

BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

Año LXVIII

Núm. 2.170

Septiembre de 2014



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

ISSN: 1989-4767

NIPO: 051-14-001-0

www.mjusticia.es/bmj

Enlaces

Publicaciones del Ministerio de Justicia

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado. <https://cpage.mpr.gob.es>

Contacto

Contacto Boletín

Edita

Ministerio de Justicia
Secretaría General Técnica

Maquetación

Subdirección General de Documentación y Publicaciones

ISSN

1989-4767

NIPO

051-14-001-0

Depósito Legal

M.883-1958

DIRECTOR
D. Antonio Pau
Registrador de la Propiedad
Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

SECRETARIO
D. Máximo Juan Pérez García
Profesor Titular de Derecho Civil

SUMARIO

AÑO LXVIII • SEPTIEMBRE 2014 • NÚM. 2.170

SECCIÓN DOCTRINAL

Estudio doctrinal

—Del derecho a la identidad de género al tratamiento integral de la transexualidad (Normativa estatal y autonómica)

Recensión

—La Responsabilidad Civil del empresario derivada de accidentes laborales: en especial por acoso moral o mobbing

Del derecho a la identidad de género al tratamiento integral de la transexualidad (Normativa estatal y autonómica)¹

BLANCA SILLERO CROVETTO

Profesora Titular Derecho Civil. Universidad de Málaga

Resumen

La identidad de género, como parte integrante de los derechos de la personalidad, entronca con el derecho a la dignidad de la persona y los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la salud, a la integridad, a la intimidad y a la propia imagen. En este trabajo abordamos el análisis de la legislación española al respecto y observamos tanto los avances como las contradicciones existentes en esta regulación. Resulta imprescindible superar todas las discriminaciones que perduran en nuestra legislación y para ello resaltamos como la normativa autonómica se adecua a la realidad social del momento que vivimos.

Abstract

Gender identity, as an integral part of the personality rights, linked to the right to the dignity of the person and the rights to free development of the personality, health, integrity, privacy and self-image. In this work we are dealing with the analysis of the relevant Spanish legislation and observe both the advances and the contradictions existing in this regulation. It is essential to overcome all forms of discrimination that persist in our legislation and therefore highlight as autonomic legislation conforms to the social reality of the time we live in.

Palabras clave

Dignidad. Identidad. Género. Transexualidad. Patologización. Legislación.

Keywords

Dignity. Identity. Gender. Pathologization. Legislation.

¹ Texto preparado en el marco del Proyecto de Investigación, "Colectivos en los márgenes: Su exclusión por el Derecho en tiempos de crisis", DER 2012-34320. Fecha de recepción: 2-7-2014. Fecha de aceptación: 11-8-2014.

Sumario

1. Introducción.
2. Ley 3/2007 de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.
3. La asunción del tratamiento por la sanidad pública.
4. Legislación autonómica.
 - 4.1. Navarra, Ley Foral 12/2009, de 19 de noviembre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales.
 - 4.2. País Vasco, Ley 14/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales.
 - 4.3. Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía.
5. Conclusiones.
6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Abordar la regulación de la identidad de género en el ordenamiento español requiere adentrarse en el tratamiento que se ha dado a la homosexualidad y las prácticas homosexuales en el mismo. Y es que como pone de manifiesto BELSUÉ GUILLORME, “al igual que ha venido sucediendo en otros ámbitos, en el jurídico ha existido comúnmente una confusión entre sexo, género y orientación social. Los tres conceptos se consideran íntimamente unidos e incluso, en muchas ocasiones, se utilizan indistintamente como si cualquiera de ello conllevara los otros dos”².

En el ordenamiento jurídico español han existido hasta después de la entrada en vigor de la Constitución de 1978 normas que han penado la homosexualidad o la realización de prácticas homosexuales, o que han considerado estas prácticas como agravantes de otros delitos³. Es

² “La legislación en torno a la transexualidad en España: Avances, debilidades y paradojas”, *Feminismo/s*, 19, junio 2012, pág. 214. Como ejemplo de lo manifestado, afirma que la transexualidad, hasta su consideración como enfermedad, no se reconocía jurídicamente, sino que, sencillamente, se equiparaba a la homosexualidad. Y si se hablara de intersexualidad el panorama resultaría todavía más complejo. Vid. ROVIRA LOSCOS, A, “Los estados intersexuales” (Coordinador A. BECERRA-FERNÁNDEZ, “Transexualidad. La búsqueda de una identidad”, Madrid, 2003, pp. 33-41. GOOREN L, “El transexualismo, una forma de intersexo”, (Coordinador A. BECERRA-FERNÁNDEZ, “Transexualidad. La búsqueda de una identidad”, Madrid, 2003, pp. 47-58.

³ Es en 1979 cuando se despenaliza la homosexualidad, aunque pasarán varios años hasta que desaparezcan todas las situaciones de discriminación explícita por orientación sexual. Vid. PLATERO MÉNDEZ, R., “Transexualidad y agenda política: una historia de (dis)continuidades y patologización”, *Política y Sociedad*, vol. 46, núm. 1-2, 2009, en particular, apartado 1, Los derechos de las personas transexuales en el Estado español, pp. 110-116. VALPUESTA FERNÁNDEZ, R, afirma que “la homosexualidad de considerarse y tratarse como una perversión merecedora de castigo, ha pasado a ser tolerada para, definitivamente, ser asumida como una opción legítima que tiene su fundamento en el derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad [...] aunque en su desenvolvimiento ha influido también el principio de igualdad, que ha extendido a este colectivo derechos de los que esta excluid”, “La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea”, Valencia, 2012, pp. 379-381. Vid. VALPUESTA

a raíz de la despenalización de la homosexualidad cuando se puede comenzar a hablar de la regulación de cuestiones relativas a la transexualidad de forma independiente. Cuestiones como el reconocimiento jurídico del derecho a una identidad sexual diferente o las peculiaridades respecto al matrimonio de las personas transexuales no se han regulado hasta fechas muy recientes y como consecuencia, de la necesidad, en este caso, de superar los requisitos que se venían exigiendo por nuestros tribunales⁴.

Como consecuencia de las primeras reivindicaciones por parte del colectivo transexuales a finales de los años 70 del siglo XX, se llevaron a cabo algunas modificaciones legislativas⁵. En el ámbito penal, no será hasta 1983 cuando se despenalizan las operaciones de cambio de sexo, reformando el artículo 428 del Código Penal, ya que en su texto se recogía dentro de los delitos de lesiones la esterilización y algunos tipos de cirugía que incluían la cirugía de reasignación de sexo⁶.

En el ámbito civil, por Real Decreto 1917/1986, de 29 de agosto, de modificación del Reglamento del Registro Civil, se establece en su artículo 21.2, la necesidad de una autorización especial para la publicidad de la rectificación del sexo, excepto en el caso de la propia persona inscrita. De esta forma se protege la intimidad de las personas que hubieran rectificado su sexo.

De este modo se generó dentro de la doctrina española un debate respecto de la posibilidad del cambio de sexo y del matrimonio en los casos de transexualidad que se concentra en torno a tres posiciones diferentes:

- No debe permitirse la rectificación registral, con el argumento de que realidad y biología deben coincidir y sobre la base del principio de seguridad jurídica.
- Reconocer el derecho a la rectificación registral pero no al posterior matrimonio con una persona de sexo legal opuesto pero del mismo sexo biológico, ya que se entendía que este no había cambiado. En último término, al no estar reconocido todavía el matrimonio

FERNÁNDEZ R. y SUMOY GETE-ALONSO, M, "La identidad sexual. La homosexualidad", (Directora C. Gete-Alonso y Coordinadora J. Solé Resina), "Tratado de Derecho de la Persona Física", 2013, pp. 551-571.

⁴ Es lo que LLOVERAS FERRER, M-R. denomina, "*Superación legislativa de la jurisprudencia*", y es que si en muchos campos de la evolución del derecho positivo no es nada extraño que el legislador acabe regulando por ley algo que ha empezado a reconocerse con anterioridad por la jurisprudencia, en el caso de la transexualidad se ha producido justamente lo contrario ya que el legislador ha superado ampliamente incluso las corrientes más progresistas, eliminando los requisitos que se venían exigiendo jurisprudencialmente, "Una ley civil para la transexualidad", InDret, enero 2008, pág. 110. Vid. CAMPS MERLO, M. Identidad sexual y Derecho. Estudio interdisciplinario del transexualismo, Pamplona, 2007; BENAVENTE MOREDA, P. "Orientación sexual e identidad de género y relaciones jurídico privadas", Revista General de Derecho Constitucional, nº 17, 2013.

⁵ Mientras tanto algunos países europeos comenzaron a reconocer los derechos de las personas transexuales. Suecia promulga en 1972 la ley de 21 de abril, sobre determinación del sexo en casos establecidos (reformada después en 1980 y 1993). Alemania aprobó el 10 de septiembre de 1980 la Ley sobre el cambio de nombre y sobre la determinación de la pertenencia sexual en casos particulares (Transsexuellengesetz-TSG, modificada por el artículo 1 de la Ley de 17 de julio de 2009). Italia aprobó la Ley nº 164, de 14 de abril de 1982, Holanda, la Ley de 24 de abril de 1985, Reino Unido (Gender Recognition Act, de 1 de julio de 2004). Portugal cuenta con una ley reguladora del cambio de sexo desde marzo de 2011. En EEUU existen leyes en Illinois (1961), Arizona (1967) California (1977). También se pueden citar, Canadá Quebec (1973), Sudáfrica (1974), Israel (1986) o Australia (1988).

⁶ Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma urgente y parcial del Código Penal; la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal y la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Se pone de manifiesto que uno de los acontecimientos claves que tuvieron lugar en los años ochenta fueron entre otros, la legalización de la cirugía de reasignación del sexo a través de la despenalización de la castración. El Real Decreto 63/1995 sin embargo excluye expresamente del catálogo general de prestaciones sanitarias del sistema Nacional de Salud la "cirugía de cambio de sexo, salvo en los estados de intersexualidad patológica".

homosexual, tampoco se permitían las uniones con una persona de sexo biológico opuesto pero del mismo sexo legal, por tanto se lograba prohibir el matrimonio de estas personas en el afán de evitar cualquier fisura en requisito de la heterosexualidad en el matrimonio

- La tercera línea defendía que en aplicación del artículo 10 de la Constitución española, que consagra los principios de respeto a la dignidad de la persona humana y al libre desarrollo de la personalidad, existe un derecho a la identidad sexual y que, por tanto debía permitirse la rectificación y que esta surtiese todos los efectos jurídicos.

Respecto de los pronunciamientos judiciales, la jurisprudencia requería como prueba fundamental de la realidad del cambio de sexo, su adecuación externa total al sexo requerido. El Tribunal Supremo venía requiriendo, no sin votos particulares totalmente en contra, desde la necesidad de dar una solución al caso, un cierto peso al sexo psicológico y social admitiéndolo como criterio que podía prevalecer sobre el cromosómico, pero exigiendo al mismo tiempo la acreditación de cirugía total de reasignación sexual, incluyendo caracteres primarios y secundarios y la implantación de los órganos, al menos en su apariencia externa, del sexo deseado. Línea constante en las estimaciones de la rectificación de sexo y cambio de nombre son las SSTs, 2 de junio 1987 (RJ 1987\5045); 15 de julio 1988 (RJ 1988\5722); 3 de marzo 1989 (RJ 1989\1993) y 19 de abril 1991 (RJ 1991\2725)⁷.

⁷ La STS 6 de septiembre de 2002 (RJ 2002\7180), que ha de resolver un caso de cambio de sexo femenino a masculino, no lo estimó por no cumplir precisamente la totalidad de la cirugía de reasignación, pese a que la solicitante llevaba más de 3 años de tratamiento y había sido sometida a una primera intervención, aunque ya iniciado el procedimiento judicial, de extirpación de mamas. El TS fijó aquí claramente el proceso de reasignación sexual aplicable que dividía en tres pasos, que debían de haberse cumplido íntegramente: tratamiento hormonal; cirugía de eliminación de caracteres sexuales femeninos; primarios y secundarios e implantación de pene por faloplastia o proceso asimilable. Esta línea jurisprudencial es seguida por sentencias posteriores de Audiencias Provinciales hasta 2007. Si bien también se encuentran sentencias de Audiencias que se distancian del supuesto de la STS de 2002, al considerar suficiente la reasignación sexual no completada necesariamente con el tercero de los requisitos definido por el TS. Hasta la STS de 17 de septiembre de 2007 que cambia la posición tradicional del TS, y reconoce como no podía ser de otra manera, los cambios en los requisitos marcados por la nueva legislación, modifica para considerar prescindible, de acuerdo con la ley ya vigente, la cirugía de reasignación. Admite el cambio de sexo y nombre del reclamante teniendo en cuenta que cumple suficientemente los criterios de la nueva ley.

La Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 11 de octubre de 1978, según pone de manifiesto LÓPEZ-GALIACHO, J., constituye un precedente claro de la inclusión del derecho a la identidad sexual dentro de los derechos de la persona, al fundamentar tal derecho en la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, permitiendo el cambio de la indicación registral del sexo siempre que un dictamen médico demuestre que se está en presencia de un caso irreversible de transexualismo y haya sido realizada una operación quirúrgica de adaptación sexual. Vid. "Reflexiones en torno a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 y 31 de enero de 2001 sobre el derecho al matrimonio del transexual", Revista del Poder Judicial, nº 63, 2001, pp. 211-240.

En el ámbito jurisdiccional europeo, el Tribunal de Derechos Humanos, en la Sentencia de 25 de marzo de 1992 (caso B. contra Francia) falló en contra de Francia por no reconocer el sexo psicosocial de la demandante y considerarlo un atentado contra el derecho a la intimidad protegido por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Posición que se ha asentado en otras resoluciones posteriores, como son sus Sentencias de 11 de julio de 2002 (casos I. contra el Reino Unido y Cristine Goodwin contra el Reino Unido), 12 de junio de 2003 (caso Van Kück contra Alemania) y 23 de mayo de 2006 (caso Grant contra Reino Unido).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea también ha tenido oportunidad de pronunciarse en algunas ocasiones, y cabe citar la Sentencia de 7 de enero de 2005 (as. C-117/2001, K.B.), que entiende que el artículo 141 del Tratado de la Comunidad Europea se opone a una legislación contraria al Convenio de Roma que impida a una pareja en que uno de sus miembros es un transexual cumplir el requisito del matrimonio, necesario para que aquél pueda disfrutar de una pensión de supervivencia reservada al cónyuge superviviente; y la de 27 de abril de 2006 (as. C-423/04, Sarah Margaret Richards), que declara discriminatorio aplicar diferencias en la edad de jubilación femenina entre las mujeres biológicas y transexuales. Vid. JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J., "Unas notas sobre el tratamiento jurídico-civil de la transexualidad en España", Revista de Derecho UNED, núm. 11, 2012, pp. 486-487.

Esta controversia quedó zanjada, a nivel estatal, por la vía legislativa con la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho de contraer matrimonio, que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo y la aprobación de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Sin embargo la legislación autonómica, creemos que trata la identidad de género y la transexualidad de una forma integral y desde la perspectiva de los derechos humanos, en cuanto prevé medidas antidiscriminatorias y el reconocimiento de derechos.

Es por todo ello que dedicamos el presente trabajo al análisis de la identidad de género en el ámbito estatal en la Ley 3/2007 y en la legislación autonómica, Ley Foral 12/2009, de 19 de noviembre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de los derechos de las personas transexuales⁸, para el caso de la Comunidad Foral de Navarra, y en el País Vasco, Ley 14/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidad de género y de no reconocimiento de los derechos de las personas transexuales⁹.

El 25 de junio del presente año 2014, se aprobó por unanimidad en el Parlamento Andaluz la Ley 2/2014 integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía¹⁰. Se trata de la primera ley autonómica que regula el derecho a la autodeterminación de género y a la identidad de género, sin necesidad de pasar previamente las pruebas psicofísicas que sí se exigen en otras Comunidades Autónomas como el País Vasco o Navarra. Y regula las actuaciones necesarias que para hacer efectivo este derecho corresponden a la Administración de la Junta de Andalucía. Ley 2/2014, de 8 de julio, publicada en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía el 18 de julio de 2014, y en vigor desde el día siguiente de su publicación.

2. LEY 3/2007 DE 15 DE MARZO, REGULADORA DE LA RECTIFICACIÓN REGISTRAL DE LA MENCIÓN RELATIVA AL SEXO DE LAS PERSONAS

El cambio radical se produjo a raíz de la Ley 3/2007, que regula por primera vez en España el “cambio de sexo”¹¹. Viene así a cubrir el vacío legal en que se encontraba la transexualidad y supone un avance en el reconocimiento de derechos de las personas transexuales. Se eliminan incertidumbres, otorgando seguridad jurídica a una cuestión que hasta la aprobación de la Ley dependía del criterio de los tribunales, y se establece el principio de protección de la intimidad de la persona transexual, prohibiendo el artículo 7 dar publicidad a la rectificación registral efectuada. Siendo extremadamente positivo que el cambio registral conlleve plenos efectos jurídicos, al disponer el artículo 5.2 que “la rectificación registral permitirá a la persona ejercitar todos los derechos inherentes a su nueva condición”.

⁸ Ley aprobada por el Parlamento de Navarra el 19 de noviembre de 2009, se publicó el 30 de noviembre en el Boletín Oficial de Navarra y entró en vigor el 28 de febrero de 2010.

⁹ Ley que se publicó en el Boletín Oficial del País Vasco el 6 de julio de 2012 y entró en vigor a los tres meses de su publicación.

¹⁰ Esta norma, fruto de una iniciativa conjunta de los socios de Gobierno (PSOE e IU), ha salido adelante por unanimidad de la Cámara, ya que el texto del dictamen se aprobó en Comisión con el apoyo de todos los grupos, tras haberse incluido aportaciones de todas las formaciones durante su tramitación en la Comisión de Igualdad, Salud y Políticas Sociales.

¹¹ Vid. BUSTOS MORENO, Y., “La transexualidad (de acuerdo a la Ley 3/2007, de 15 de marzo)”, Madrid, 2008; GRAU PINEDA, C. “Nuevos horizontes para las personas transexuales: fantasía o realidad?”, Aranzadi Social, núm 2/2007 (BIB 2007/363).

Si efectivamente comparamos con la situación jurídica anterior a la Ley, podemos destacar, como a continuación analizamos, tres grandes novedades:

- a) Se atiende al sexo psicológico, psicosocial, al margen de los aspectos meramente físicos, con lo que se elimina la necesidad de cirugía total de reasignación, frente a la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo.
- b) Se extrae del ámbito judicial la rectificación registral del sexo debida a esta causa, pasándola al procedimiento administrativo, con ello se ahorran costes y se agiliza todo el proceso. No será necesaria una sentencia judicial firme que autorice el cambio registral de sexo, sino que se puede acudir directamente al Registro Civil.
- c) Se conceden plenos efectos civiles a la rectificación de sexo, por lo que deja de considerarse como mantenía el Tribunal Supremo, una mera ficción, quien la obtenga podrá vivir de acuerdo con su nuevo sexo a todos los efectos jurídicos.

No obstante, el reconocimiento de tales elementos positivos, la propia forma por la que se optó para regular la transexualidad, es quizá, uno de los aspectos negativos más importantes, como afirma BELSUÉ GUILLORME, “se perdió la oportunidad, en el proceso de tramitación de la norma, de elaborar una *ley integral*, una verdadera ley de género que podría haber ido mucho más allá del cambio de la mención de sexo en el Registro. *Una ley que podría haber incluido medidas contra la transfobia, una declaración expresa del reconocimiento del derecho a la identidad de género y medidas de protección en ámbitos como el laboral, para evitar caso de discriminación.* Otros dos aspectos negativos son la omisión de regulación respecto de personas extranjeras y respecto de menores de edad, aun resultando que el colectivo integrado por menores y adolescentes transexuales requiere una protección jurídica específica”¹².

¿Vamos a encontrar ese tratamiento de la identidad de género y de la transexualidad desde la perspectiva de los derechos humanos y de forma integral en la legislación autonómica?

Exige la Ley en su artículo 1 la necesidad de que concurran en los solicitantes de la rectificación registral los tres **requisitos personales** siguientes:

- a) *Nacionalidad española*, requisito que atiende al hecho de que se trata de una rectificación de datos obrantes en el Registro Civil español, donde se harán constar a estos efectos datos españoles. Esta falta de regulación sobre la situación de las personas extranjeras provoca, en su caso, que no puedan cambiar su sexo en el pasaporte mientras no accedan a la nacionalidad española, ya que ello es competencia de cada Estado. Incluso en el caso de que lleven años de tratamiento e incluso si se han sometido a la cirugía de reasignación sexual, no tienen acceso al cambio de nombre en la documentación de residencia en nuestro país. ¿No sería posible, que del mismo modo que para el cambio de nombre en la tarjeta sanitaria, no se requiere cambio registral, se pudiera cambiar el nombre en la tarjeta de residencia con una anotación en el expediente de extranjería?¹³.
- b) *Mayoría de edad*. La equiparación entre emancipación y mayoría de edad reconocida en el art. 323 CC, permite afirmar que se puede considerar el acceso a los menores

¹² “La legislación en torno...”, cit., pág. 220.

¹³ BELSUÉ GUILLORME, K., “La legislación...”, op. cit., pág. 220.

emancipados. A este respecto y como advertimos anteriormente, se carece de una regulación relativa a los menores de edad¹⁴.

- c) *Capacidad suficiente*. Junto al requisito de la mayoría de edad, el art. 4.1.2 exige para acordar la rectificación registral que la persona solicitante acredite: “La ausencia de trastornos de personalidad que pudieran influir, de forma determinante, en la existencia de la disonancia”.

Deberá acreditar el solicitante, además, el cumplimiento de otros dos **requisitos legales**, contemplados en el artículo 4:

- a) *Diagnóstico de disforia de género*, mediante informe de médico o psicólogo clínico, que deberá hacer referencia a la “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 a la estabilidad y persistencia de esta disonancia”.
- b) *Tratamiento médico durante al menos dos años* “para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado. La acreditación del cumplimiento de este requisito se efectuará mediante informe del médico colegiado bajo cuya dirección se haya realizado el tratamiento o, en su defecto, mediante informe de un médico forense especializado”.
- c) *Se elimina el requisito de la cirugía de reasignación sexual*, para la concesión de la rectificación registral¹⁵.

No contempla la ley la condición necesaria de la cirugía transgenital para conseguir el reconocimiento legal de la identidad de género, sin embargo, para alcanzar tal reconocimiento, persiste la necesidad de un tratamiento médico de acomodación para “acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado”. Todo ello ella provoca interrogantes tales como ¿Qué se consideran características físicas acordes al sexo deseado? ¿Es necesario un determinado aspecto físico para tener un determinado sexo legal?

Por otra parte el propio artículo 4.2, reconoce que no serán necesarios los “tratamientos médicos cuando concurren razones de salud o edad que imposibiliten su seguimiento y se aporte certificación médica de tal circunstancia”.

Y por último, respecto del requisito de padecer disforia de género, la propia norma establece una excepción en su Disposición Transitoria Única: “La persona que, mediante informe de médico colegiado o certificado del médico del Registro Civil, acredite haber sido sometida a cirugía de reasignación sexual con anterioridad a la entrada en vigor de la esta Ley, quedará exonerada de acreditar los requisitos previstos por el artículo 4.1”¹⁶.

¹⁴ Sobre la posibilidad de los menores de prestar el consentimiento al tratamiento médico, vid. SANTOS MORÓN, M^a J., “Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor”, AFDUAM, 15, 2011, pp. 63-93.

¹⁵ Como ya advertimos, numerosas asociaciones y autores consideraban que logrando la supresión de la necesidad de cirugía se podía alcanzar el pleno reconocimiento de derechos de las personas transexuales, vid. NIETO PIÑEROBA, J.A., *Transexualidad, intersexualidad y dualidad de género*, Barcelona 2008.

¹⁶ Personas que se hubieran operado en el extranjero, sin haber realizado ningún tratamiento médico previo, sin tener ningún informe psicológico, sin hormonación, con el único requisito de haber modificado sus genitales y, por tanto, sin un diagnóstico de disforia de género, serán reconocidas con el sexo legal acorde a su genitalidad externa. Sin embargo, una persona que realice

La exigencia de estos requisitos, y contradictorias excepciones, ponen de manifiesto que existen un sexo y un género innatos que van unidos, y que cualquier forma de vida que ponga en cuestión estos principios biologicistas debe ser considerada una deformación. Se otorgan, ciertamente derechos a estas personas, pero siempre desde la perspectiva de que la transexualidad se trata de una enfermedad a la que se le da una solución jurídica por no existir curación para ella¹⁷. Es por ello que una vez que la Ley ha ayudado a que las personas transexuales se constituyan como sujetos de derechos se ha extendido un discurso crítico con el modelo médico de la transexualidad, al menos en tres aspectos principales:

1. En la consideración de las identidades disidentes de las asignadas al nacimiento como enfermedades psiquiátricas.
2. En el régimen terapéutico impuesto para el reconocimiento legal de la identidad de género
3. En el poder médico para decidir sobre la veracidad de la identidad de género reclamada¹⁸.

la misma operación fuera de España, tras la entrada en vigor de la Ley, no podrá tener acceso al cambio registral si no cumple el resto de los requisitos. BELSUÉ GUILLORME, K., *idem.*, pág. 222.

¹⁷ Concluye BELSUÉ GUILLORME, K., que “la consideración de la transexualidad como enfermedad, a partir de 1949, ha propiciado que la vida de las personas incluidas en ella haya pasado a considerarse una vida defectuosa. Se ha transformado en enfermedad el hecho de vivir el género de una forma diferente a la socialmente establecida... La mayor parte de la clase médica ha venido defendiendo que esta incoherencia entre el sexo y el género de la persona es difícilmente subsanable, ya que considera ambos inmodificables. La única solución propuesta ha sido la modificación corporal, mediante el suministro de hormonas y la cirugía de reasignación, para crear una ficción de sexo. Es decir se aplica un remedio que refuerza la afección. Esto conduce a la paradoja de que la imposibilidad de sanción se produce precisamente porque no haya nada que sanar”, en “Sexo, género y transexualidad: de los desafíos teóricos a las debilidades de la legislación española”, *Acciones e Investigaciones Sociales*, 29, julio 2011, pág.28.

¹⁸ Vid. TENA, F., “Sacudirse la tutela médica. Hacia la despatologización de la transexualidad”, *Revista Andaluza de Antropología*, nº 5, septiembre, 2013, pp. 40 y ss., pone de manifiesto como “en sus inicios las asociaciones transexuales estadounidenses, no olvidemos que fue Estados Unidos el contexto cultural donde se configura el diagnóstico transexualidad y su terapéutica, mantuvieron una agenda política de reivindicaciones relacionadas con el modelo clínico. La enfermedad explicaba su existencia y sus peticiones. Una cuestión importante para este movimiento, en los inicios de su andadura, era evitar que la transexualidad se confundiera con la homosexualidad –siguiendo la terminología médica- en el pensamiento común. Y fue precisamente este discurso de la enfermedad el que permitió que los y las transexuales pudieran establecer sus diferencias [...]. En este sentido cobró especial relevancia el estigma asociado a la condición patológica, y tal objetivo fue alcanzado cuando la homosexualidad fue descatalogada como enfermedad mentada por las Asociaciones Americanas de Psicología y de Psiquiatría, en la década de los años 70. (La Organización Mundial de la Salud retiró la homosexualidad de su taxonomía diagnóstica el 17 de mayo de 1990, día que ha sido designado como el día Internacional de Lucha contra la Homofobia y la Transfobia). Así mientras gays y lesbianas recorrieron un camino hacia el status de sano, la población transexual asumió el discurso de la enfermedad como un instrumento que ayudaba a alejarla en el imaginario social de las ideas de perversión y vicio. Además la población transexual reclamaba cada vez con mayor fuerza el abordaje terapéutico centrado en su transformación corporal. La petición de hormonación y cirugía cobraba mayor fuerza si se hacía depender de la necesidad de corregir una situación patológica. Por último, el discurso de la enfermedad pareció imprescindible para que las asociaciones transexuales pudieran argumentar su petición que tanto los sistemas nacionales de salud como las pólizas privadas de asistencia sanitaria cubrieran los elevados gastos del proceso transexualizador. En esta misma línea, Las organizaciones transexuales surgidas en el Estado español desde finales de la década de los ochenta centraron buena parte de sus reivindicaciones en la inclusión del tratamiento transexualizador dentro de los servicios sanitarios públicos y entendieron el itinerario terapéutico médico-dependiente como la salida más viable para que muchas de las personas a las que representaban alcanzaran el status de persona normal. En 1983, era urgente la inclusión de los tratamientos médico-quirúrgicos como prestaciones debidas de los distintos sistemas de salud nacional y de las Comunidades Autónomas. [...] aquella agenda política deviene ahora dotándose de un contenido en principio paradójico: la lucha contra la patologización”. DE LA HERMOSA LORENCI, M., RODRIGUEZ VEGA, B. y POLO USAOLA, C. en su trabajo “Género binario y experiencia de las personas transexuales y trangénero”, aportan argumentos que apoyan la salida de la transexualidad de las clasificaciones diagnósticas tal y como está definida en el DSM y en la CIE sumándose a una posición que defienden diversos autores”, en “Norte de la salud mental”, 2013, vol. IX, nº 45, pág. 21. Vid. MARTÍNEZ GUZMÁN, A. y MONTENEGRO, M “Producciones narrativas: Transitando conocimientos encarnados”, en (directores G. Coll-Planas y M. Misse), *El género desordenado*, Barcelona, 2010, pp. 229-263; PÉREZ FERNÁNDEZ-

Y es que el modelo clínico dispone que sean médicos y psicólogos quienes ostenten el poder para decidir sobre la verdadera identidad de una persona, el acceso a los tratamientos y la tutela de sus decisiones. Y desde el año 2006 se ha extendido una lucha contra la patologización para conseguir que la transexualidad deje de constituir un diagnóstico en las principales clasificaciones de las enfermedades, tanto la Clasificación Internacional de Enfermedades como el Manual Diagnóstico y Estadístico de Enfermedades Mentales.

En esta línea de la despatologización, algunos cambios se están produciendo y plantean la posibilidad de que las personas puedan decidir autónomamente sobre su identidad de género, sin tutela médico-psicológica. Por ahora:

- La Ley argentina 26.743, sancionada el 9 de mayo de 2012 que regula el derecho a la identidad de género de las personas. Se trata de la única norma que no patologiza la condición transexual al regular en su artículo 4, los requisitos que debe observar toda persona que solicite la rectificación registral de sexo, el cambio de nombre de pila e imagen¹⁹, concluyendo: “ [...] *En ningún caso será requisito acreditar intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial, ni acreditar terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico*”.
- En marzo de 2007 se presentaron en la Asamblea de Derechos Humanos de la ONU los Principios de Yogyakarta sobre Aplicación del Derecho Internacional de Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género, exponiendo:

“18. La orientación sexual y la identidad de género de una persona no son, en sí mismas, condiciones médicas, y no deberían ser tratadas, curadas o suprimidas”²⁰.
- La Resolución del Parlamento Europeo de 28 de septiembre de 2011, sobre Derechos Humanos, orientación sexual e identidad de género en las Naciones Unidas²¹ en la que se:

“11. Lamenta que los derechos de las personas LGBT aún no se respeten siempre plenamente en la Unión Europea, en particular el derecho a la integridad física, el derecho a la vida privada y la vida familiar, el derecho a la libertad de opinión y de expresión, el derecho a la libertad de reunión, el derecho a la no discriminación, el derecho a la libertad de circulación incluido el derecho a la libertad de circulación para las parejas del mismo sexo y sus familias, el derecho a acceder a la atención sanitaria preventiva y a beneficiarse de la atención sanitaria y el derecho de asilo;

FIGARES, K, “Historia de la patologización y despatologización de las variantes de género”, en (directores G. Coll-Planas, y M. Misse), *El género desordenado*, Barcelona, 2010, pp. 177-194.

¹⁹ “1. Acreditar la edad mínima de dieciocho (18) años de edad, con excepción de lo establecido en el artículo 5º de la presente ley.

2. Presentar ante el Registro Nacional de Personas o sus oficinas seccionales correspondientes, una solicitud manifestando encontrarse amparada por la presente ley, requiriendo la rectificación registral de la partida de nacimiento y el nuevo documento nacional de identidad correspondiente, conservando el número original.

3. Expresar el nuevo nombre de pila elegido con el que solicita inscribirse”.

²⁰ <http://www.yogyakartaprinciples.org/.2007>

²¹ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0427+0+DOC+XML+V0//ES>

16. Pide a la Comisión y a la Organización Mundial de la Salud que supriman los trastornos de identidad de género de la lista de trastornos mentales y del comportamiento, y que garanticen una reclasificación de dichos trastornos como trastornos no patológicos en las negociaciones de la undécima versión de la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-11)".

- El Informe sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea (2010-2011), de 22 de noviembre de 2012, de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior²²:

"Orientación sexual e identidad de género

86. Insta a la Comisión a que proponga una refundición de la Decisión marco del Consejo relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal, de forma que se incluyan otras formas de delitos motivados por prejuicios, entre otros, por motivos de orientación sexual, identidad de género y expresión de género;

87. Insta a los Estados miembros a que adopten el marco legislativo nacional para abordar las discriminaciones que experimentan las personas LGTB y las parejas del mismo sexo por motivos de orientación sexual o identidad de género, así como a que garanticen la aplicación efectiva del marco jurídico existente de la UE y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE);

88. Insta a los Estados miembros a que registren e investiguen los delitos motivados por el odio a gays, lesbianas, bisexuales y transexuales (LGTB) y a que adopten una legislación penal por la que se prohíba la incitación al odio por motivos de orientación sexual e identidad de género;

94. *Lamenta que en varios Estados miembros todavía se considere que los transexuales son enfermos mentales; insta a los Estados miembros a que introduzcan o revisen los procedimientos de reconocimiento jurídico de género, de acuerdo con el modelo de Argentina, y revisen las condiciones establecidas para el reconocimiento jurídico de género (incluida la esterilización forzosa); pide a la Comisión y a la Organización Mundial de la Salud que supriman los trastornos de identidad de género de la lista de trastornos mentales y de comportamiento, y que garanticen una reclasificación de dichos trastornos como trastornos no patológicos en las negociaciones de la undécima versión de la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-11)*".

- El Informe sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea (2012), de 27 de enero de 2014, de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior²³:

"32. Muestra su extrema preocupación por el número de suicidios entre jóvenes víctimas de la homofobia; recuerda las conclusiones de la encuesta de la FRA sobre las personas LGBT en la UE, que mostró que el 26 % de los encuestados había

²² <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2012-0383+0+DOC+XML+V0//ES>

²³ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A7-2014-0051&language=ES>

sido atacado o amenazado con violencia en el hogar o fuera de él, una cifra que se eleva al 35 % entre los encuestados transgénero, mientras que el 19 % de los encuestados se sentían discriminados en el trabajo o en la búsqueda de empleo, a pesar de la protección jurídica en virtud del Derecho de la UE; pide a la Comisión, por consiguiente, que utilice estos datos como base para una respuesta europea integral a los problemas de las personas LGBT en materia de derechos fundamentales, en forma de una hoja de ruta de la UE para la igualdad en relación con la orientación sexual y la identidad de género, como han solicitado reiteradamente el Parlamento y diversas ONG;

33. Lamenta que los procedimientos jurídicos de reconocimiento del género para las personas transgénero todavía incluyan la esterilización obligatoria en 14 Estados miembros; pide a los Estados miembros que revisen dichos procedimientos para que respeten plenamente los derechos de las personas transgénero a la dignidad y a la integridad corporal; felicita a la Comisión por su compromiso de trabajar con la Organización Mundial de la Salud para suprimir los trastornos de identidad de género de la lista de trastornos mentales y del comportamiento y garantizar una reclasificación de dichos trastornos como trastornos no patológicos en las negociaciones de la undécima versión de la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-11)".

- Situándonos en Andalucía, la que en 1999 fue aprobada como Unidad de Trastornos de la Identidad de Género (UTIG), ubicada en el Hospital Carlos Haya de Málaga, ahora se denomina Unidad de Transexualidad e Identidad de Género, la antes T de Trastorno ahora es T de Transexualidad.

Si bien, cuando se habla de despatologización de la transexualidad, no se está planteando que no exista un sustrato biológico, al igual que se defiende el derecho a la cirugía de reasignación sexual como un derecho legítimo, y que los servicios sanitarios públicos, deben asumir. Siendo necesario que los tratamientos médicos y psicológicos estén cubiertos por los sistemas de salud. Se trataría en consecuencia, que prevalezca el derecho a la identidad de género como parte del derecho a desarrollo personal que protege la constitución Española en su artículo 10. La elección de género no debería ser considerada en términos patológicos, de la misma forma que ya no se duda de que una determinada orientación sexual deba ser abordada de ese modo.

Otra de las novedades que introdujo la Ley fue la **desjudicialización** del proceso, ya no será precisa la obtención de una sentencia judicial firme, sino que pasa a ubicarse en el procedimiento del expediente gubernativo que contempla la Ley del Registro Civil, artículo 2.1, que se tramitará ante el Registro Civil del domicilio del solicitante, artículo 3.

Ello no obstante, el artículo 2.2, contempla ciertas especialidades en este caso respecto al procedimiento ordinario, así “no son de aplicación en el procedimiento para la rectificación de la mención registral del sexo”:

- a) La regla primera del artículo 97 de la Ley del Registro Civil: se legitima a la persona interesada y se excluye a cualquier tercero que pudiera tener un interés legítimo.
- b) El párrafo segundo del artículo 218 del Reglamento del Registro Civil: se elimina el plazo de caducidad de 180 días para proceder a la inscripción del nuevo nombre, lo

que es consecuente con el hecho de que el cambio de nombre se solicitará y tramitará conjuntamente con la rectificación registral del sexo.

- c) Los párrafos tercero y cuarto del artículo 349 del Reglamento del Registro Civil: se omite el anuncio general a los interesados y la publicidad de la incoación del expediente.

El artículo 7 contempla que, “No se dará publicidad sin autorización especial de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de la persona”.

En la solicitud de rectificación registral exige el artículo 2.2 “incluir la elección de un nuevo nombre propio, salvo que se prefiera mantener el anterior y no sea contrario a los requisitos establecidos en la Ley del Registro Civil”. Se reitera de nuevo el contenido del artículo 1.1.II “*La rectificación del sexo conllevará el cambio del nombre propio de la persona, a efectos de que no resulte discordante con su sexo registral*”. Los preceptos pretenden la fácil identificación de la persona con su sexo²⁴.

El tercer cambio de la nueva Ley se contempla en el artículo 5 respecto de los **efectos** que se van a derivar de la rectificación: la resolución tendrá efectos constitutivos desde su inscripción en el Registro, y permitirá desde entonces a las personas ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición, con la única salvedad de no afectar a la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder con anterioridad a la inscripción del cambio registral.

Contempla el artículo 6 respecto a la notificación del cambio registral del sexo:

- a) el encargado del Registro Civil notificará de oficio el cambio de sexo y de nombre producido a las autoridades y organismos que reglamentariamente se determine;
- b) obliga a quien hubiere obtenido el cambio de sexo y nombre a solicitar la emisión de un nuevo documento nacional de identidad ajustado a la inscripción registral rectificada, conservando en todo caso el mismo número del documento nacional de identidad, y
- c) la nueva expedición de documentos con fecha anterior a la rectificación registral se realizará a petición del interesado, su representante legal o persona autorizada²⁵.

²⁴ Con ello se les exige elegir un nombre que no ofrezca dudas acerca del sexo del solicitante, sin embargo actualmente podemos encontrar multitud de personas con nombres de género indeterminado (piénsese en nombre vascos o extranjeros) e incluso hombres y mujeres con nombres propios tradicionalmente asignados al otro sexo (Juan María). Vid. AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. y MORANT MARCO, R. “Nombres propios, identidad y dignidad”, Revista de Investigación Lingüística, nº 15, 2012, pág. 179. BENAVENTE MOREDA, P. “Identidad y contexto inmediato de la persona (identidad personal, el nombre de la persona, identidad sexual y su protección) (Identidad, derecho y política. Ed. A cargo de López Castillo, A y Aguado Renedo, C.), AFADUAM, 17, 2013, pp. 105-161. O como advierte NUBIOLA, J., “sorprende que una legislación que se aplica precisamente a personas con problemas de identificación sexual les obligue, quizás incluso en contra de su voluntad, a transparentar su sexo en el nombre”, en “Invitación a pensar”, Madrid, 2009.

La nueva Ley del Registro Civil, en el artículo 51.2 señala, que “No podrán imponerse nombres que sean contrarios a la dignidad de las personas ni los que hagan confusa la identificación”. No hay que olvidar que hay una serie de nombres propios aceptados que pueden inducir a error en cuanto al sexo, ejemplo es el nombre catalán Pau, equivalen a Pablo, si se refiere a un hombre y a Paz, si designa a una mujer. O diminutivos como Santi que puede ser la forma recortada de Santiago o Fuensanta.

²⁵ La iniciativa del interesado deviene decisiva en este ámbito, corresponde a la persona ejercer sus prerrogativas conforme a Derecho. Lo contrario puede generar situaciones indeseables como la Roberto, un joven transexual que fue asesinado en septiembre de 2007 y enterrado como Concepción, el nombre de mujer que constaba en su DNI con el que no se identificaba, Juan Diego QUESADA, “El martirio de Roberto”, en El País, 16 de mayo de 2010.

Es por todo ello que se prevea la posibilidad en el artículo 1.2, de que “la persona interesada, podrá incluir en la solicitud la petición del traslado total del folio registral”. Se trata de una forma de agilizar el proceso: solicitar la “partida limpia” en el mismo escrito de solicitud de cambio de mención registral²⁶.

Indicar, por último que la promulgación de la nueva Ley de Registro Civil, Ley 20/2011, de 21 de julio, cuya entrada en vigor estaba prevista para el 22 de julio de 2014, como consecuencia del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (publicado el día 5 de julio de 2014), ha retrasado la entrada en vigor de la misma al día 15 de julio de 2015²⁷, sólo afecta a esta materia de manera indirecta, en cuanto reitera parte del contenido de la Ley de 2007; contempla entre los datos inscribibles el sexo y el cambio de sexo, en el artículo 4.4^o; considera entre los datos especialmente protegido la rectificación del sexo, artículo 83.1c, y se reafirma que la rectificación registral del sexo se realizará a través de procedimiento registral, teniendo la inscripción eficacia constitutiva, artículo 91.2.

3. LA ASUNCIÓN DEL TRATAMIENTO POR LA SANIDAD PÚBLICA

De forma breve nos referimos a cómo se ha producido la asunción del tratamiento de reasignación de sexo por la sanidad pública²⁸.

En un primer momento, la normativa sobre las prestaciones asumidas por la sanidad pública, constituida fundamentalmente por el Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, por el que se dictan normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el régimen general de la Seguridad social, obviamente omitía toda referencia a las operaciones quirúrgicas de reasignación de sexo, momento en el que incluso eran calificadas como delito.

Es el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del sistema nacional de Salud, cuando por primera vez se contempla la “cirugía de cambio de sexo”, pero será para considerarla expresamente como prestación no financiable con cargo a la Seguridad Social o fondos estatales destinados a la asistencia sanitaria, salvo la reparadora en estados intersexuales patológicos, por medio de su inclusión en su Anexo III.

En Andalucía, ante la denuncia formulada en la queja 97/0611 dirigida a la Consejería de Salud, Servicio Andaluz de Salud, por una persona transexual a la que el sistema se niega a ofrecerle un adecuado tratamiento sanitario integral, para su feminización farmacológica, tanto en su vertiente educacional como terapéutica, basándose para ello en el Real Decreto 63/1995, el Defensor del Pueblo Andaluz, realiza las siguientes “recomendaciones al Servicio Andaluz de Salud:

1. Que a la interesada y aquellas otras personas en similares circunstancias sean sometidas a un reconocimiento psicoterapéutico de cara a la obtención de un diagnóstico diferencial que permita deducir los trastornos de transexualidad que padezcan.

²⁶ Cuando se produce el cambio de sexo se realiza una nota marginal en la partida de nacimiento de la persona. Esta partida dejará de ser pública, no podrá ser solicitada por cualquier persona, a diferencia de lo que ocurre con el resto. La cancelación de esta y la emisión de una nueva en la que solo conste el nombre y sexo rectificadas, y no los anteriores, no se realiza de oficio sino a instancia de parte.

²⁷ Según la Disposición adicional decimonovena, “La Ley 20/2011, de 21 de julio, en la parte que al día de la publicación de este Real Decreto-ley no hubiera entrado en vigor, lo hará el 15 de julio de 2015”.

²⁸ Vid. JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J., “Unas notas sobre el tratamiento ...”, cit., pp. 494 y ss.

2. Que diagnosticado por los facultativos el síndrome de transexualidad, se les garantice a los afectados el tratamiento integral que precisen. El tratamiento debe comprender los aspectos psicológico, endocrinológico, plástico y estético.
3. Que cuando, según el juicio clínico, constituya la única y adecuada vía para superar el conflicto patológico entre la constitución biológica y la estructura psicológica, se les garantice a los afectados que lo demanden la prestación de cambio de sexo²⁹.

La situación cambió con el vigente Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, que sustituye el de 1995. La actual no menciona entre las prestaciones excluidas, pero tampoco en la cartera de servicios comunes, implica que se deja su posible cobertura por la sanidad pública en manos de las Comunidades Autónomas, por la vía de su inclusión en la cartera de servicios complementaria de las mismas (art. 11). La aplicación del citado RD de 2006 ha provocado que la jurisprudencia se haya pronunciado sobre el tema, en alguna ocasión de forma favorable a su inclusión, es el caso por ejemplo de la STSJ de Galicia de 27 de febrero de 2012 (ILJ 515/2012).

En este sentido varias Comunidades Autónomas han incluido en la cartera complementaria y se han ido creando UTIG en Madrid, Barcelona, Asturias, Tenerife o Bilbao, en algunos casos se trata de unidades de referencia de atención centralizada y en otros de modo descentralizado, y no en todas se incluye la cirugía³⁰.

4. LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

Analizamos la legislación autonómica que ha regulado la transexualidad, en concreto, Navarra, País Vasco y Andalucía que recientemente, en el mes de junio ha aprobado la Ley integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía³¹.

²⁹ En 1999, tras la aprobación por el Parlamento de Andalucía de la prestación sanitaria a personas transexuales en el sistema Sanitario Público Andaluz, se creará la primera Unidad de Trastornos de la Identidad de Género (UTIG) en el Hospital Carlos Haya de Málaga. Vid. GÓMEZ-GILA, E.; ESTEVA DE ANTONIO, I.; ALMARAZ, M.C.; GODÁS SIESO, T.; HALERIN RABINOVICH, I.; SORIGUER ESCOFET, F. y Equipos de Identidad de Género de Andalucía y Cataluña, "Demanda de atención sanitaria en las unidades de identidad de género de Andalucía y Cataluña durante la década de 2000 a 2009", Revista Clínica Española, 2011 (5), pp. 233-239.

³⁰ Hay Comunidades que tienen acuerdos con el Sistema Andaluz de Salud para realizar dicha cirugía en esta región, con las consiguientes dificultades para realizar un tratamiento integral. Vid. PLATERO, R. "Transexualidad y agenda política...", *cit.*, pág. 115.

³¹ En otras Comunidades Autónomas como Cataluña, encontramos referencias genéricas al fenómeno de la transexualidad, así en la Ley Catalana 5/2008, de 24 de abril del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista, establece que las medidas y reconocimiento de derechos que realiza la ley deberán respetar la diversidad transexual, y a tales efectos los transexuales que sufran violencia machista se equiparan a las mujeres que han sufrido esta violencia, a efectos de los derechos establecidos por esta Ley, siempre que exista diagnóstico de disforia de sexo, acreditada mediante informe médico o psicológico elaborado por profesional colegiado, o se hayan tratado médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las que corresponden al sexo reclamado, acreditado por un informe médico elaborado por persona colegiada bajo cuya dirección se haya efectuado el tratamiento. Se trata de los mismos requisitos ya contemplado por el artículo 4 de la ley 3/2007.

En Canarias, el artículo 48.2 de la Ley Canaria 1/2010, de 26 de febrero de igualdad entre hombres y mujeres, se limita a establecer que "los poderes públicos autonómicos promoverán las acciones necesarias para eliminar la discriminación por opción sexual y transexualidad, garantizando la libertad de decisión individual". Sin embargo, recientemente, el pleno del Parlamento de Canarias acordó el día 28 de mayo de 2014, por unanimidad iniciar la tramitación de una Proposición de ley que garantiza los derechos de las personas transexuales y la no discriminación por motivo de identidad de género.

4.1. Navarra.

En Navarra, la Ley Foral 12/2009, de 19 de noviembre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales, determina en su artículo 1 el objeto de la Ley que es el de “*garantizar el derecho de las personas que adoptan socialmente el sexo contrario al asignado en su nacimiento, a recibir de la Administración Foral una atención integral y adecuada a sus necesidades médicas, psicológicas, jurídicas y de otra índole, en igualdad de condiciones con el resto de la ciudadanía, dentro del ámbito competencial que corresponde a Navarra*”.

¿Quiénes se pueden beneficiar de esta Ley?

Al referirse a las personas beneficiarias de la Ley, establece el artículo 3, que serán “*todas las personas residentes en cualquiera de los municipios de Navarra, con independencia de su situación legal o administrativa, en condiciones de igualdad efectiva, que tengan la condición de transexuales*”. Con esta redacción se puede interpretar que el legislador ha incluido a las personas extranjeras, e incorpora junto a los menores de edad, contemplados en el artículo 5, a los colectivos olvidados por la ley estatal.

Al definir la condición de transexual a los efectos de esta Ley Foral, se puede interpretar que se realiza una drástica restricción, ya que el apartado 2 del mencionado artículo 3, exige que se trate de “*persona que haya procedido a la rectificación en el Registro Civil de la mención de sexo, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 3/2007, de 15 de marzo*”. Sin embargo, en el apartado 3 del mismo precepto incluye a “*aquellas personas que hubiesen iniciado los trámites para acceder al cambio de inscripción relativa al sexo, precisen de protección para eliminar la discriminación que pudiera darse como consecuencia de su situación de tránsito a la nueva identidad de género*”.

De la interpretación conjunta de lo dispuesto en los artículos 1 y 3.1 de la Ley, así como de las expresiones recogidas en la Exposición de Motivos, “podríamos concluir que, este inicio de proceso no se refiere únicamente al principio de los trámites administrativos en el Registro Civil,

El objetivo de esta ley es garantizar el derecho de las personas que adoptan socialmente el sexo contrario al de su nacimiento, a recibir de las administraciones públicas canarias una atención integral y adecuada a sus necesidades médicas, psicológicas, jurídicas y de otra índole, en igualdad de condiciones con el resto de la ciudadanía y con independencia de la isla o municipio en que tengan su residencia.

Se establece que los poderes públicos canarios adoptarán las medidas oportunas para garantizar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos, con independencia de su identidad de género u orientación sexual. En particular, las actuaciones públicas irán dirigidas a promover la plena incorporación de las personas transexuales a la vida social, superando cualquier discriminación laboral, cultural, económica, política o social.

El sistema sanitario público de Canarias proporcionará los diagnósticos y tratamientos para las personas transexuales, que tienen derecho en hospitales y centros sanitarios a ser tratadas conforme a su identidad de género sentida. Corresponde al Sistema Canario de la Salud el impulso y coordinación de las unidades de identidad de género dentro del Sistema Canario de la Salud, en las que recibirán atención psicológica, psicoterapéutica y sexológica.

Las personas transexuales menores de edad tendrán pleno derecho a recibir el oportuno diagnóstico y tratamiento médico relativo a su transexualidad, especialmente la terapia hormonal durante la etapa prepuberal, y la negativa de padres o tutores a autorizar el tratamiento transexualizador podrá ser recurrida ante la autoridad judicial.

La proposición de ley compromete a las administraciones públicas de Canarias a establecer planes para la inserción laboral de las personas transexuales por sus dificultades para el acceso al empleo, así como a promover campañas educativas contra la discriminación.

En Madrid, se acaba de rechazar en el mes de marzo de este año, la Propuesta de ley Integral de Transexualidad.

sino al comienzo de los tratamientos médicos, que son el requisito previo que se establece para la rectificación registral³².

¿Qué derechos reconoce esta nueva ley?

Por su relevancia, es necesario destacar que en esta ley de no discriminación por motivos de identidad de género se obliga a las propias Administraciones públicas de Navarra a adoptar Medidas contra la transfobia³³, en particular:

- Empezar programas focalizados cuyo fin sea brindar apoyo social a todas las personas que estén atravesando una transición o reasignación de género.
- Desarrollar e implementar programas encaminados a hacer frente a la discriminación, los prejuicios y otros factores sociales que menoscaban la salud de las personas debido a su identidad de género.
- Garantizar programas de captación y sensibilización dirigidos a contrarrestar las actitudes discriminatorias por motivos de identidad de género

Además, la “Comunidad Foral de Navarra se compromete a ofrecer servicios de asesoramiento y apoyo a las personas transexuales y de sus familiares, incluyendo el legal, a las personas transexuales, así como a sus familiares y personas allegadas³⁴. Y concluye el artículo 16 con la adopción de otras medidas que desde las Administraciones públicas navarras, se consideren apropiadas para alcanzar la eliminación de cualquier discriminación basada en la identidad de género. [...] 6. Promoviendo entre otras, que las Universidades navarras incluyan y fomenten en todos los ámbitos académicos de formación, docencia e investigación en educación sexual y en particular transexualidad.

“Se establecerá un procedimiento reglamentario que posibilite que haya personas transexuales que cuenten con documentación administrativa de forma transitoria en centros escolares, servicios sociales y sanitarios, que pueda ayudarles a una mejor integración durante el proceso de transición, evitando situaciones de sufrimiento o discriminación innecesarias”³⁵.

El Título II de la Ley dedicado a la atención laboral, contempla en su artículo 9 el principio de no discriminación en el trabajo³⁶ y el artículo 10, la adopción de medidas de discriminación positiva en el empleo³⁷.

³² BESLSUÉ GUILLORME, K., op. cit., pág. 227.

³³ Artículo 11.

³⁴ Artículo 15.1.

³⁵ Artículo 14.2.

³⁶ “Las Administraciones públicas navarras, y los organismos públicos a ellas adscritas se asegurarán, en la contratación de personal y en las políticas de promoción, de no discriminar por motivos de identidad de género”.

³⁷ “Las Administraciones públicas de Navarra elaborarán las medidas de discriminación positiva adecuadas, dentro de los mecanismos de empleabilidad e inclusión ya existentes, para favorecer la contratación y el empleo de personas transexuales. Estas medidas irán dirigidas a mejorar las posibilidades de inserción y participación en la vida social, económica, política y cultural de las personas transexuales, incrementando su capacidad de intervención activa en la sociedad y contribuyendo así a la superación de las desigualdades sociales”.

Atención sanitaria de las personas transexuales

1. El sistema sanitario público de Navarra proporcionará los diagnósticos y tratamientos fijados en esta Ley Foral y en sus posteriores desarrollos, en el marco de las prestaciones de la sanidad pública.
2. Las personas transexuales son titulares de los derechos recogidos en el artículo 5 de la Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre de Salud. En particular, tienen derecho en hospitales y centros sanitarios, públicos o privados:
 - A ser tratados conforme a su identidad de género y ser ingresados en salas o centros correspondientes a ésta, cuando existan diferentes dependencias por razón de sexo, y a recibir el trato que se corresponde a su identidad de género.
 - A ser atendidas por profesionales con experiencia, tanto en la especialidad concreta en que se enmarque el tratamiento, como de la transexualidad en general.
 - A que se adopten todas las medidas administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar sus derechos reproductivos, sin discriminación por motivo de orientación sexual o identidad de género.
3. Se prohíbe expresamente el uso en el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea de terapias adversivas sobre personas transexuales y de cualquier otro procedimiento que suponga un intento de anulación de la personalidad de la persona transexual, cualquier otra vejación o proporcionarle un trato discriminatorio, humillante o que atente contra su dignidad personal³⁸.

Importante es el apartado 4 de este artículo 4 al establecer la “regulación de una Unidad de Referencia en materia de transexualidad dentro del Servicio Navarro, integrado por los profesionales de la asistencia sanitaria y de la atención psicológica, psicoterapéutica y sexológica que se determinen, y que definirá, en coordinación con la Unidad de Referencia estatal correspondiente, el proceso a seguir por la persona transexual más adecuado a sus circunstancias personales, a su estado de salud y a sus deseos de cambio en la manifestación morfológica acorde con el sexo sentido como propio”³⁹.

³⁸ Contempla el artículo 4.5 que “Se podrán derivar determinados tratamientos e intervenciones concretadas en esta Ley Foral a hospitales públicos o privados que cuenten con un servicio especializado en la reasignación quirúrgica de sexo y ofrezcan los estándares de calidad adecuados. El Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea se hará cargo de los gastos derivados de desplazamiento, alojamiento y del tratamiento médico-quirúrgico de la persona transexual afectada”.

³⁹ Vid. BASTERRA, V., RUIZ, R., TONI, M. REBOLÉ, A., PÉREZ DE MENDIOLA, Y., y FORGA, L, “Estudio descriptivo de la transexualidad en Navarra”, An. Sis. Sanit. Navar., 2012, vol. 35, nº 3, septiembre-diciembre, pp. 455-460, en este trabajo se analizan los datos epidemiológicos de 35 sujetos que han acudido a la Unidad Navarra de Transexuales e Intersexuales (UNATI), desde abril de 2011 que está funcionando, y se recogen variables relacionadas con parámetros sociodemográficos, transexualidad y tratamiento. Destacar que la edad media es de 37.3 años. El 65.7% de los sujetos nacieron en España. El 71.4% son transexuales femeninas. Actualmente el 62.9% reciben tratamiento hormonal. Y se concluye que la mayor parte de los transexuales de Navarra están siendo valorados en UNATI. Han acudido más transexuales femeninas que masculinos, Las transexuales femeninas se someten con mayor frecuencia a cirugía de reasignación y los masculinos a cirugía extirpativa. Sin embargo el hecho de que un transexual decida no someterse a una intervención quirúrgica no es criterio de exclusión del diagnóstico. La principal limitación de este estudio es que únicamente quedan incluidos aquellos sujetos que han solicitado la demanda asistencial, y por tanto, probablemente los datos epidemiológicos reales sean superiores a los descritos en este trabajo.

El artículo 6 advierte que “reglamentariamente se establecerá una guía clínica para la atención de las personas transexuales, con el objetivo de articular el suficiente consenso profesional en los campos psicológico, médico y quirúrgico, incluyendo criterios objetivos y estándares asistenciales internacionales en la materia, y especificando también la cualificación necesaria de profesionales para cada tipo de actuación y los circuitos de derivación más adecuados”.

Reconoce el artículo 5 que “las personas transexuales menores de edad tienen pleno derecho a recibir el oportuno diagnóstico y tratamiento médico relativo a su transexualidad, especialmente la terapia hormonal. La atención sanitaria que se les preste, en tanto que menores, se hará de acuerdo con lo dispuesto en la ley foral 11/2002, de 6 de mayo sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica de Navarra y en la ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica”

Transexualidad en el ámbito educativo

Especialmente interesantes es que entre las medidas educativas antidiscriminatoria, dirigidas a toda la comunidad escolar (artículos 12 y 13), se prevea la protección de las personas transexuales que se encuentran dentro del sistema educativo (artículo 14).

“Las Administraciones públicas navarras, tenderán en colaboración con la Administración del Estado a asegurar que los métodos, currículos y recursos educativos sirvan para aumentar la comprensión y el respeto de, entre otras, la diversidad de identidades de género, incluyendo las necesidades particulares del alumnado y las de sus progenitores y familiares en este sentido”⁴⁰. “Se realizarán programas de capacitación y sensibilización en cuanto a las normas internacionales de derechos humanos, y los principios de igualdad y no discriminación, incluidos los concernientes a la identidad de género, dirigidos a docentes, estudiantes en todos los niveles de la educación pública”⁴¹. “Se adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de garantizar el acceso a la educación en igualdad de condiciones y el trato igualitario de estudiantes, personal y docentes transexuales dentro del sistema educativo, sin discriminación por motivos de identidad de género”⁴².

Podemos destacar el perfil marcadamente social, en comparación con la Ley 3/2007, de esta ley Foral 12/2009, que queda subrayado en la referencia expresa a la necesidad de apoyar y colaborar con las organizaciones que defienden los derechos de las personas transexuales. Se apuesta por una ley multidisciplinar que responde a las necesidades sanitarias, psicológicas y sociales de las personas transexuales y opta por establecer criterios individuales.

4.2. País Vasco.

El Parlamento Vasco se convierte en 2012 en el segundo Parlamento del Estado español en aprobar una ley integral de transexualidad, siguiendo el modelo de la ley aprobada en Navarra.

El objeto de esta Ley 14/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales, según su artículo 1, es “*garantizar el derecho de las personas transexuales a recibir de las administraciones públicas*

⁴⁰ Artículo 12.

⁴¹ Artículo 13.

⁴² Artículo 14.

vascas una atención integral y adecuada a sus necesidades médicas, psicológicas, jurídicas y de otra índole, en igualdad de condiciones con el resto de la ciudadanía. Además, proteger, en general, el ejercicio de su libertad en los diferentes ámbitos de la vida social y, en particular, en los distintos servicios públicos”.

¿Quiénes se pueden beneficiar de esta ley?

A los efectos de esta Ley, y según su artículo 3º, *“son personas transexuales aquellas personas que han iniciado, o que ya han conseguido, la rectificación registral de la mención de sexo según lo establecido en la Ley 3/2007. Como también aquellas personas que acrediten, mediante un informe médico o psicológico que: a) Carece de trastornos de la personalidad que la induzcan a error en cuanto a su identidad de género, y pretende que le sea reconocida, mostrando una voluntad estable, indubitada y permanente al respecto. b) presenta una disonancia, igualmente estable y persistente, durante al menos seis meses, entre el sexo biológico y la identidad de género sentida como propia”.*

Queda por tanto excluido nominalmente el diagnóstico de transexualidad o disforia de género, pero, en la práctica, continúa siendo una ley patologizante. No basta con que una persona manifieste que es transexual, sino que esa persona debe acreditar, además, que carece de trastornos de la personalidad, y también, presupone también esta ley que toda persona que dice ser transexual, tal vez lo haga por capricho, por un deseo pasajero e irrelevante, y por eso también se exige demostrar una “voluntad estable, indubitada y permanente”, durante al menos seis meses. Sin embargo, cabe preguntarse cómo se puede demostrar la voluntad de hacer algo, si no basta con que la persona manifieste dicha voluntad. ¿Cómo se demuestra el deseo? ¿Se deja en las manos del psicólogo o médico el elaborar los medios pertinentes?

Es de destacar que la ley no exige más que tener residencia efectiva en cualquiera de los municipios de la Comunidad Autónoma de Euskadi, para poder acceder a los derechos que contempla⁴³, y por tanto es aplicable también a inmigrantes, ¿incluso a aquellos que no hayan regularizado su situación de residencia?

¿Qué derechos reconoce esta nueva ley?

Por su relevancia, es necesario destacar que en esta ley de no discriminación por motivos de identidad de género se obliga a las propias Administraciones públicas vascas a adoptar Medidas contra la transfobia⁴⁴, en particular “Desarrollar e implementar programas de capacitación y sensibilización, u otros dirigidos a contrarrestar las actitudes discriminatorias, los prejuicios y los estereotipos dominantes por motivos de identidad de género”.

Además, la “Comunidad Autónoma de Euskadi se compromete a ofrecer servicios de información, orientación y asesoramiento, incluyendo el legal, a las personas transexuales, así como a sus familiares y personas allegadas, en relación con necesidades de apoyo específicamente ligadas a su condición transexual. Así como, de promoción de la defensa de los derechos de este colectivo y de lucha contra la discriminación que este padece en el ámbito social, cultural, laboral y educativa”⁴⁵.

⁴³ Artículo 3, donde se contempla el ámbito de aplicación.

⁴⁴ Artículo 5.

⁴⁵ Artículo 6.1 a) y b).

“Toda persona cuya identidad de género sentida sea la de mujer, acredite tal condición de conformidad con lo dispuesto en el artículo tercero y sea víctima de violencia machista, tendrá acceso, en condiciones de igualdad, a los recursos asistenciales existentes”⁴⁶.

“Se establecerá reglamentariamente la posibilidad de que las personas transexuales cuenten, mientras dure el proceso de reasignación de sexo, con documentación administrativa adecuada, al objeto de favorecer una mejor integración durante dicho proceso, evitando situaciones de sufrimiento y discriminación y que también se ofrecerá para los inmigrantes hasta que puedan cambiar sus documentación en el país de origen”⁴⁷.

La administración vasca tendrá, además, la obligación de eliminar de sus sistemas cualquier información respecto a la identidad anterior, o cualquier otro dato que pueda dar a conocer la transexualidad de la persona, con excepción de las referencias necesarias en el historial médico confidencial de la persona a cargo del Servicio Vasco de Salud⁴⁸.

El Capítulo IV de la Ley dedicado a la no discriminación en el ámbito laboral, contempla en su artículo 14 el principio de no discriminación en el ámbito laboral⁴⁹ y el artículo 15 a la adopción de medidas de acción positiva en el empleo⁵⁰.

Atención sanitaria de las personas transexuales

Según dispone el artículo 8: “1. Osakidetza–Servicio Vasco de Salud proporcionará, en el marco de las prestaciones gratuitas de la sanidad pública, los diagnósticos, los tratamientos hormonales y las intervenciones quirúrgicas plástico-quirúrgicas, así como aquellos tratamientos que, en desarrollo de esta ley, se determinen para dar solución a los problemas derivados de un desarrollo corporal que se ha producido en contra del correspondiente al género sentido por la persona. 2. Se regulará reglamentariamente una Unidad de Referencia en materia de transexualidad, integrada por personal profesional de atención médica y de enfermería y de la atención psicológica, psicoterapéutica y sexológica que se determine. La unidad de referencia será la que defina el proceso a seguir por la persona transexual, conforme a sus circunstancias personales, a su estado de su salud y a sus deseos de cambio en la manifestación biológica con el sexo sentido como propio”.

Es muy oportuno que esta ley establezca el compromiso de crear al menos una unidad de atención sanitaria para personas transexuales, especialmente cuando recientemente se cuestionaba la posibilidad de que en España se continuasen ofreciendo estos servicios de salud. Si bien ello supone la obligación de todas las personas transexuales de Euskadi de desplazarse hasta dicha unidad.

⁴⁶ Artículo 6.3

⁴⁷ Artículo 7.1. Hay que precisar que debe referirse el precepto al “proceso de rectificación registral de sexo en el Registro Civil”.

⁴⁸ Artículo 7.2.

⁴⁹ “Las Administraciones públicas vascas, los organismos públicos a ellas adscritas y las entidades de ellas dependientes se asegurarán, en la contratación de personal y en las políticas de promoción, de no discriminar por motivos de identidad de género”.

⁵⁰ “Las Administraciones públicas vascas elaborarán y aplicarán planes y medidas de acción positiva adecuadas, dentro de los mecanismos de empleabilidad ya existentes, para favorecer la contratación y el empleo de personas transexuales”.

“Reglamentariamente, se establecerá, una guía clínica para la atención a las personas transexuales, con el objetivo de articular el suficiente consenso profesional en los campos de la psicología, la medicina, la cirugía y la sexología”⁵¹. Las pautas que debe contener como mínimo la referida guía se recogen en el artículo 9, y los derechos de las personas transexuales, en hospitales y centros sanitarios, públicos o privados aparecen previstos en el artículo 10.

El artículo 11 reconoce la atención de menores transexuales, por cuanto “tienen pleno derecho a recibir el oportuno diagnóstico y tratamiento médico relativo a su transexualidad, especialmente terapia hormonal. La atención sanitaria que se les preste, en tanto que menores, se hará de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y la adolescencia, y en la ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica”.

Transexualidad en el ámbito educativo

“La Administración pública vasca asegurará que los métodos, currículos y recursos educativos sirvan para aumentar la comprensión y el respeto a la diversidad de identidades de género, incluyendo las necesidades particulares del alumnado y las de sus progenitores y familiares en este sentido”⁵². “Se adoptarán las medidas necesarias para proteger de la discriminación y el acoso tanto a estudiantes como a personal y docentes transexuales”⁵³. “Se realizarán programas de capacitación y sensibilización respecto a las normas internacionales de derechos humanos, incluyendo los concernientes a la identidad de género”⁵⁴.

La valoración de esta ley de no discriminación por razón de identidad de género es que se trata de una buena ley, bastante completa, aunque adolece todavía de una cierta tendencia a la patologización y medicalización de las identidades transexuales.

La existencia de esta ley que reconoce la obligación de las administraciones públicas vascas a respetar la identidad de género de las personas transexuales, es ya un avance importante que esperamos que facilite el acceso de las personas transexuales a los servicios públicos. En este sentido, la creación de un sistema de identificación administrativo puede ser de gran ayuda, si bien, al mismo tiempo, se corre el riesgo de que se convierta en una marca o estigma social. Por otra parte, la elaboración de una guía clínica oficial contribuirá notablemente a la seguridad jurídica de las personas transexuales, al ser un documento al que recurrir en caso de que se produzcan arbitrariedades médicas.

4.3 Andalucía.

Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía

“El artículo 37.1.2º del Estatuto de Autonomía para Andalucía contempla, como principios rectores de las políticas públicas, la lucha contra el sexismo, la xenofobia, la homofobia, mediante la educación en valores que fomenten la igualdad, la tolerancia, la libertad y la solidaridad. Por otra

⁵¹ Artículo 9.

⁵² Artículo 16.

⁵³ Artículo 18.

⁵⁴ Artículo 17.

parte, el artículo 43.2 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía, proclama el deber de establecer políticas públicas que promuevan las acciones necesarias para eliminar la discriminación por opción social y transexualidad, garantizando la libertad de decisión individual.

La Comunidad Autónoma de Andalucía ostenta competencias, recogidas en el Título Primero del Estatuto de Autonomía de Andalucía, en diversas materias que afectan a la situación de las personas transexuales, tales como la prohibición de discriminación (artículo 14), menores (artículo 18), mayores (artículo 19), educación (artículo 21.3), salud (artículo 22) y prestaciones sociales (artículo 23). Concretamente el artículo 35 establece que “toda persona tiene derecho a que se respete su orientación social y su identidad de género. Los poderes públicos promoverán políticas para garantizar el ejercicio de este derecho”.

Es necesaria, por tanto, una ley basada en el derecho de autodeterminación de las personas que manifiesten una identidad género distinta a la asignada al nacer, que garantice unas condiciones de vida iguales a las del resto de la ciudadanía”⁵⁵.

Como advertimos en la introducción, se trata de la primera ley autonómica que regula el derecho a la autodeterminación de género y a la identidad de género, sin necesidad de someterse a tratamiento, procedimiento médico o examen psicológico que coarte su libertad de autodeterminación de género, que sí se exigen en otras Comunidades Autónomas como el País Vasco o Navarra.

El texto legal incluye medidas para asegurar la atención educativa, social, familiar y sanitaria de las personas transexuales y los menores tendrán pleno derecho a recibir la atención sanitaria necesaria para garantizar el desarrollo equilibrado y saludable de su identidad de género, con especial atención a la etapa de la pubertad. La atención sanitaria que se preste en este ámbito se realizará de acuerdo con lo dispuesto en las leyes autonómicas de menores y de derechos en materia de información y documentación clínica.

En el ámbito educativo, el texto de la Ley recoge programas de coordinación entre los sistemas educativos, sanitario y social, para detectar situaciones de riesgo para el desarrollo integral de los menores que manifiesten una identidad de género distinta a la asignada al nacer. El texto incluye también medidas de tipo laboral como el establecimiento de cláusulas administrativas en los pliegos de contratación para garantizar que las empresas concesionarias o entidades adjudicatarias de la Junta no hayan sido condenadas por discriminación a las personas objeto de la futura normativa, respetan la identidad de género autodeterminada de sus empleados, sin que pueda haber discriminación por este motivo.

¿Qué es la identidad de género?

“Es la vivencia interna e individual del género tal y como cada persona la siente, que puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, y que incluye la vivencia personal del cuerpo. Puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal

⁵⁵ Vid. Diario de Sesiones del Parlamento de Andalucía, IX Legislatura, núm. 74, 9 de abril de 2014, pp. 23-36, donde se recoge el debate en torno a la propuesta de toma en consideración de la Proposición de Ley 9-14. Siendo el resultado de la votación de la toma en consideración de dicha proposición de ley, su aprobación por unanimidad.

a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que sea libremente escogido”⁵⁶.

Objeto de la ley

“Esta Ley tiene por objeto establecer un marco normativo adecuado para garantizar el derecho a la autodeterminación de género de las personas que manifiestan una identidad de género distinta a la asignada al nacer. A estos efectos la ley regula un conjunto de facultades y deberes que integran el referido *derecho a la autodeterminación de género*, así como las actuaciones necesarias que para hacerlo efectivo corresponden a la Administración de la Junta de Andalucía”⁵⁷.

Contempla el artículo 2 el derecho a la autodeterminación de género, estableciendo que:

“Toda persona tiene derecho:

1. A recibir una atención integral y adecuada a sus necesidades sociales, sanitarias, jurídicas, laborales y educativas, entre otras, en igualdad efectiva de condiciones y sin discriminación con el resto de la ciudadanía, en relación con lo previsto en los artículos 35 y 37.1.2º del Estatuto de Autonomía para Andalucía y el artículo 43.2 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía.
2. Al reconocimiento de su identidad de género, libremente determinada.
3. Al libre desarrollo de su personalidad conforme a su identidad de género, libremente determinada.
4. A ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía.
5. Al ejercicio de su libertad, conforme a su identidad de género, en los distintos ámbitos de la vida social y, en particular, en el acceso y atención en los distintos servicios públicos que se presten por la Administración de la Junta de Andalucía”.

El principio de no discriminación por motivos de identidad de género, se consagra en el artículo 6, con el siguiente tenor:

1. Todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, con independencia de su identidad de género.
2. Ninguna persona podrá ser objeto de discriminación, acoso, penalización o denegación de servicio por motivo de su identidad de género.

¿Quiénes se pueden beneficiar de esta Ley?

“1. La presente Ley será de aplicación, con carácter general, a todas las personas con residencia efectiva en Andalucía que manifiesten una identidad de género distinta a la asignada al nacer.

⁵⁶ Artículo 3.

⁵⁷ Artículo 1.

2. Las disposiciones de esta Ley se aplicarán a: La Administración de la Junta de Andalucía, sus organismos autónomos, a las empresas, consorcios, fundaciones y demás entidades de la Junta de Andalucía, a las entidades que integran la Administración Local y sus empresas y al sistema universitario andaluz⁵⁸.

¿Qué deben hacer a partir de ahora la Administración de la Junta de Andalucía?

Entre otras medidas contra la transfobia, contempla el artículo 7, que “En colaboración con las asociaciones de personas transexuales, diseñará, implementará y evaluará sistemáticamente una política proactiva en relación a la mejor integración social de las personas incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley. Dicha política estará dotada de los instrumentos y estructuras necesarios para hacerla viable y ostentará carácter transversal.

Procurará una protección especial a las mujeres transexuales, por el riesgo añadido de acumular múltiples causas de discriminación.

Deberá desarrollar e implementar programas de capacitación y sensibilización entre el personal funcionario, laboral, estatutario y sanitario para evitar las actitudes discriminatorias, los prejuicios y la imposición de estereotipos en relación con la expresión de la propia identidad de género, y emprenderán campañas de sensibilización dirigidas al público en general...”

Atención sanitaria

Se dedica el Capítulo II a la atención sanitaria, artículos 10 a 12. Disponiendo el artículo 10 que “Todas las personas tienen el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, sin que pueda haber discriminación ni segregación por motivos de identidad de género. En este sentido, el Sistema Sanitario Público de Andalucía garantizará el acceso a la cartera de servicios existentes a todas las personas incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley. Proporcionará el proceso de reasignación sexual en su cartera básica dentro del marco de sus competencias minimizando los desplazamientos innecesarios. Considerará la consejería competente en materia de salud en su cartera básica de servicios, dentro del marco de sus competencias, los tratamientos que tiendan a la modulación del tono y timbre de la voz, por cuando no constituyen para las personas transexuales una cuestión estética o cosmética, sino su correspondencia y adecuación a su identidad de género⁵⁹.”

No se puede olvidar que el criterio general de actuación recogido en el apartado 2 del artículo 5, es el de que “ninguna persona será obligada a someterse a tratamiento, procedimiento médico o examen psicológico que coarte su libertad de autodeterminación de género”.

La nueva normativa prevé, en su Disposición Adicional Primera, la existencia de una unidad específica de atención sanitaria en materia de transexualidad en el marco del Sistema Sanitario Público.

¿Cómo afecta la ley a los menores de edad?

“Los menores de edad incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley tienen derecho a recibir de la Comunidad de Andalucía la protección y la atención necesarias para promover su desarrollo integral, mediante actuaciones eficaces para su integración familiar y social.

⁵⁸ Artículo 4.

⁵⁹ Se dedica este artículo 10 a la Asistencia sanitaria a través del Servicio Andaluz de Salud; el contenido del artículo 11, atiende a la formación de los profesionales clínicos, y en el artículo 12, se prevén los indicadores de seguimiento.

Toda intervención de la Administración de la Junta de Andalucía estará presidida por el criterio rector del interés superior de los menores, evitando en lo posible situaciones de indefensión. Primará el interés superior de los menores frente a cualquier otro interés legítimo.

Se reconoce el derecho de los menores con disconformidad de su identidad de género a desarrollarse física, mental, y socialmente en forma saludable y plena, así como en condiciones de libertad y dignidad. Ello incluye la determinación y el desarrollo de su propia identidad de género, y el derecho a utilizar libremente el nombre que hayan elegido. Para ello su padres, tutores o representantes legales con la expresa conformidad del menor, que será oído teniendo en cuenta los principios de aptitud y capacidad progresiva, y de acuerdo con lo estipulado en las leyes nacional y autonómica en vigor, facilitarán y colaborarán con la Administración autonómica a fin de garantizar los derechos de los menores reconocidos en el artículo 9 (documentación administrativa) y 15 (ámbito educativo). Se podrá recabar la intervención del Ministerio Fiscal, en defensa de los derechos de los menores, cuando por causa injustificada sea imposible tramitar las solicitudes a las que se refiere el artículo 9

Los menores sujetos de esta ley, tienen pleno derecho a recibir la atención sanitaria necesaria para garantizar el desarrollo equilibrado y saludable de su identidad de género, con especial atención en la etapa de la pubertad. La atención sanitaria que se les preste se hará de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor de la Junta de Andalucía, artículo 10, y en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica”⁶⁰.

¿Cómo afecta la ley a las personas jóvenes y mayores?

Según el artículo 20, “La Consejería competente en materia de juventud promoverá y difundirá el respeto a la libre orientación sexual y a la identidad de género, así como las buenas prácticas al respecto en el ámbito de la participación y asesoramiento juvenil”.

Respecto a las personas mayores, “tienen derecho a recibir del sistema de servicios públicos sociales de la Comunidad Autónoma de Andalucía una protección y atención integrales para la promoción de su autonomía personal y del envejecimiento activo, que les permita una vida digna e independiente y su bienestar social e individual, así como a acceder a una atención gerontológica adecuada a sus necesidades en los ámbitos sanitario, social y asistencial.

Tendrán derecho al acogimiento en residencias adecuadas a su identidad de género y a recibir un trato que respete su individualidad e intimidad y, especialmente, su identidad de género.

Se establecerán, actualizarán y difundirán protocolos de buenas prácticas en relación con los problemas específicos de identidad de género en la vejez, para su aplicación en servicios y centros de atención a las personas mayores de titularidad pública y privada”.

¿Qué medidas se establecen para la inserción laboral de personas transexuales?

Según el Informe Derechos humanos e identidad de género publicado en 2009, el 54% de las personas transexuales o transgénero en España están desempleadas. Algunas personas transexuales, especialmente las mujeres inmigrantes, son

⁶⁰ Artículo 19.

incapaces de encontrar trabajo y no ven más opción que la de trabajar en el mercado del sexo.

La nueva ley prevé que las políticas activas de ocupación tendrán entre sus objetivos fomentar la empleabilidad de las personas que manifiesten socialmente una identidad de género distinta de la asignada al nacer, e incluirán a las mismas en los programas de inserción laboral de los colectivos con especial dificultad en el acceso al empleo.

Reiteramos que, ninguna persona podrá ser objeto de discriminación, acoso, penalización o denegación de servicio con motivo de su identidad de género, según establece el artículo 6⁶¹.

Transexualidad en el ámbito educativo⁶² y atención social

Las actuaciones respecto a la identidad de género en el ámbito educativo se contemplan en los artículos 15 y 16 y los artículos 17 a 23 se dedican a la Atención social: medidas de inserción social (art. 17)⁶³; servicios de asesoramiento y apoyo (art. 18); principios para la atención, apoyo y protección de las víctimas, artículo 22 y el último precepto de la ley, artículo 23, al acceso a los servicios de apoyo y protección de víctimas de violencia de género.

⁶¹ Se dedica el Capítulo III de la Ley a la No discriminación en el ámbito laboral, artículos 13 y 14.

⁶² La Junta de Andalucía para garantizar los derechos fundamentales del alumnado transexual o con disconformidad de género en el sistema educativo andaluz ha elaborado un protocolo de actuación sobre identidad de género, que ha contado con la colaboración de la Asociación de Transexuales de Andalucía (ATA), que establece medidas para prevenir, detectar y evitar acciones discriminatorias en los centros sostenidos con fondos públicos.

El documento, presentado el 26 de junio por el Consejero de Educación, Cultura y Deporte, destaca que se caracteriza por su defensa de la igualdad y la equidad, aportar una respuesta “eficaz” y acorde con las necesidades del alumnado en este ámbito. Además, ha añadido que “no se podía dejar solo” a los estudiantes frente a problemas de integración, discriminación y rechazo.

Con la elaboración de este protocolo, “se ha definido cual debe ser la mejor forma de actuar e intervenir en el ámbito educativo, para que lo que se mira como un problema en las aulas deje de serlo”. El texto tiene como objetivo establecer orientaciones y pautas de intervención para una adecuada atención educativa al alumnado así como garantizar el libre desarrollo de su personalidad. Además, pretende facilitar procesos de inclusión, protección, sensibilización, formación y asesoramiento al alumnado, a sus familias y al profesorado.

Así, en los casos que se requiera, la comunidad educativa del centro escolar se dirigirá al alumno o alumna con el nombre que acuerde la familia con la dirección del colegio o instituto. También se adecuará la documentación administrativa del centro (listas de clase, boletín informativo de calificaciones, carnet de estudiante...) en aquellas situaciones en la que se estime conveniente, considerando el género con el que se siente identificado el alumno o la alumna. Además, se garantizará la libertad en el uso de la vestimenta con la que el estudiante se sienta identificado. Si en el centro es obligatorio vestir un uniforme diferenciado por sexos, se reconocerá el derecho del escolar a vestir con ropas o uniforme femenino o masculino, en función de la identidad de género manifestada.

Otra de las medidas previstas en el documento es que se eviten realizar actividades diferenciadas por sexo en los colegios y en los casos en el que centro no disponga de aseos o vestuarios unisex, se garantizará que el alumnado transexual tenga acceso a los aseos que le corresponda de acuerdo con su identidad de género.

Por último se afirma que el protocolo se ha desarrollado al amparo de un marco normativo andaluz “amplio y garantista” con la reciente aprobación en el Parlamento de la Ley integral para la no discriminación por motivos de identidad y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía y por la Ley de Educación de Andalucía. Avanzando que “el siguiente paso” es establecer el desarrollo normativo que concrete el marco específico para la atención a este alumnado. Por ello, se modificará la orden de 2011 que regula otros protocolos relativos a convivencia en los centros docentes sostenidos con fondos públicos, con lo que quedará “completamente garantizada la obligación del cumplimiento del protocolo” por parte de todos los centros públicos y concertados y en todas las etapas educativas.

⁶³ “Ninguna persona podrá ser excluida, por razón de su identidad de género, de los programas o recursos destinados por la Administración de la Junta de Andalucía para la inserción social de personas en situación de dificultad social o riesgo de exclusión”.

¿Qué otras medidas de integración se contemplan para evitar discriminación?

Al objeto de favorecer una mejor integración y evitar situaciones de sufrimiento por exposición pública o discriminación, la Comunidad Autónoma de Andalucía proveerá a toda persona que los solicite de las acreditaciones acordes a su identidad de género manifestada que sean necesarias para el acceso a sus servicios administrativos y de toda índole. Los trámites para la expedición de la documentación administrativa serán gratuitos, no requerirán intermediación y en ningún caso implicarán la obligación de aportar o acreditar cualquier tipo de documentación médica.

La expedición de estas acreditaciones no alterará la titularidad jurídica de los derechos y obligaciones que correspondan a la persona ni prescindirá del número del documento nacional de identidad siempre que este deba figurar. Cuando por la naturaleza de la gestión administrativa se haga necesario registrar los datos que obran en el documento nacional de identidad, se recogerán las iniciales del nombre legal, los apellidos completos y el nombre elegido por razones de identidad de género⁶⁴.

5. CONCLUSIONES

Para la vida de las personas transexuales resulta de gran relevancia la regulación jurídica del derecho a la identidad de género, práctica casi inexistente y de planteamiento muy reciente. No se puede olvidar que hasta el último cuarto del siglo XX no comienza a abordarse la cuestión, tanto en el ámbito internacional como nacional. En España las intervenciones quirúrgicas de reasignación de sexo, aun con el consentimiento del afectado, tienen carácter delictivo hasta 1983.

La tendencia ha sido incluir la protección de este derecho en cláusulas generales referidas al principio de igualdad de todas las personas y a elaborar regulaciones de enfoque medicalizado. En este sentido, se aprueba en nuestro país, la Ley 3/2007, de 15 de marzo, de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Su principal logro residió en permitir la modificación registral de la mención de sexo y el cambio de nombre sin necesidad de someterse a la cirugía de reasignación sexual. Requisito, que ante la falta de legislación, había venido exigiendo la jurisprudencia y cuya supresión se venía reclamando desde hacía tiempo. Sin embargo, a pesar de que suprimió la necesidad de cirugía, exige una serie de requisitos para el cambio legal de sexo, que evidencian el encasillamiento de la transexualidad como patología, con los efectos estigmatizadores que ello conlleva, y tampoco estos requisitos son formulados de forma coherente, a través de distintas excepciones, hay ocasiones en que ninguno de ellos es requerido en todos los supuestos. Por lo que si ninguno de ellos resulta completamente ineludible porqué la razón de las restricciones existentes.

Es por ello que esta norma presenta numerosas deficiencias y contradicciones, y sobre todo se perdió la oportunidad de realizar en la misma un abordaje integral. Sin olvidar que, la asunción de la cirugía de reasignación de sexo por parte de la sanidad pública no se excluye expresamente de la cartera de servicios financiados por la Seguridad Social, pero tampoco quedan expresamente incluidos, lo que viene provocando que se contemple únicamente con la cartera complementaria de servicios por varias Comunidades Autónomas, excluyéndose de la cartera de servicios comunes. Si bien alguna sentencia de los Tribunales Superiores de Justicia se ha pronunciado favorablemente a su inclusión.

⁶⁴ Artículo 9, de la Documentación administrativa.

En los últimos años han ido surgiendo iniciativas que se aproximan a la transexualidad desde la perspectiva de los derechos humanos, como es el caso en el ordenamiento jurídico español de las legislaciones aprobadas en las Comunidades Autónomas, elaboradas con el propósito de constituirse en leyes integrales, donde se reconoce el derecho a la identidad de género, se establecen medidas para prevenir y combatir la discriminación y se proporciona asistencia integral.

Observar por último que, la transexualidad, en su regulación particular, pone de manifiesto la necesidad de replantearse los conceptos de sexo y género, lo hace aún más si cabe cuando se le aplican normas no específicas en las que el género es un elemento clave. Toda la legislación promulgada en los últimos años para evitar discriminaciones por razón de género, incluido el caso de la violencia de género, se fundamentan en el carácter binario de este y en la protección de la mujer. ¿Puede la modificación registral conllevar que en un solo día se pueda pasar de ser considerado sujeto merecedor de protección a dejar de serlo?

BIBLIOGRAFÍA

AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. y MORANT MARCO, R., “Nombres propios, identidad y dignidad”, *Revista de Investigación Lingüística*, nº 15, 2012, pp. 161-185.

BASTERRA, V., RUIZ, R., TONI, M. REBOLÉ, A., PÉREZ DE MENDIOLA, Y., y FORGA, L., “Estudio descriptivo de la transexualidad en Navarra”, *An. Sis. Sanit. Navar.*, 2012, vol. 35, nº 3, septiembre-diciembre, pp. 455-460.

BECERRA-FERNÁNDEZ, A., “Transexualidad. La búsqueda de una identidad”, Madrid, 2003.

BELSUÉ GUILLORME, K., “Sexo, género y transexualidad: de los desafíos teóricos a las debilidades de la legislación española”, *Acciones e Investigaciones Sociales*, 29, julio 2011, pp. 7-32.

BELSUÉ GUILLORME, K., “La legislación en torno a la transexualidad en España: Avances, debilidades y paradojas”, *Feminismo/s* 19, junio 2012, pp. 211-234.

BENAVENTE MOREDA, P., “Identidad y contexto inmediato de la persona (identidad personal, el nombre de la persona, identidad sexual y su protección) (Ejemplar dedicado a: Identidad, derecho y política. Coord. López Castillo, A y Aguado Renedo, C.), *AFADUAM*, 17, 2013, pp. 105-161.

BENAVENTE MOREDA, P., “Orientación sexual e identidad de género y relaciones jurídico privadas”, *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 17, 2013.

BUSTOS MORENO, Y., “La transexualidad (De acuerdo a la ley 372007, de 15 de marzo), Madrid, 2008.

CAMPS MERLO, M., “Identidad sexual y Derecho. Estudio interdisciplinario del transexualismo”, Pamplona, 2007.

COLL-PLANAS, G. y MISSE, M. (directores), “El género desordenado”, Barcelona, 2010.

DE LA HERMOSA LORENCI, M., RODRIGUEZ VEGA, B. y POLO USAOLA, C., “Género binario y experiencia de las personas transexuales y trangénero”, *Norte de salud mental*, vol. XI, nº 45, 2013, pp. 13-22.

GÓMEZ-GILA, E.; ESTEVA DE ANTONIO, I.; ALMARAZ, M.C.; GODÁS SIESO, T.; HALERIN RABINOVICH, I.; SORIGUER ESCOFET, F. y Equipos de Identidad de Género de Andalucía y Cataluña, “Demanda de atención sanitaria en las unidades de identidad de género de Andalucía y Cataluña durante la década de 2000 a 2009”, *Revista Clínica Española*, 2011 (5), pp. 233-239.

GOOREN L., “El transexualismo, una forma de intersexo”, *Transexualidad. La búsqueda de una identidad* (Coordinador A. Becerra Fernández), Madrid, 2003, pp. 47-58.

GRAU PINEDA, C., “Nuevos horizontes para las personas transexuales: fantasía o realidad?”, *Aranzadi Social*, nº 5, 2007, pp. 1421-1433.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J., “Unas notas sobre el tratamiento jurídico-civil de la transexualidad en España”, Revista de Derecho UNED, núm. 11, 2012, pp. 477-498.

LÓPEZ-GALIACHO, J., “Reflexiones en torno a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 y 31 de enero de 2001 sobre el derecho al matrimonio del transexual”, Revista del Poder Judicial, nº 63, 2001, pp. 211-240.

LLOVERAS FERRER, M-R., “Una ley civil para la transexualidad”, InDret, enero 2008.

MARTÍNEZ GUZMÁN, A. y MONTENEGRO, M., “Producciones narrativas: Transitando conocimientos encarnados”, El género desordenado (directores G. Coll-Planas, G. y M. Misse), Barcelona, 2010.

NIETO PIÑEROBA, J.A., “Transexualidad, intersexualidad y dualidad de género”, Barcelona 2008.

NUBIOLA, J., “Invitación a pensar”, Madrid, 2009.

PÉREZ FERNÁNDEZ-FIGARES, K., “Historia de la patologización y despatologización de las variantes de género”, El género desordenado (directores G. Coll-Planas y M. Misse), Barcelona, 2010.

PLATERO MÉNDEZ, R., “Transexualidad y agenda política: una historia de (dis)continuidades y patologización”, Política y Sociedad, vol. 46, núm. 1-2, 2009, pp. 107-128.

ROVIRA LOSCOS, A., “Los estados intersexuales”, Transexualidad. La búsqueda de una identidad, (Coordinador A. Becerra Fernández), Madrid, 2003, pp. 33-41.

SANTOS MORÓN, M^a J., “Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor”, AFDUAM, 15, 2011, pp. 63-93.

TENA, F., “Sacudirse la tutela médica. Hacia la despatologización de la transexualidad”, Revista Andaluza de Antropología, nº 5, septiembre, 2013, pp. 35-65.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., “La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea”, Valencia, 2012.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., “Identidad: Derecho y género”, Tratado de Derecho de la Persona Física, Tomo 1, (Directora C. Gete-Alonso y Coordinadora J. Solé Resina), 2013, pp. 523-548.

VALPUESTA FERNÁNDEZ R. y SUMOY GETE-ALONSO, M., “La identidad sexual. La homosexualidad”, Tratado de Derecho de la Persona Física, tomo 1, (Directora C. Gete-Alonso y Coordinadora J. Solé Resina), 2013, pp. 551-571.

Casas Planes, M^a Dolores. La Responsabilidad Civil del empresario derivada de accidentes laborales: en especial por acoso moral o *mobbing* (novedades de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, *Reguladora de la Jurisdicción Social*). Ediciones Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2013.

FÁTIMA YÁÑEZ VIVERO

Profesora Titular de Derecho Civil. UNED (España)

No es, en absoluto, la primera vez que la autora de la monografía que se presenta a los largo de estas líneas se ocupa de un tema relacionado con la responsabilidad civil. Baste solo, a título de ejemplo, recordar trabajos de la Profesora Casas Planes, como “Antecedentes históricos de la responsabilidad civil del menor de edad y del incapaz, y la de sus guardadores: estudio comparativo de su criterio de imputación”, *ADC*, 61, 1, 2008; “Reflexión acerca del daño moral al enfermo psíquico derivado de actuaciones judiciales, y del funcionamiento anormal de la Administración Pública (Propuesta de *lege ferenda*)”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2, 2007; “Contribución de la víctima a la producción del daño: análisis jurisprudencial del supuesto de la víctima menor de edad e incapaz”, *Práctica derecho daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, 52, 2007; “La reparación y la responsabilidad civil *ex delicto* en la LO 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal del menor de edad, modificada por la LO 8/2006, de 4 de diciembre”, *Revista de derecho privado*, 91, 4, 2007; “La responsabilidad civil derivada del acto dañoso penalmente tipificado cometido por el menor de edad”, *Revista de estudios jurídicos*, 3, 2000; ó “Estudio de la responsabilidad civil personal de las autoridades, funcionarios y agentes de la Administración Pública: referencia a la responsabilidad patrimonial de la Administración por daños causados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”, *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor José González García*, 2012.

Y en el marco de este abundante patrimonio bibliográfico de la Prof. Casas Planes sobre responsabilidad civil, se erige, sin duda alguna, la monografía objeto de esta recensión. Y destaca, seguramente, porque tiene, entre otros muchos méritos, como bien recuerda el prologuista de la obra, el Prof. Martín Casals, el de acometer el estudio de algunos aspectos de la responsabilidad del empresario en conexión con otros instrumentos jurídicos al servicio de la reparación del daño como son, en este caso, las prestaciones de la Seguridad Social por accidente laboral o por enfermedad profesional. Yo añadiría, como otro de los muchos méritos relevantes de este trabajo, el del exhaustivo examen que realiza del supuesto de acoso moral o *mobbing*, tanto desde la prevención como desde el resarcimiento ante tribunales laborales, civiles y penales. Estamos, por tanto, ante una civilista que, partiendo del Derecho como un todo en el que no hay compartimentos estancos, no tiene miedo a afrontar un estudio global del problema, sin escatimar esfuerzos en el examen de cuestiones que exceden del ámbito estrictamente civil.

La primera parte del trabajo se destina a tratar la cuestión previa del orden jurisdiccional competente (civil o social) para conocer de una demanda empresarial por daños y perjuicios derivados de un accidente laboral, poniendo de manifiesto que la inveterada falta de uniformidad y de coherencia jurisprudencial y doctrinal en este tema ha concluido con el criterio unificador impuesto por la nueva Ley 36/2011, de 10 de octubre, *reguladora de la jurisdicción social* (en adelante LRJS), que ha venido a derogar el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se *aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral* (en adelante LPL). De tal modo que la nueva regulación parece dar solución, entre otras cuestiones, a los efectos perversos que la divergencia apuntada producía en el supuesto en el que el trabajador dependa de varios empleadores; en concreto, en el caso en el que el trabajador lo haya contratado

una subcontrata, sobre todo, en el ámbito de tanto peso económico y social como es el de la construcción. Así, el nuevo párrafo b del artículo 2 ha sido redactado para que también sea la Jurisdicción social la competente para conocer de la acción de responsabilidad cuando se dirige contra otras personas que no están ligadas contractualmente con el trabajador (como por ejemplo, el promotor y los directores técnicos).

La autora subraya, con especial intensidad, el criterio que cristaliza en el nuevo art. 96.2 LRJS 2011, consistente en la presunción de culpa del empresario en el incumplimiento de las medidas de seguridad existentes en el momento de producción de un accidente. Y, en la jurisprudencia, destaca la Profesora Casas, la STS de 30 de octubre de 2012 (RJ 2012\10721), de la que se puede desprender – aunque sea como pronunciamiento *obiter dictum* - una agravación en la diligencia debida por el empresario en el cumplimiento de su obligación empresarial de seguridad y salud.

Entiende la autora de esta monografía que el nuevo precepto ha sido, probablemente, permeable a causas de justicia, como es la base de la mayoría de las presunciones, o de probabilidades estadísticas. Lo cierto es que dicho cambio legal va a conllevar un acercamiento de la doctrina de la jurisdicción civil y social en lo que respecta al presupuesto del criterio de imputación de la culpa. Este criterio, en realidad, reafirma el carácter de obligación de resultado de las obligaciones empresariales de seguridad y salud.

La segunda parte de la obra se dedica a estudiar el interesante y debatido tema de la compatibilidad de las prestaciones a las que tiene derecho el trabajador que ha sufrido un accidente laboral (prestaciones de la Seguridad Social, mejoras, recargos, indemnización derivada de ilícito civil, etc.), teniendo presente, en todo momento, el significado del “principio de compatibilidad” que se desprende de los textos legales, y su coordinación con el “principio de indemnidad” o reparación integral de todo daño nacido de la responsabilidad civil, de tal modo que la víctima va a tener derecho a que le reparen todo daño patrimonial o moral sufrido, ni más ni menos, en orden a evitar el enriquecimiento injusto. La autora destaca que la realidad jurídica española contrasta con el panorama internacional (por ejemplo, Alemania, Estados Unidos y Reino Unido) en el que el sistema de prestaciones por accidente de trabajo elimina la reclamación civil frente al empresario, el cual parece apoyarse en el juicio empírico de que la ganancia preventiva derivada de conservar la acción civil contra el causante no es bastante para compensar los costes sociales de mantener y gestionar el sistema de responsabilidad civil en este sector. Pues si el sistema público no-fault (sin culpa) utiliza unas tarifas de aseguramiento experience-rated (pagadas por empresas en función de su historial y potencialidades de siniestralidad) dicho juicio empírico no es descabellado.

Como última reflexión de *lege ferenda* para concluir el capítulo III de esta segunda parte, la Prof. Casas se enfrenta a una cuestión no resuelta legalmente. En el caso en que el empresario sea responsable civil (por culpa) y sólo haya pagado a la víctima parte del daño, porque la otra parte la ha recibido de la Seguridad social, el interrogante que surge es el siguiente: ¿es justo que el empresario vea limitada su responsabilidad? Y si no es así, ¿en qué términos se podría plantear una posible solución jurídica? Para solucionar esta situación, la autora considera que se podría prever, de *lege ferenda*, que las Mutualidades gestoras que hayan pagado las prestaciones correspondientes a los subsidios por incapacidad transitoria o permanente, o por muerte pudieran repercutir contra el empresario lo pagado al trabajador, subrogándose en el lugar del trabajador accidentado. Recuerda la Prof. Casas que, incluso, se ha propuesto como reforma legal la que permitiera que el responsable civil abonara la indemnización por daños y perjuicios total (sin descontar las prestaciones de Seguridad Social), pero que el perjudicado

sólo recibiera la indemnización descontadas las prestaciones. La diferencia entre ambos montos iría a la Seguridad Social (TGSS o Mutua).

En último lugar, y sobre la base de las conclusiones y estudio realizado en los capítulos anteriores, aprovecha la autora para discernir si, antes de la reforma que acomete la LRJS 2011, determinadas modificaciones legales (entre otras, la Ley Orgánica 3/2007, *para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*) y ciertos avances jurisprudenciales influyeron en el tema de la obligación indemnizatoria derivada de los daños patrimoniales y/o morales causados por el acoso laboral o *mobbing*, sin obviar, naturalmente, la incidencia que en la actualidad tiene el acoso laboral en el ámbito de la Administración Pública.

Asimismo, en esta última parte de la obra se incide, especialmente, en el examen de las novedades legislativas que ha introducido la LRJS 2011 en dos temas que tienen como eje paradigmático la obligación indemnizatoria de la responsabilidad civil del empresario o trabajador por acoso moral y su compatibilidad con las prestaciones laborales que pueda recibir el trabajador: de un lado, se analizan los cambios de interés producidos en la regulación jurídica del proceso de tutela de los derechos fundamentales ex arts. 177 y siguientes en orden a la protección jurídica frente al acoso laboral, tratando entre otras cuestiones: la posibilidad legal de demandar ante la jurisdicción social no sólo al empresario, sino también al trabajador que produce el acoso a un compañero; la problemática de la cuestión probatoria diferenciando la prueba del acoso laboral de la del daño que deriva del acoso; el carácter íntegro de la sentencia cuyo contenido incluye siempre, al margen de la cesación de conducta, la declaración de la existencia de la vulneración alegada, etc., la debida reparación de los daños y perjuicios causados al trabajador, a la que el legislador en el art. 183 LRJS ha revestido de una función “ejemplarizante” o disuasoria, respaldada, en realidad, por las Directivas comunitarias, verbigracia la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento europeo y del Consejo de 5 de julio, *relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación*. En este sentido, sostiene la autora que dicha obligación de reparación se reviste de una función satisfactiva o de desagravio a la víctima, pero no punitiva o sancionadora, pese al reconocimiento que, sin embargo, esta última función, está teniendo en legislaciones de países de nuestro entorno europeo, y de tanta influencia en nuestra normativa, como es la francesa, tal y como lo refleja la Proposición de Ley de reforma de la responsabilidad civil de 2010.

De otro lado, más allá de la protección del acoso por el proceso de tutela de los derechos fundamentales ante la jurisdicción social, se aborda la evolución jurisprudencial y legislativa que ha experimentado la compatibilidad de la obligación indemnizatoria y las prestaciones laborales a las que puede tener derecho el trabajador accidentado, tanto por la reforma de la antigua LPL por la LOI 2007, como, la más completa que introduce el art. 182.3 LRJS que reconoce de modo explícito la compatibilidad de la obligación indemnizatoria con la prestación laboral que derive, no sólo de la extinción del contrato ex art. 50 ET, sino de “otros supuestos regulados en el ET”, como es el la que derivaría de estimar el acoso laboral como un accidente laboral.

Con todos estos mecanismos de tutela y reparación del daño, parece cada vez menos probable que suceda aquello que observó el Psicólogo sueco, Heinz Leymann, encargado de popularizar el *mobbing* en los años 80, que reflejamos a continuación: *en las sociedades de nuestro mundo occidental, altamente industrializado, el lugar de trabajo constituye el último campo de batalla en el que una persona puede matar a otra sin ningún riesgo de llegar a ser procesada ante un tribunal*.

La monografía de la Profesora Casas Planes se integra, como no podía ser de otro modo, en un escenario de intenso y extenso desarrollo de un nuevo Derecho de Daños que cristaliza, en Europa, en los conocidos *Principles of European Tort Law* o en el *Draft Common Frame of Reference*. Y en este marco, quien escribe esta humilde recensión echa de menos, en la obra, una mayor atención a la responsabilidad del empresario por el acoso sufrido por uno de sus trabajadores e infligido por parte de otro u otros trabajadores. Es la denominada *responsabilidad por otros* de la que se hacen eco textos europeos como el art. 6:103 de los *PETL*. Claro que ocuparse también, *in extenso*, de este tema, bien podría hacer desbordar la bañera y derramar el precioso y preciado contenido de una monografía que, sin duda alguna, contribuirá a enriquecer las bibliotecas jurídicas europeas en este particular ámbito del saber jurídico.

En fin, la responsabilidad civil del empresario por accidente laboral es una manifestación más del correlato *libertad-responsabilidad*; y, puesto que todo ejercicio de la libertad supone responsabilidad, la mayor parte de los hombres – como decía el gran George Bernard Shaw - le temen tanto... Y le temen porque la libertad no es un don sino una carga, la carga de asumir el haz de responsabilidades que lleva aparejada la libertad de ejercer cualquier actividad empresarial.

