación de una intención firme de vivir conforme al sexo pretendido, alejándose de voluntades volátiles y, por ello, así se venía exigiendo por la legislación de países del entorno y la jurisprudencia del TEDH y del mismo TS.

Sin embargo, esta operación no es determinante, en el sentido de que no cambia el material del genotipo y fenotipo y desde luego, no es coherente con las nuevas ideas sociales y jurídicas. En este sentido, subraya el cambio social

¹⁵ STEDH de 11 de septiembre de 2007, asunto L. contra Lituania (*demanda no. 27527/03*)

¹⁶ Así, se reitera el TEDH en otras resoluciones, como la STEDH de 8 de enero de 2009, asunto Schlumpf contra Suiza (*demanda nº 29002/06*). De este modo, recuerda que la dignidad y la libertad de la persona, parte esencial del CEDH, el derecho al desarrollo personal y a la integridad física y moral de los transexuales debe ser objeto de garantía (pár. 100 y 101). Ello no solo genera obligaciones negativas (de evitar injerencias) para los Estados, sino también positivas a fin de garantizar el respeto efectivo a la vida privada o familiar (pár.102).

¹⁷ En este caso, el problema radicaba en que, pese a que la ley lituana reconoce el derecho al cambio de género y al estado civil, no se regula la cirugía de asignación de sexo, lo que implica que la persona solicitante se encuentra con una reasignación parcial y con graves consecuencias en sus posibilidades de trabajo y viaje que se subsanarán con la práctica de la operación. Ello afecta al reconocimiento de la verdadera identidad, por lo que concluye la vulneración del art. 8 CEDH.

en el que pierde importancia el sexo, dada la igualdad que impone el art. 14 CE, y ello tiene impacto directo en la irrelevancia del sexo en el tráfico jurídico, salvo conductas en que sea estrictamente significativo.

En particular, nuestra jurisprudencia remarca la pérdida de importancia de la atribución de roles a un determinado sexo y diferencia entre esos estereotipos por razón del sexo e identidad sexual.

En consecuencia, en aplicación de la legislación vigente en la época, no puede limitarse la determinación registral del sexo por cuestiones de orden público ni tampoco puede ser exigible una cirugía de reasignación de sexo, toda vez que la misma no genera un cambio en el sexo a nivel “cromosomático” o fenotípico y que, además, supone hacer priorizar el estado físico al psicológico y, en concreto, de una persona que se encuentra en una “situación patológica”, certificada por medio de un diagnóstico de “disforia de sexo” y sometido al tratamiento pertinente.

De esta forma, en cumplimiento de la ley que colma una laguna, se constata el cambio jurisprudencial en esta materia, reconociendo la mutación registral como parte del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) con impacto directo en la dignidad del individuo afectado y, en consecuencia, mencionando la jurisprudencia anterior (recogida en los párrafos anteriores), serían los factores “psico- sociales”- *de acuerdo con sus sentimientos profundos, con sus convicciones de pertenecer a otro sexo*- los que deben primar a la hora de determinar el sexo, como fundamento de la identidad sexual y, por ende, parte de la identidad personal.

Adicionalmente, el TEDH, en el *caso Hämäläinen contra Finlandia*¹⁸, recuerda que una persona que haya seguido la cirugía de asignación de sexo puede ser víctima de su derecho al respeto a la vida privada, como consecuencia de la falta de reconocimiento de dicho cambio (pár. 59). Además, ello puede tener consecuencias en su vida familiar, al tener consecuencias en su matrimonio, toda vez que no se reconoce el mismo entre personas del mismo sexo, pero sí cabe la figura de la pareja de hecho (pár. 60).

En este sentido, analiza el término “respeto”, entendiendo que el mismo no es claro en cuanto a las obligaciones que supone para los Estados, por cuanto se debe tomar en consideración la diversidad de prácticas y situaciones que se producen.

¹⁸ STEDH de 16 de julio de 2014, asunto Hämäläinen contra Finlandia

Sin embargo, no deja de definir el “respeto”, atendiendo a la importancia de los intereses en juego y la cuestión de los valores fundamentales o los aspectos esenciales de la vida privada que son objeto de diatriba; si existe un impacto en la vida de la persona como consecuencia de la diferencia entre su realidad social y la ley; la coherencia de las prácticas administrativas y legales dentro de los sistemas estatales (pár. 66).

Por ello, dicho término deberá estudiarse caso por caso, comprobando la debida protección del derecho y el margen de apreciación que corresponde a los Estados. Así, si está en riesgo una faceta importante de la existencia del individuo o su identidad, el margen de los Estados debe restringirse; pero, mientras existan dudas sobre la importancia de los intereses en juego, el margen de apreciación estatal debe ser amplio (pár. 67).

En consecuencia, cuando se trate del reconocimiento legal del cambio de género de personas que se han operado con tal fin debe limitarse el margen de apreciación estatal (pár. 68), al afectar a la identidad de la persona, pero ello no puede extenderse al reconocimiento del matrimonio homosexual en un país que no lo reconoce, habida cuenta de que en el momento era una materia que no había sido objeto de regulación clara por los Estados pertenecientes al Consejo de Europa. Por ende, concluye que no hay vulneración del art. 8 CEDH (pár. 69-89).

Finalmente, en abril de 2017, el TEDH (*caso A.P. Garçon y Nicot contra Francia*¹⁹) analiza la necesidad de la irreversible naturaleza del cambio en la apariencia y, en particular, reconoce que procede el reconocimiento de la mutación registral sin la condición de haberse sometido a cirugía o tratamiento que conlleve la esterilización (pár. 116). Subraya, además, que la cirugía requiere un tratamiento médico irreversible que tiene consecuencias, como la esterilización de la persona que se ve obligada a dicha operación (pár. 119).

En este sentido, exigir como prueba la valoración de médicos expertos para un examen genital de carácter íntimo conculca el derecho a la intimidad, aun cuando se trate de una prueba dentro del procedimiento para la modificación registral del sexo (pár. 152), de tal manera que denegar dicha mutación en el estado civil con base a la falta de realización de dicha prueba vulnera el derecho del art. 8 CEDH (pár. 153).

Asimismo, reseña que la transexualidad no es una enfermedad y que tal tratamiento supone un motivo de estigmatización de las personas transexuales

¹⁹ STEDH de 6 de abril de 2017, asunto A.P. Garçon y Nicot contra Francia

(pár. 138). Reconoce el TEDH que la mayor parte de los países que han ratificado el convenio exigen el diagnóstico psiquiátrico que - en ese momento - figuraba como una enfermedad por la Organización Mundial de la Salud (pár. 139).

Por lo anterior, las autoridades francesas no vulneraron el art. 8 CEDH al no permitir el cambio registral del sexo con fundamento en que no se había presentado un diagnóstico psiquiátrico de disforia (pár. 143), al entender que es una cuestión no clara en la legislación de los Estados del Consejo de Europa, por lo que debe haber margen de apreciación para los Estados²⁰.

En este sentido, resulta particularmente reseñable la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2019²¹. Se trata del caso de una persona menor de edad que, desde los tres años, se identificaba con el sexo masculino y pretende el cambio registral del nombre y del sexo que se le había atribuido al nacer.

Tras examinar la jurisprudencia del TS, TC y TEDH en cuanto a la rectificación en el Registro Civil de la mención del sexo y, en orden a acomodarlo, del nombre, el TS, en el Fundamento Jurídico Octavo, resume en varias ideas la materia. Así, primero, recuerda que es una cuestión en constante evolución desde un punto de vista médico, social y jurídico, pero en todo caso, la transexualidad no es una patología psiquiátrica que precise de curación.

Segundo, en esta materia de reconocimiento de la identidad de género, debe priorizarse el aspecto psicológico y psicosocial sobre el cromosómico o morfológico.

Tercero, no se puede condicionar el reconocimiento de la identidad de género al sometimiento a una operación quirúrgica de reasignación del sexo, esterilización o tratamiento hormonal.

Cuarto, se debe facilitar a las personas transexuales, mediante procedimientos "*rápidos y eficaces*", el cambio de mención del sexo y del nombre que consten en la inscripción de nacimiento y, en consecuencia, los demás documentos de identidad.

Quinto, como reconoce la Constitución, los transexuales están protegidos por el respeto a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad e, inherentemente, al derecho a la intimidad. En consecuencia, es preciso evitar

²⁰ Asimismo, el TEDH reconoce que la exigencia de un diagnóstico salvaguarda los intereses de las personas transexuales al rechazar cualesquiera otras causas que en realidad no tengan por objetivo la transición, evitando con ello seguir con el procedimiento de cambio legal de la identidad sin motivo.

²¹ STS 4217/2019, de 17 de diciembre de 2019 ECLI: ES:TS:2019:4217

el sometimiento a situaciones humillantes, derivadas de tener que exponer su intimidad y es que se debe garantizar que sea el propio individuo el que decida sobre la puesta en conocimiento acerca de su vida a los demás, de tal forma que se mitiguen las posibles situaciones en las que sea víctima de hostilidades en su entorno.

Todas estas ideas que recoge el TS deben extenderse a los menores transexuales, dado que viven la misma problemática, pero con las vicisitudes propias de la infancia y la adolescencia. En este sentido, el Alto Tribunal reconoce que no se hubiera dado esta controversia caso de haber sido mayor de edad la persona solicitante, por cuanto está expresamente previsto en el art. 1 Ley 3/2007. A *contrario sensu*, al no recogerse explícitamente, la jurisprudencia entendía que tal derecho no legitimaba a los menores de edad, pese a estar complementada su capacidad procesal al estar representado por sus progenitores.

El TS advierte que se pueden invadir competencias del TC, por lo que se plantea cuestión de inconstitucionalidad por auto de 10 de marzo de 2016 *“respecto de la exigencia de ser mayor de edad que establece el art. 1 de la Ley reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, como requisito de legitimación para solicitar la rectificación de la mención registral del sexo, en relación a lo previsto en los arts. 10.1, 15, 18.1 y 43.1 CE”*, de tal manera que sea el supremo interprete de la Constitución quien se pronuncie *“sobre la edad mínima en que se pueda instar los cambios registrales de sexo o nombre²²”*. Ello se resuelve por medio de sentencia 99/2019, de 18 de julio la cual establece una distinción en atención, primero, a la “suficiente madurez” de la persona menor de edad solicitante del cambio registral y, segundo, a que el requirente se encuentre en una “situación estable de transexualidad”, requisito que ya establece la Ley 3/2007, es decir, la estabilidad y persistencia del solicitante en su forma de vida conforme al sexo deseado.

En este sentido, concluye la vulneración por no fijar, para los menores de edad, un régimen intermedio en el que se produzca una individualización que tome en consideración los requisitos mencionados, de tal manera que la medida prevista en la legislación produce una injerencia que es desproporcionada, generando perjuicios en los menores de edad que se encuentren en esta posición.

Por ello, determina la inconstitucionalidad del art. 1.1 ley 3/2007 por cuanto solo legitima a las personas mayores de edad, mientras que para los menores de edad no hace ninguna previsión, lo que concluye es inconstitucional exclusivamente para el ámbito subjetivo conformado por aquellos menores en los que concurra

²² STC 99/2019, de 18 de julio, ECLI:ES:TC:2019:99

“suficiente madurez” y una “situación estable de transexualidad”.

Una vez expuesta la doctrina del TC, el TS resume que, a fin de resolver la cuestión de legitimación del menor para solicitar el reconocimiento registral del cambio de nombre y sexo, es preciso comprobar que la persona solicitante tiene suficiente madurez y se encuentra en una situación estable de transexualidad. Define el TS la madurez atendiendo a la Observación General núm. 12 (2009) del Comité de Derechos del Niño de la ONU, en la Observación General núm. 12 (2009) y así, como la “*capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado*” y “*expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente*”.

Al hilo de lo anterior, aduce, primero, que es precisa la audiencia del menor demandante en el que se confirme, por un lado, su voluntad de seguir el procedimiento legal de cambio de sexo y nombre, dado que se trata de un acto relativo al derecho de la personalidad del menor de edad, solo es complementada su capacidad con la representación de sus progenitores (ex art. 162 CC). Ello no es más que una consecuencia de la dignidad que protege a todas las personas y, en concreto, del derecho a ser oído en aquellas decisiones que afecten a su vida²³.

Por otro lado, también es preciso verificar en este trámite que el menor tiene suficiente voluntad, si bien el TS concede que este extremo pierde importancia cuanto más cercana se encuentre la mayoría de edad de la persona solicitante. Finalmente, durante esta parte del procedimiento, se podrá comprobar si concurre en el menor la persistencia de la situación estable de transexualidad, corroborando las manifestaciones que han realizado las demás personas que hayan intervenido en el expediente (escritos de los padres o representantes legales)

Segundo, no son necesarios ni el tratamiento médico para ajustarse a las características físicas del sexo deseado, ni una operación de reasignación sexual ni una terapia hormonal, ni tampoco el tratamiento médico durante dos años caso de imposibilidad (ex art. 4 ley 3/2007). En este caso, la persona solicitante tenía 12 años y aportaba un informe que explicaba que el tratamiento hormonal no se había iniciado respetando el proceso natural de cambio puberal.

Por todo lo anterior, el TS establece que los menores tienen legitimación y faculta

²³ Entre otros artículos, ello se recoge en el art. 92 y 154 CC en los supuestos de crisis de los progenitores, 172 ter y 173 CC (acogimiento del menor) y 177 CC (relativo a la adopción). Además del respeto a la dignidad humana, ello permite resolver a la autoridad judicial tomando en consideración el interés superior del menor (ex art. 92 CC, 26 de la Ley 15/2015 de 2 de julio, de Jurisdicción voluntaria).

a la autoridad judicial para practicar la audiencia del menor y la concesión de la rectificación registral del sexo y del nombre, siempre que concurra en la persona demandante suficiente madurez y una situación estable de transexualidad, sin que sea obstáculo la falta de sometimiento a tratamiento durante al menos dos años antes de la presentación de la demanda.

I.3 El nuevo régimen jurídico dimanante de la ley 4/2023

En este sentido, la Ley 4/2023 regula en el Título II las “Medidas para la igualdad real y efectiva de las personas trans” y, en particular, el capítulo I prevé la “Rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas y adecuación documental”.

I.3. i Legitimación

Regula la ley, inicialmente, el elemento subjetivo, esto es, las personas que pueden acceder al cambio registral del sexo de las personas. De este modo, el artículo 43 de dicho cuerpo legal distingue, en cuanto al procedimiento, entre menores de dieciséis años de edad y personas con discapacidad y personas con más de dieciséis años. Si bien es cierto que para los mayores de dicha edad exige la nacionalidad española, ello se hace extensible también a menores, siempre y cuando cumplan con los requisitos que dicho precepto prevé.

Por un lado, para las personas que tengan más de dieciséis años, el procedimiento se limitará a manifestar su voluntad ante el Registro civil de que se rectifique la mención relativa al sexo que conste en dicha entidad pública.

Por otro lado, dentro de los menores de dieciséis años, distingue tres supuestos en atención a la edad, a saber, menores de doce años, menores de doce a catorce años y menores de catorce a dieciséis años.

Así, en primer lugar, cuando se trate de personas menores de dieciséis años y mayores de catorce, podrán pedirlo por sí mismas, pero deberán ser asistidas por sus representantes legales (art. 43.2).

Asimismo, dentro de este supuesto, recoge la posibilidad de que hubiera un desacuerdo entre progenitores o representantes legales, en cuyo caso, se procederá al nombramiento de defensor judicial de conformidad con los arts. 235 y 236 del Código civil²⁴.

En segundo lugar, cuando el interesado sea una persona mayor de doce años y

²⁴ Dichos preceptos han sido modificados por el art.2.21 de la ley 8/2021 de 2 de junio. Se prevé la figura del defensor judicial como una medida puntual mientras el representante legal no pueda llevar a cabo sus funciones, por cualquier causa, como conflicto de intereses

menor de catorce años, conforme con el art. 43.4 de la citada ley, será necesaria la pertinente autorización judicial para tal trámite, en la forma que prevén los art. 26 bis y ss de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria.

Así, se trata de un procedimiento que se inicia ante el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la persona con edad comprendida entre doce y catorce años, asistida por sus representantes legales²⁵.

En la solicitud cursora del procedimiento, la persona interesada debe manifestar su disconformidad con el sexo que se le atribuyó en el momento del nacimiento y que, en consecuencia, solicita a la autoridad judicial competente la autorización para acudir al procedimiento de rectificación de la mención del sexo y, en su caso, del nombre que aparece en el Registro Civil.

A dicha petición, se deben acompañar los medios documentales o testificales que acrediten que la persona vive de forma estable en el sexo deseado y, por ende, en disconformidad con el que se imputó en el nacimiento.

Esto supone el cumplimiento de la ley 3/2007 (“la estabilidad y persistencia”) y doctrina del TS y TC (como se comprueba de la STS de 17 de diciembre de 2019, anteriormente analizada), en virtud de las cuales se exigía que el menor presentara “suficiente madurez”, pero también “situación estable de transexualidad”.

Tras el cumplimiento de lo anterior, se practicará una comparecencia, ante la autoridad judicial, del solicitante y representantes legales, y cualesquiera otros que se consideren oportunos, así como la práctica de prueba²⁶ que considere oportuno la persona juzgadora a fin de certificar la suficiente madurez y la estabilidad de la voluntad del menor para llevar a cabo el cambio registral del sexo.

En este caso, el juez deberá velar por el superior interés del menor y se le atribuye la obligación de aportar la información²⁷ al menor solicitante acerca de las consecuencias jurídicas de la rectificación y cualquier otra información complementaria de una forma clara, accesible y adaptada a la madurez del solicitante. De hecho, el TC, como se ha expuesto anteriormente, puso de manifiesto que dicho requisito de la madurez implica la posibilidad de

25 En caso de conflicto, se nombra defensor judicial, figura prevista en los arts. 235 y 236 CC, como ocurre durante el procedimiento para la modificación registral del sexo cuando el solicitante es mayor de catorce años, si bien en el supuesto de que tenga entre 12 y catorce años, ello también puede ocurrir en el trámite de jurisdicción voluntaria.

26 En cuanto a la testifical se admiten aquellas personas mayores de edad aun cuando tengan vinculación – de cualquier tipo- con la persona interesada en el procedimiento, ex art. 26 *quater*, *in fine* LT.

27 También debe aportar la misma información que posteriormente el encargado del Registro Civil debe dar, ex art. 44 LT.

comprender las consecuencias de los actos.

Finalmente, la autoridad judicial resolverá, acordando o denegando la aprobación judicial de acudir al procedimiento para la modificación registral de la mención relativa al sexo y al nombre. Para ello, deberá tomar en consideración el interés superior del menor y comprobar que concurre en la persona solicitante la suficiente madurez y la persistencia estable en su voluntad de modificar el sexo que se le fue atribuido al nacer (ex art. 26 *quinquies* LT).

Sin embargo, aclara que la concesión no se puede someter a la previa exhibición de informe médico o psicológico relativo a la identidad sexual o sometimiento a modificación de la apariencia física a través de cualquier tipo de procedimiento. Se constata, pues, una gran evolución y se distancia el legislador de las primeras soluciones que se daban en España en este tipo de situaciones.

Por ende, se prevén dos consecutivos procedimientos judiciales para los solicitantes que sean menores de catorce años y mayores de 12: primero, habría que acudir a un procedimiento en jurisdicción voluntaria y una vez obtenida resolución judicial que autorice el trámite, segundo, se comenzaría el procedimiento que prevé la LT.

En tercer lugar, los menores de doce años quedan excluidos de la aplicación del art. 43 de la ley, toda vez que no se incluye dentro de los tramos anteriormente definidos. Ello parece coherente con la doctrina del TS y TC que entendía que vulneraba la norma suprema limitar a los menores de edad, si bien no fijaba edad, entendiendo que la legitimación se podía extender a aquellas personas en quienes concurriera “suficiente madurez”, junto con una situación estable de persistencia en la disconformidad con el sexo asignado. Por ende, podría generarse la duda en el caso de que en la persona menor de edad solicitante concorra suficiente madurez en los términos que indica el TC e incluso, se podría volver a plantear una cuestión de inconstitucionalidad en los mismos términos que ya resolvió la STC 99/2019.

Finalmente, en el caso de que la persona interesada en la rectificación registral de la mención relativa al sexo tuviera discapacidad podrá realizar dicha petición con la medida de apoyo que en su caso precisen (art. 43.3). Obviamente, ello incluye los ajustes razonables que se requieran para que su discapacidad no limite su desenvolvimiento en condiciones de igualdad al resto de miembros de la sociedad, en los términos que impone la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

I.3.ii Procedimiento para la rectificación de la mención registral

Las personas interesadas en la modificación de la mención registral relativa al sexo se someterán al procedimiento que prevé el art. 44 de la ley y lo dispuesto para los procedimientos registrales en los arts. 91 y ss de la Ley del Registro Civil, de 21 de julio, del Registro Civil (en adelante, LRC).

Para la iniciación de dicho proceso, bastará una solicitud presentada por cualquiera de las personas legitimadas, como anteriormente se ha expuesto, ante el encargado de la oficina del Registro Civil del lugar donde se presente la solicitud (ex art. 45 LT).

Se aclara que no es posible condicionar la modificación registral a la previa exhibición de informe médico o psicológico en el que se certifique u objective la disconformidad con el sexo que se le atribuyó al solicitante en el momento de nacimiento. Tampoco podrá vincularse a la modificación de la apariencia o función corporal de la persona interesada por someterse a cualquier procedimiento médico, quirúrgico o cualquier otro (conforme al art. 44.3 LT).

Por ende, se reitera de nuevo en que no puede ser criterio de admisibilidad de la solicitud de referencia lo dispuesto en la ley 3/2007, si bien por el lugar donde se ubica – en el comienzo del procedimiento– parece determinar que tales condiciones no afectan a la legitimación inicial de la persona para instar este proceso ante la persona encargada del Registro Civil.

Así, la persona interesada deberá presentar la solicitud anteriormente expuesta y posteriormente, serán necesarias dos comparecencias, en las que, caso de minoría de edad, deberá ir debidamente asistida por representantes legales o, en caso de discapacidad, por la persona en su caso que deba prestar asistencia (ex art. 44 in fine LT²⁸).

Durante la primera comparecencia o comparecencia inicial, la persona encargada del Registro Civil se limitará a recoger la manifestación de la persona solicitante, en el que ponga en lid su disconformidad con el sexo que se le atribuyó al nacer y que, en consecuencia, interesa la rectificación de la mención que recoge el Registro civil acerca de su sexo.

En dicha comparecencia, deberá la persona interesada añadir el nuevo nombre propio de su elección si también solicita un cambio de este. En este caso, deberá

²⁸ Por tanto, se adoptarán los ajustes razonables a fin de que las personas con discapacidad interesadas en este procedimiento reciban la información y puedan formar su voluntad con la idea de que puedan manifestar su consentimiento. No obstante, el problema real es que muchos de esos ajustes requieren de medios de los que adolece la Administración de justicia, de tal manera que, en algunos casos, se facilita por las propias asociaciones en las que participe la persona con discapacidad, si acaso tienen disponibilidad.

someterse a lo previsto para el nombre propio en la LRC²⁹. Lo anterior supone que se puede solicitar exclusivamente el cambio registral relativo al sexo.

Durante esta comparecencia inicial, se impone la obligación de la persona encargada del Registro Civil de dar información a la persona solicitante que abarca el procedimiento y derechos, así como las asociaciones de protección de derechos. En este sentido, concreta el art. 44.5 todo el tipo de información que ha de ofrecer la persona encargada del Registro civil: las consecuencias jurídicas de la rectificación pretendida, del régimen de reversión y de las medidas de asistencia e información que estén a disposición de la persona solicitante a lo largo del procedimiento de rectificación registral en los ámbitos sanitario, social, laboral, educativo y administrativo, incluyendo medidas de protección contra la discriminación, promoción del respeto y fomento de la igualdad de trato y la existencia de asociaciones y otras organizaciones de protección de los derechos en este ámbito a las que puede acudir.

En este extremo, se plantea una mención al art. 43.2 de la ley, el cual refiere a los menores de dieciséis y mayores de catorce años, por lo que parece excluir la audiencia de los menores de catorce años.

Sin embargo, esta falta de previsión de comparecencia de la persona solicitante con edad comprendida entre doce y catorce años se puede deber, aunque no se establezca expresamente, a que tal trámite ya se tuvo que realizar en el trámite de jurisdicción voluntaria, es decir, en el procedimiento para la obtención de la autorización judicial para la modificación de la mención registral relativa al sexo.

Así, se subsana la posibilidad de la falta de audiencia al menor en el tramo de doce a catorce años, lo que supone que pueda manifestar su voluntad y ser escuchado, de conformidad con lo dispuesto en los convenios internacionales ratificados por España y la jurisprudencia de nuestro TC, toda vez que, de esta forma, se salvaguarda, primero, el interés superior del menor (expresamente previsto en el precepto objeto de análisis).

Segundo, garantiza que el menor sea oído en una decisión que afecta a su derecho a la personalidad y, finalmente, se evita la reiteración de actos del menor en los juzgados, dado que, en vez de que sea durante la comparecencia

²⁹ Dicho aspecto ha sido objeto de modificación por la Disposición Final Undécima de la LT y así, el art. 51 de la LRC enuncia el principio de libre elección del nombre propio, con la limitación – que debe ser interpretada de forma restrictiva – de nombres que sean contrarios a la dignidad de la persona o que sean confusos, sin tomar en consideración para ello que el nombre se corresponda con el sexo o identidad sexual.

inicial prevista en el art. 44 de la ley analizada, será ante la autoridad judicial competente para la aprobación judicial cuando la persona interesada menor de catorce años manifieste su disconformidad con el sexo atribuido al nacer y reciba una información que le facilite la situación en la que se encuentra, y todo ello en un lenguaje que le sea claro y accesible (conforme al art. 26 *quater* LJV).

Precisamente, esa información en el procedimiento instado por todas las personas solicitantes que tengan más de catorce años, es obligación de la persona encargada del Registro Civil (ex el art. 44.6), el cual debe facilitar los correspondientes datos de forma clara, accesible y adaptado a las características y madurez de la persona solicitante. Asimismo, recoge el objeto de dicha información: las consecuencias jurídicas de la rectificación y la información complementaria que entiendo que se refiere a lo relativo a derechos, asociaciones, etc.

Parece el legislador suponer que una persona que no se reconozca en el sexo atribuido en su nacimiento lo primero que va a realizar es el cambio en la mención registral. Sin embargo, es también posible comenzar con reuniones con asociaciones profesionales de protección antes de tener que acudir a las entidades públicas, por cuanto pueden acompañar durante el procedimiento personal, social, familiar y finalmente, registral. Precisamente, estas asociaciones tienen conocimiento de los derechos, obligaciones y vicisitudes que se pueden producir en ese momento.

Asimismo, se debe reconocer que dicha transición, aun cuando no requiere ningún cambio físico, supone un coste psicológico y, por ende, un camino que es mejor recorrer acompañado de profesionales psicológicos³⁰. La idea de la intervención de profesionales no es determinar si la persona padece una enfermedad – se recuerda que la disforia de sexo ha sido excluido como trastorno mental por la Organización Mundial de la Salud³¹–, sino facilitarle la transición psicológica y ayudarla con el posible impacto emocional que implique el proceso. Esto podría formar parte de la documentación sobre la que decide la persona encargada del Registro Civil.

Una vez recibida la información anteriormente recogida, la persona interesada deberá reiterar su petición de rectificación registral del sexo. Será, una vez informado, cuando procederá una segunda comparecencia, la cual se deberá celebrar en el plazo máximo de tres meses desde la comparecencia inicial (44.8).

30 Ponte, V., Cartas de Vanesa 2, [en línea], 2021: [consultado el 12 de julio de 2023] Disponible en: ISSN 2695-4451, <https://www.ajfv.es/revista-de-igualdad-no8-marzo-de-2021/>.

31 Se considera discordancia de género y está vinculada a las relaciones sexuales.

En esta comparecencia final³², la persona legitimada deberá ratificar la petición de modificación de la mención registral relativa al sexo.

Una vez celebrada la segunda comparecencia en la que se manifieste la persistencia en la disconformidad con el sexo atribuido al nacer y, en consecuencia, la voluntad de la modificación en el Registro Civil, la persona encargada del Registro Civil, habiendo comprobado la documentación presentada, deberá dictar resolución sobre la rectificación registral dentro del plazo máximo de un mes desde la segunda comparecencia (44.9).

Prevé el legislador que, cuando el procedimiento sea instado por menores de edad- desde los catorce a los dieciocho años- se deberá tomar en consideración el interés superior del menor, a quien en todo caso se deberá dar audiencia.

En resumen, a la hora de resolver por la persona Encargada del Registro Civil sobre la concesión o denegación de la rectificación registral, salvo para los menores para quienes se debe valorar el interés superior del menor, no se establece qué es preciso analizar y ello a diferencia de lo establecido en la legislación anterior.

De este modo, no exige ningún criterio distinto que pueda ser objeto de valoración, como el criterio de la situación estable de disconformidad con el sexo atribuido al nacer. Ello supone una ruptura con la ley anterior, los criterios marcados por el TC y la jurisprudencia del TS, así como los requisitos que debe valorar la autoridad judicial a fin de la aprobación judicial para seguir con el procedimiento previsto en el art. 44 LT cuando el solicitante sea un menor de edad comprendida entre 12 a 14 años. Por ende, parece haber una disparidad en esta ley cuando el legitimado tenga estas edades, frente al resto de posibles solicitantes.

Por ello, considero que se pueden dar dos soluciones: la primera, al no establecerse las condiciones, se debe acordar la rectificación registral a la vista de las dos manifestaciones de voluntad en este sentido, o bien se puede aplicar lo dispuesto en la jurisprudencia, en la medida que no ha sido expresamente derogado por la ley.

En apoyo de esta última hipótesis, el legislador ha querido de forma expresa rechazar los diagnósticos médicos y los cambios físicos operados por cualquier operación como criterios que impidan la rectificación. Por ende, ha rechazado

³² En este caso, no se recoge expresamente, pero se entiende que la persona legitimada deberá ir debidamente asistida por representante legal en atención a la edad o la persona que preste el apoyo en caso de que el solicitante padezca una discapacidad que precise de tal medida para su desenvolvimiento en igualdad de condiciones.

parte de la legislación y jurisprudencia anterior. Sin embargo, no ha prohibido expresamente el requisito de la persistencia en esa voluntad, es decir, que la persona interesada explique que no solo presenta esa disconformidad en el momento de las comparecencias previstas en esta ley, sino que pueda aportar la prueba que acredite tal persistencia en querer vivir conforme al sexo deseado. Adicionalmente, en el ámbito de los menores de catorce y menores de doce años, se prevé expresamente la necesidad de concurrencia de la persistencia y estabilidad en la disconformidad con el sexo atribuido en el nacimiento – junto con la suficiente madurez-. Una interpretación contraria parecería exigir más requisitos, en concreto, de tiempo en esta situación a quien tiene menor edad, frente a quien ha sufrido más tiempo sometiéndose a un sexo con el que no se identifica.

En cualquier caso, la resolución que se dicte en este procedimiento no es firme y puede ser objeto de recursos, conforme al art. 44. 10 de la citada ley, en la forma que prevé la LRC y, en particular, mediante recurso de alzada ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

Por último, se recoge la posible reversión de la rectificación de la mención registral relativa al sexo y volver al sexo que se le atribuyó en el nacimiento (de acuerdo con lo dispuesto en el art. 47 LT). Para ello, es preciso el transcurso de seis meses desde la inscripción de la rectificación. El procedimiento es el mismo que para la modificación de la inscripción registral relativa al sexo, con las salvedades previstas en los arts. 26 sexies y ss. de la LJV.

I.3. iii Efectos de la resolución registral

La resolución que determine la rectificación del asiento registral acerca del sexo genera sus efectos constitutivos desde que tal modificación se inscriba en el Registro Civil (art. 46).

Precisamente, explicita el citado precepto que es desde la inscripción en el Registro Civil cuando la persona es titular y, en consecuencia, puede ejercer los derechos que se deriven de su nueva condición (art. 46.2).

Añade la ley la distinción: dicha inscripción solo tiene efectos desde su inscripción, de tal manera que dicha modificación no afectará al régimen jurídico del que fuera titular la persona con anterioridad al cambio registral.

Es, en este punto, en el que radica el quid de la cuestión. El artículo 46.3 de la ley analizada hace referencia directa a Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. En concreto, prevé que *“la rectificación de la mención registral relativa al sexo y, en su caso,*

el cambio de nombre, no alterarán el régimen jurídico que, con anterioridad a la inscripción del cambio registral, fuera aplicable a la persona a los efectos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”.

El supuesto es que se haya producido la modificación registral del sexo atribuido al nacer, se haya cambiado el nombre o no. En este caso, aclara la ley que dicha modificación no cambia el régimen jurídico que le correspondiera a dicha persona que hubiera solicitado y obtenido la modificación registral en cuanto a si le era aplicable, con anterioridad al cambio registral, lo dispuesto en materia de violencia de género.

De este farragoso precepto, se pueden extraer dos consecuencias: primero, si con anterioridad a la modificación registral, se cometió alguno de los delitos vinculados a las previsiones contempladas en la LO 1/2004, resultará de aplicación lo dispuesto en la misma y, segundo, si la persona que solicita el cambio era hombre y se inscribe como mujer en el Registro Civil, a aquella le seguirá resultando aplicable la LO 1/2004 a pesar del cambio.

Adicionalmente, se debe hacer la pertinente crítica. El mismo legislador, aparentemente consciente del problema que se podía generar, considera oportuno aclarar si resulta o no de aplicación la LO 1/2004. Sin embargo, parece olvidar que el régimen sancionador se encuentra en el Código Penal, toda vez que, por más obvio que resulte recordarlo, la reseñada LO no tipifica delitos, sino que contempla diversas medidas a adoptar en ámbitos tales como el educativo, socio sanitario y publicitario.

Sin embargo, esta última conclusión se debe poner en relación con lo establecido en el precepto anterior y posteriormente, a la vista de que se debe realizar una interpretación sistemática del precepto. De este modo, desde la inscripción, se produce los efectos derivados de la misma y, en consecuencia, se tienen los derechos inherentes que correspondan y, por ello, el apartado 4, prevé, por un lado, que, desde ese momento, se devengan los derechos que correspondan según la ley 3/2007 de igualdad de oportunidades cuando el cambio fuera de varón a mujer y cuando fuera al revés, no se perderán los derechos que se hubieran consolidado, sin que hubiera lugar a una reclamación de los mismos.

Por tanto, petrifica el régimen jurídico anterior a la inscripción suponiendo su aplicación a los hechos cometidos con anterioridad a dicho momento. Así, la única conclusión posible es que se aplicará el régimen jurídico que correspondiera antes de la inscripción del cambio registral, sin distinguir si se produce cambio del nombre, ni cualquier otro elemento que se erigiera en mecanismo de

control frente a cualquier fraude de ley. Sin embargo, este precepto no recoge expresamente la falta de aplicación del Código penal y en su caso, la agravante de género, pero sigue teniendo nuevas circunstancias que luego analizaremos.

En consecuencia, el interrogante puede seguir planteándose: ¿qué sucede cuando los hechos previstos en el Código Penal en los que se aplica la agravante de género se cometan con posterioridad a la inscripción de la modificación registral?

En este caso, los penalistas – que vemos la peor cara e intención de nuestros posibles *clientes*- nos preguntamos: ¿qué pasa cuando una persona simplemente cambia de sexo en el Registro Civil como forma de eludir la aplicación de las agravantes derivadas de la lucha contra la violencia machista? Esto es lo que se denomina fraude de ley, proscrito por nuestro Código civil.

En este sentido, dispone dicho cuerpo legal, en su artículo 6.4, que *“los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se consideraran ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir”*. Por tanto, detectado el fraude de ley, resultaría de aplicación la ley que se hubiera pretendido evitar.

Pues bien, esto granjea nuevas preguntas: ¿cabe un control de oficio de un presunto fraude de ley? ¿quién lo debería llevar a cabo: la persona encargada del Registro Civil o puede ser parte del procedimiento penal?

II. LEY VIOLENCIA DE GÉNERO

La Ley Orgánica 1/2004 sobre medidas de protección integral establece en su artículo 1 su finalidad y determina, de esta forma, el ámbito objetivo de su aplicación.

En este sentido, dicho precepto prevé que su objeto es actuar contra la violencia, consecuencia de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. Por ello, dicha violencia requiere que el sujeto activo sea el varón que sea o haya sido el cónyuge o esté o haya estado unido por una relación de similar afectividad, aun cuando no medie convivencia, con el sujeto pasivo que necesariamente debe ser mujer.

De este modo, se fundamenta el establecimiento de una serie de medidas de protección integral que buscan, por un lado, la prevención, sanción y erradicación de la violencia anteriormente descrita y, por otro lado, la asistencia de las mujeres y los menores vinculados a estas, víctimas de este tipo de conductas,

cuando sean llevadas a cabo por el sujeto que cumpla los requisitos enumerados más arriba.

Esta ley también introduce una especialidad, cuales son los Juzgados de Violencia sobre la mujer. Dichos juzgados aglutinan funciones de instrucción en cuanto a los delitos cometidos por el varón con quien tenga o haya tenido una relación análoga a la matrimonial la mujer víctima. La idea que subyace a esta reforma es que se trate de un juzgado especializado que, una vez inicia la investigación judicial de estos delitos, conoce la situación familiar y, por ende, es más fácil la asistencia a la mujer y menores víctimas y permite que la autoridad judicial dispense un trato más personal a la familia, al conocer su situación y especiales peculiaridades³³.

Pues bien, la elección del sexo, sin necesidad de ningún requisito, tiene impacto directo por lo anteriormente expuesto desde la inscripción de la rectificación. Así, puede variar la competencia. En este sentido, la competencia de los juzgados de violencia sobre la mujer lo determina el art. 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). De esta forma, se les atribuye, dentro de la jurisdicción penal, el conocimiento de los procedimientos y recursos regulados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, entre otros, de la instrucción de los delitos³⁴ cuya víctima fuera o hubiera sido “esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género”.

La competencia objetiva es una cuestión cuyo incumplimiento puede generar nulidad. De este modo, conforme al art. 238 LOPJ, los actos procesales serán nulos cuando “*se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional*”. A fin de evitar dicha sanción, el art. 87 ter 4 LOPJ prevé la posibilidad de que la autoridad judicial que concluya, de forma notoria, que los actos puestos en su conocimiento no son una expresión de violencia de género, debe inadmitir la pretensión y remitirlo al órgano judicial competente.

33 La realidad ha demostrado que mientras haya juzgados denominados mixtos, es decir, que resuelven sobre asuntos de familia, civil y la investigación de todos los delitos, con competencias de violencia sobre la mujer, estos acaban, con carácter general, hundidos y desde luego, no pueden llamarse especializados.

34 recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, contra el honor o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación

Pues bien, en la práctica, es posible que la persona que haya obtenido la rectificación registral ponga de manifiesto tal hecho a la policía. En este caso, cabe que dicha autoridad actúe en consecuencia y desde la inscripción, entienda que la competencia objetiva corresponde bien a un juzgado de violencia sobre la mujer o bien a un juzgado de instrucción común.

Este sería el caso ideal, pero también puede que exija como acreditación del cambio algún documento que la persona no tenga (imagínese el lector el supuesto en que es detenido fuera de su lugar de residencia). Así, basándose en la documentación que tengan en el momento, pueden elegir un órgano judicial que no sea el competente por cuanto falte la acreditación de la rectificación registral. Todas las actuaciones que se llevaran a cabo en este último supuesto estarían afectados por la nulidad anteriormente mencionada, salvo que la causa se hubiera presentado ante el juzgado de instrucción o juzgado de primera instancia e instrucción en funciones de guardia y fuera del horario del juzgado de violencia sobre la mujer³⁵.

Ello se debe a que el juzgado de instrucción o el juzgado de primera instancia e instrucción en funciones de guardia aglutina las funciones que corresponden a otros juzgados, como el de violencia sobre la mujer, cuando estos están inoperativos por exceder del horario. Por tanto, corresponde al servicio de guardia la recepción e incoación de denuncias, primeras diligencias de instrucción, adopción de medidas cautelares de protección de la víctima y resolución sobre la situación personal de la persona detenida puesta a disposición judicial y, entre otras, tramitación de diligencias urgentes y, en particular, *“la práctica de cualesquiera otras actuaciones de carácter urgente o inaplazable de entre las que la Ley atribuye a los Juzgados de Instrucción y a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer”*, por cuanto *“estas actuaciones se entenderán urgentes”* (ex art. 42.1 del Reglamento de Aspectos Accesorios).

Por tanto, dichas actuaciones adoptadas de forma urgente en funciones de guardia no generarían la nulidad por cuanto se atribuyen por ley al servicio de guardia, siempre y cuando no sea el horario de apertura del juzgado competente. Ahora bien, las actuaciones judiciales que se hubieran practicado ante una autoridad judicial no objetivamente competente determinarían la retroacción de las actuaciones, lo que puede implicar la reiteración de las diligencias practicadas, como la declaración de la víctima, con su consiguiente revictimización.

Por ello, en caso de duda sobre el sexo de las personas que son parte en el

35 Acuerdo de 15 de septiembre de 2005, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales.

procedimiento penal, el competente debe ser el Juzgado de Instrucción, toda vez que, en principio, se debe partir de la buena fe de las personas la manifestación de la voluntad de estar disconforme con el sexo atribuido al nacer. No obstante, caso de que no exista duda de que el presunto autor es varón y la víctima es mujer, entre los que medie o haya mediado una relación análoga a la matrimonial, el competente será el Juzgado de Violencia sobre la mujer.

Sin embargo, a fin de evitar la sanción de la nulidad por haber llevado a cabo la investigación – o incluso enjuiciamiento- por quien no era competente, desde la comisión jurisdiccional de la AJFV, se concluyó que, ante la denuncia por cualquiera de las partes del procedimiento penal – sujeto activo o pasivo-, podía ser interesante la inclusión en el Punto Neutro Judicial del sexo de la persona, de forma actualizada y el acceso a dicho registro por parte de los juzgados de guardia, violencia sobre la mujer y/o juzgados de instrucción, de oficio, en todos los casos de violencia doméstica y de género, a fin de comprobar el sexo de la persona investigada o de la persona perjudicada cuando esta alegue haber seguido el procedimiento de rectificación.

Ha sido objeto de estudio por esta misma comisión el caso de que a partir de la declaración de la víctima, o de otros elementos de convicción que consten en la causa (quizás, tener antecedentes penales de violencia sobre la mujer o haber puesto de manifiesto en redes sociales que su voluntad, pese a lo manifestado ante el Registro Civil, era distinta a la que pretende la LT), se pueda concluir que la persona solo ha accedido al cambio a los efectos de eludir la aplicación de la LO 1/2004, en cuyo caso, el órgano competente sería el de violencia sobre la mujer. Ello implica que el juzgado que tenga la causa debe remitirlo, a la mayor celeridad, al juzgado de violencia sobre la mujer o, en su caso, cuando las actuaciones no se hubieran practicado en el servicio de guardia, proceder a la declaración de nulidad de todo lo practicado hasta ese momento y remitir al competente, todo ello de conformidad con el procedimiento establecido al efecto en el art. 240.2 LOPJ, que habilita una hipotética actuación de oficio.

Con ello, en el mejor de los casos, cuando existan indicios de mala fe en la persona investigada que hubiera accedido al cambio registral de la mención relativa al sexo a fin de convertirse en mujer, evitando la aplicación de la LOVG, la consecuencia es que se remitirá al Juzgado de Violencia sobre la mujer, donde, como elemento del tipo – el sexo del sujeto activo- deberá ser objeto de instrucción y de enjuiciamiento. Esto ya genera mayor demora en un procedimiento que pretende ser ágil y eficaz (EM y art. 2 LOVG).

Ello puede llevar al resultado esperpéntico de formar parte de la controversia

en el órgano encargado del enjuiciamiento determinar si la persona accedió a la modificación registral a fin de eludir la norma, es decir, si concurre fraude de ley y, en consecuencia, si se cumple este extremo del delito de violencia de género, junto con los demás elementos del tipo respecto a los cuales se debe enervar la presunción de inocencia.

No obstante, entiendo que es posible la integración de la LT si, durante la fase ante el Encargado del Registro, se valora, a la hora de resolver, la persistencia en la voluntad de vivir conforme al sexo deseado, siguiendo tanto la jurisprudencia expuesta, como un requisito que debe tomar en consideración la autoridad judicial a quien compete la aprobación judicial para acudir al procedimiento de rectificación registral.

Lo anterior permite integrar y no limitar los derechos de las personas transexuales, sin frenar sus posibilidades de acceder a la rectificación registral de la mención acerca del sexo.

No obstante, para el caso de que se apreciaran indicios de fraude de ley en la rectificación registral del sexo a mujer, existe la posibilidad de declaración de nulidad, si se hubiera practicado por el juzgado de primera instancia e instrucción o juzgado de instrucción fuera del servicio de guardia, y consiguiente remisión al Juzgado de Violencia sobre la Mujer donde podrá ser objeto de determinación si existe o no fraude de ley, como parte del elemento del tipo.

El problema radica en determinar cuándo puede concurrir un fraude de ley. Se pueden enunciar cuestiones que permiten dudar de la intención de la rectificación registral, como puede ser los antecedentes penales en el ámbito de violencia sobre la mujer, pero ello habrá de ser analizado caso por caso.

La cuestión se vuelve harto complicada si atendemos al ritmo vertiginoso al que se somete el trabajo en los juzgados de instrucción, primera instancia e instrucción, Juzgados de Violencia sobre la mujer o juzgados de primera instancia e instrucción con competencias en violencia sobre la mujer. Por ello, establecer mecanismos de control puede convertirse en tarea materialmente imposible, máxime cuando la ley no ha facilitado ninguno.

CONCLUSIONES

Como no podía ser de otra forma, la jurisprudencia, a falta de regulación, ha empatizado con la situación de las personas transexuales y ha reconocido el cambio registral de sexo y, consecuentemente, del nombre desde la década de

los 80, si bien con un vocabulario, propio de la época, en el que se mezclan sexo, genero, identidad sexual y orientación sexual.

Los derechos de las personas transexuales estaban reconocidos legalmente con ciertas garantías cuando se produjo el dictado de la ley 4/2023. De hecho, esta ley no introduce conceptos nuevos, sino que recoge los propios de la doctrina del TS, TC y TEDH.

En la actualidad, la ley trans permite que una persona registralmente determine su sexo, aun sin cambio de nombre, manifestando exclusivamente su voluntad, garantizando los derechos de las personas transexuales a la facilidad para acceder a su identidad sexual y, normalmente, con el cambio de nombre que acredite el sexo conforme al que quieren vivir, distinto de aquel que se le atribuyó al nacer.

Dicha regulación, al formar parte del ordenamiento jurídico español, tiene impacto en otros ámbitos, como puede ser la LOVG y, por ende, puede granjear problemas en el ámbito de violencia doméstica y de género.

En algunos casos, estos derechos reconocidos en la ley 4/2023 pueden utilizarse con mala fe y, por ende, se puede incurrir en un fraude de ley que genere disfunciones en el servicio y mayor retraso en la tramitación de asuntos que, con carácter general, son breves en atención a los peculiares bienes de fondo (menores). Este estudio pretende paliar dichas consecuencias.

Por ello, se observa que pudiera resultar procedente para conjurar el riesgo recién apuntado, por un lado, que sea exigencia legal la situación de estabilidad y persistencia en la voluntad de vivir conforme al sexo deseado y la disconformidad con el sexo atribuido al nacer y, por otro lado, que se recoja por el legislador que se atribuya al encargado del Registro civil el control de la situación estable y permanente en la voluntad de vivir conforme al sexo deseado, además de la manifestación de disconformidad en el momento de las comparecencias que prevé la LT que es lo único que exige la ley. Ello permite conciliar los derechos de las personas transexuales, pero a la vez, impedir un uso fraudulento de la legislación.

Sería interesante, a los efectos de garantizar los derechos de las personas transexuales que hubieran obtenido la rectificación registral que el Punto Neutro Judicial registrara, en cuanto se produjera, la modificación a fin de evitar actos realizados ante el órgano no competente y, por ende, sancionados con nulidad.

Existen una serie de actos que permiten *ab initio* inferir la existencia de indicios de un fraude de ley, como son la existencia de antecedentes penales de violencia de género, la existencia de videos en redes sociales en que se reconozca que la intención no es vivir conforme al género, sino que concurren ulteriores motivos y, entre otros que irán apreciando en la práctica judicial, cuando la misma víctima ponga en conocimiento del juzgado que la persona le ha manifestado que el cambio registral del sexo busca eludir la aplicación de la ley 1/2004.

El competente, en principio, en caso de duda sobre el sexo registral (dada la falta de comunicación y actualización de los registros civiles), será el juzgado de instrucción.

Si durante la declaración se aprecia fundadamente la existencia de fraude de ley, el juzgado de instrucción debe declararse incompetente objetivamente y remitir las actuaciones al de violencia quien deberá, además de practicar las diligencias pertinentes para determinar la existencia de indicios de los elementos del tipo, analizar el posible fraude de ley y si es varón el presunto autor. Quedan a salvo, no obstante, las diligencias que se hubieran practicado por el juzgado de guardia, toda vez que es el competente para las actuaciones realizadas de urgencia, fuera del horario de violencia sobre la mujer.

BIBLIOGRAFIA

STS:

STS 436/1987 de 2 de julio de 1987 ECLI: ES:TS:1987:8700
STS 607/1988 de 15 de julio de 1988, ECLI:ES:TS:1988:9445
STS 189/1989 de 3 de marzo de 1989, ECLI: ES:TS:1989:8991
STS 287/1991 de 19 de abril de 1991 ECLI: ES:TS:1991:2141
STS 811/2002 de 6 de septiembre de 2002, ECLI: ES:TS:2002:5786
STS 929/2007, de 17 de septiembre de 2007, ECLI: ES:TS:2007:5818
STS 4217/2019, de 17 de diciembre de 2019 ECLI: ES:TS:2019:4217

STC:

STC 99/2019, de 18 de julio, ECLI:ES:TC:2019:99

STEDH:

STEDH de 6 de noviembre de 1980, asunto Van Oosterwijck contra Bélgica
STEDH de 10 de octubre de 1986, asunto Rees contra Reino Unido

STEDH de 27 de septiembre de 1990, asunto Cossey contra Reino Unido
STEDH de 30 de Julio de 1998, asunto Sheffield y Horsham, acumulados, contra Reino Unido
STEDH de 29 de abril de 2002, asunto Pretty contra Reino Unido
STEDH de 11 de julio de 2002, asunto Christine Goodwin contra Reino Unido
STEDH de 11 de septiembre de 2007, asunto L. contra Lituania
STEDH de 8 de enero de 2009, asunto Schlumpf contra Suiza
STEDH de 16 de julio de 2014, asunto Hämäläinen contra Finlandia
STEDH de 6 de abril de 2017, asunto A.P. Garçon y Nicot contra Francia

Comentario al artículo de la autora. Apuntes por Claudio García Vidales

Atendiendo a todo lo expuesto por mi querida compañera Verónica, voy a permitirme la licencia de plasmar algunos breves apuntes, resultado exclusivo de una serie de reflexiones personales, a los problemas prácticos de la entrada en vigor de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

Nos encontramos nuevamente, como ya viene siendo habitual, ante un nuevo ejemplo de lo que podríamos llamar disociación de la realidad por parte del legislador. Y es que, si bien nos encontramos ante normas probablemente cargadas de buenas intenciones, lo cierto es que su redacción denota un notable desapego de sus redactores a la realidad diaria de los órganos judiciales.

Se ha referido mi compañera a la cuestión relativa a la competencia objetiva de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. No puedo estar más de acuerdo en que uno de los principales caballos de batalla que nos veremos obligados a enfrentar en los próximos tiempos en relación a la entrada en vigor de esta norma será precisamente éste. Más allá de reflexiones teleológicas y de cuestiones hermenéuticas, lo cierto es que la redacción de la norma difícilmente soporta un análisis crítico desde el punto de vista práctico.

Este texto se dirige, fundamentalmente, a jueces y magistrados. Y seguramente muchos de los que leen estas líneas habrán llegado a una primera preocupación que es la misma que me temo se materializará en no demasiado tiempo. ¿Qué ocurrirá con los servicios de guardia? Nada mejor que un ejemplo de hecho para ilustrar la cuestión que nos ocupa. Imaginemos que un día cualquiera (pongamos, por ejemplo, un martes) tiene entrada en el partido judicial un atestado que refleja la reciente producción de una agresión o comportamiento de carácter delictivo en el seno de una pareja o ex pareja de dos mujeres. Leído el atestado por el juez encargado del servicio de guardia y tomadas las declaraciones, éste

tiene conocimiento de que una de ellas, de forma muy reciente y próxima en el tiempo, procedió a la modificación registral de su sexo, figurando previamente como hombre. En caso de haber sido identificada como tal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, nuestra investigada habría sido puesta a disposición del Juzgado de Violencia sobre la Mujer y no del Juzgado de Guardia ordinario. Tenemos los hechos. Pasemos a las ideas y reflexiones.

El ámbito del derecho penal supone el más adecuado para la consagración del principio de seguridad jurídica y, en consecuencia, el más necesitado de la misma. Es por ello que siendo muchas las posibles hipótesis y soluciones alternativas, en mi opinión, el juez penal debe optar por la interpretación que deje un menor espacio a la interpretación discrecional. Es por ello que, durante la prestación del servicio de guardia, lo más adecuado parece ajustarse a la realidad registral del momento en el que se cometió el hecho delictivo para determinar la competencia del órgano judicial. Esta interpretación parece acomodarse a lo que dispone el art. 46 de la Ley 4/2023 y a la presunción de buena fe que rige en nuestro ordenamiento jurídico. Ojo. No soy ajeno a que esta interpretación puede dar lugar a diversas polémicas, especialmente por parte de aquellos que consideran que la realidad de la violencia de género responde a una situación mantenida en el tiempo de dominación y supremacía del sexo masculino sobre el femenino. Esta situación, en el caso que nos ocupa, podría concurrir y, sin embargo, pasarse por alto como consecuencia de una reciente modificación registral. No obstante, no debe obviarse que mi respuesta no busca sino sortear, desde una perspectiva de pura seguridad jurídica, inconvenientes que podrían surgir en lo relativo al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley. Esto no es baladí, especialmente si tomamos en consideración que podría afectar a la validez de determinados aspectos del procedimiento. Así pues, parece conveniente que, en un momento muy primario de la investigación, la competencia venga determinada por la realidad registral. Esta idea, además, es acorde con la línea mantenida por algunas de nuestras Audiencias Provinciales. Sirvan como ejemplo las siguientes resoluciones:

“Nada de esto concurre en el denunciante Santiago que hasta la fecha no se ha molestado siquiera en solicitar su rectificación de sexo en el Registro Civil y ello a pesar de haberlo podido hacer ya que es ciudadano español desde su nacimiento (ahora tiene 72 años de edad) por lo que a todos los efectos es un hombre por lo que la competencia para la instrucción de la causa no le corresponde al Juzgado de Violencia sobre la mujer núm. 2 de Zaragoza sino al Juzgado de Instrucción núm. 4 de Zaragoza competente para los supuestos de violencia domestica no genérica” (SAP Zaragoza 519/2021, de 24 de noviembre; en este caso la duda se planteaba respecto de la presunta víctima).

“Y si bien, como se señala en la Auto de la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección

1ª, 199/2010, de 8 de marzo (ROJ APP BI 37/2010, Recurso nº 91/2010), viene siendo en todo caso una constante el que no se lleve a cabo una interpretación extensiva de los requisitos del tipo del artículo 153 del Código Penal, y por ende de las competencias de los juzgados de violencia sobre la mujer, por entender que las consecuencias penológicas de esta interpretación amplia o expansiva son claramente más graves para el reo, también lo es que, acreditada la condición legal de mujer de la víctima (en el caso analizado en el referido Auto 199/2010 no se tuvo por debidamente acreditada), aun cuando conste igualmente acreditada su condición de transexual, ningún problema cabe plantear en cuanto a la efectiva aplicación del citado artículo y la consiguiente incardinación de la conducta atribuida al sujeto activo varón en el ámbito de la violencia de género, pues previamente adquirida por la víctima la condición legal de mujer, la misma le es aplicable a todos los efectos y, naturalmente, a los propios de este tipo de violencia sobre la mujer” (SAP Tenerife 514/2014, de 28 de noviembre).

A mayor abundamiento, en el caso que nos ocupa, la solución planteada supondría una interpretación *pro reo* del ordenamiento. Dejarían de aplicarse los tipos previstos en el CP en materia de violencia de género para aplicarse los comunes, con penas inferiores a aquellos.

¿Supone esto obviar la posible existencia de fraudes contruidos sobre modificaciones registrales con la finalidad de eludir la aplicación de los tipos previstos en materia de violencia sobre la mujer? En absoluto. El lector no debe malinterpretarme. Lo planteado previamente supone una solución segura encaminada a facilitar la resolución de los conflictos durante la prestación del servicio de guardia por la vía de las diligencias urgentes, especialmente en aquellos casos en que ninguna de las partes involucradas cuestione el sexo de los implicados. Ahora bien, en el caso de que existan indicios del presunto fraude referido, el órgano judicial debe tomar en consideración que ese intento de burlar la ley tiene una influencia capital en el procedimiento. No solo supondría una modificación de la competencia objetiva del órgano judicial, sino que, además, tendría una trascendencia fundamental en el delito cometido. Es importante, en este sentido, no pasar por alto que el tipo aplicable sería distinto en uno u otro caso.

La detección de indicios de fraude (tarea que fundamentalmente corresponderá a las acusaciones) constituye, a mi entender, motivo suficiente para que la investigación de la causa continúe por la vía de las diligencias previas (o procedimiento correspondiente). No se trata de que el órgano judicial aborde la averiguación de la existencia de un fraude registral como fin, sino como medio para determinar el delito cometido y la competencia objetiva del órgano. Esta tarea de la instrucción, no obstante, deberá llevarse a cabo tomando como

punto de partida a este respecto tanto el principio de buena fe como el de fe pública registral. Y, de detectarse la existencia del presunto fraude, no resultaría descabellado asumir como aplicable lo dispuesto en el art. 6.4 CC:

“Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”.

Intentando huir de cualquier tipo de inocencia en esta reflexión, es más que evidente que durante la instrucción este extremo será ampliamente discutido entre las acusaciones y la defensa, siendo más que probable que corresponda finalmente a las Audiencias Provinciales pronunciarse sobre la competencia objetiva del órgano, a la vista de los indicios recopilados hasta el momento en la causa.

Esta problemática es, desde luego, resultado de la enorme facilidad que prevé en estos momentos nuestro ordenamiento para llevar a cabo las posibles modificaciones registrales. En este sentido, el art. 46.3 aborda una tímida regulación encaminada a evitar los efectos perversos derivados de la norma para el caso de que se produjesen modificaciones fraudulentas. El tenor literal del precepto señala:

“La rectificación de la mención registral relativa al sexo y, en su caso, el cambio de nombre, no alterarán el régimen jurídico que, con anterioridad a la inscripción del cambio registral, fuera aplicable a la persona a los efectos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”.

La redacción, no obstante, deja mucho que desear, y ello por diversos motivos:

1. En primer lugar, la norma parece más encaminada a salvaguardar los derechos de las mujeres víctimas de violencia de género que, con posterioridad, han optado por el cambio registral.
2. Nada se dice sobre la competencia de los órganos jurisdiccionales, cuestión que no puede entenderse colmada con la referencia genérica a la LO 1/2004, especialmente si tomamos en consideración que dicha cuestión encuentra salvaguarda normativa en la Ley Orgánica del Poder Judicial.
3. El concepto régimen jurídico resulta demasiado vago en este caso, especialmente si tomamos en consideración que puede afectar a cuestiones de pura tipicidad penal.
4. La literalidad del precepto es sumamente confusa. Imaginemos el caso de una persona que decide modificar su situación registral por convicción de hombre a mujer y que, con posterioridad, es víctima de violencia por parte de su pareja varón. Si atendemos al artículo, lo cierto es que el régimen jurídico aplicable con anterioridad al cambio registral conforme a la LO 1/2004 sería el relativo al hombre y no a la mujer. Como es obvio, el concepto régimen jurídico aplicable debe delimitarse desde la perspectiva tanto positiva como

negativa. Parece obvio que ésta no es la intención del legislador. No obstante, la defectuosa redacción vuelve a abrir la puerta a una interpretación que puede resultar sesgada.

¿Qué solución normativa puede ofrecerse a la discusión relativa a la competencia de los órganos jurisdiccional? La cuestión es complicada. En este momento, únicamente considero que resultaría tal vez adecuado la fijación legislativa de dos precisiones concretas:

- Por una parte, el establecimiento de un determinado periodo fijado normativamente hasta la aplicación del régimen jurídico penal correspondiente al sexo resultante de la modificación registral, con independencia de que afecte a la víctima o al presunto agresor. Ello supondría una excepción a lo dispuesto en los arts. 46.1 y 46.2 de la Ley. La fijación de ese plazo, más o menos largo, no erradicaría plenamente las posibilidades de fraude, pero supondría desde luego un desincentivo al hecho de que el mismo se llevase a cabo. El problema, como es evidente, es que la fijación de dicho plazo puede entenderse como un gravamen injustificado para la mayoría de personas que proceden a la modificación registral por motivos no espurios.
- En segundo lugar, parecería conveniente que una norma recogiese de forma expresa la atribución subsidiaria de competencia objetiva para la instrucción de causas en el caso en que existiesen dudas razonables sobre la existencia de buena o mala fe en la modificación registral (una competencia que, a mi entender, tanto por razones de generalidad como por una interpretación *pro reo* debería corresponder al juzgado de instrucción ordinario y no al de violencia sobre la mujer).

No obstante todo lo anterior, parece conveniente emitir un mensaje de calma. Los supuestos a los que hemos pretendido referirnos con este texto serán, probablemente, sumamente escasos. Estas reflexiones responden más bien a la necesidad de buscar respuestas a esos “planteamientos de laboratorio” a los que tanto nos gusta apegarnos a jueces y magistrados. La inmensa mayoría de modificaciones registrales que se producirán, con casi total seguridad, responderán al verdadero sentimiento de los solicitantes y a sus convicciones personales, y no a artimañas encaminadas a buscar el recoveco legislativo como medio para beneficiarse de la norma penal.