



CERTIFICACIÓN DE ACUERDO RELATIVO A INFORME

Acto que se certifica: Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 20 de abril de 2022, por el que se ha aprobado el siguiente:

INFORME AL ANTEPROYECTO DE LEY PARA LA IGUALDAD REAL Y EFECTIVA DE LAS PERSONAS TRANS Y PARA LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGTBI

I. ANTECEDENTES

1.- Con fecha 17 de diciembre de 2021, procedente de la Secretaría de Estado de Justicia del Ministerio de Justicia, ha tenido entrada en el Consejo General del Poder Judicial, a efectos de la evacuación del correspondiente informe, conforme a lo dispuesto en el artículo 561.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el Anteproyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. Asimismo, al amparo de lo previsto en el artículo 561.2 LOPJ, se solicita la emisión del informe con carácter urgente, en el plazo improrrogable de quince días. El texto remitido viene acompañado de la correspondiente Memoria del Análisis de Impacto Normativo del Anteproyecto (MAIN en adelante).

2.- La Comisión Permanente del Consejo, en su reunión del día 29 de diciembre de 2021, designó Ponentes de este informe a los Vocales Wenceslao Francisco Olea Godoy, María Ángeles Carmona Vergara y Clara Martínez de Careaga.

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CGPJ

3.- La función consultiva del Consejo General del Poder Judicial a que se refiere el artículo 561 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en la redacción dada a dicho precepto por la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio), tiene por objeto los anteproyectos de leyes y disposiciones generales que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el citado precepto legal, a "*[n]ormas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales*" y "*cualquier otra cuestión que el Gobierno, las Cortes*



Generales o, en su caso, las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas estimen oportuna” (apartados 6 y 9 del art. 561.1 LOPJ).

4.- El parecer que le corresponde emitir al Consejo General del Poder Judicial sobre el anteproyecto de Ley remitido (el APL o el Anteproyecto, en adelante) deberá limitarse a las normas sustantivas o procesales que en él se incluyen específicamente, evitando cualquier consideración sobre cuestiones ajenas al Poder Judicial o al ejercicio de la función jurisdiccional que éste tiene encomendada. Asimismo, resulta relevante que este órgano constitucional exprese su parecer, también, sobre los aspectos del anteproyecto que afecten a derechos y libertades fundamentales, en razón de la posición prevalente y de la eficacia inmediata de que gozan por disposición expresa del artículo 53 de la Constitución. En este punto debe partirse especialmente de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, en su condición de intérprete supremo de la Constitución, cuyas resoluciones dictadas en todo tipo de procesos constituyen la fuente directa de interpretación de los preceptos y principios constitucionales, vinculando a todos los Jueces y Tribunales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.1 de la LOPJ.

5.- En línea con lo expuesto, debe significarse que el anteproyecto que se informa tiene por objeto establecer el marco normativo estatal desde donde se garanticen los derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, transexuales e intersexuales (en adelante, LGTBI). Como tal, dado su objeto y finalidad, está estrechamente relacionado con principios y derechos de raigambre constitucional, como los contenidos en los artículos 10.1, 14, 15, 18.1 y 39 de la Constitución. Por otra parte, habida cuenta de su carácter transversal, se proyecta sobre sectores del ordenamiento vigente, introduciendo las modificaciones exigidas por el contenido normativo que el prelegislador ha diseñado, incidiendo, en particular, en leyes de naturaleza procesal. Siendo así, la función consultiva de este órgano constitucional se fundamenta con claridad en el ordinal sexto del artículo 561.1 LOPJ.

6.- Sin perjuicio de lo anterior, y con arreglo al principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el Consejo General del Poder Judicial ha venido indicando la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones relativas, en particular, a cuestiones de técnica legislativa o de orden terminológico, con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos y, por consiguiente, a su efectiva aplicabilidad en los procesos judiciales, por cuanto son los órganos jurisdiccionales quienes, en última instancia, habrán de aplicar posteriormente las normas sometidas a informe de este Consejo, una vez aprobadas por el órgano competente.



III. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO OBJETO DE INFORME

7.- El Anteproyecto que se informa está integrado por una Exposición de Motivos, setenta y nueve artículos, tres disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y veinticuatro disposiciones finales, estructurados y rubricados, todos ellos, con un título indicativo del contenido o la materia a la que se refieren, como sigue:

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

TÍTULO PRELIMINAR

Disposiciones generales

TÍTULO I

Actuación de los poderes públicos

CAPÍTULO I

Criterios y líneas generales de actuación de los poderes públicos y órgano de participación ciudadana

CAPÍTULO II

Políticas públicas para promover la igualdad efectiva de las personas LGTBI

Sección 1ª. Estrategia Estatal para la Igualdad de Trato y No Discriminación de las Personas LGTBI.

Sección 2ª. Medidas en el ámbito administrativo.

Sección 3ª. Medidas en el ámbito laboral.

Sección 4ª. Medidas en el ámbito de la salud.

Sección 5ª. Medidas en el ámbito de la educación.

Sección 6ª. Medidas en el ámbito de la cultura, el ocio y el deporte.

Sección 7ª. Medidas en el ámbito de la publicidad, los medios de comunicación social e internet.

Sección 8ª. Medidas en el ámbito de la familia, la infancia y la juventud.

Sección 9ª. Medidas en el ámbito de la acción exterior y la protección internacional.

TÍTULO II

Medidas para la igualdad real y efectiva de las personas trans

CAPÍTULO I

Rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas

CAPÍTULO II



Políticas públicas para promover la igualdad real y efectiva de las personas trans

Sección 1.ª Líneas generales de actuación de los poderes públicos para promover la igualdad real y efectiva de las personas trans.

Sección 2.ª Medidas en el ámbito laboral para promover la igualdad real y efectiva de las personas trans

Sección 3.ª Medidas en el ámbito de la salud para promover la igualdad real y efectiva de las personas trans.

Sección 4.ª Medidas en el ámbito educativo para promover la igualdad real y efectiva de las personas trans.

TÍTULO III

Protección efectiva y reparación frente a la discriminación y la violencia por LGTBIfobia

CAPÍTULO I

Medidas generales de protección y reparación

CAPÍTULO II

Medidas de asistencia y protección frente a la violencia basada en la LGTBIfobia

CAPÍTULO III

Protección de los derechos de personas LGTBI especialmente vulnerables

TÍTULO IV

Infracciones y sanciones

Disposición adicional primera. Actualización de la cuantía de las sanciones.

Disposición adicional segunda. Normas no aplicables para la rectificación de la mención registral relativa al sexo.

Disposición adicional tercera. Prácticas, eventos y competiciones deportivas.

Disposición transitoria primera. Régimen transitorio de procedimientos.

Disposición transitoria segunda. Solicitudes de rectificación registral de la mención relativa al sexo en tramitación.

Disposición derogatoria única.

Disposición final primera. Modificación del Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil.

Disposición final segunda. Modificación de la Ley 21/1987, de 11 de Noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción.



Disposición final tercera. Modificación de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal

Disposición final cuarta. Modificación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso- administrativa.

Disposición final quinta. Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Disposición final sexta. Modificación de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social.

Disposición final séptima. Modificación del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

Disposición final octava. Modificación de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

Disposición final novena. Modificación de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud.

Disposición final décima. Modificación de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo.

Disposición final décimo primera. Modificación de la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte.

Disposición final décimo segunda. Modificación de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

Disposición final décimo tercera. Modificación de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

Disposición final décimo cuarta. Modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

Disposición final décimo quinta. Modificación del Texto Refundido de la Ley de Empleo, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre.

Disposición final décimo sexta. Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

Disposición final décimo séptima. Modificación del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

Disposición final décimo octava. Modificación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Disposición final décimo novena. Referencias normativas.

Disposición final vigésima. Título competencial.



Disposición final vigésimo primera. Modificación del Reglamento Penitenciario.

Disposición final vigésimo segunda. Adaptaciones de normativa sanitaria.

Disposición final vigésimo tercera. Habilitación para el desarrollo reglamentario.

Disposición final vigésimo cuarta. Entrada en vigor.

IV. CONSIDERACIONES GENERALES

a) Sobre el fundamento jurídico del Anteproyecto informado.

8.- El anteproyecto abre su Exposición de motivos señalando que «*[e]l objetivo de la presente ley es desarrollar y garantizar los derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, transexuales e intersexuales (en adelante, LGTBI) erradicando las situaciones de discriminación, para asegurar que en España se pueda vivir la diversidad afectiva, sexual y familiar con plena libertad*», que vincula, en el ámbito nacional, con el artículo 14 de la Constitución Española, que proclama el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social; con el artículo 10 de la misma, que establece *“la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social”*; y con el artículo 9.2 de la misma, que recoge *“la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, y también de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud”*. Esta misma fundamentación se incluye en la MAIN que acompaña al texto anteproyectado, al analizar la oportunidad de la propuesta (apartado 2.1) y al realizar el análisis jurídico del texto proyectado (apartado 4.1).

9.- Asimismo, destaca la MAIN, al tratar de la congruencia con el Ordenamiento jurídico español (apartado 4,3) que «*[l]a norma es congruente con el ordenamiento jurídico interno, en tanto en cuanto constituye un desarrollo necesario del principio de igualdad formal y real previsto en la Constitución Española, y se halla en consonancia con el principio de no discriminación, en su vertiente de interdicción de esta en materia de orientación sexual e identidad de género, así declarado por el Tribunal Constitucional (STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ.4).*»



10.- El Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto de forma reiterada que existe discriminación cuando dos casos sustancialmente iguales son tratados de manera diferente sin razón bastante que justifique esa diferencia de trato, y que el sexo en sí mismo no puede ser motivo de trato desigual, ya que la igualdad entre ambos sexos está reconocida expresamente por el art. 14 de la Constitución. Así se puso de manifiesto, por ejemplo, en la Sentencia 207/1987, de 22 de diciembre (ECLI:ES:TC:1987:207), en la que declaró la vulneración del artículo 14 CE por mantener la subsistencia del derecho al retiro anticipado de las Auxiliares de Vuelo femeninos y no de los Auxiliares de Vuelo masculinos.

11.- Igualmente, de la doctrina del Tribunal Constitucional se desprende que ha de entenderse englobada en el ámbito del artículo 14 CE cualquier discriminación por razón de identidad sexual, presencia de disforia de género o por razones de orientación sexual. En la STC 176/2008, de 22 de diciembre (FJ 7) (ECLI:ES:TC:2008:176) -posteriormente ratificada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), Sentencia P.V. c. España, de 30 de noviembre de 2010-, con ocasión de la determinación del régimen de visitas de un progenitor transexual, se puso de manifiesto *«[q]ue lo que en modo alguno resulta constitucionalmente admisible es presumir la existencia de un riesgo de alteración efectiva de la personalidad del menor por el mero hecho de la orientación sexual de uno u otro de sus progenitores. Ello implica que la adopción de una decisión judicial consistente en suprimir, suspender o limitar el derecho de comunicación de los padres con sus hijos menores con fundamento, de forma principal o exclusiva, en la transexualidad del padre o de la madre, deba calificarse como una medida discriminatoria proscrita por el art. 14 CE»*. El mismo criterio se mantuvo en la sentencia 198/2012, de 6 de noviembre, (ECLI:ES:TC:2012:198) al analizar la cuestión de la adopción por parte de las parejas homosexuales.

12.- Junto al derecho fundamental a la igualdad, el texto proyectado incide en la dignidad de las personas, cuya salvaguarda es la justificación última de un Estado constitucional como el establecido en la Constitución de 1978. A ella se refieren, junto con la Exposición de motivos, diferentes artículos (3.4, 46, 77.4) y la MAIN, en la que se afirma que *«se pretende dar cumplimiento al artículo 10.1 de la Constitución, que considera la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y de la paz social»* (página 3).

13.- La especial vinculación con el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE) ya se había puesto de relieve en la Exposición de motivos de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención



relativa al sexo de las personas (Ley 3/2007), al indicar que dicha norma se trata de *«una respuesta del legislador para que la inicial asignación registral del sexo y del nombre propio puedan ser modificadas, con la finalidad de garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de las personas cuya identidad de género no se corresponde con el sexo con el que inicialmente fueron inscritas»*.

14.- La Sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio (ECLI:ES:TC:2019:99), que declaró inconstitucional el artículo 1.1 de la Ley 3/2007 -y sobre la que se volverá en las consideraciones particulares del presente informe-, puso de manifiesto, y así se recoge en la Exposición de motivos del texto proyectado, que la rectificación de la mención registral del sexo y el correlativo cambio de la constancia registral del nombre implica la adopción de decisiones con eficacia jurídica sobre la identidad de la persona: *«[L]a propia identidad, dentro de la cual se inscriben aspectos como el nombre y el sexo, es una cualidad principal de la persona humana. Establecer la propia identidad no es un acto más de la persona, sino una decisión vital, en el sentido que coloca al sujeto en posición de poder desenvolver su propia personalidad. Cualquiera que se vea obligado a vivir a la luz del Derecho conforme a una identidad distinta de la que le es propia sobrelleva un lastre que le condiciona de un modo muy notable en cuanto a la capacidad para conformar su personalidad característica y respecto a la posibilidad efectiva de entablar relaciones con otras personas»*.

15.- Resulta oportuno recordar que, como ha destacado el TEDH, el concepto de "vida privada" incluye no solo la integridad física y mental de la persona, sino que también puede comprender aspectos de la identidad física y social del individuo. Así, elementos como la identidad de género, el nombre, la orientación sexual y la vida sexual caen dentro de la esfera personal protegida por el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que respecto de las personas transgénero implica un derecho a la autodeterminación, de modo que la libertad de definir la propia identidad sexual constituye uno de los elementos esenciales básicos del derecho garantizado en el art. 8 CEDH como derecho de las personas transgénero a su desarrollo personal y a la seguridad física y moral (STEDH asunto A.P. Garçon y Nicot contra Francia, de 6 de abril de 2017).

16.- Expuesto lo anterior, debe significarse que, en lo que al fundamento jurídico del anteproyecto se refiere, y atendido su objeto y contenido, éste no se encuentra exclusivamente en el desarrollo del derecho fundamental a la igualdad declarado en el artículo 14 CE y en el principio constitucional al libre desarrollo de la personalidad a que se refiere el artículo 10.1 CE,



proyectados sobre la esfera de la libre determinación de los sujetos que forman el ámbito subjetivo de aplicación de la ley (personas lesbianas, gais, trans, bisexuales e intersexuales, así como de sus familias, cfr. artículo 1.1), sino que alcanza igualmente al derecho fundamental a la intimidad personal (18.1 CE), dado que, de manera análoga a lo que puso de manifiesto la sentencia del TC 99/2019, de 18 de julio -sobre la que después se volverá-, el texto incide en una circunstancia relativa al círculo más interno de la persona cual es la falta de equivalencia entre el sexo atribuido al nacer, recogido en el Registro civil, y el que un individuo percibe como suyo, lo que constituye una de esas circunstancias particularmente relevantes que la persona tiene derecho a proteger del conocimiento ajeno, sin que trascienda al conocimiento público. Así lo puso de manifiesto la citada STC 99/2019 indicando que la regulación analizada en la cuestión de inconstitucionalidad «[...] tanto afecta al derecho a la intimidad, por exponer al público circunstancias que el sujeto puede pretender reservadas, como condiciona la autonomía personal por no poder desenvolver la vida propia y las relaciones sociales conforme a la identidad de género que se siente como propia. Y ambos detrimentos revisten una particular intensidad por recaer en aspectos especialmente conectados con la dignidad humana como los relativos a la propia identidad».

b) Sobre la posible alternativa a la unicidad del anteproyecto de Ley.

17.- En el apartado 2.3 de la MAIN (páginas 14 y 15) se analizan las posibles alternativas sobre las disposiciones de la norma proyectada en los siguientes términos:

«Una alternativa habría sido modificar diferentes textos legales de forma independiente, en lo que afecten a la discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales. Sin embargo, se ha considerado más conveniente recoger en una norma específica, con un enfoque integral, el conjunto de medidas para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

De esta forma, se evita la posible dispersión normativa que provocaría la regulación de esta materia en un amplio número de normas. Además, se visibiliza en mayor medida y se da relevancia al sujeto político históricamente discriminado, el colectivo LGTBI. En definitiva, se respetan en mayor medida los principios de buena regulación contemplados en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento



Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Ello sin perjuicio de la necesidad de modificar las leyes sectoriales que sean precisas para adecuar nuestro ordenamiento jurídico a lo dispuesto en esta ley de ley. Estas modificaciones se abordan en las disposiciones finales de la norma.

Por otra parte, cabe recordar que en el año 2000 se aprobaron dos importantes Directivas, que sentaron las bases del derecho antidiscriminatorio en la Unión Europea: por un lado, la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, que aborda tal principio en el ámbito del empleo, del acceso al bienestar social y a la seguridad social, y del acceso a los bienes y servicios, y por otro lado la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que pretende luchar contra las discriminaciones basadas en la religión o convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual en el ámbito del empleo.

Estas Directivas fueron transpuestas al ordenamiento jurídico español mediante la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que establece un marco legal general para combatir la discriminación, con particular incidencia en el ámbito del empleo. No obstante, la experiencia acumulada desde la aprobación de dicho marco ha puesto de manifiesto la necesidad de contar con una norma específica que aborde la discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales, y que lo haga en todos los ámbitos sociales de relevancia. Esta clase de discriminación opera de forma específica y, por lo tanto, requiere de instrumentos específicos para su prevención y erradicación.

Por otra parte, el propósito inicial consistió en la elaboración de dos normas diferenciadas, una que regulara con carácter general todos los aspectos comunes relativos a la garantía de la igualdad efectiva y los derechos de todas las personas LGTBI y otra que regulara los aspectos específicos que requiere la garantía de los derechos de las personas trans. Sin embargo, con posterioridad se consideró que, aun manteniendo esa necesaria doble vertiente de la regulación, razones de economía procesal abogaban por tramitar una única norma que abarcara ambas dimensiones.»



18.- El anteproyecto tiene, por tanto, la explícita y decidida vocación de constituir el marco vertebrador del régimen jurídico de la tutela y garantía de la igualdad de quienes se encuentran incluidos en su ámbito subjetivo de aplicación, configurándose como el instrumento normativo desde cuyo núcleo irradian y se proyectan las disposiciones que contiene hacia los diversos ámbitos y parcelas del ordenamiento que han de verse alcanzados por el objeto y finalidad de la norma proyectada.

19.- En este sentido, guarda gran similitud con diferentes anteproyectos que recientemente han sido objeto de informe por parte de este órgano constitucional. A modo de ejemplo pueden citarse el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual o el Anteproyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Al igual que se hiciera en los informes a los referidos anteproyectos, se ha de poner de manifiesto que este carácter integral y transversal somete al texto proyectado al mismo riesgo del que participan todas aquellas leyes y disposiciones que nacen con la idea de servir de marco integrador y que tienen, como inherente a esa característica, un efecto transversal, y que no es otro que el de dar lugar a solapamientos y duplicidades normativas, con el subsiguiente perjuicio de la seguridad jurídica que ello conlleva.

20.- En esta línea, y sin perjuicio de lo que posteriormente se pondrá de manifiesto en las consideraciones particulares sobre el articulado, se advierte que el contenido de la Sección 4ª del capítulo II de Título I APL, dedicada a las medidas en el ámbito de la salud, presenta aspectos coincidentes con disposiciones recogidas en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS), como ocurre con los artículos 16, 18 y 19.4 APL, relativos a la formación de los profesionales de la sanidad, en relación con algunas de las previsiones recogidas, respectivamente, en los artículos 18, apartado 14, y 18, apartado 1, y 4, apartado 6 LGS.

21.- Idéntica afirmación puede formularse respecto del contenido de la Sección 5ª del capítulo II de Título I del anteproyecto, referida a las “[m]edidas en el ámbito de la educación”, que presenta aspectos concurrentes con la vigente Ley Orgánica 2/2006, de Educación (LOE), en la redacción dada por la L.O. 3/2020, de 29 de diciembre.

22.- Respetando la legítima decisión del prelegislador, que ha optado por recoger en una norma específica, con un enfoque integral, el conjunto de medidas para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, ha de llamarse la atención



sobre la existencia de estas concurrencias e incidencias, que deberían evitarse en buena técnica normativa y en beneficio de la seguridad jurídica, sin que la pluralidad de disposiciones normativas vigentes y aplicables, con aspectos concurrentes, vaya a dejar de existir tras la promulgación de la ley proyectada. Tal y como está concebido el texto objeto de informe, lejos de coadyuvar a la conjunción normativa, propicia una mayor dispersión, al introducir en nuestro Ordenamiento un nuevo texto legal que ha de convivir con los ya vigentes, y que habrá de solaparse con las disposiciones contenidas en las leyes sobre igualdad, educación, publicidad, deporte o sanidad, entre otras.

23.- De forma similar a lo que este órgano constitucional puso de manifiesto en relación con el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, una alternativa plausible que clarificaría el panorama legislativo consistiría en reducir el contenido normativo de la ley proyectada a aquellos aspectos nucleares, troncales y autónomos específicamente referidos a alcanzar la igualdad real y efectiva de las personas transexuales y la garantía de los derechos de las personas LGTBI que sean diferenciables del contenido propio de las distintas leyes vigentes con ámbitos concurrentes con la proyectada, y trasladar e introducir en estas, a través de la propia ley proyectada, las modificaciones pertinentes traídas por el especial tratamiento que haya de darse a las personas incluidas en el ámbito de aplicación de la ley, más allá del específico de la materia y objeto de las diferentes disposiciones legales, tal y como se hace a través de las disposiciones finales que modifican los diferentes cuerpos legales actualmente vigentes que han de verse afectados por la normativa proyectada.

24.- Análogas observaciones han sido formuladas por este órgano constitucional con ocasión de informar otros anteproyectos legislativos y, conforme a ellas, cabe plantear al prelegislador la duda acerca de si por los efectos derivados de este tipo de textos legislativos de carácter integral y transversal no se propicia una excesiva atomización del ordenamiento jurídico, donde determinados colectivos pasan a ostentar un régimen privilegiado de protección, al margen del régimen general aplicable al resto de ciudadanos, con notable detrimento del principio de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley.

25.- Junto a esta reflexión ha de ponerse de manifiesto que la configuración de un régimen específico de protección reforzada, independiente y ajeno al régimen de protección general, e incluso del régimen de protección específico de otros colectivos, determina la existencia de ciertas y notables ventajas generadoras de posibles situaciones de discriminación en relación con el resto



de ciudadanos y con otros colectivos que ya ostentan o que pudieran ser merecedores de idéntica protección reforzada.

26.- Así, por ejemplo, como se expondrá con detalle al tratar de la disposición final cuarta del anteproyecto, que modifica la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LRJCA), adicionando un nuevo párrafo j) en el artículo 19,1, el texto anteproyectado viene a conferir una notable preferencia y una superior legitimación a la defensa de los derechos e intereses de las personas víctimas de discriminación por orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales frente a la reconocida para la defensa del derecho de igualdad de trato entre mujeres y hombres tal cual fue introducida por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

27.- Este mismo efecto generador de posibles situaciones discriminatorias se observa, también a título de ejemplo, en relación con el deporte, toda vez que ni el artículo 26 ni la disposición final décimo primera del Anteproyecto contemplan la necesidad de evitar que la práctica de actividades deportivas pueda suponer la discriminación de mujeres deportistas, generando situaciones de desigualdad en el ámbito de las competiciones deportivas femeninas, lo que se pone todavía más de relieve, como se verá, al regular los efectos de las resoluciones de modificación de la mención registral relativa al sexo (artículo 41). Y en esa misma línea ejemplificativa, se aprecia también en las medidas previstas en el ámbito administrativo, en concreto en la contratación administrativa y en el acceso al empleo público (artículos 11 y 12).

28.- Se quiere decir con ello que la ley anteproyectada, si bien responde a la loable finalidad de establecer un marco normativo que garantice la igualdad y evite la discriminación de las personas sometidas a su ámbito de aplicación, contempla medidas de actuación pública y políticas públicas, y contiene determinadas previsiones, que propician el, sin duda, indeseado efecto de generar situaciones de discriminación positiva y, por tanto, de discriminación, por lo general indirecta, de aquellas personas no contempladas en su ámbito subjetivo de aplicación, especialmente significativa respecto de las mujeres, que contradicen los postulados derivados del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE, y se contienen singularmente en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.



29.- Lo anteriormente expuesto lleva a someter a la consideración del prelegislador la conveniencia de reflexionar sobre el riesgo de atomización normativa al que se ha hecho referencia con el establecimiento de estatutos jurídicos particulares, y sobre el fundamento de la decisión de abordar en una norma legal independiente el derecho a la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI y de sus familias, con la subsiguiente configuración de un estatuto jurídico propio de este colectivo. Y, en fin, invitar al prelegislador a reflexionar acerca de si el tratamiento normativo por el que, dentro de su margen legítimo de actuación, ha optado, con el pretendido carácter integral y transversal, es adecuado, necesario y proporcionado al fin perseguido, es decir, a la evitación de la discriminación de las personas LGTBI, sin que esta opción legislativa tensione o lesione otros principios y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, en particular, la igualdad y la seguridad jurídica.

30.- De este modo, resultando constitucionalmente legítima la finalidad de garantizar y promover el derecho a la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI y de sus familias, resultaría sumamente conveniente, teniendo en cuenta estas consideraciones, reflexionar acerca del cumplimiento de "*la triple condición de (i) adecuación de la medida al objetivo propuesto (juicio de idoneidad); (ii) necesidad de la medida para alcanzar su objetivo, sin que sea posible su logro a través de otra más moderada con igual eficacia (juicio de necesidad) y (iii) ponderación de la medida por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)*", (por todas, STC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 5, ECLI:ES:TC:2019:64). Juicio de proporcionalidad que, como más adelante se verá, es especialmente relevante cuando se trata de establecer el régimen jurídico de la modificación de la mención registral relativa al sexo de las personas.

30 bis.- Por otra parte, cabe sugerir al prelegislador que valore la necesidad de que algunos de los preceptos del texto informado tengan rango de ley orgánica al ser su finalidad esencial desarrollar el principio de igualdad - recogido en el artículo 14 de la Constitución- en relación con las personas LGTBI, y al afectar al derecho a la intimidad consagrado en el artículo 18.1 CE, así como a otros derechos fundamentales y constitucionales. En esta valoración habrá de tenerse presente la doctrina constitucional sobre la reserva de ley orgánica derivada del artículo 81 de la CE, sobre la colaboración internormativa entre ley orgánica y ley ordinaria y sobre la concurrencia de materias estrictas sujetas a la reserva de ley orgánica y materias conexas.



31.- Para concluir estas consideraciones generales cabe añadir que para la debida salvaguarda del principio de seguridad jurídica, y por exigencias de calidad normativa, se hace deseable una mayor concreción en la norma proyectada de aspectos esenciales, como las consecuencias en el matrimonio derivadas de la transexualidad, la fijeza del estado civil o, como más adelante se verá, la clarificación de los derechos tras la reversión de la mención registral del sexo tras una modificación anterior.

c) Sobre los títulos competenciales que amparan la formulación del anteproyecto de ley .

32.- La disposición final vigésima, relativa a los títulos competenciales, establece en su apartado primero que la Ley se dicta al amparo de las competencias exclusivas atribuidas al Estado por los títulos competenciales recogidos en los artículos 149.1.1.ª, 2.ª, 3.ª, 5.ª, 6.ª, 7.ª, 8.ª, 16.ª, 17.ª, 18.ª, 27.ª y 30.ª de la Constitución Española, en cuanto atribuyen al Estado competencias exclusivas para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales; extranjería; relaciones internacionales; Administración de Justicia; legislación penal, penitenciaria y procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las comunidades autónomas; legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las comunidades autónomas; legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las comunidades autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan; bases y coordinación general de la sanidad; legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas; bases del régimen jurídico de las administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas, el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las comunidades autónomas, legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas; normas básicas del régimen de prensa, radio y televisión y, en general, de todos los medios de comunicación social, sin perjuicio de las facultades que en su desarrollo y ejecución correspondan a las comunidades autónomas; regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia.



33.- Pues bien, respecto de esta previsión sobre los títulos competenciales que habilitan al prelegislador a dictar la norma anteproyectada cabe señalar, en primer lugar, que la concreción del título competencial con arreglo al cual se dicta la norma adolece de la debida identificación de aquel o aquellos títulos que en concreto sirven de título habilitante a de los distintos preceptos del texto proyectado, por lo que la misma no se acomoda a las exigencias de la doctrina del Consejo de Estado y de la jurisprudencia, por lo que sería aconsejable, de acuerdo a dicha doctrina, que se precisaran los preceptos que se dictan al amparo de los ordinales 1º, 2º, 3º, 5º, 6º, 7º, 8º, 16º, 17º, 18º, 27º y 30º del artículo 149.1 CE.

34.- En cuanto al título contenido en el artículo 149.1.1ª CE, la doctrina jurisprudencial recuerda (cfr. SSTC 16/2018, de 22 de febrero [ECLI: ECLI:ES:TC:2018:16] y 32/2018, de 12 de abril [ECLI: ECLI:ES:TC:2018:32]) que este título competencial *«lo que contiene es una habilitación normativa para que el Estado condicione –mediante, precisamente, el establecimiento de unas condiciones básicas uniformes– el ejercicio de esas competencias autonómicas con el objeto de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales (SSTC 173/1998, de 23 de julio, FJ 9, 178/2004, de 21 de octubre, FJ 7), lo que convierte en estos supuestos el enjuiciamiento de las leyes autonómicas a la luz del artículo 149.1.1ª CE en un análisis de constitucionalidad mediata (STC 94/2014, de 12 de junio), que comienza con la identificación de la ley estatal que, dictada en ejercicio de la competencia atribuida por el artículo 149.1.1ª, va a operar como parámetro de constitucionalidad (...).»*.

35.- La misma doctrina constitucional ha precisado también, sobre la caracterización general del título competencial dimanante del artículo 149.1.1ª que el mismo (i) es un título autónomo, habilitante: *«Constituye un título competencial autónomo, positivo o habilitante, constreñido al ámbito normativo, lo que permite al Estado una "regulación", aunque limitada a las condiciones básicas que garanticen la igualdad, que no el diseño completo y acabado de su régimen jurídico (...).»* STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 7 b); (ii) no es un título prohibitivo ni residual: *«No debe ser entendido como una prohibición de divergencia autonómica, ni tampoco como un título residual»* [STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 7 b)]; (iii) no es un título horizontal: *«No puede operar como una especie de título horizontal, capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento por el mero hecho de que pudieran ser reconducibles, siquiera sea remotamente, hacia un derecho o deber constitucional.»* [STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 7 b)]; (iv) no habilita el establecimiento de un régimen jurídico completo: *«Con la finalidad*



de establecer las condiciones básicas ex art. 149.1.1 CE para garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos, el Estado no puede pretender alterar el sistema de reparto competencial. Así lo entendimos en la STC 148/2012, de 5 de julio, FJ 4, cuando afirmamos que, amparado sólo en este título competencial (el art. 149.1.1 CE), "el legislador estatal no puede establecer el régimen jurídico completo de la materia, regulación acabada que corresponde, con el límite de tales condiciones básicas de dominio estatal, a poder público que corresponda según el sistema constitucional de distribución de competencias [STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 7 b)]"» [STC 173/2012, de 15 de octubre, FJ 5 a)]; (v) no es excluyente del ejercicio de competencias autonómicas, pero puede incidir en su eficacia: «El art. 149.1.1 C.E., más que delimitar un ámbito material excluyente de toda intervención de las Comunidades Autónomas, lo que contiene es una habilitación para que el Estado condicione -mediante, precisamente, el establecimiento de unas "condiciones básicas" uniformes- el ejercicio de esas competencias autonómicas con el objeto de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales. En suma, si el Estado considerara necesario establecer en el futuro esas condiciones básicas y al dictarlas éstas entraran en contradicción con preceptos de leyes autonómicas en vigor, éstos últimos quedarían automáticamente desplazados por aquéllas» (STC 173/1998, de 23 de julio, FJ 9); y (vi) la mera invocación del art. 149.1.1º no sostiene una impugnación, por cuanto es necesario precisar la "condición básica" afectada ya que, como señala la STC 109/2003, de 5 de junio, FJ 17: «[t]ampoco se enuncian por parte del Abogado del Estado los preceptos legales concretos de la normativa estatal que contienen la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales que se dicen vulnerados, es notorio que este Tribunal carece de canon de referencia para realizar el juicio de constitucionalidad que aquella representación procesal le solicita, lo que nos impide apreciar si se ha conculcado el contenido primario de algún derecho o las posiciones jurídicas fundamentales relativas al mismo». En igual sentido, STC 98/2004, de 25 de mayo, FJ 9 e, inequívocamente, la STC 247/2007, de 12 diciembre, FJ 17: «[n]uestra doctrina entiende que no puede invocarse en abstracto, como motivo de inconstitucionalidad, la vulneración del art. 149.1.1 CE, sino que ha de aducirse en cada caso, como parámetro, la "condición básica" del ejercicio del derecho constitucional que se considere infringida.»

36.- Con independencia de los títulos habilitantes invocados, debe tenerse en cuenta que la norma proyectada ha de convivir con la numerosa legislación autonómica dictada en materia de garantía de los derechos de las personas trans y LGTBI, y que ha de servir de parámetro de constitucionalidad de la



normativa autonómica. En este examen, cabe recordar, con la STC 100/2020, de 22 de julio, citada, que en un supuesto de inconstitucionalidad mediata – y eventualmente sobrevenida-, declaró que *«para apreciar que la norma impugnada incurre en este tipo de inconstitucionalidad es preciso, como reiteradamente ha declarado el Tribunal, que concurren dos condiciones: la primera, que la norma estatal que se considera infringida por la ley autonómica sea básica, en el doble sentido material y formal, y la segunda, que la contradicción entre ambas normas, estatal y autonómica, sea efectiva e insalvable por vía interpretativa (entre otras, SSTC 39/2014, de 11 de marzo, FJ 3; 82/2017, de 22 de junio, FJ 5; 109/2017, de 21 de septiembre, FJ 2; 161/2019, de 12 de diciembre, FJ 6; y STC 16/2020, de 28 de enero, FJ 3).»* Y en el contraste entre la norma estatal y autonómica habrá de tener como guía los criterios contenidos, entre otras, en las ya aludidas SSTC 16/2018, 32/2018 y 43/2018.

V. CONSIDERACIONES PARTICULARES SOBRE EL CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO

A) TÍTULO PRELIMINAR (DISPOSICIONES GENERALES) Y TÍTULO I (ACTUACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS)

a) Consideraciones particulares sobre el Título Preliminar

37.- El artículo 1 del anteproyecto, sobre el "[o]bjeto" de la ley, dispone, en sus tres apartados, i) que la ley tiene por objeto garantizar y promover el derecho a la igualdad real y efectiva de las personas lesbianas, gais, trans, bisexuales e intersexuales (en adelante, LGTBI), así como de sus familias (apartado 1); ii) que, a estos efectos, establece los principios de actuación de los poderes públicos, regula derechos y deberes de las personas físicas y jurídicas, tanto públicas como privadas, y prevé medidas específicas destinadas a la prevención, corrección y eliminación, en los sectores público y privado, de toda forma de discriminación, así como al fomento de la participación de las personas LGTBI en todos los ámbitos de la vida social y a la superación de los estereotipos que afectan negativamente a la percepción social de estas personas (apartado 2); y iii) que, asimismo, regula el procedimiento y requisitos para la rectificación registral relativa al sexo y, en su caso, nombre de las personas, así como sus efectos, y prevé medidas específicas derivadas de dicha rectificación en los sectores público y privado (apartado 3).



38.- En este precepto, con el que se abre el articulado, se advierte que la norma proyectada, como ha quedado expuesto, tiene la explícita y decidida vocación de constituir el marco vertebrador del régimen jurídico de la tutela y garantía de la igualdad de quienes se encuentran incluidos en su ámbito subjetivo de aplicación, con un carácter integral y transversal, configurándose como el marco normativo desde cuyo núcleo irradian y se proyectan las disposiciones que contiene hacia los diversos ámbitos y parcelas del ordenamiento que han de verse alcanzados por el objeto y finalidad de la norma proyectada.

39.- Como explica la MAIN que acompaña al texto remitido, en su página 12, *«[l]a ley parte de un enfoque integral, e incluye medidas destinadas a prevenir y eliminar la discriminación en todos los ámbitos de la vida social: administrativo, laboral, de la salud, de la educación, de la cultura, el ocio y el deporte, de la publicidad, los medios de comunicación social e internet, de la familia, la infancia y la juventud, y de la acción exterior y la protección internacional.»*

40.- El artículo 2 APL, bajo la rúbrica de “[á]mbito de aplicación”, establece que “[e]sta ley será de aplicación a toda persona física o jurídica, de carácter público o privado, que resida, se encuentre o actúe en territorio español, cualquiera que fuera su nacionalidad, origen racial o étnico, religión, domicilio, residencia, edad, estado civil o situación administrativa, en los términos y con el alcance que se contemplan en esta ley y en el resto del ordenamiento jurídico”.

41.- En cuanto a las personas físicas o jurídicas que actúen en territorio español, dado que, como se ha indicado, el anteproyecto incluye medidas en el ámbito de los medios de comunicación social y de internet, resultaría sumamente conveniente que el prelegislador delimitara adecuadamente esta referencia a la *actuación en territorio español*, teniendo en cuenta que dicha actuación puede provenir del ámbito digital y por tanto estar realizándose fuera de España pero produciendo efectos en territorio español.

42.- En relación con el artículo 3 del Anteproyecto, que recoge un listado de definiciones, partiendo de la libertad de configuración de que dispone el prelegislador, resultaría deseable dotar a los distintos textos legales de un tratamiento unitario, de manera que el listado de definiciones que acertadamente se incorpora en los mismos lo sea, bien como parte del articulado, como ocurre en el texto objeto de informe, bien como anexo, como por ejemplo se ha previsto en el Anteproyecto de Ley de eficiencia digital del servicio público de justicia, por la que se transpone al ordenamiento



jurídico español la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades.

43.- Asimismo, resultaría conveniente que en relación con el término "intersexualidad", a que se refiere el apartado 6 del artículo 3, definiéndola como *"la condición de aquellas personas nacidas con unas características biológicas, anatómicas o fisiológicas; una anatomía sexual; unos órganos reproductivos o un patrón cromosómico que no se corresponden con las nociones socialmente establecidas de los cuerpos masculinos o femeninos"*, se valorase cohonestar esta definición incorporada al anteproyecto con la recogida en el diccionario de la Real Academia de la Lengua: *"[c]ualidad por la que el individuo muestra, en grados variables, caracteres sexuales de ambos sexos"*.

b) Consideraciones particulares sobre el Título I: Actuación de los poderes públicos

44.- El título I, rubricado "[A]ctuación de los poderes públicos", se encuentra dividido en dos capítulos en los que se recogen, respectivamente, los "[c]riterios y líneas generales de actuación de los poderes públicos y órgano de participación ciudadana" y las "[p]olíticas públicas para promover la igualdad efectiva de las personas LGTBI", abarcando los artículos 4 a 37, ambos inclusive.

45.- Se aprecia enseguida que el esquema de este título del anteproyecto guarda una gran similitud con el de otros textos legales recientemente informados por este órgano constitucional, como el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual o el Anteproyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, conteniendo gran parte del articulado que conforma este título disposiciones de carácter programático, algunas de las cuales se reducen a enunciados normativos meramente descriptivos, sin contenido jurídico propiamente dicho, esto es, sin un concreto mandato normativo. Y en otros casos, el enunciado normativo carece de verdadera virtualidad y sustantividad, limitándose a reproducir en sus proposiciones facultades o derechos que ya están reconocidos en otras normas.

46.- El artículo 10 APL, dedicado a la "Estrategia Estatal para la Igualdad de Trato y No Discriminación de las Personas", que se define como el instrumento principal de colaboración territorial para el impulso, desarrollo y



coordinación de las políticas y los objetivos generales establecidos en esta ley, prevé que su aprobación corresponde al Consejo de Ministros.

47.- Al respecto, es oportuno recordar que conforme al artículo 5,1, k) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, dentro de las funciones que corresponden al Consejo de Ministros, como órgano colegiado del Gobierno, se encuentra la de “[e]jercer cuantas otras atribuciones le confieran la Constitución, las leyes y cualquier otra disposición”, y que el artículo 24.1.d) de la misma Ley, al tratar de la forma y jerarquía de las disposiciones y resoluciones del Gobierno de la Nación y de sus miembros califica de “Acuerdos del Consejo de Ministros” a las decisiones de dicho órgano colegiado que no deban adoptar la forma de Real Decreto. Por ello, se sugiere cohonestar la previsión del artículo 10.1 del Anteproyecto con lo dispuesto en el artículo 24.1.d) de la Ley 50/1997.

48.- El artículo 11 APL, en el que se recoge con carácter imperativo que las administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, y de acuerdo con la legislación en materia de contratación pública, incorporarán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares condiciones especiales de ejecución o criterios de adjudicación dirigidos a la promoción de la igualdad de trato y no discriminación por razón de las causas establecidas en esta ley, siempre que exista vinculación con el objeto del contrato, supone un claro ejemplo de la afectación o incidencia del anteproyecto en normas vigentes, que repercute en el principio de seguridad jurídica, sugiriéndose por ello al prelegislador la incorporación de esta previsión, de mantenerse, a la Modificación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, a que se dedica la disposición final décimo octava del texto proyectado, así como la expresión en la Exposición de Motivos, o al menos en la MAIN, de la finalidad perseguida y la razón de ser de la referida previsión normativa. Debe incidirse, por otra parte, en que esta disposición constituye un ejemplo de discriminación positiva, con su correlativo efecto de discriminación indirecta respecto de las mujeres, en los términos indicados en las consideraciones generales, por lo que se sugiere al prelegislador que reconsidere su inclusión en el texto anteproyectado, al menos tal y como está contemplada.

49.- Por lo que respecta al contenido de la Sección 4ª del capítulo II de Título I APL, dedicada a las medidas en el ámbito de la salud, se observa la necesidad de cohonestar su contenido con las disposiciones vigentes en este ámbito, en particular, con las recogidas en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS). Así, a modo de ejemplo, puede señalarse que los artículos 16 y 19.4 APL, al referirse a la formación de los profesionales de la



sanidad, guardan conexión con previsiones como las recogidas en el artículo 18, apartado 14, LGS, que incluye dentro de la competencia de las Administraciones públicas la mejora y adecuación de las necesidades de formación del personal al servicio de la organización sanitaria, y con el artículo 104, apartado 6, LGS, que obliga a las Administraciones públicas competentes en educación y sanidad a promover la revisión permanente de las enseñanzas en el campo sanitario para la mejor adecuación de los conocimientos profesionales a las necesidades de la sociedad española, así como a favorecer la formación interdisciplinar en Ciencias de la Salud y la actualización permanente de conocimientos.

50.- Del mismo modo, al incluir el artículo 16 APL la referencia a la investigación de las necesidades sanitarias específicas de las personas LGTBI, ha de ponerse esta referencia en conexión con el artículo dieciocho, apartado 15 LGS, que incluye dentro del ámbito de actuación de las Administraciones públicas competentes "*[e]l fomento de la investigación científica en el campo específico de los problemas de salud, atendiendo a las diferencias entre mujeres y hombres*".

51.- Idéntica afirmación puede hacerse respecto del contenido del artículo 18 del Anteproyecto (educación sexual y reproductiva), que no puede desconocer que el artículo 18, apartado 1, LGS se refiere de manera específica a la adopción sistemática de acciones para la educación sanitaria como elemento primordial para la mejora de la salud individual y comunitaria, comprendiendo la educación diferenciada sobre los riesgos, características y necesidades de mujeres y hombres, y la formación contra la discriminación de las mujeres.

52.- Del mismo modo, resulta oportuno traer a colación el artículo 10 de la LGS, que incluye como derechos de todos frente a las distintas administraciones públicas sanitarias el derecho al respeto de la personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que pueda producirse discriminación por el origen racial o étnico, por razón de género y orientación sexual, de discapacidad o de cualquier otra circunstancia personal o social.

53.- Estos ejemplos de concordancias normativas dan lugar a evidentes solapamientos normativos y a la correspondiente dispersión normativa con incidencia en el principio de seguridad jurídica.

54.- Si bien merece una mención especialmente favorable la prohibición de terapias de conversión que se recoge en el artículo 17 del anteproyecto, dentro de la Sección 4ª, dedicada a las medidas en el ámbito de la salud, que



prohíbe la práctica de métodos, programas y terapias de aversión, conversión o contracondicionamiento, en cualquier forma, destinados a modificar la orientación o identidad sexual o la expresión de género de las personas, ha de llamarse la atención sobre el ámbito de la misma, toda vez que alcanza incluso a aquellas situaciones en las que se cuenta con el consentimiento de la persona interesada o de su representante legal.

55.- Esta circunstancia prevista por el prelegislador genera aún más inquietud toda vez que la contravención de este mandato se configura como infracción muy grave en el artículo 77.4 d) APL, haciendo referencia expresa, nuevamente, a la ausencia de todo efecto al respecto del consentimiento prestado por la persona afectada.

56.- De manera categórica hemos de afirmar que la privación de los efectos del consentimiento que recoge el anteproyecto resulta sumamente cuestionable por cuanto constituye una injustificada restricción de la capacidad de obrar de las personas y ello aun cuando cabría plantearse la legitimidad de la irrelevancia del consentimiento de las personas menores de edad. Por ello, encontrándonos ante la prestación de un consentimiento libre de una persona mayor de edad, como manifestación del libre arbitrio de la persona -«*manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente*», en palabras del Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española-, no puede reputarse como legítima la previsión de privación de los efectos del consentimiento.

57.- El reconocimiento de la personalidad jurídica, entendida como el reconocimiento por el Derecho de la existencia y esencia de la persona y de su aptitud para ser sujeto, activo y pasivo, de relaciones jurídicas –es decir, de la aptitud en abstracto para ser titular de derechos y obligaciones concretos-, es inherente al reconocimiento de la personalidad, como cualidad jurídica que se adquiere con el nacimiento y se prolonga hasta el fallecimiento de la persona. Consustancial al reconocimiento de la personalidad jurídica es el reconocimiento de la capacidad jurídica, entendida, en su acepción tradicional, como la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, titularidad que ha de predicarse de toda persona por el hecho de gozar de personalidad jurídica. A su vez, dentro de la personalidad jurídica pueden diferenciarse la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, entendida esta última como la aptitud, no ya para ser titular de relaciones jurídicas, de derechos y obligaciones, sino para el ejercicio de dichos derechos y obligaciones y, por tanto, para realizar actos y negocios jurídicos con plena eficacia.



58.- A tal efecto, y toda vez que el proyectado artículo 17, e indirectamente el artículo 77.4 d) APL, al negar validez al consentimiento de la persona afectada, configura en la ley una injustificada restricción de la capacidad de obrar de las personas, sumamente cuestionable, como ya hemos indicado, de ello deriva además la necesidad de justificar debidamente la privación de efectos del consentimiento, en particular de la persona mayor de edad, dado que la MAIN (página 17) se refiere a esta prohibición limitándose a reiterar el contenido del artículo proyectado y, en el apartado 7.6, al valorar el impacto en la infancia y la adolescencia, afirmando que "*[e]sta prohibición será especialmente beneficiosa para las personas menores de edad y jóvenes LGTBI, especialmente vulnerables a este tipo de prácticas*" (página 48). Por consiguiente, este Consejo muestra su disconformidad con la prohibición de las terapias de conversión que contempla en anteproyecto cuando se cuenta con el consentimiento del afectado.

59.- En otro orden de cosas, se sugiere la sustitución de la palabra "contracondicionamiento" que no figura en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, siguiendo lo dispuesto en la Resolución de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa, que exige que la redacción de los textos ha de seguir las normas gramaticales y ortográficas de la Real Academia Española y su Diccionario.

60.- El artículo 19 del Anteproyecto, que lleva por rúbrica "[a]tención sanitaria integral a personas intersexuales", dispone lo siguiente:

"1. La atención sanitaria a las personas intersexuales se realizará conforme a los principios de autonomía, codecisión y consentimiento informado, no discriminación, asistencia integral, calidad, especialización, proximidad y no segregación, desde un enfoque despatologizador.

Se asegurará, en todo caso, el respeto de su intimidad y la confidencialidad sobre sus características físicas, evitando las exploraciones innecesarias o la exposición del paciente sin un objetivo diagnóstico o terapéutico directamente relacionado.

2. Se prohíben todas aquellas prácticas de modificación genital en personas menores de 12 años, salvo en los casos en que las indicaciones médicas exijan lo contrario en aras de proteger la salud de la persona. En el caso de personas menores entre 12 y 16 años, solo se permitirán dichas prácticas a solicitud de la persona menor



siempre que, por su edad y madurez, pueda consentir de manera informada a la realización de dichas prácticas.

3. Las administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, impulsarán protocolos de actuación en materia de intersexualidad que garanticen, en la medida de lo posible, la participación de las personas menores de edad en el proceso de adopción de decisiones, así como la prestación de asesoramiento y apoyo, incluido el psicológico, a personas menores de edad intersexuales y sus familias.

En particular, antes del inicio de cualquier tratamiento que pudiera comprometer su capacidad reproductora, las personas intersexuales se garantizará que las personas intersexuales cuenten con la posibilidad real y efectiva de acceder a las técnicas de congelación de tejido gonadal y de células reproductivas para su futura recuperación en las mismas condiciones que el resto de personas usuarias.

4. Las administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, garantizarán una formación suficiente, continuada y actualizada del personal sanitario, que tenga en cuenta las necesidades específicas de las personas intersexuales.”

61.- En relación con este precepto se ha de dirigir la atención a lo dispuesto en el artículo 1, apartado 2, de la Ley General de Sanidad, que reconoce el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria, sin distinciones, a todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional, y en el apartado 4 de este artículo primero de la LGS, que ordena que las políticas, estrategias y programas de salud han de integrar activamente en sus objetivos y actuaciones el principio de igualdad entre mujeres y hombres, evitando que, por sus diferencias físicas o por los estereotipos sociales asociados, se produzcan discriminaciones entre ellos en los objetivos y actuaciones sanitarias. Se observa, por tanto, nuevamente, la necesidad de dotar de un tratamiento jurídico unitario a las cuestiones recogidas en el texto proyectado conexas con aquellas que ya son objeto de regulación en la normativa vigente.

62.- Desde el punto de vista de técnica normativa, se sugiere la sustitución del término “despatologizador” en el artículo 19.1 APL, dado no se recoge en el Diccionario de la Real Academia.

63.- Especial mención merece la posibilidad de llevar a efecto prácticas de modificación genital en personas con edad entre 12 y 16 años, que el anteproyecto condiciona únicamente a la solicitud de la persona menor siempre que, por su edad y madurez, pueda consentir de manera informada a la realización de dichas prácticas. Sobre esta previsión habrán de



proyectarse las mismas consideraciones que posteriormente se harán en relación con el necesario control en sede jurisdiccional de las condiciones de madurez suficiente y de estabilidad en la situación de transexualidad de los menores de dieciséis años.

64.- La Sección 5ª del capítulo II de Título I del anteproyecto se dedica a las “[m]edidas en el ámbito de la educación”, en las que, al igual que se ha puesto de manifiesto en relación con otros ámbitos, surgen aspectos concurrentes con la legislación vigente, en particular, con la Ley Orgánica 2/2006, de Educación (LOE), a la que se refieren o remiten los artículos 20 y 21 del texto proyectado, de donde deriva la conveniencia de coordinar ambas regulaciones.

65.- Según se recoge en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE), en la misma se *“adopta un enfoque de igualdad de género a través de la coeducación y fomenta en todas las etapas el aprendizaje de la igualdad efectiva de mujeres y hombres, la prevención de la violencia de género y el respeto a la diversidad afectivo-sexual, introduciendo en educación secundaria la orientación educativa y profesional del alumnado con perspectiva inclusiva y no sexista”*. A tal efecto, la referida Ley modificó el apartado k) del artículo 23 de la LOE para incorporar en la educación secundaria obligatoria el desarrollo de capacidades que permitan a los estudiantes “[c]onocer y aceptar el funcionamiento del propio cuerpo y el de los otros, respetar las diferencias, [...]” y “[c]onocer y valorar la dimensión humana de la sexualidad en toda su diversidad”.

66.- Dentro de la sección 5ª ha de destacarse que el artículo 21 APL, al tratar de los “[d]eberes de las administraciones educativas”, incluye en su apartado 1 b) promover la puesta en marcha de protocolos de prevención del acoso y ciberacoso escolar, teniendo en cuenta el acoso por LGTBIfobia, en el marco de lo dispuesto en los artículos 121 y 124 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo.

67.- Como se indicó en el informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, aprobado por el Pleno de este órgano constitucional el 25 de febrero de 2021, la importancia de contar con estos protocolos en el ámbito escolar ha sido puesta de manifiesto en diferentes ocasiones por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, por ejemplo, en las Sentencias de 5 de noviembre de 2020, dictada en el recurso nº 10144/2020 (ECLI:ES:TS:2020:3751), o de 17 de octubre de 2019, dictada en el recurso 10202/2019 (ECLI:ES:TS:2019:3204).



68.- A la vista del contenido del artículo 21 del Anteproyecto se sugiere valorar la conveniencia de modificar, a través de la correspondiente disposición final, el apartado quinto del artículo 124 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, introducido por la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, a fin de coherente el contenido de ambas leyes, estableciendo, junto al plan de convivencia recogido en el citado artículo 124, una referencia a la elaboración de protocolos específicos de prevención del acoso y ciberacoso escolar, teniendo en cuenta el acoso por LGTBIfobia.

69.- La sección 6ª del capítulo II de Título I APL lleva por rúbrica “[m]edidas en el ámbito de la cultura, el ocio y el deporte” y se abre con el artículo 25, que se dedica a las medidas en el ámbito de la cultura y el ocio, en el que se recoge como obligación de las Administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, la de adoptar las medidas pertinentes al objeto de d) “[f]omentar el conocimiento y la correcta aplicación del derecho de admisión para que las condiciones de acceso y permanencia en los establecimientos abiertos al público, así como el uso y disfrute de los servicios que en ellos se prestan, en ningún caso puedan restringirse a las personas LGTBI”.

70.- La norma, según la redacción recogida en el texto proyectado, configura una suerte de privilegio para las personas LGTBI que quedarían excluidas de las reglas generales de aplicación del derecho de admisión, como medida cuya finalidad no se alcanza a comprender, y que se alejaría del objetivo principal de garantizar la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI en el ámbito de la cultura y el ocio. Dado que nada se dice en la Exposición de motivos, resulta clarificadora la MAIN, en la que esta medida se explica únicamente para “la correcta aplicación del derecho de admisión” (página 18). Por ello, se ha de llamar la atención sobre la conveniencia de modificar la redacción del apartado d) del artículo 25 del Anteproyecto. Asimismo, en los términos expuestos en las consideraciones generales, y de manera análoga a lo indicado en relación con el artículo 11 APL, se ha de incidir nuevamente en que nos encontramos ante una previsión normativa que constituye un ejemplo de discriminación positiva, con su correlativo efecto de discriminación indirecta respecto de las mujeres.

71.- En el artículo 26 APL, “[d]eporte, actividad física y educación deportiva”, el prelegislador introduce la obligación dirigida a las Administraciones públicas de promover, a través de la adopción de una serie de medidas, y en el marco establecido en la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte, y su normativa de modificación para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia, que la



práctica deportiva y la actividad física se realicen con pleno respeto al principio de igualdad de trato y no discriminación por las causas establecidas en esta ley.

72.- De forma paralela, la disposición final décimo primera del anteproyecto modifica la referida Ley 19/2007, introduciendo, entre otros aspectos, un nuevo párrafo f) en el apartado 1 del artículo 1, y con ello un nuevo objetivo perseguido por esta Ley, en los siguientes términos:

«f) Eliminar la LGTBIfobia, la discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales, así como garantizar el principio de igualdad de trato de las personas lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales en el deporte. A estos efectos se entiende por homofobia, bifobia y transfobia y discriminación de las personas LGTBI de forma directa e indirecta, toda distinción, exclusión, o restricción basada en motivos de orientación e identidad sexual o expresión de género que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales o atentar contra su dignidad o su integridad física o psíquica o de crearle un entorno intimidador, hostil, degradante, humillante, ofensivo o molesto en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.»

73.- Si bien merece una valoración positiva la inclusión en la norma proyectada de la referencia a que la práctica deportiva y la actividad física se realicen con pleno respeto al principio de igualdad de trato y no discriminación, ha de sugerirse al prelegislador la necesidad de introducir en la norma objeto de informe las cautelas necesarias a fin de evitar que la práctica de actividades deportivas pueda suponer la discriminación de mujeres deportistas, atendida la realidad de la diferencia de las condiciones físicas existentes, y la superioridad física de la mujer transexual frente a la que no lo es, como circunstancia generadora de situaciones de desigualdad en el ámbito de las competiciones deportivas femeninas. Sobre este aspecto se incidirá posteriormente al examinar el artículo 41 APL y la regulación proyectada relativa a los efectos de la resolución que acuerde la rectificación de la mención registral del sexo.

74.- Esta misma previsión habría de tenerse en cuenta en relación con el contenido de la Ley 19/2007, cuya modificación se contempla en la disposición final décimo primera del anteproyecto.



75.- La Sección 7ª del capítulo II de Título I se dedica a las “[m]edidas en el ámbito de la publicidad, los medios de comunicación social e internet”, respecto de la que la MAIN dice (página 18) que *«[e]n el ámbito de la publicidad, medios de comunicación social e internet, se establece un mandato para los poderes públicos para fomentar, en los medios de comunicación de titularidad pública y en los que perciban subvenciones o fondos públicos, la sensibilización y el respeto a la diversidad sexo-afectiva familiar y para eliminar los contenidos que puedan incitar al odio, la discriminación o la violencia por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales»*.

76.- El artículo 27.2 del anteproyecto prevé que “[d]e acuerdo con la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, es publicidad ilícita la comunicación publicitaria que contenga elementos de discriminación por razón de las causas establecidas en esta ley”.

77.- Cumple recordar que el Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 26 de julio de 2021, prevé en su disposición final tercera la modificación del artículo 3 a) de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, incorporando, entre otros extremos, la previsión de que se reputará ilícita “[...] cualquier forma de publicidad que coadyuve a generar violencia o discriminación en cualquiera de sus manifestaciones sobre las personas menores de edad, o fomenta estereotipos de carácter sexista, racista, estético o de carácter homofóbico o transfóbico o por razones de discapacidad”, por lo que se pone de manifiesto la necesidad de cohesionar ambas regulaciones proyectadas.

78.- Al respecto, ha de tenerse presente que es el artículo 3 de la Ley 34/1988 el que, bajo el título “[p]ublicidad ilícita”, contiene los elementos normativos de este concepto, correspondiendo a los Juzgados de lo Mercantil, conforme a lo dispuesto en el artículo 86 ter.2 a) LOPJ, conocer de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a publicidad.

79.- Por ello, como en otras ocasiones se ha puesto de manifiesto por parte de este órgano constitucional, atendida la definición recogida en el apartado 2 del artículo 27 del Anteproyecto y la recogida en la disposición final tercera del Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, en aras de garantizar debidamente el principio de seguridad jurídica -“entendido en su sentido más básico como claridad y certeza del Derecho” (por todas, STC 131/2020, de 22 de septiembre, ECLI:ES:TC:2020:131)-, resultaría



sumamente conveniente, una vez cohonestados ambos textos, su incorporación en los mismos términos al artículo 3 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, y, en su caso, al Anteproyecto de Ley General de Comunicación Audiovisual, que tiene por objeto “[...] regular la comunicación audiovisual de ámbito estatal, así como la prestación del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma” (artículo 1.1), el cual se encuentra actualmente en tramitación a fin de incorporar al Derecho español la Directiva (UE) 2018/1808¹ del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018, por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual).

80.- El artículo 29 APL, incluido dentro de la citada Sección 7ª, se refiere a las “[m]edidas de protección contra el ciberacoso” en los siguientes términos:

“Las administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, adoptarán las medidas necesarias para prevenir y erradicar el ciberacoso por razón de las causas establecidas en esta ley, así como para sensibilizar sobre el mismo, sin perjuicio de sus posibles consecuencias penales, prestando especial atención a los casos de ciberacoso en redes sociales a las personas menores de edad y jóvenes LGTBI.

Los servicios públicos de protección y de ciberseguridad desarrollarán campañas de concienciación en materia de ciberseguridad y prevención del ciberacoso para la ciudadanía, así como protocolos especiales de atención en casos de ciberacoso a las personas menores de edad y jóvenes LGTBI.”

81.- Al respecto, explica la MAIN que «[...] se prevé que las administraciones públicas adopten las medidas necesarias para prevenir, sensibilizar y erradicar el ciberacoso por las razones contempladas en la presente ley, especialmente en los casos de ciberacoso en redes sociales a personas menores y jóvenes LGTBI” (página 18), y que “[a]l acoso LGTBIfóbico tradicional se añade el acoso a través de internet o ciberacoso, que encuentra un lugar preferente de expansión en las redes sociales, especialmente virulento porque la persona atacante se ampara en el anonimato.» (página 48).

¹ DOCE núm. 303, de 28 de noviembre de 2018.



82.- Merece una favorable acogida la preocupación mostrada por el prelegislador sobre el fenómeno del ciberacoso, al que se alude en diferentes preceptos del texto anteproyectado. Así sucede en el artículo 21, al tratar de los deberes de las administraciones educativas, en el artículo 22, al abordar la formación en el ámbito docente y educativo, y en el transcrito artículo 29 APL.

83.- Desde el punto de vista penal, ha de recordarse que el Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 26 de julio de 2021, cuyo Anteproyecto fue objeto del informe aprobado en el Pleno de este órgano constitucional celebrado el 25 de febrero de 2021, prevé la introducción de una relevante modificación en la tipificación en el artículo 172 ter CP del delito de acoso o *stalking*, incorporado al Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, al eliminar el requisito de que la conducta típica «altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana» y sustituirlo por el de que «altere de cualquier modo el desarrollo de su vida cotidiana».

84.- Como ha puesto de relieve la jurisprudencia, el delito tipificado en el artículo 172 ter CP venía a ser una consecuencia del Convenio de Estambul, que obligaba al Estado a tipificar el acoso como «*comportamiento amenazador contra otra persona que lleve a ésta a temer por su seguridad*».

85.- La jurisprudencia había interpretado este delito como «*un delito de resultado en la medida en que se exige que las referidas conductas causen directamente una limitación trascendente en alguno de los aspectos integrantes de la libertad de obrar del sujeto pasivo, ya sea en la capacidad de decidir, ya en la capacidad de actuar según lo ya decidido*» (STS de 12 de julio de 2017, ECLI:ES:TS:2017:2819).

86.- El legislador exigía, de este modo, como resultado típico la producción de una alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana de la víctima, delimitando así el ámbito de lo penalmente sancionado de lo que pudieran considerarse meras molestias o incomodidades. Como afirmó la STS del Pleno de la Sala Segunda de 8 de mayo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:1647), «*la persistencia insistente de esas intrusiones nutre el desvalor del resultado hasta rebasar el ámbito de lo simplemente molesto y reclamar la respuesta penal que el legislador ha previsto. Se exige implícitamente una cierta prolongación en el tiempo; o, al menos, que quede patente, que sea apreciable, esa voluntad de perseverar en esas acciones intrusivas, que no se perciban como algo puramente episódico o coyuntural, pues en ese caso no serían idóneas para alterar las costumbres cotidianas de la víctima*».



87.- El cambio normativo proyectado parece determinar que el delito de acoso u hostigamiento pasaría de ser un delito de resultado a un delito de mera actividad en el que bastará la comisión de forma insistente y reiterada de alguna de las conductas tipificadas en el precepto para considerar que se ha consumado el delito, de manera que, una vez entre en vigor, no se exigirá rebasar un determinado umbral de perturbación o alteración de la vida cotidiana de la persona acosada (por ejemplo, que como respuesta a la insistencia de la conducta hostigadora el sujeto pasivo del delito se vea obligado a alterar sus hábitos cotidianos, como vía de escapatoria), pues la dicción típica «*alterar de cualquier modo la vida cotidiana*» abarca un muy amplio espectro de afectaciones del bien jurídico protegido, incluidas, cabe pensar, las molestias o incomodidades, adquiriendo así el delito un mayor espacio típico. La relevancia penal del desvalor se sitúa, así, en la conducta que deberá adoptar alguna de las formas comisivas tipificadas y revestir las notas de insistencia y reiteración. De este modo, siendo idónea la conducta para alterar la vida cotidiana, resultará irrelevante desde el punto de vista de la tipicidad el grado de gravedad de esa alteración, debiéndose reiterar, como se puso de manifiesto en el informe aprobado el 25 de febrero de 2021, que la ampliación del espacio típico que supone la punición de conductas que alteren de cualquier modo la vida cotidiana del sujeto pasivo comporta, aparentemente, la desvinculación de la conminación penal del bien jurídico protegido, esto es, la libertad personal, y que, por ello, atendiendo el principio de intervención mínima, debería seguir exigiéndose en el tipo un nivel de intensidad suficiente de la acción para afectar el libre desenvolvimiento del sujeto pasivo.

88.- Asimismo, el Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual introduce un último párrafo en el apartado 1 del artículo 172 ter CP que mejora técnicamente la redacción, además de incorporar a la circunstancia agravante la situación de especial vulnerabilidad por razón de discapacidad, si bien la adición de una cláusula abierta que permite apreciar la situación de especial vulnerabilidad «*por cualquier otra circunstancia*» precisará de una interpretación estricta que haga previsible la apreciación de cuándo concurre la agravación del delito.

89.- Expuesta la regulación cuya modificación se encuentra en tramitación parlamentaria, y puesta en conexión con la preocupación mostrada en el anteproyecto objeto del presente informe sobre el fenómeno del ciberacoso, se sugiere al prelegislador valorar la introducción de mecanismos ágiles de control que permitan la retirada de cualquier contenido generador de ciberacoso.



90.- En este sentido, puede traerse a colación lo recogido en el Anteproyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, cuya disposición final tercera venía a modificar el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) para introducir de forma explícita en esta norma procesal la facultad del Juzgado de Instrucción de acordar de forma cautelar, de oficio o a instancia de parte, la retirada de contenidos ilícitos de páginas webs y/o la interrupción provisional de los servicios que ofrezcan determinados contenidos, con la finalidad de evitar la continuidad delictiva y la permanencia del ataque al bien jurídico protegido por las normas penales, buscando salvaguardar los derechos de la víctima e impedir la propagación y multiplicación del delito, con el siguiente tenor:

«En la instrucción de delitos cometidos a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación, el Juzgado podrá acordar, como primeras diligencias, de oficio o a instancia de parte, las medidas cautelares consistentes en la retirada provisional de contenidos ilícitos, en la interrupción provisional de los servicios que ofrezcan dichos contenidos o en el bloqueo provisional de unos y otros cuando radiquen en el extranjero.»

91.- Esta previsión normativa, de alcance general y por ello aplicable a cualquier delito cometido a través de internet, el teléfono u otras tecnologías de la información, que establecía, con carácter provisional, de acuerdo con la fase cautelar en la que serían acordadas, los tres tipos de medidas de restricción posibles -retirada de contenidos, interrupción del servicio y el bloqueo del acceso desde España al servicio ubicado en el extranjero-, dotando a los Jueces de herramientas efectivas al respecto, fue retirada del Proyecto de Ley Orgánica publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 19 de junio de 2020, y finalmente no fue recogida en la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

92.- En relación con la inicialmente proyectada modificación del artículo 13 de la LECrim, que recogía el Anteproyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, y con la que se lograría el objetivo de dotar a los Jueces de herramientas efectivas para la adopción de medidas de retirada, interrupción o bloqueo de contenidos ilícitos difundidos a través de las tecnologías de la información y la comunicación, este órgano constitucional, en el informe a dicho Anteproyecto, aprobado por el Pleno el día 30 de mayo de 2019, puso de manifiesto una valoración sumamente favorable toda vez que venía a cubrir una laguna de protección



cautelar frente a ataques a bienes jurídicos penalmente protegidos cometidos mediante internet u otras tecnologías de la información, corrigiendo con ello un déficit de la vigente ley procesal penal en términos de legalidad y seguridad jurídica, pues acudir al vigente artículo 13 LECrim como norma habilitadora para acordar la retirada de contenidos o el bloqueo de páginas web como medidas de protección, fuera de los casos expresamente contemplados en el Código Penal, pudiera resultar dudoso desde el punto de vista de la calidad de ley, de acuerdo con los parámetros establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

93.- Del mismo modo, como medida dirigida a luchar frente al ciberacoso se sugiere al prelegislador que valore la posibilidad de introducir en el Código Penal nuevas penas accesorias, como pudiera ser la prohibición de acceso al uso de internet a cualquier persona que haya utilizado este medio para cometer cualquier delito tipificado en el Código Penal, además, en su caso, de la de prohibición de acercamiento y de comunicación adicional.

94.- Dentro de la sección 8ª del capítulo II de Título I, “[m]edidas en el ámbito de la familia, la infancia y la juventud”, el apartado 2 del artículo 31 del Anteproyecto, dedicado a las “[p]ersonas menores de edad en familias LGTBI”, prevé que “[l]as administraciones públicas competentes en materia de protección de personas menores de edad garantizarán, teniendo en cuenta la heterogeneidad familiar y de acuerdo con la normativa vigente, la ausencia de discriminación por las causas establecidas en esta ley, en la valoración de la idoneidad o adecuación en los procesos de adopción y acogimiento”. Esta previsión ha de cohonestarse, en cada caso, con el interés superior del menor, toda vez que, como proclama el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado, y en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

95.- El capítulo II de Título I se cierra con la sección 9ª que lleva por rúbrica “[m]edidas en el ámbito de la acción exterior y la protección internacional”, dedicando el artículo 37 a la protección internacional, en el que se incluyen diferentes referencias al procedimiento, a los recursos de acogida y al principio de unidad familiar. A este respecto, la MAIN (página 18) precisa que *«[r]especto a la acción exterior y la protección internacional, se incluyen una serie de medidas para garantizar el derecho de asilo a las personas*



perseguidas por orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales, que incluyen la existencia de zonas seguras para las personas solicitantes LGTBI.»

96.- La garantía fundamental de la protección internacional reconocida en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto del Refugiado, de 28 de julio de 1951 (art. 33.1), y el Protocolo de Nueva York de 1967, sobre el estatuto de los refugiados, que constituyen las normas esenciales del régimen jurídico internacional de protección de las personas refugiadas, es el respeto al principio de no devolución, que garantiza que ninguna persona sea repatriada a un país en el que sufra persecución, habiendo sido configurado como derecho fundamental en los artículos 18 y 19.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). Al respecto, cabe recordar que constituye jurisprudencia del Tribunal Supremo que la solicitud de protección internacional implica la suspensión del procedimiento de expulsión por estancia irregular (art. 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social), que pudiera afectar al solicitante hasta que la Administración dicte una inicial resolución de desestimación o inadmisión de aquella solicitud (Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, de 3 de febrero de 2022, ECLI:ES:TS:2022:278).

97.- En nuestro Ordenamiento, es la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, que vino a sustituir a la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, la que determina el contenido de la protección internacional, integrada por el derecho de asilo y el derecho a la protección subsidiaria. El Título II de la misma regula el procedimiento a seguir para determinar las necesidades de protección de los solicitantes, dotando de respaldo legal formal a las condiciones materiales de acogida de las personas solicitantes o beneficiarias de protección internacional con el establecimiento de la obligación de proporcionar servicios sociales y de acogida a las personas solicitantes en estado de necesidad, y el Título III tiene por objeto la regulación del mantenimiento o recomposición de la unidad familiar de las personas solicitantes o beneficiarias de protección internacional.

98.- A la vista de la regulación contenida en la Ley 12/2009, cuyo artículo 3, relativo a la condición de refugiado, es objeto de modificación en la disposición final décimo segunda del anteproyecto, resultaría sumamente conveniente que, en aras a evitar la dispersión normativa, reforzando con ello el principio de seguridad jurídica, las previsiones establecidas en el artículo 37 APL se incorporasen a la Ley 12/2009, de 30 de octubre,



reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, en tanto que es la norma que determina el contenido de la protección internacional.

B) TÍTULO II. MEDIDAS PARA LA IGUALDAD REAL Y EFECTIVA DE LAS PERSONAS TRANS

a) Rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas (capítulo I)

I

99.- El capítulo I del título II APL (artículos 38 a 46, incluidos) regula la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Las líneas generales de la regulación propuesta se contraen a establecer un procedimiento registral para la rectificación de la mención relativa al sexo para los españoles mayores de dieciséis años y para los menores de dieciséis y mayores de catorce asistidos por sus representantes legales, y un procedimiento de aprobación judicial de la modificación de la mención registral del sexo de personas mayores de doce años y menores de catorce, para lo cual la disposición final decimocuarta del anteproyecto introduce un nuevo capítulo II en el título II de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV). En este nuevo procedimiento de jurisdicción voluntaria la aprobación judicial de la modificación de la mención registral del sexo está condicionada a la cumplida acreditación de la madurez necesaria del menor y de la estabilidad de su voluntad de rectificar registralmente la mención de su sexo.

100.- El APL deroga expresamente, de este modo, la Ley 3/2007, de 5 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, cuyo artículo 1.1 fue declarado inconstitucional por la STC 99/2019, de 18 de julio de 2019 -sobre la que luego se volverá- «[ú]nicamente en la medida en que incluye en el ámbito subjetivo de la prohibición a los menores de edad con "suficiente madurez" y que se encuentren en una "situación estable de transexualidad".»

101.- La Ley 3/2007, como explica su Exposición de motivos, tiene por objeto establecer la regulación de los requisitos necesarios para acceder al cambio de la inscripción registral relativa al sexo. En su artículo 1 se atribuye la legitimación a toda persona española, mayor de edad y con capacidad suficiente para solicitar la modificación. Los artículos 2 y 3 se refieren a la autoridad competente y al procedimiento, y el artículo 4 establece los requisitos para acordar la rectificación: que se haya diagnosticado disforia de



género -entendida como el rechazo a las manifestaciones externas del sexo biológico por parte de un individuo-, y que le haya sido tratada al menos dos años. El artículo 5 atribuye efectos constitutivos a la resolución que acuerde la rectificación a partir de su inscripción en el Registro Civil, y permitirá a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición, si bien el cambio de sexo y nombre acordado no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral. Por último, los artículos 6 y 7 regulan, respectivamente, la notificación del cambio registral de sexo y la publicidad -limitada- de la rectificación registral.

II

102.- Antes de abordar el examen de la regulación propuesta conviene detenerse en el marco jurídico, normativo y jurisprudencial, internacional y nacional, del tratamiento de la transexualidad.

103.- El documento basilar de este marco jurídico lo constituyen los Principios de Yogyakarta ("Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género"), que fueron presentados en marzo de 2007 en la Asamblea de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Como señala su Preámbulo, la identidad de género «[s]e refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales». Por lo tanto, la identidad de género se define como "una vivencia interior" del individuo, al margen de cualquier consideración o juicio médico, pues «[l]a 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» (Principio 18).

104.- Cabe, al paso de la configuración de la transexualidad en los Principios de Yogyakarta, adelantar desde ahora dos consideraciones. La primera es que, si bien la transexualidad se encuentra íntimamente conectada con el derecho a la identidad de género, y aunque este, en su implementación social, tiende a sobrepasar la transexualidad en sí misma -que se mueve en el marco de la binariedad sobre la base de la dualidad sexual genética o biológica-, en la medida en que se abre el paso a considerar, desde



planteamientos sociológicos, filosóficos e incluso jurídicos, la alternativa del no binarismo, lo cierto es que el anteproyecto no aborda la transexualidad y la modificación registral de la mención relativa al sexo desde esa perspectiva, lo que en el momento actual parece oportuno, pues ni en el ámbito del TEDH ni en el de los ordenamientos nacionales cabe considerar, en el actual estado de cosas, el reconocimiento de otro sexo distinto del genético o biológico; si bien no puede soslayarse el carácter difuso y contingente que presenta la concreción del derecho a la identidad de género, y buena muestra de ello la ofrecen las regulaciones de determinados Estados en las cuales se visibiliza el no binarismo en los documentos oficiales, como sucede en Canadá, donde a partir el 31 de agosto de 2017 se permite identificar el sexo con una X en el pasaporte si el sujeto no se siente identificado e incluido en las categorías hombre/mujer, y como sucede, con anterioridad, en Dinamarca, Malta y Alemania. En el plano registral, la sentencia de la Corte de Distrito de Limburgo (Holanda) de 28 de mayo de 2018 accedió a la solicitud de un ciudadano que no se sentía identificado con la binariedad que imponía el Registro Civil a la hora de identificar su género, y dispuso que se incluyera una casilla con la denominación "diverso". Y en el mismo sentido se ha pronunciado la sentencia del Tribunal Superior de Australia de 2 de abril de 2014 (2014 HCA 11), en la que se reconoce la existencia de un género neutro o de un "sexo no específico". Y no puede olvidarse que la jurisprudencia del TEDH en materia de transexualidad se asienta en el "consenso internacional", que ha servido para ir modificando sus argumentos y el sentido de sus decisiones, de manera que no cabe descartar que, al evolucionar ese consenso internacional, evolucione también la jurisprudencia del Tribunal europeo en el examen de eventuales vulneraciones de derechos reconocidos en el CEDH en relación con la transexualidad contemplada desde planteamientos no binarios.

105.- El prelegislador se muestra, sin embargo, cauteloso en el tratamiento de la intersexualidad, como se desprende de la definición que hace de la misma y la previsión que se contiene en el artículo 72 APL en relación con los derechos de las personas transexuales, y específicamente la previsión que se recoge en su apartado segundo respecto del plazo para la inscripción de la mención del sexo, donde no se aborda el derecho a la identidad sexual desde perspectivas superadoras del binarismo genético y/o biológico.

106.- La segunda consideración guarda relación con la denominada "despatologización" de la transexualidad, que reside en la base de la regulación anteproyectada, y que pugna con la concepción patológica de la transexualidad (su consideración como "síndrome", presente en numerosas legislaciones de la Unión Europea) y sobre la que la jurisprudencia del TEDH



ha tenido oportunidad de incidir, como se verá, incluso antes de que la Organización Mundial de la Salud hubiese excluido en junio de 2018 a la transexualidad del catálogo de enfermedades, pasando a partir de dicha fecha a integrarse en un nuevo epígrafe denominado "condiciones relativas a la salud sexual", y cambiando su denominación de "síndrome transexual" por la de "incongruencia de género".

107.- En el marco de la ONU, a partir de la protección que dispensa la Carta de las Naciones Unidas, especialmente la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y de la protección que otorga el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, destaca la labor del Consejo de Derechos Humanos y del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), que cuenta con el antecedente del informe del Alto Comisionado sobre "*Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*" de 2011, que fue actualizado -cumpliendo el encargo impuesto por la Resolución 27/32 del Consejo de Derechos Humanos de 2 de octubre de 2014- mediante el informe sobre "*Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*", presentado al Consejo el 4 de mayo de 2015. En el ámbito de la discriminación, el informe pone el acento en las diversas modificaciones constitucionales que han tenido lugar para introducir prohibiciones de discriminación específicas, y contiene una serie de recomendaciones a los Estados para combatir la violencia y la discriminación por razón de la orientación sexual e identidad de género. También en el marco del Consejo de Derechos Humanos se encuentra la Declaración Pública "*Poner fin a la violencia y a la discriminación contra las personas LGTBI*", de septiembre de 2015, el Examen Periódico Universal, que ha finalizado su tercer ciclo (2017-2021), saludando la reforma legal introducida en Liechtenstein en 2016, la promulgación en Alemania de diversas leyes antidiscriminatorias y la puesta en marcha del Organismo Federal contra la Discriminación, así como los avances producidos en los ordenamientos de Argentina y Ecuador. Y también en el marco del Consejo de Derechos Humanos se ha adoptado la Resolución 32/2, de "*Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género*", por la que se crea la figura del Experto Independiente sobre orientación sexual e identidad de género, que emitió su informe sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género².

108.- En el plano del Derecho Internacional de los Derechos Humanos destacan las resoluciones del Comité de Derechos Humanos, mecanismo de

² A/73/152, 12 de julio de 2018.



protección del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (PIDCP), examinando las posibles vulneraciones de los artículos 2, 14.1, 26 y 27 del PIDCP³. En concreto, destacan los Dictámenes recaídos en el caso C. c. Australia de 28 de marzo de 2017, sobre la denegación por la legislación australiana del acceso al divorcio a las parejas del mismo sexo casadas legítimamente en el extranjero; en el caso G. c. Australia de 17 de marzo de 2017, sobre la negativa del Estado a cambiar el sexo consignado en la partida de nacimiento de una persona transgénero casada; en el caso M.Z.B.M c. Dinamarca, de 20 de marzo de 2017, sobre la expulsión de una persona transgénero a su país de origen; y en el caso M.K.H c. Dinamarca, de 12 de julio de 2016, sobre la negativa de asilo a una persona transexual y el riesgo que conllevaría el regreso a su país de origen, donde no estaba aceptada la transexualidad.

109.- En el ámbito de la Unión Europea y del Consejo de Europa la discriminación de los transexuales motivó la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 1989 (DOCE C 256/34, de 9.10.1989), por un lado, y por otro lado la Recomendación 1117, de 29 de septiembre de 1989, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en la que se presentaba el transexualismo como un síndrome caracterizado por una personalidad doble, una física y otra psíquica, y se encargaba al Comité de Ministros la elaboración de una recomendación invitando a los Estados a

³ Artículo 2.1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 14.1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

Artículo 26. Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 27. En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.



regular la materia mediante una ley en la que en los casos de las personas transexuales que se hubiesen sometido quirúrgicamente al cambio de sexo irreversible pudiera ser rectificadla mención registral del sexo, así como en los documentos de identidad, autorizando el cambio de nombre y debiendo quedar protegida la vida privada, así como prohibido todo tipo de discriminación en el goce de los derechos fundamentales conforme al artículo 14 del CEDH. Más recientemente, la Resolución 2048, de 22 de abril de 2015, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, recomienda la instauración de procedimientos rápidos, transparentes y accesibles fundados en la autodeterminación, que permitan a las personas cambiar el nombre y la mención registral del sexo y en los documentos de identidad, con independencia de la edad.

III

110.- La jurisprudencia del TEDH ha estado condicionada por el hecho de que el CEDH no menciona de manera expresa el derecho a la identidad de género en el listado de derechos protegidos y que delimita la propia actuación del Tribunal. Hasta la fecha, las reclamaciones sobre las que ha dictado sus resoluciones han provenidode personas transexuales mayores de edad, y no se han planteado demandas protagonizadas por menores transgéneros o intersexuales, estos últimos solicitando el reconocimiento de un tercer sexo o de su condición de no binarios. Y ante la falta de mención expresa del derecho a la identidad de género ha tenido que acudir al artículo 8 del Convenio, que consagra el derecho a la vida privada e impide injerencias en dicha esfera por parte del poder público -salvo que concurra causa de interés público que lo justifique y, por consiguiente, legitime dicha intromisión-, y ha tenido que interpretarlo de forma amplia para calificar como intromisión injustificada en la vida privada el hecho de impedir al transgénero cambiar la mención registral del sexo y, por consiguiente -y como ejemplo- poder contraer matrimonio de acuerdo con el artículo 12 del Convenio.

111.- La doctrina del TEDH, inicialmente poco proclive a apreciar la intromisión en la vida privada de las personas transgénero que solicitaban un cambio de la mención registral del sexo (cfr. sentencias Rees c. Reino Unido, de 17 de octubre de 1986, y Cossey c. Reino Unido, de 27 de septiembre de 1990, X,Y,Z c. Reino Unido, de 22 de abril de 1997, y Sheffield y Horsnam c. Reino Unido, de 30 de julio de 1998), presenta un punto de inflexión a partir de las sentencias de 11 de julio de 2002, casos Christine Goodwin c. Reino Unido e I.C. c. Reino Unido, en las que, desde una interpretación dinámica, el Tribunal consideró que la legislación que impedía el cambio de la mención registral del sexo constituía una injerencia injustificada del Estado



en la vida privada y, por tanto, contravenía el artículo 8 del Convenio (y además, el artículo 12, al impedir el ejercicio del derecho a contraer matrimonio). El Tribunal atiende al mayor consenso en la comunidad internacional como elemento esencial para considerar -corrigiendo su anterior criterio- que el derecho al cambio de sexo -y a contraer matrimonio- se encuentra en el ámbito de tutela del artículo 8 del Convenio (y del artículo 12). De este modo, y debido a ese mayor consenso internacional y acorde con los tiempos, abandona la idea de vincular la determinación del sexo a la dotación cromosómica, en función del completo cambio fenotípico que experimentaban los reclamantes, quienes presentaban una apariencia morfológica externa, y además interna, conforme al sexo que reclamaban, como consecuencia de la intervención quirúrgica a la que se habían sometido.

112.- De esta nueva orientación que abren los casos Gooding e I.C. cabe destacar que, todavía bajo una concepción "patologizadora" de la transexualidad, la cirugía de reasignación de sexo se concibe como un requisito ineludible para proceder a la modificación de la mención registral del sexo o al reconocimiento del cambio de sexo. Pero al mismo tiempo se asienta el concepto de autonomía personal entendida como espacio de libertad y orientada a la autodeterminación del sujeto, y como sustancia que nutre el derecho a la identidad de género.⁴

113.- En posteriores pronunciamientos, el TEDH consolidó la tendencia de considerar como injerencia no justificada la actuación de los Estados que imposibilitan el cambio de la mención registral del sexo, si bien bajo el paradigma de la necesidad de la intervención de reasignación de sexo, como condición para la verificación del cambio de sexo. Y aunque se abandonó la identificación del sexo con la dotación cromosómica, persiste en cambio la necesidad de la adecuación morfológica o fenotípica, pues no se concibe -todavía- el ejercicio del derecho a la identidad de género desvinculado de la readaptación de la apariencia morfológica del sujeto.

114.- Esta es la línea que cabe apreciar en la sentencia de 11 de septiembre de 2007, caso L. c. Lituania, cuya legislación permitía no autorizar la operación quirúrgica de resignación de sexo a un transexual diagnosticado

⁴ «[N]onetheless, the very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom. Under Article 8 of the Convention in particular, where the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees, protection is given to the personal sphere of each individual, including the right to establish details of their identity as individual human beings [...] In the twenty first century the right of transsexuals to personal development and to physical and moral security in the full sense enjoyed by others in society cannot be regarded as a matter of controversy requiring the lapse of time to cast clearer light on the issues involved (...)»



como tal y en proceso médico de adaptación fenotípica al sexo al que mutaba, lo que le impedía modificar la mención registral del sexo. El Tribunal residenció nuevamente el conflicto en el artículo 8 del Convenio, que consideró vulnerado. También en la sentencia de 8 de enero de 2009, caso Schlumpf c. Suiza, que analiza la virtualidad que desde el artículo 8 del Convenio tenía la necesaria observancia del plazo de dos años que, de acuerdo con la legislación suiza, debía transcurrir desde el diagnóstico de la transexualidad y la operación quirúrgica sin tener en cuenta las circunstancias que concurrían en el sujeto (avanzada edad), lo que constituía una injerencia injustificada en el derecho a la vida privada.

115.- La sentencia de 16 de julio de 2014, caso Hämäläinen c. Finlandia, analizó el caso de un transexual que había estado casado previamente de acuerdo con su sexo cromosómico y que, después de cambiar de sexo, deseó contraer matrimonio con su actual pareja, cuando la legislación finlandesa no autorizaba el matrimonio entre personas del mismo sexo, pero sí la unión civil entre ellas, y cuando para poder reflejar en los documentos oficiales el cambio de sexo necesitaba el consentimiento del cónyuge. En este caso el Tribunal no apreció vulneración del artículo 8, pues aunque el transexual operado tenía derecho a integrarse plenamente en el conjunto de derechos inherentes a la persona a cuyo sexo mutaba, incluido el derecho a contraer matrimonio -de forma que las normas que lo impidiesen constituirían una injerencia injustificada en el derecho a la vida privada-, el respeto a la vida privada y familiar del cónyuge, al que el reflejo documental del nuevo sexo le concierne al repercutir en su unión matrimonial, justificaba el consentimiento que, según la legislación del Estado, debía prestar; existiendo, por ende, remedios alternativos como el ejercicio de la acción de divorcio o la formalización de una unión civil con su pareja.

116.- En la sentencia de 10 de junio de 2010, caso Y.Y. c. Turquía, el Tribunal analizó si el requisito para autorizar la operación de reasignación de sexo consistente en que quedaba supeditada a la esterilización permanente de la persona transexual, afectaba al derecho reconocido en el artículo 8 CEDH. El Tribunal acepta como premisa que la operación de reasignación constituya un requisito para acceder al cambio de sexo y adaptar su documentación al sexo al que se mutaba; pero considera injustificado, desde el punto de vista del interés general, el requisito de la esterilización total, que afecta a la vida privada en la medida en que implica una restricción en la esfera de la autonomía del sujeto conectada con su privacidad.

117.- Un hito importante en la jurisprudencia del TEDH se produce con la sentencia de 6 de abril de 2017, asuntos A.P, Garçon y Nicot c. Francia -ya



citada-, que resolvió sobre tres demandas acumuladas interpuestas como consecuencia de la negativa del Estado francés a cambiar de sexo en el Registro civil a los tres demandantes por no poder acreditar la irreversibilidad y perdurabilidad del sexo al que se mutaba, aunque sí lo habían hecho de su transexualidad. En uno de los casos se había producido una cirugía de reasignación sexual fuera de Francia, por lo que el Estado francés exigía su acreditación -a lo que el solicitante se negaba por los costes económicos y porque entendía que la exigencia vulneraba sus derechos fundamentales-, mientras que en los otros dos no constaba tal extremo, pero sí la transexualidad diagnosticada y tratada. Lo relevante de la decisión, que parte de un concepto amplio de "vida privada", y que acude de nuevo al concepto de "autonomía personal", reside en que es la primera que aborda un caso en el que el solicitante transexual no había sido sometido a una cirugía de reasignación sexual, por lo que tuvo que obviar este requisito y prescindir de la premisa que conectaba el sexo con la plena adaptación fenotípica del sujeto. Y afirma que: *«[C]ondicionar el reconocimiento de la identidad de género de las personas transgénero a la realización de una operación quirúrgica o a un tratamiento de esterilización -o que probablemente produzca un efecto de esa naturaleza- que no desean, supone también condicionar el pleno ejercicio de su derecho al respeto a la vida privada consagrado en el artículo 8 del Convenio a renunciar al pleno ejercicio de su derecho a que se respete su integridad física, garantizando no solo por esta disposición, sino también por el artículo 3 del Convenio».*

118.- En esta misma línea se sitúa la sentencia de 11 de octubre de 2018 (caso S.V. c. Italia), en la que, con apoyo nuevamente en el concepto de autonomía personal, el Tribunal consideró contrario al artículo 8 del Convenio la exigencia del requisito de la intervención quirúrgica de reasignación de sexo. En la sentencia de 17 de enero de 2019, caso X. c. Antigua República Yugoslava de Macedonia, el Tribunal incidió en el carácter arbitrario e injustificado del requisito consistente en el sometimiento a una cirugía de reasignación sexual, y apreció la contravención del artículo 8 del Convenio, que obliga al Estado a disponer de procedimientos rápidos, accesibles y transparentes que faciliten al transexual la adaptación de los documentos oficiales a su nueva identidad de género. También en el caso Y.T. c. Bulgaria (sentencia de 9 de julio de 2020) se condena al Estado por no haber dispuesto un procedimiento legalmente definido para la modificación del sexo sin necesidad de intervención quirúrgica de reasignación. Y en la sentencia de 16 de julio de 2020, caso Rana c. Hungría, se declara la universalidad del derecho de las personas transexuales a cambiar de sexo, con independencia de la nacionalidad del solicitante.



119.- De esta línea evolutiva de la jurisprudencia del TEDH cabe extraer, por tanto, las siguientes conclusiones, que han de operar como criterios orientadores en la regulación del régimen de la modificación del sexo de las personas transexuales: i) el concepto de vida privada, vinculado al derecho con ese mismo objeto y al derecho a la integridad física y moral, debe ser interpretado ampliamente; ii) la regulación del cambio de sexo, con la subsiguiente modificación de la mención registral y la modificación de la mención del sexo y del nombre en los documentos oficiales, ha de estar presidida por la noción de la autonomía personal entendida como espacio de libertad y orientada a la autodeterminación del sujeto, y como sustancia que nutre el derecho a la identidad de género; iii) es contrario al derecho a la vida privada el establecimiento de un determinado plazo entre el diagnóstico de la transexualidad y la operación de reasignación de sexo que no tenga en cuenta las circunstancias personales del solicitante; iv) se ha de establecer un procedimiento rápido, accesible y transparente que facilite a la persona transexual la adaptación de la mención registral del sexo y el nombre y en los documentos oficiales; v) se debe desconectar el sexo de la plena adaptación fenotípica del sujeto, y por tanto, prescindir del requisito de la necesidad de la intervención quirúrgica de reasignación sexual; y vi) se ha de dotar al derecho de un carácter universal, independiente de la nacionalidad de quien lo ejercita.

120.- Por el contrario, de la jurisprudencia sucintamente expuesta no se desprende la necesidad de prescindir de un diagnóstico, ni la necesidad de la justificación de una situación estable de transexualidad. En la sentencia A.P. Garçon y Picot se analiza si es conforme al artículo 8 del Convenio la circunstancia de exigir que el solicitante reúna "*la realidad del síndrome transexual*" y "*la existencia y persistencia del mismo*" y, por tanto, se enjuicia la legalidad de la exigencia de aportar el diagnóstico de la transexualidad, que venía siendo exigido por el Tribunal de Casación francés en las sentencias de 7 de junio de 2012 (n.757 y 758) y 13 de febrero de 2013 (n. 106), con anterioridad a la promulgación de la Loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle, que modificó los artículos 61-5 a 61-8 del Código civil francés. El Tribunal consideró que dicho requisito era favorable a la estabilidad de los cambios de sexo en el registro civil, y que junto al interés particular del transgénero existe un interés general en la fiabilidad y coherencia del estado civil, así como en la seguridad jurídica, unido a la preservación del principio de la no disponibilidad del estado de las personas. El Tribunal concluye que los Estados parte conservan un amplio margen de apreciación en cuanto a la decisión de imponer tal condición. El diagnóstico psicológico previo no amenaza directamente la integridad de las personas, y observa que no existe una toma de postura sobre este punto por



parte de organismos europeos e internacionales en la promoción y defensa de los derechos fundamentales tan decidida como en materia de esterilidad (apartados 139 a 144, incluidos). Respecto de la obligación de someterse a un examen médico por parte de un experto judicial, el Tribunal considera que es una medida proporcionada que pondera adecuadamente los intereses concurrentes. Concluye que corresponde a las jurisdicciones internas evaluar el valor probatorio de los elementos que le son presentados y, con el fin de establecer la veracidad de la información presentada, reconoce que los Estados disponen de un amplio margen de maniobra, siempre y cuando no se actúe de forma arbitraria y, por tanto, el examen pericial médico resulta también conforme con el respeto a la vida privada (apartados 148 a 154, incluidos).

IV

121.- Resulta conveniente, llegado este punto, hacer un somero repaso a la regulación que, sobre esta materia, se ha desarrollado en los ordenamientos de los Estados más próximos.

122.- En Alemania, la Ley de cambio de nombre y determinación del género en casos especiales de 1980 exige que, por causa de su transexualidad, el solicitante haya vivido durante al menos tres años conforme al sexo sentido y no al biológico y, además, la incapacidad permanente de reproducción y el sometimiento a un procedimiento quirúrgico de reasignación de sexo. Se permite la valoración por terceros expertos de los requisitos exigidos, en el seno del proceso judicial, siempre que no se emplee para inducir a los solicitantes a recibir tratamiento terapéutico e iniciar el proceso de tránsito⁵. Y contempla, paralelamente, determinadas causas de nulidad de la modificación acordada.

123.- En Bélgica, la Ley de reforma de los regímenes relativos a las personas transgénero en lo que respecta a la mención de un cambio en la inscripción del sexo en los registros del estado civil y sus efectos, de 25 de junio de 2017, atribuye la legitimación para el cambio de sexo a los mayores de 18 años y menores emancipados en un procedimiento registral sin necesidad de acreditar requisitos, si bien la solicitud se podrá denegar a instancia del Ministerio público por causa de orden público. La rectificación es, en principio, irreversible, si bien se admite su revocación en casos excepcionales. Los menores no emancipados mayores de 16 años dotados de discernimiento

⁵ Sentencias del Tribunal Constitucional Federal 1 BverfG 747/17, de 17 de octubre de 2017, FJ II 1 c), y 1 BvL 38, 40, 43/92, de 26 de junio de 1993, FJ A.I, ap.8. El proyecto de ley de 8 de mayo de 2019, en tramitación, mantiene la misma previsión.



podrán solicitar la modificación aportando certificado extendido por un psiquiatra infantil que acredite que el solicitante tiene facultad de discernimiento suficiente para tener la convicción duradera de su transexualidad.

124.- En Dinamarca, conforme a la Ley de 2014 que modifica la Ley del Registro Central de las Personas, se exige que el solicitante sea mayor de 18 años y que confirme su decisión después de un periodo de reflexión de seis meses desde la solicitud inicial.

125.- En Irlanda, de acuerdo con la Ley de Reconocimiento de Género de 22 de julio de 2015, se reconoce la legitimación para solicitar un certificado de reconocimiento de género a los mayores de 18 años en la fecha de presentación de la solicitud que no estén casados ni sean pareja de hecho y manifiesten la firme y solemne intención de vivir en el género preferido por el resto de su vida. La resolución -ministerial- será definitiva si en el plazo de noventa días no se presenta recurso de apelación contra la misma, y se contempla un procedimiento de revocación, sujeto a los mismos requisitos exigidos para la solicitud. Se prevé asimismo la legitimación del menor de 18 años y mayor de 16 para solicitar el reconocimiento de género en vía jurisdiccional con el consentimiento de los representantes legales del menor, presentando un certificado de su médico de cabecera sobre el grado de madurez suficiente para tomar la decisión de cambio de sexo, que el menor ha adoptado su decisión conscientemente, libre e independientemente, sin coacción o influencia indebida de otra persona, y ha considerado y comprende plenamente las consecuencias de la misma, y que el menor ha hecho la transición, o está haciendo la transición, al género al que se muta. Asimismo, un médico endocrino o psiquiatra que no tenga conexión con el menor ha de proporcionar al tribunal un certificado por escrito en el que se manifieste que su criterio médico concuerda con el criterio del certificado anterior. Y se contempla un procedimiento de revocación reservado a los mayores de 18 años, con requisitos similares a los exigidos a los menores de esa edad pero mayores de 16 años. La decisión del tribunal, en cualquier caso, ha de responder al interés superior del menor.

126.- La Ley italiana de 14 de abril de 1982 prevé la rectificación de la mención registral del sexo por vía jurisdiccional con intervención del fiscal y con el asesoramiento profesional correspondiente, estando facultado el tribunal, cuando sea necesario adecuar las características sexuales al sexo al que se muta mediante tratamiento médico-quirúrgico, a autorizarlo en la sentencia de rectificación, que no tendrá efectos retroactivos, y que



provocará la disolución del matrimonio o la cesación de los efectos civiles resultantes de la inscripción del matrimonio celebrado con rito religioso.

127.- En Luxemburgo, la Ley de 10 de agosto de 2018, relativa a la modificación de la mención del sexo y el nombre en el registro civil y por la que se modifica el Código civil, legitima a cualquier persona capaz mayor de edad para solicitar la modificación demostrando suficientemente que la mención relativa a su sexo en el registro civil no se corresponde con aquel con el que se presenta y conoce. El hecho de no haber sido sometido a tratamiento médico, cirugía o esterilización no puede justificar la denegación de la solicitud. Por otra parte, permite el ejercicio del derecho de rectificación a los menores que hayan cumplido cinco años con la asistencia y conformidad de sus representantes legales, tanto por vía gubernativa como por vía judicial. Asimismo, se legitima para el ejercicio del derecho a las personas mayores de edad bajo tutela mediante la representación de su tutor.

128.- También la ley maltesa para el reconocimiento y registro del género de una persona y para regular los efectos del cambio, así como el reconocimiento y protección de las características sexuales de una persona de abril de 2015 se cuenta entre las más avanzadas. Expresamente prevé que no se exigirá prueba de reconocimiento quirúrgico o de reasignación genital total o parcial, terapias hormonales o cualquier otro tratamiento psiquiátrico, psicológico o médico para hacer uso del derecho a la identidad de género, que se atribuye a toda persona que sea ciudadano maltés, y que se ejercerá por la declaración del interesado ante el encargado del Registro público. Y tratándose de menores, el derecho se ejercerá por sus representantes legales en sede judicial, debiendo el tribunal resolver siempre conforme al superior interés del menor, contando con su opinión y teniendo en cuenta su edad y grado de madurez.

129.- La ley noruega para la modificación del género legal de 1 de julio de 2016 permite el cambio de sexo -en procedimiento gubernativo- a los mayores de edad y a los sujetos a tutela, así como a los menores mayores de 16 años, y a los menores de 16 años, asistidos de sus representantes legales, bajo la condición de que presenten un desarrollo de género somático congénitamente incierto, debiendo aportarse certificado médico respecto de su condición.

130.- En Portugal, la Ley del derecho a la libre determinación de la identidad y expresión de género y a la protección de las características sexuales de la persona de 2018 legitima a los mayores de edad no incapacitados por anomalía psíquica cuya identidad de género no se corresponda al sexo



asignado al nacer, así como a los menores de edad mayores de 16 años a través de sus representantes legales, con audiencia del solicitante, y mediando informe médico o psicológico que acredite exclusivamente su capacidad de decisión y su voluntad informada, sin referencia a diagnósticos de identidad de género. La resolución -en procedimiento registral- tendrá siempre en cuenta los principios de autonomía progresiva y el interés superior del menor contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño. Se reconoce asimismo el derecho de las personas intersexuales al cambio de la mención registral del sexo y del nombre desde el momento en que manifieste la respectiva identidad de género; y salvo en situaciones de riesgo comprobado para la salud, los tratamientos e intervenciones quirúrgicas, farmacológicas o de otro tipo que supongan cambios en las características corporales y sexuales de los menores intersexuales no se realizarán hasta el momento en que se conozca su identidad de género. Por lo demás, no se podrá exigir a la persona transexual la prueba de haberse sometido a procedimientos médicos, incluyendo la cirugía de reasignación de sexo, esterilización o terapia hormonal, así como a tratamientos psicológicos y/o psiquiátricos como requisito que sirva de base para la decisión.

131.- En el Reino Unido, conforme a la Ley de reconocimiento de género de 2004, cualquier persona mayor de 18 años puede presentar una solicitud para obtener un certificado de género sobre la base de a) vivir en el otro género, o b) haber cambiado de género según la ley de un país o territorio fuera del Reino Unido. Se requiere que el solicitante tenga o haya tenido disforia de género, que haya vivido en el género adquirido durante el periodo de dos años anteriores a la solicitud y que tenga la intención de continuar viviendo en el género adquirido hasta la muerte. La solicitud debe incluir un informe médico sobre la disforia de género emitido por un colegiado que ejerza en ese campo y un informe realizado por otro médico colegiado, o un informe psicológico y un informe médico colegiado. Se exceptúan los casos en que el solicitante se hubiese sometido o estuviese sometiéndose a un tratamiento con el fin de modificar las características sexuales, o se hubiera prescrito o planificado un tratamiento con ese fin. El solicitante deberá declarar si está casado o tiene pareja de hecho, en cuyo caso deberá aportar una declaración del cónyuge o de la pareja por la que estos consientan la continuidad del matrimonio o unión civil tras el cambio de sexo. En todo caso, habrá de comunicarse al cónyuge o a la pareja de hecho la presentación de la solicitud. Se contemplan motivos alternativos para la concesión de la solicitud, entre ellos i) que el solicitante hubiese vivido en el género adquirido seis años antes de la vigencia de la Ley de matrimonio o parejas del mismo sexo de 2013, que hubiese continuado viviendo en el género adquirido hasta la fecha en que se hizo la solicitud, y que tenga la intención de continuar viviendo en el



género adquirido hasta la muerte; ii) que tenga disforia de género o que se hubiese sometido a un tratamiento quirúrgico de reasignación sexual. Y se prevé la revocación de la concesión en los casos en que se acredite fraude.

132.- La Ley sueca de 1972 sobre la determinación del género en casos determinados permite la rectificación de la mención el sexo a los mayores de 18 años que tengan una identidad de género diferente a la que aparece en el registro y que hayan mantenido el sentimiento de su identidad sexual durante largo tiempo, que durante un cierto tiempo se hubiesen comportado de acuerdo con esa identidad de género, y que pueda suponerse que vivirán en esa identidad de género en el futuro. También podrá solicitarse acreditando a) que la persona solicitante tiene una desviación congénita en el desarrollo de género, y b) que el cambio en la identidad de género es compatible con el desarrollo de la identidad de género y es compatible con la condición física del solicitante. Los menores de edad podrán ejercitar el derecho asistidos de sus representantes legales, debiendo dar su consentimiento los mayores de doce años, y siempre teniéndose en cuenta la edad y madures del menor. Se contempla asimismo la autorización para llevar a cabo tratamientos quirúrgicos de reasignación de sexo.

V

133.- Como precedentes del anteproyecto de ley objeto de informe se encuentran, por una parte, la proposición de ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista para la reforma de la Ley 3/2007, para permitir la rectificación registral de la mención relativa al sexo y nombre de los menores transexuales y/o trans, y para modificar exigencias establecidas en el artículo 4 de dicha Ley respecto al registro del cambio de sexo, así como para posibilitar medidas para mejorar la integración de las personas extranjeras residentes en España.⁶

134.- Y por otra parte, se encuentra la proposición de ley presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea sobre la protección jurídica de las personas trans y el derecho a la libre determinación de la identidad sexual y expresión de género.⁷

135.- Ambas proposiciones de ley fueron presentadas teniendo a la vista el Auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 10 de marzo de 2016, por la que se planteaba la cuestión de constitucionalidad que dio lugar a la STC 99/2019, de 18 de julio, si bien fueron previas a esta última.

⁶ BOCAM Serie B, núm. 91-1, de 3 de maro de 2017

⁷ BOCAM Serie B, núm. 220-1, de 2 de marzo de 2018.



136.- La primera de ellas daba nueva redacción al artículo 1 de la Ley 3/2007 para reconocer legitimación para solicitar la rectificación de la mención registral del sexo a todas las personas de nacionalidad española y con capacidad legal suficiente, pudiendo hacerlo los mayores de 16 años por sí mismos, y “las personas menores de edad (sic) y los incapacitados legalmente” a través de sus progenitores o representantes legales, precisándose en este caso la expresa conformidad del menor. Se habilitaba, de esta manera, la legitimación de los menores de edad para el ejercicio del derecho de rectificación, al paso del planteamiento de la cuestión de constitucionalidad resuelta por la STC 99/2019.

137.- Paralelamente, modificaba el artículo 4 de la Ley y los requisitos exigidos en ella para superar -según se indicaba en la Exposición de motivos de la proposición de ley- la legislación que conceptúa la identidad sexual y/o expresión de género como una enfermedad, como un trastorno y como un problema individual, persiguiendo la “despatologización” de la transexualidad para concebirla como una identidad sexual y/o expresión de género autopercibida y libremente determinada, sin condicionamientos ni dependencias de asignación o acreditación por parte de terceros a través de los informes médicos hasta el momento exigidos. Conforme a la norma propuesta, no se precisan más requisitos que la declaración expresa de la persona interesada del nombre propio y del sexo con los que se siente identificada, sin que la efectividad del derecho se pueda condicionar, en caso alguno, a la acreditación de haberse sometido a ningún tipo de cirugías, a terapias hormonales o a tratamientos psicológicos, psiquiátricos o médicos de cualquier tipo. Y se aprovechaba la reforma para reconocer expresamente como beneficiarias de la ley a las personas intersexuales a las que en el momento de la inscripción registral se les asignó un sexo no concordante con el propio sexo sentido.

138.- La proposición de ley del Grupo Parlamentario Confederal Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, más ambiciosa, regulaba el ejercicio del derecho a la autodeterminación sexual en el artículo 7, reconociéndolo a toda persona de nacionalidad española mayor de 16 años cuya identidad sexual y/o de género no coincidiese con el que figurase inscrito registralmente, legitimándolas para solicitar la rectificación de la mención registral del sexo, que “será Femenino, Masculino o No Binario (NB)”. Las personas menores de 16 años podrían ejercitar el derecho cuando fueran capaces intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la decisión, y en caso contrario, el consentimiento lo darían sus representantes legales, después de haber sido oído al menor. El ejercicio del derecho en ningún caso podría supeditarse a



la previa exhibición de informe médico o psicológico alguno, ni a la previa modificación de la apariencia o función corporal de la persona a través de procedimientos médicos, quirúrgicos o de otra índole, sin perjuicio del derecho de las personas trans a hacer uso de tales medios.

VI

139.- La Sala Primera del Tribunal Supremo, en su sentencia de 3 de marzo de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:8991), consideró que la mención del sexo de las personas transexuales debía modificarse dando preferencia a los aspectos psíquicos y psicosociales sobre los puramente cromosómicos o gonadales, si bien limitó esta doctrina a las personas transexuales sometidas a cirugía de reasignación de sexo. Fue a partir de la STS de 17 de septiembre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:5818) cuando el Alto Tribunal dejó de exigir como requisito la cirugía de reasignación sexual, considerando que no admitir el cambio de la mención registral del sexo por falta de la operación quirúrgica supone un freno al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE) y lesiona la dignidad humana, el derecho a la protección de la salud (artículo 43.1 CE) y el derecho a la integridad física y moral (artículo 15 CE). Esta línea jurisprudencial se consolidó en sentencias posteriores (SSTS de 6 de marzo de 2008, ECLI:ES:TS:2008:4147, y de 18 de julio de 2008, ECLI:ES:TS:2008:3962, entre otras).

140.- En este punto, es conveniente detenerse en el examen de la trascendental STC (Pleno) 99/2019, de 18 de julio (ECLI:ES:TC:2019:99), de continua referencia, y en el Auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:1790A), por el que se plantea la cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 1.1 de la Ley 3/2007, por presunta vulneración de los artículos 15, 18.1, y 43.1, en relación con el artículo 10.1, todos ellos de la CE, por cuanto aquel precepto solo reconoce legitimación a las personas mayores de edad para solicitar la rectificación de la mención registral del sexo y del nombre.

141.- La Sala parte de que el tratamiento socio-jurídico de la transexualidad se encuentra en constante y acelerada evolución, y que, como ya había afirmado en su jurisprudencia anterior, en la identidad de género debe primar el aspecto psicológico y psicosocial sobre el cromosómico o gonadal, sin que el reconocimiento de la identidad de género se pueda condicionar al sometimiento de una cirugía de reasignación de sexo. La transexualidad no debe ser considerada una patología necesitada de curación, y debe facilitarse a la persona transexual el cambio de sexo y nombre en su inscripción de nacimiento y en sus documentos de identidad, al tiempo que debe protegerse



la intimidad y la dignidad de la persona transexual ante situaciones humillantes de identificación en el ámbito escolar, laboral o de relación con las autoridades públicas. Estas exigencias derivan del respeto a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE), en relación con el derecho a su integridad física y moral (artículo 15 CE), el derecho a la intimidad (artículo 18.1 CE) y el derecho a la protección de la salud (artículo 43 CE), así como de la jurisprudencia del TEDH y de la interpretación del Consejo de Europa. La Sala destaca que *«[l]os menores no son ajenos a la problemática de las personas transexuales»* padeciendo además problemas específicos *«[i]nherentes a la etapa de la infancia y la adolescencia»*.

142.- El Alto Tribunal manifiesta sus reparos a la hora de interpretar el artículo 1.1 de la Ley 3/2007 por cuanto el requisito de la mayoría de edad solo sería exigible para promover el expediente registral contemplado en la Ley 3/2007 y no para las rectificaciones registrales mediante sentencia firme dictada en juicio ordinario previstas con carácter general en la Ley de Registro Civil. Considera que corresponde al Tribunal Constitucional pronunciarse sobre la edad mínima en que puede instarse el cambio registral de sexo y nombre, como se pronunció el Tribunal Constitucional alemán en sus sentencias de 16 de marzo de 1982 y de 26 de enero de 1993.

143.- La Sala sostiene que la limitación del ejercicio de derechos fundamentales a los menores de edad solo puede estar justificada por la falta de madurez de la persona y la necesidad de proteger a este colectivo, tal como prescribe la Constitución (artículo 39.3 y 4) y ha subrayado la jurisprudencia constitucional (STC 274/2005, de 7 de noviembre, ECLI:ES:TC:2005:274). Ya en la STS de 17 de septiembre de 2007 se había postergado a un segundo plano las consideraciones sobre la incidencia en el orden público como argumentos válidos para restringir el ejercicio de derechos fundamentales; y se añade que las causas constitucionalmente legítimas de restricción de derechos no actúan de manera uniforme durante todo el periodo de minoría de edad, sino que operan de modo inversamente proporcional a la edad de la persona.

144.- El auto de planteamiento apoya sus dudas sobre la constitucionalidad del requisito de la mayoría de edad exigido por la Ley 3/2007 en los siguientes argumentos: i) la titularidad de derechos fundamentales por parte de los menores de edad [SSTC 197/1991 (ECLI:ES:TC:1991:197) 61/1998 (ECLI:ES:TC:1998:61), 134/1999 (ECLI:ES:TC:1999:134), 141/2000 (ECLI:ES:TC:2000:141), 288/2000 (ECLI:ES:TC:2000:288), 154/2002 (ECLI:ES:TC:2002:154), 183/2008 (ECLI:ES:TC:2008:183), 158/2009



(ECLI:ES:TC:2009:158) y 186/2013 (ECLI:ES:TC:2013:186)]; ii) la aplicabilidad a los mismos de los principios de libre desarrollo de la personalidad y de respeto de la dignidad de las personas, en los cuales se viene apoyando la jurisprudencia del Tribunal Supremo para defender el derecho a cambiar la mención registral del sexo en el caso de las persona transexuales; iii) toda restricción de derechos debe tener una justificación adecuada y proporcionada para no incurrir en discriminación (artículo 14 CE y artículo 14 CEDH); y iv) la limitación del ejercicio de derechos fundamentales a los menores de edad, tal y como ha precisado el Tribunal Constitucional (STC 274/2005, de 7 de noviembre, ECLI:ES:TC:2005:274), solo puede tener dos justificaciones fundamentales: la falta de madurez de la persona y la necesidad de proteger a este colectivo, tal y como prescribe la propia Constitución (art. 39.3 y 4 CE).

145.- Bajo estas premisas, el auto de planteamiento admite que la restricción que contiene el artículo 1.1 de la Ley 3/2007 supera el juicio de adecuación, pues está dirigida a un fin que constitucionalmente justifica la restricción del derecho y es apta para conseguir dicho fin, que en este caso sería la salvaguardia del principio de seguridad jurídica en su aspecto de indisponibilidad y estabilidad del estado civil. Sin embargo, la Sala considera que no sucede lo mismo con las otras dos fases del juicio de proporcionalidad. En cuanto al juicio de necesidad o indispensabilidad, se pone en duda que no existan alternativas de preservación de esos bienes constitucionales que no sean menos gravosas o restrictivas de derechos fundamentales, sobre todo cuando se trata de menores con suficiente madurez y que se encuentran en una situación estable de transexualidad, y cuando la discrepancia entre el sexo psicológico y registral provoca unos sentimientos de vulnerabilidad, humillación y ansiedad incompatibles con las exigencias del derecho a la integridad moral del artículo 15 CE y a la salud, entendida en el sentido más integral del bienestar físico y moral, del artículo 43 CE, y le expone al conocimiento público de su condición de transexual cada vez que ha de identificarse en el ámbito escolar, de relaciones con las administraciones públicas, etc., con la vulneración que ello supone de su derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE.

146.- Y en cuanto al juicio estricto de proporcionalidad, la Sala duda también que haya un equilibrio entre las ventajas y perjuicios que genera la limitación en sí del derecho que se valora (STC 66/1996, de 8 de mayo, FJ 5, ECLI:ES:TC:1996:66):«*[i]mpedir al menor, en las circunstancias ya repetidas a lo largo de la resolución, solicitar la modificación registral del sexo y del nombre puede constituir una restricción desproporcionada de sus derechos fundamentales, interpretados a la luz del artículo 10.1 de la*



Constitución, por las graves consecuencias que puede acarrearle, que pueden no guardar una relación equilibrada con las ventajas obtenidas con tal medida», como sería el respeto al llamado “riesgo de remisión”.

147.- Los argumentos de la STC 99/2019, por su parte, pueden resumirse del siguiente modo:

- a) El derecho a la identidad sexual guarda una estrecha relación con el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE): *«[E]n efecto, la norma impugnada habilita a la persona mayor transexual a rectificar la mención registral de su sexo, y correlativamente a cambiar la constancia registral de su nombre (párrafo segundo del art. 1.1) y a “ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición” (artículo 5.2). Con ello está permitiendo a la persona adoptar decisiones con eficacia jurídica sobre su identidad. La propia identidad, dentro de la cual se inscriben aspectos como el nombre y el sexo, es una cualidad principal de la persona humana. Establecer la propia identidad no es un acto más de la persona, sino una decisión vital, en el sentido de que coloca al sujeto en posición de poder desenvolver su propia personalidad. Cualquiera que se vea obligado a vivir a la luz del Derecho conforme a una identidad distinta de la que le es propia sobrelleva un lastre que le condiciona de un modo muy notable en cuanto a la capacidad para conformar su personalidad característica y respecto a la posibilidad efectiva de entablar relaciones con otras personas».*

El Tribunal recuerda cómo la conexión entre autonomía, libre desarrollo de la personalidad e identidad sexual ha sido reconocida por el TEDH (por todas, STEDH de 10 de marzo de 2015, caso Y.Y. c. Turquía), y ha llegado a reconocer un derecho a la autodeterminación garantizado por el artículo 8 CEDH (STEDH de 6 de abril de 2017, caso A.P. Garçon y Nicot c. Francia). Si el derecho a obtener la rectificación de la mención registral del sexo se orienta a la realización del libre desarrollo de la personalidad, la limitación de su disfrute exclusivamente a favor de quien sea mayor de edad supone una restricción especialmente intensa para quienes tienen menos de 18 años: por lo tanto, *«[e]l precepto legal cuestionado, en la medida que no permite a quien no reúna el requisito de la mayoría de edad decidir autónomamente acerca de un aspecto esencial de su identidad, tiene una incidencia restrictiva sobre los efectos que se derivan de la cláusula de libre desarrollo de la personalidad ex art. 10.1 CE».*



- b) La norma impugnada (artículo 1.1 de la Ley 3/2007) afecta también al derecho fundamental a la intimidad personal (artículo 18.1 CE), en la medida en que *«[e]xcluir al menor transexual de la opción de instar la rectificación de sexo en el registro, y del correlativo cambio de nombre, tiene un efecto reflejo en el sexo y nombre que aparecen en sus documentos oficiales, y en general condiciona todas y cada una de las acciones en que la persona tiene que identificarse»*. Conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional sobre la intimidad personal, *«[l]a falta de equivalencia entre el sexo atribuido al nacer, que es el que accede originariamente al registro civil, y el que un individuo percibe como suyo es una de esas circunstancias particularmente relevantes que la persona tiene derecho a proteger del conocimiento ajeno. Ello se debe a que esa reserva constituye un medio eficaz de que aparezca como único y verdadero sexo el segundo de ellos -el percibido por el sujeto- y, en consecuencia, no trascienda al conocimiento público su condición de transexual»*. Por el contrario, el Tribunal, con cita de la STEDH de 11 de septiembre de 2007, caso L.c. Lituania, no considera vulnerados los artículos 15 y 43 CE, pues, aun reconociendo la angustia y frustración que puede generarse en la persona transexual, no reviste la intensidad suficiente para encontrar cobertura en el artículo 3 CEDH, siendo más adecuado analizar la cuestión en el contexto del artículo 8 del Convenio.
- c) El Tribunal incide en que las personas menores de edad deben gozar del reconocimiento de un espacio de autodeterminación, lo cual implica, como consagró la Convención de derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, que los Estados *han de preservar su identidad*. En esa línea, trae al recuerdo la STC 154/2002, en la que se reconoció que el ámbito de determinación de decisiones vitales -allí, el rechazo a una transfusión de sangre por creencias religiosas- no solo se predica del mayor de edad, sino también de quien es menor: se debe reconocer tanto al mayor como al menor, con las excepciones que requieran las concretas relaciones jurídicas, un margen de libre configuración respecto de las opciones fundamentales de vida, entre las que se cuenta la definición de la propia identidad, y se proyecte sobre la capacidad misma de autodeterminación del sujeto en todos los ámbitos en que esté protegida por el Derecho.
- d) Respecto de la proporcionalidad de la medida adoptada por la Ley 3/2007, el Tribunal recuerda que *«[e]l legislador no se limita a ejecutar o aplicar la Constitución, sino que, dentro del marco que esta traza, adopta libremente las opciones políticas que en cada momento estima*



más oportunas (STC 55/1996, FJ 6)». Cuando se produce una colisión entre bienes de relevancia constitucional y el legislador decide restringir el contenido protector de un derecho o principio constitucional en alguno de sus elementos centrales, el Tribunal Constitucional está legitimado para intervenir y controlar si efectivamente la ley atiende debidamente al principio de proporcionalidad, enjuiciamiento que estará condicionado por el objeto sobre el que este se proyecte o del tipo de decisiones que incorpore, de tal modo que «[c]uanto más intensa sea la restricción de los principios constitucionales y, en particular, de los derechos y libertades reconocidos en el texto constitucional, tanto más exigentes son los presupuestos sustantivos de la constitucionalidad de la medida que los genera» (STC 60/2010, FJ 7). Y en concreto, respecto de la exclusión de los menores en el artículo 1.1 de la Ley 3/2007, afirma que supone una publicidad forzada que obstaculiza a la persona transexual conformar libremente su personalidad y establecer las relaciones personales de su preferencia, lo cual, afecta no solo a la intimidad del menor sino también a su autonomía y a su capacidad de establecer relaciones sociales de acuerdo con su identidad. Por lo tanto, «[e]l control de constitucionalidad que se reclama del Tribunal en este proceso (...) deberá realizarse verificando de un modo exigente los presupuestos sustantivos de la constitucionalidad de la medida que los genera».

- e) En cuanto a los posibles objetivos que, según el Tribunal Supremo, podrían justificar en abstracto la medida establecida en la Ley 3/2007 -las consideraciones de orden público conectadas con la estabilidad e indisponibilidad del estado civil, y la cláusula de protección de los menores de edad (artículo 39.3 y 4 CE, y STC 274/2005)-, la sentencia argumenta que «[p]rocede descartar, por los mismos motivos que lo hace el auto de planteamiento, la primera de las opciones. En la forma de Estado que articula la CE, el reconocimiento y la protección de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos actúa precisamente como el núcleo principal de orden público. Otros aspectos que tradicionalmente han quedado incluidos en ese orden público, como la estabilidad e indisponibilidad del estado civil o la seguridad que este sin duda aporta a las relaciones jurídicas y sociales, aunque conserven una cierta virtualidad, presentan ahora una importancia secundaria con relación al ejercicio de los derechos fundamentales». Y en cuanto a la protección de los menores de edad, el Tribunal recuerda que si bien es cierto que el artículo 39 CE incorpora un mandato dirigido a los poderes públicos para que atiendan de un



modo preferente la situación de minoría de edad, estableciendo regímenes especiales de tutela allí donde la ley, dentro del amplio margen que ofrece la Constitución, lo considere necesario, *«[n]o se opone a esta apreciación del Tribunal que en este caso la restricción del principio o derecho constitucional -la exclusión del menor transexual de la rectificación registral de la mención de sexo- se apoye en lograr un beneficio para los mismos sujetos que sufren la limitación. No lo es, en primer lugar, porque se asienta en el mandato constitucional dirigido a todos los poderes públicos de dispensar una protección especial a los menores de edad. De otro lado, la propia doctrina constitucional ya ha admitido que otras manifestaciones del agere licere de la persona, que hunden igualmente sus raíces en la cláusula de libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y en la tutela dispensada por concretos derechos fundamentales (art. 16 CE), puedan ser objeto de limitación en aras de procurar la protección de la misma persona que sufre la restricción (entre otras, las citadas SSTs 120/1990, de 27 de junio, y 60/2010, de 7 de octubre)».*

- f) En el análisis del canon de proporcionalidad, que se resume en la comprobación de si la norma legal restrictiva de derechos y principios constitucionales se orienta de un modo proporcionado al bien jurídico que la justifica -la tutela privilegiada de los menores de edad como categoría de personas necesitadas de especial protección-, y en particular, respecto del juicio de adecuación, el Tribunal Constitucional señala que *«[e]l auto de planteamiento no presenta ninguna argumentación ordenada a evidenciar que aparece como manifiesto que la medida legal que cuestiona suponga, en todo caso, un entorpecimiento en el logro de la protección específica del menor o resulte indiferente respecto de ella. De hecho, aunque extender el ámbito de aplicación del art. 1.1 de la Ley 3/2007 al menor transexual entrañaría sin duda un importante beneficio para él, al menos en términos de tutela de su intimidad y de reconocimiento de un ámbito de libre decisión sobre su persona, no cabe negar de un modo absoluto a la restricción general que contiene la norma cuestionada una contribución positiva al interés del menor de edad, en particular en todos aquellos supuestos en los que las manifestaciones que acreditan la transexualidad no estén consolidadas. Cuando se dan estas concretas circunstancias, excluir al menor de edad de esa opción, si bien supone para él una restricción en los derechos y principios constitucionales antes indicados, se justifica en la mejor salvaguarda de su interés, pues se le evitan serias consecuencias negativas que podrían seguirse de una decisión precipitada. No resulta manifiesto,*



por tanto, que la medida legal cuestionada resulte en todo caso entorpecedora o indiferente con relación a la consecución de la protección especial que al menor de edad le deben prestar los poderes públicos por mandato constitucional».

- g) Respecto del juicio de necesidad, entiende el Tribunal Constitucional que del razonamiento del auto de planteamiento «[s]e desprende que la medida alternativa menos gravosa considerada por el órgano remitente es aquella en que la exigencia de la mayoría de edad no se proyectase sobre los menores de edad "con madurez suficiente" y que se encuentren "en situación estable de transexualidad". En este análisis de proporcionalidad la norma cuestionada incorpora una restricción que se proyecta sobre bienes constitucionales de la más alta significación: el derecho a la intimidad y el principio que garantiza el libre desarrollo de la persona. Y además esta limitación recae sobre un aspecto de ellos como es la identidad personal que reviste una especial centralidad por su particularmente estrecha relación con la dignidad de la persona humana. Únase a todo ello que la restricción sobre esos bienes actúa de una manera radicalmente intensa: mediante la privación completa de algunas de sus manifestaciones respecto de un conjunto entero de sujetos».
- h) En relación con la proporcionalidad en sentido estricto, el Tribunal recuerda que «[e]l contenido normativo del art. 1.1 de la Ley 3/2007 ocasiona a los sujetos excluidos del cambio de la mención registral del sexo restricciones muy notables en los bienes jurídicos constitucionales ya indicados. Estas limitaciones, que en sí mismas revisten enorme intensidad y se proyectan sobre bienes constitucionales de la mayor transcendencia, se manifiestan de un modo agravado cuando el menor de edad presenta "madurez suficiente" en tanto que resulta inevitable reconocerle una mayor necesidad de tutela de su intimidad personal y del espacio de decisión que le habilita para desarrollar libremente los rasgos de su personalidad». Es cierto, admite la sentencia, que la restricción legal enjuiciada provoca beneficios para ciertos principios y derechos constitucionales, pero «[e]stos beneficios, cuya relevancia este Tribunal no desdeña, se relativizan paulatinamente según se avanza hacia la mayor edad por dos motivos. De un lado, a medida que cumple años el menor de edad adquiere mayores grados de entendimiento y, por tanto, disminuyen las necesidades específicas de protección, como se desprende de la regulación que hace el Código Civil de la emancipación del menor de edad (artículo 314 y ss.) De otro lado, como argumenta el auto de planteamiento, el riesgo de remisión



de las manifestaciones de transexualidad merma cuando la persona se aproxima a la edad adulta». Para el Tribunal, en el caso de las personas menores de edad con "suficiente madurez" y en una situación estable de transexualidad" «[s]e incrementan notablemente los perjuicios para su derecho a la intimidad personal y para el principio que le garantiza un espacio de libertad en la conformación de su identidad. En estas circunstancias, además, los perjuicios que estamos considerando se revelan de mayor intensidad por tratarse de una norma automática que no contempla régimen intermedio alguno -i.e. cambio de nombre, pero no de sexo- para las situaciones de transición.» En consecuencia, el art. 1.1 de la Ley 3/2007, en la medida en que se aplica a todos los casos de menores, incluidos los que tienen "suficiente madurez" y se hallan en "situación estable de transexualidad" «[c]onstituye una medida legal que restringe los principios y derechos constitucionales que venimos considerando de un modo desproporcionado, dado que los perjuicios para los mismos claramente sobrepasan las menores necesidades de tutela especial que se manifiestan en estas categorías específicas de menores de edad, por lo que procede declarar su inconstitucionalidad».

148.- La STS de la Sala Primera (Pleno) del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2019, dictada a la vista de la STC 99/2019 que resolvió la cuestión de inconstitucionalidad que aquella había planteado, afirma que la cuestión fundamental para decidir sobre la legitimación activa cuestionada consiste en valorar si el menor de edad tiene suficiente madurez y se encuentra en una situación estable de transexualidad. Y en lo relativo a la madurez, habrá de estarse a la definición que de ella hace el Comité de Derechos del Niño de la ONU, en la Observación general núm. 12, de 2009: "Madurez hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño [...] es la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente". E insiste el Alto Tribunal en la necesidad de la audiencia del menor para confirmar que es su voluntad solicitar el cambio de la mención registral del sexo: «[E]l art. 162 del Código Civil excluye del ámbito de representación legal que los padres tienen respecto de sus hijos menores de edad "los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, puede ejercitar por sí mismo"»; y en esa audiencia del menor, «[e]l tribunal también deberá comprobar su madurez de un modo menos exhaustivo mientras más cercano a la mayoría de edad se encuentre [...]».



VII

149.- El régimen de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas que diseña el prelegislador parte de conceder la legitimación para solicitar dicha modificación a toda persona de nacionalidad española mayor de dieciséis años sin auxilio ni condicionamiento alguno (artículo 38.1 APL), y la extiende a los menores de dieciséis años y mayores de catorce con asistencia de sus representantes legales, también sin condición alguna (artículo 38.2). Las personas con discapacidad podrán solicitar la rectificación registral con las medidas de apoyo que precisen (apartado 3 de este artículo 38); y conforme al apartado 4 de este mismo artículo 38, el ejercicio del derecho a la rectificación registral de la mención relativa al sexo “en ningún momento podrá estar condicionado a la previa exhibición de informe médico o psicológico relativo a la disconformidad con el sexo mencionado en la inscripción de nacimiento, ni a la previa modificación de la apariencia o función corporal de la persona a través de procedimientos médicos, quirúrgicos o de otra índole”.

150.- El procedimiento registral se regula en el artículo 39, con remisión a lo establecido en la normativa reguladora del Registro civil para los procedimientos registrales, y se articula a partir de la comparecencia de la persona legitimada en cualquier oficina del Registro civil, cuyo encargado le hará entrega del formulario que recogerá su manifestación de disconformidad con el sexo mencionado en su inscripción de nacimiento y su solicitud de que, en consecuencia, se proceda a la correspondiente rectificación. En el formulario se deberá incluir la elección de un nuevo nombre propio, salvo que la persona legitimada quiera conservar el que ostente y ello sea conforme a los principios de libre elección de nombre propio previstos en la normativa reguladora del Registro civil.

151.- En la comparecencia, la persona encargada del Registro informará al solicitante de las consecuencias jurídicas de la rectificación pretendida, incluido el régimen de reversión, así como de la existencia de medidas voluntarias de apoyo que estén a disposición del solicitante a lo largo del procedimiento en los ámbitos sanitario, social, laboral, educativo y administrativo, incluyendo medidas de protección contra la discriminación, promoción del respeto y fomento a la igualdad de trato. Igualmente, pondrá en conocimiento del solicitante la existencia de asociaciones y de otras organizaciones de protección de los derechos en este ámbito.

152.- De tratarse de personas menores de dieciocho años y mayores de catorce, todos los intervinientes en el procedimiento tendrán en consideración



en todo momento el interés superior del menor, a quien se facilitará la información sobre las consecuencias jurídicas de la rectificación solicitada y toda la información complementaria en un lenguaje claro, accesible y adaptado a sus necesidades.

153.- Tras esta información, la persona legitimada suscribirá una primera solicitud de rectificación registral de la mención del sexo, que deberá ser ratificada en una segunda comparecencia que tendrá lugar en un plazo máximo de tres meses, dictándose resolución en un plazo máximo de un mes a contar desde la fecha de la segunda comparecencia. Dicha resolución será recurrible en los términos previstos en la normativa reguladora del Registro civil, si bien el recurso ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública tendrá carácter potestativo. Y se contemplan medidas y recursos de apoyo, materiales y humanos, incluidas las medidas de accesibilidad y diseño universales, para las personas con discapacidad.

154.- Este régimen se complementa con la reversibilidad de la rectificación de la mención registral relativa al sexo de las personas (artículo 42), que podrá instarse transcurridos seis meses desde la inscripción en el Registro civil de la rectificación, para recuperar la mención registral del sexo que figuraba previamente a dicha rectificación, y que se tramitará a través del expediente de jurisdicción voluntaria regulado en los artículos 26 sexies a 26 nonies introducidos por la ley anteproyectada en la LJV.

155.- Y se complementa también con el expediente de jurisdicción voluntaria previsto para la aprobación judicial de la modificación de la mención registral del sexo de personas mayores de doce años y menores de catorce (nuevos artículos 26 bis a 26 quinquies LJV), supeditada a la concurrencia de los requisitos de madurez necesaria del menor y de estabilidad de la voluntad de rectificar registralmente la mención del sexo, y siempre bajo la consideración del superior interés del menor de edad.

VIII

156.- La valoración que a este órgano constitucional le merece el anteproyectado régimen de rectificación de la mención registral del sexo de las personas debe estar presidida por la idea de que se trata de una regulación de carácter eminentemente registral y, como tal, y conforme a la naturaleza y finalidad del Registro civil -que no es otra que constatar y publicar los hechos y actos que se refieren al estado civil de las personas y aquellos otros que determine la ley-, no otorga derecho alguno, ni regula el



libre ejercicio de los mismos, sino que únicamente constata hechos y actos referidos al estado civil de las personas.

157.- Quiere esto decir que el derecho a la identidad sexual es previo al derecho a la rectificación registral de la mención del sexo, y se contempla en la propia ley, estando facultado el prelegislador, dentro de su libertad de configuración, para establecer los requisitos y condiciones para ejercitar tal derecho de rectificación, en el más amplio ejercicio del derecho a la identidad sexual.

158.- En esa libertad de configuración caben, por tanto, distintas opciones que podrán ser constitucionalmente legítimas mientras se ajusten al canon de proporcionalidad que exige la tutela de los principios, derechos y bienes jurídicos constitucionales concernidos. Sobre esta base, podrá ser constitucionalmente legítimo establecer determinados requisitos o condiciones para el ejercicio del derecho de rectificación registral de la mención relativa al sexo siempre que se muevan dentro de los márgenes del principio de proporcionalidad de las medidas adoptadas en atención al fin que con ellas se persigue.

159.- Podrá ser, por tanto, constitucionalmente legítima, desde la perspectiva de los principios, derechos y bienes jurídicos constitucionales concernidos (cfr. artículos 10.1, 15 y 18.1 CE), la opción legislativa conforme a la cual se dote al derecho a la identidad sexual de su mayor virtualidad, extendiéndolo a un determinado tramo de la minoría de edad sin someterlo a condición alguna, en el marco de un procedimiento registral. Como se ha visto en la amplia exposición de los argumentos que sustentan la decisión de la STC 99/2019, la exclusión con carácter general de los menores de edad transexuales en el ejercicio del derecho de rectificación de la mención registral del sexo no supera el canon de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto, teniendo en cuenta la enorme intensidad de la limitación y la mayor transcendencia de los bienes constitucionales sobre los que se proyecta.

160.- Pero también sería constitucionalmente legítima la opción legislativa que se limitara a extender la legitimación para la rectificación registral de la mención del sexo a los menores de edad "con madurez suficiente" y con "estabilidad en su situación de transexualidad", condiciones que se encontraban, como también se ha visto, en la base del pronunciamiento del Tribunal Constitucional. Bastaría entonces, por tanto, con modificar el artículo 1.1 de la Ley 3/2007 para acoger esta legitimación más amplia, pero condicionada. E incluso cabría considerar constitucionalmente legítimo el



mantenimiento de los requisitos que se establecen en el artículo 4 de la Ley -el diagnóstico de la disforia de género y el tratamiento médico acreditado por certificado médico-, por más que no resulte aconsejable atendidas las actuales corrientes jurisprudenciales y de los organismos y organizaciones internacionales.

161.- El análisis, en punto a la legitimación y las condiciones de ejercicio del derecho a la rectificación registral de la mención del sexo, se desplazaría entonces en gran medida desde el plano de la constitucionalidad al de la legalidad, utilizando el canon de la proporcionalidad para determinar cuál sería la opción legislativa más adecuada en términos de proporcionalidad, a la vista de los bienes jurídicos concernidos.

162.- En ese juicio de proporcionalidad se enfrentan, por un lado, el principio que garantiza el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE), el derecho a la integridad moral (artículo 15 CE), el derecho a la intimidad (artículo 18.1 CE), y en menor grado, el derecho a la protección de la salud (artículo 43 CE); y por otro lado, el principio que impone la necesidad de protección de la persona menor de edad que la propia Constitución reconoce (artículo 39.3 y 4 CE). Ha de admitirse, con la STC 99/2019, la escasa relevancia que frente a aquellos principios y derechos presentan *«las consideraciones de orden público conectadas con la estabilidad e indisponibilidad del estado civil»* y con razones de seguridad jurídica.

163.- Debe recordarse que el Tribunal Constitucional, en la sentencia 99/2019 de amplia referencia, con cita de las SSTC 120/1990, de 27 de junio, y 60/2010, de 7 de octubre, ha precisado que, en relación con la cláusula de protección de las personas menores de edad, el artículo 39 CE incorpora un mandato dirigido a los poderes públicos para que atiendan de modo preferente la situación del menor de edad, configurando regímenes especiales de tutela, y que la restricción de principios o derechos constitucionales puede encontrar apoyo en la consecución de un beneficio para los mismos sujetos que sufren tal restricción, por cuanto se asienta en el señalado mandato constitucional.

164.- Conviene puntualizar que el prelegislador no explica en la Exposición de Motivos, y tampoco en la MAIN, las razones que justifican la opción legislativa elegida. Se limita a señalar que la regulación de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas tiene como base el reconocimiento de la voluntad libremente manifestada, *“despatologizando el procedimiento y eliminando la mayoría de edad para solicitar la rectificación”*. Y el apartado 2.1 de la MAIN, relativo a la motivación de la propuesta, se



limita a hacer mención de la jurisprudencia del TEDH y de la STC 99/2019, así como de la subsiguiente sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que han sido examinadas más arriba. Esta justificación de la opción legislativa que se acoge es, sin embargo, insuficiente: no se analiza su bondad en términos de proporcionalidad en relación con otras alternativas posibles, y tampoco se lleva a cabo un análisis del derecho comparado; como no se examina su adecuación atendiendo a los distintos aspectos, jurídicos, sociológicos y morales, que presenta una cuestión tan compleja como es la identidad sexual.

165.- Hecha esta precisión, la valoración que compete realizar a este órgano constitucional del régimen anteproyectado relativo a la rectificación de la mención registral del sexo ha de partir, sin duda, de respetar la libertad de configuración que le corresponde al prelegislador, sin que en el plano de constitucionalidad merezca objeción alguna -sin perjuicio de las observaciones que seguidamente se harán- al superar sin dificultad los controles de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, teniendo en cuenta la entidad de los principios y derechos constitucionales concernidos -el libre desarrollo de la personalidad, la integridad física y moral y la intimidad-, y considerándolos autónomamente. La regulación de la modificación registral de la mención del sexo en términos amplios, sin limitarla a los mayores de edad, y sin sujetarla a condición alguna para los mayores de doce años -más allá de la asistencia de los representantes legales de los menores de dieciséis-, qué duda cabe que dota a los principios y derechos reconocidos en los artículos 10.1, 15 y 18.1 CE, cuando se trata del ejercicio del derecho a la identidad sexual, de la mayor virtualidad y entraña un importante beneficio para los titulares del derecho, al menos en términos de tutela de su derecho a la intimidad y de reconocimiento de un ámbito de libre decisión y desarrollo de su personalidad.

166.- Ahora bien, sin abandonar del todo el plano estricto de la constitucionalidad, y en todo caso situados en el marco de la elección de la opción normativa más adecuada, no puede desconocerse que, como más arriba se ha expuesto, junto con los señalados principios y derechos constitucionales confluye la cláusula de la especial protección de los menores de edad (artículo 39.3 y 4 CE) y la especial primacía de su superior interés.

167.- En este punto es importante retener que en el análisis de la constitucionalidad del artículo 1.1 de la Ley 3/2007, y en el examen de la restricción que en el mismo se hacía en cuanto a la legitimación para ejercitar el derecho de rectificación, subyacían las condiciones de la suficiente madurez del menor y de la estabilidad de su situación de transexualidad. De este



modo, cabe recordar que la STC 99/2019, al llevar a cabo el juicio de adecuación, señala que *«[a]unque extender el ámbito de aplicación de dicho precepto al menor transexual entrañaría sin duda un importante beneficio para él (...), no cabe negar de un modo absoluto a la restricción general que contiene la norma cuestionada una contribución positiva al interés del menor de edad, en particular en todos aquellos supuestos en los que las manifestaciones que acreditan la transexualidad no estén consolidadas. Cuando se dan estas concretas circunstancias, excluir al menor de edad de esa opción, si bien supone para él una restricción en los derechos y principios constitucionales antes indicados, se justifica en la mejor salvaguarda de su interés, pues se le evitan serias consecuencias negativas que podrían seguirse de una decisión precipitada»*. Y concluye: *«[N]o resulta manifiesto, por tanto, que la medida legal cuestionada resulte en todo caso entorpecedora o indiferente con relación a la consecución de la protección especial que al menor de edad le deben prestar los poderes públicos por mandato constitucional»*.

168.- Se sigue de lo anterior, por tanto, que la superación del juicio de adecuación al que fue sometido el artículo 1.1 de la Ley 3/2007 lo fue en razón de que la exclusión de los menores de edad de entre los legitimados para solicitar la rectificación registral del sexo se encuentra justificada en aquellos casos en que no presenten el grado de madurez suficiente para formar debidamente su decisión o el grado de consolidación -de estabilización- de la transexualidad: en estos casos, la restricción de los principios y derechos constitucionales se encuentra justificada por la mejor salvaguarda del superior interés del menor.

169.- Esta línea argumental ofrece el pie de apoyo para analizar, conforme al canon de proporcionalidad, la opción escogida por el prelegislador, ya no solo desde la perspectiva de los principios y derechos constitucionales recogidos en los artículos 10.1, 15 y 18.1 CE, sino también desde la óptica de la cláusula de la protección de los menores de edad que se contiene en el artículo 39 CE. El planteamiento del anteproyecto, al legitimar a los mayores de catorce años y menores de dieciséis para solicitar la rectificación de la mención registral del sexo sin más condiciones que la asistencia de sus representantes legales, no resulta adecuado para proteger el interés del menor comprendido en esa franja de edad que carezca del suficiente grado de madurez o cuya situación de transexualidad no esté estabilizada. Tampoco conforme al criterio de necesidad puede encontrar justificación, pues la alternativa menos gravosa para el interés del menor pasaría por establecer las condiciones de madurez y de estabilidad en la transexualidad que, si bien constituyen restricciones de los principios y derechos constitucionales, son



proporcionales al fin a que están orientadas, lo que, en sentido contrario, permitiría superar el control de la proporcionalidad estricta al establecimiento de tales condiciones para el ejercicio del derecho de identidad sexual.

170.- No está de más recordar que el TEDH (cfr. sentencia asunto A.P. Garçon y Nicot c. Francia, de 6 de abril de 2017, cit.) consideró compatible con el artículo 8 del CEDH la exigencia de “la realidad del síndrome transexual” y la “existencia y persistencia del mismo”, considerando que el diagnóstico psicológico previo no amenaza directamente la integridad de las personas, y que el examen médico por parte de un *expertise judiciaire* constituye una medida proporcional y responde a una ponderación adecuada de los intereses concurrentes.

171.- Por consiguiente, ya sea desde el plano constitucional, ya desde la simple optimización de la norma, y en ambos casos atendido el canon de proporcionalidad -conforme a sus distintos criterios-, resulta conveniente someter el ejercicio del derecho de rectificación de la mención registral del sexo por parte de los menores de dieciséis años a las condiciones de “suficiente madurez” y “estabilidad en la situación de transexualidad”, del mismo modo que se exigen para los menores de catorce años y mayores de doce, para cuya comprobación el juez deberá disponer de los necesarios informes de terceros expertos de los que se desprenda el grado de madurez y la estabilidad requeridos. Y tratándose del ejercicio de un derecho sujeto a las señaladas condiciones y que confluye con otros bienes constitucionales, lo procedente es que el control de su concurrencia se haga en sede jurisdiccional, a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria previsto en los nuevos artículos 26 bis a 26 quinquies de la LJV, con las pertinentes adaptaciones. De esta manera se satisfaría la exigencia, impuesta tanto por los organismos internacionales como por el TEDH, de articular un procedimiento rápido, transparente y accesible para ejercitar el derecho de la rectificación registral de la mención del sexo. Se ha de considerar que es esta la vía procesal que, cumpliendo tales exigencias, resulta más adecuada, donde no se suscita contienda propiamente dicha, en el sentido de deducirse y ejercitarse pretensiones contrapuestas -en caso de desacuerdo de los representantes legales del menor se nombrará un defensor judicial, artículo 26 ter.2 LJV (y artículo 163 CC, con carácter general)-, y donde no se exige la intervención de profesionales -abogado y procurador-.

172.- La rectificación de la mención registral del sexo a través de un procedimiento registral, y sin condiciones, quedaría entonces limitada a los mayores de dieciséis años. El mantenimiento de esta opción, respetando la configuración del prelegislador en este aspecto, vendría justificada, en



términos de proporcionalidad, por la mayor facilidad para apreciar en ellos el grado de madurez suficiente y ordinariamente un grado de estabilidad en la situación de transexualidad, con menor riesgo de remisión. Se debe recordar que, de acuerdo con la doctrina constitucional, conforme se avanza hacia la mayor edad los requisitos que condicionan el ejercicio de los derechos con raigambre constitucional se relativizan, por ser menores las necesidades de protección. Y ha de recordarse también que es esa la edad en la que el legislador, en atención al grado de madurez y desarrollo alcanzado, fija el ejercicio de ciertos derechos y autoriza la intervención en determinadas relaciones jurídicas y la realización de ciertos actos y negocios jurídicos (i.e., emancipación del menor de edad, artículos 314 y ss., CC, con su incidencia en la capacidad para contraer matrimonio ex artículo 46.1 CC y para celebrar contratos ex artículo 1263.2º CC), en la que se modula el cumplimiento de las penas impuestas conforme a la legislación de responsabilidad penal del menor (artículo 9 de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor) o se cualifican penalmente determinadas conductas (cfr. artículos 182, 183 y 183 quater CP).

173.- Si bien esta sería una opción legítima, este Consejo considera, no obstante, que el principio de especial protección del menor se garantiza en mayor medida si la autodeterminación del género y la modificación registral de la mención relativa al sexo, sin condicionamientos y a través de un procedimiento registral, se reserva a los mayores de dieciocho años. En otros términos, que el ejercicio del derecho de autodeterminación en los mayores de dieciséis y menores de dieciocho esté sujeto a las mismas condiciones que las propuestas para los menores de dieciséis años, y que se lleve a cabo por el mismo cauce del procedimiento de jurisdicción voluntaria. Esto supone, por tanto, extender hasta la mayoría de edad el procedimiento previsto en el anteproyecto para los menores de entre 12 y 14 años, que requiere de aprobación judicial, previa tramitación de un expediente de jurisdicción voluntaria y la demostración de la madurez necesaria y de la voluntad estable de proceder a la rectificación registral del sexo.

174.- En cualquier caso, aunque se actúe con la asistencia de los representantes legales, es precisa la audiencia del menor solicitante. A este respecto, cabe traer a colación la STC 31/2018, de 10 de abril (ECLI:ES:TC:2018:31), cuyo FJ 7 dice:

«Hemos distinguido desde la STC 197/1991, FJ 4, entre titularidad y ejercicio en la medida en que nuestra jurisprudencia constitucional considera a los menores como titulares de los derechos fundamentales y libertades públicas, teniendo en cuenta que éstos no pueden ejercitar por sí solos todo su



contenido durante el amplio período de la minoría de edad. Por ello es posible y en ocasiones imprescindible modular el ejercicio por el menor del derecho fundamental, dando entrada a distintas modalidades de heteroejecución, de ordinario a través de los padres o tutores. Esa modulación habrá de efectuarse atendiendo, entre otros factores, a la naturaleza del derecho fundamental de que se trate, y a la edad y grado de madurez del menor. Estos dos últimos son los criterios empleados por el Código civil en sus artículos 154 y siguientes e irradian todo nuestro ordenamiento jurídico. También figuran en el artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, a tenor del cual "los Estados Partes garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño", indicándose también que "con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional". En sentido similar al expresado, el artículo 9.1 la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor indica que "el menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez". Por su parte, el artículo 9.2 de la misma ley dispone que "[s]e considera, en todo caso, que [el menor] tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos". La exposición de esos preceptos es una muestra de que la participación del menor en el ejercicio de sus propios derechos puede ser de diferente alcance en función de las circunstancias de edad y madurez que concurran en él. En su caso, la heteroejecución asegura la máxima efectividad posible del concreto derecho fundamental del que es titular el menor, y permite a la par el cumplimiento del mandato tuitivo a que se refiere el artículo 39 CE».

175.- Y debe tenerse presente que, conforme a lo dispuesto en el artículo 162 CC, quedan exceptuados de la representación legal de los padres que ostentan la patria potestad los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.

176.- A la hora de dotar de contenido al concepto de "madurez", la STS 685/2019 (cit.) sigue la definición aportada en la Observación General de la



ONU 12 (2009). Tal y como se interpreta en ella, este concepto se corresponde con *"la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño [...] la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente"*.

177.- El régimen de rectificación de la mención registral del sexo que se ha propuesto en los párrafos anteriores como alternativa a la opción del prelegislador, por ser más acorde al canon de proporcionalidad, es predicable, aun en mayor grado, de las personas con discapacidad, sujetas a la especial tutela de los poderes públicos (artículo 49 CE), siempre contando con las medidas de apoyo adecuadas en los términos previstos en la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Es acertada, por tanto, la previsión contenida en el proyectado artículo 39.9, así como en el también proyectado 26 ter.3 LJV.

178.- El artículo 41 APL regula los efectos de la resolución que acuerde la rectificación de la mención registral del sexo, que tendrá efectos constitutivos a partir de su inscripción en el Registro civil (apartado 1), como también se establece en el artículo 5.1 de la Ley 3/2007. Conforme a su apartado 2, "la rectificación registral permitirá a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición", lo que se prevé, en idénticos términos, en el artículo 5.2 de la Ley 3/2007. El anteproyecto introduce, sin embargo, tres nuevas precisiones con respecto del régimen vigente. Este se cierra con el apartado 3 del artículo 5 de la Ley 3/2007, que dice: "El cambio de sexo y nombre acordado no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral".

179.- En el texto anteproyectado, por una parte, se prohíbe a la persona ser beneficiaria de medidas de acción positiva adoptadas específicamente en favor de las mujeres en virtud del artículo 11 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, respecto de las situaciones jurídicas anteriores a la rectificación registral, si bien conservará los derechos patrimoniales consolidados que se hubieran derivado de las mismas, sin que haya lugar a su reintegro o devolución (artículo 41.3 APL).

180.- Por otra parte, respecto de las situaciones jurídicas que traigan causa del sexo biológico, la persona conservará, en su caso, los derechos inherentes



al mismo en los términos establecidos en la legislación sectorial (artículo 41.3, segundo párrafo, APL).

181.- Y, en fin, la rectificación registral relativa al sexo y, en su caso, el cambio de nombre, no alterarán el régimen jurídico que, con anterioridad a la inscripción del cambio registral, fuera aplicable a la persona a efectos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (LPIVG).

182.- La regulación de los efectos de la resolución, que quiere ser más completa que la vigente, presenta, sin embargo, ciertos aspectos oscuros y ciertas disfunciones. Se advierte que la regla general es fijar el régimen jurídico aplicable en función de cuándo tienen lugar las situaciones jurídicas objeto de regulación -anteriores o posteriores a la inscripción de la resolución de rectificación-, y en función del sexo que en ese momento se tenga, lo que es coherente con el carácter constitutivo de la resolución de rectificación. Ahora bien, el mantenimiento del régimen jurídico que fuera aplicable a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral a los efectos de la LPIVG no está completamente explicado, pues en recta inteligencia del precepto el mantenimiento del régimen de protección habrá de entenderse principalmente con la finalidad de que la modificación de la mención del sexo del hombre no altere el régimen de protección que dispensa la ley a las víctimas de violencia de género ni permita eludirlo, pero no queda claro -aunque parece poco probable- si el precepto contempla la inalterabilidad del régimen jurídico aplicable con anterioridad a la inscripción respecto de la mujer que transita al sexo opuesto. El precepto debe gozar de la calidad normativa precisa, y ha de garantizar que la modificación de la mención registral del sexo no permitirá la elusión de las obligaciones y de las responsabilidades frente a las víctimas de violencia contra la mujer.

183.- Lo mismo cabe decir, si bien en sentido excluyente, respecto de la previsión relativa a las medidas de acción positiva establecidas en la Ley Orgánica 3/2007. Debe tenerse en cuenta que determinadas situaciones jurídicas, aunque nacidas con anterioridad a la inscripción de la rectificación registral, pueden desplegar o mantener sus efectos después de la misma, por lo que excluir *a radice* y sin excepción la aplicación de las medidas de acción positiva puede no estar siempre justificado.

184.- Por otra parte, no resulta fácil conciliar el apartado 2 del artículo 41 con el segundo párrafo del apartado 3 de ese mismo artículo. Este viene referido a situaciones jurídicas que traigan causa del sexo biológico, es decir, en las que se ha intervenido o se interviene por razón y en consideración al



sexo biológico que se tenía en el momento en que aquellas nacieron o tuvieron lugar, de manera que la modificación registral de la mención del sexo no alterará la titularidad -y ejercicio- de los derechos inherentes al sexo biológico después de la rectificación registral. Esta previsión, que parece operar como una excepción de la regla que se recoge en el apartado 2, y que difiere su efectividad a los términos de una imprecisa legislación sectorial, no llega a paliar las consecuencias derivadas de la aplicación de esta regla general, conforme a la cual la persona podrá ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición tras la inscripción de la rectificación registral, y que aplicada a determinados ámbitos y circunstancias puede producir paradójicamente un efecto contrario a la no discriminación que se trata de evitar, dando lugar a situaciones de discriminación positiva, y un efecto contrario a la igualdad y a la proscripción de la discriminación de las mujeres. Piénsese, por ejemplo, en el ámbito de las competiciones deportivas, o a la hora de concurrir a las pruebas físicas que se exigen para acceder a determinadas profesiones, cuando se ha transitado del género masculino al femenino.

185.- El artículo 42 del APL regula la reversibilidad de la rectificación de la mención registral relativa al sexo de las personas. Este precepto se complementa con los nuevos artículos 26 ter sexies a 26 nonies de la LJV, en los que se establece el procedimiento de aprobación judicial de la modificación de la mención registral relativa al sexo con posterioridad a la tramitación de un procedimiento registral de rectificación de dicha mención inicial.

186.- Este mecanismo de reversión de la rectificación de la mención registral relativa al sexo se contempla sin sujeción a condición alguna, más allá del plazo establecido para su ejercicio, y más allá de la consideración del interés superior del menor -si el solicitante lo es-, supeditado únicamente a la manifestación de voluntad de revertir la rectificación registral anteriormente producida (artículo 26 octies.1 LJV). Siendo así, no queda clara la finalidad de acompañar los medios de prueba que el solicitante quiera utilizar, como se dispone en el nuevo artículo 26 octies.1, ni cuáles han de ser los hechos que se deben acreditar con ellos, salvo que vengan referidos al interés superior del menor.

187.- Pero, al margen de ello, lo que verdaderamente cabe cuestionar es si esta reversión, tal y como está concebida, de forma incondicionada e ilimitada, resulta proporcionada y es conciliable con los principios, derechos y bienes jurídicos constitucionales a los que debiera estar orientada.



188.- El planteamiento normativo propuesto en el presente informe, que somete el ejercicio del derecho de rectificación a las condiciones de madurez suficiente y de estabilidad en la situación de transexualidad de los menores de dieciséis años, verificadas en sede judicial, ha de tener como correlato, y en una relación inversamente proporcional, un menor grado de actuación de la posibilidad de revertir la rectificación registral inicialmente obtenida. Más allá de esas condiciones, y con independencia de la edad del solicitante, junto con los principios y derechos constitucionales concernidos (los recogidos en los artículos 10.1, 15, 18.1 y, en su caso, 39 CE), confluyen aquí con mayor presencia razones vinculadas al principio de orden público y a la estabilidad del estado civil de las personas, esta a su vez estrechamente unida a la seguridad jurídica, como principio constitucionalmente protegido (artículo 9.3 CE). Siendo así, el no someter a condiciones y restricciones la posibilidad de reversión no concilia bien con estos principios, y se muestra incompatible, en términos de adecuación, necesidad y proporcionalidad, con los principios y bienes jurídicos constitucionales a los que debiera servir. La posibilidad de reversión debería contemplarse con carácter estrictamente excepcional, predeterminando los casos y condiciones en los que ha de tener lugar, siempre bajo la decisión judicial, y nunca de forma incondicionada ni ilimitada.

189.- Por otra parte, es necesario regular los efectos ya producidos con anterioridad a la reversión. Esta necesidad se hace especialmente patente cuando la persona transexual ha sido objeto de una investigación penal o una acusación por delitos de violencia de género. También aquí, el prelegislador ha de asegurar que la reversión no sirva para eludir responsabilidades por actos cometidos antes de que tenga lugar.

190.- Los artículos 43 y 46 regulan el cambio de nombre en el Registro civil de personas menores de edad y la adecuación de documentos al cambio en el Registro civil de personas menores de edad. El cambio de nombre de los menores de edad mayores de doce años y la adecuación de los documentos se contempla con independencia de que se haya iniciado o no el procedimiento de rectificación registral de la mención relativa al sexo, sin otra condición que la disconformidad del menor con el sexo mencionado en su inscripción de nacimiento, y la observancia de los requisitos establecidos en la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (LRC).

191.- Esta regulación se muestra coherente con la menor intensidad que presenta la mención registral del nombre respecto de la mención registral del sexo de las personas, y se muestra coherente también con la necesidad de articular procedimientos rápidos, accesibles y transparentes que faciliten el



cambio de nombre y la adecuación de los documentos para hacerlos acorde a la identidad sexual (cfr. STEDH de 17 de enero de 2019, cit.). Cabe recordar que la STEDH de 11 de octubre de 2018, caso S.V. c. Italia, contempló un supuesto en el que una persona transexual se vio imposibilitada de obtener el cambio de nombre antes de completar totalmente el proceso de transición sexual mediante una operación de reasignación, y el Tribunal señaló que *«[e]sta problemática entra dentro del derecho al respeto de la vida privada y cae sin duda dentro del ámbito de aplicación del artículo 8 del Convenio, como de hecho ya ha sido ampliamente afirmado por el Tribunal en los asuntos relativos a la elección o al cambio de nombres o apellidos de las personas físicas (véanse, entre otros, G. contra Bulgaria, núm. 11369/04, ap. 37, 17 de febrero de 2011, y H.K. contra Francia, núm. 32265/10, ap. 25, de 5 de diciembre)»*.

192.- El artículo 51 LRC (que tras la reforma que introduce la ley anteproyectada mantiene prácticamente su redacción actual) establece el principio de libre elección de nombre propio, sin más limitaciones -que se interpretarán restrictivamente- que las siguientes: 1º No podrán consignarse más de dos nombre simples o uno compuesto; 2º No podrán imponerse nombres que sean contrarios a la dignidad de la persona; y 3º No podrá imponerse al nacido nombre que ostente uno de sus hermanos o hermanas.

193.- Conforme al artículo 52 LRC, el Encargado del Registro Civil, mediante procedimiento registral, podrá autorizar el cambio de nombre previa declaración del interesado, que deberá probar el uso habitual del nuevo nombre, y siempre que concurren las demás circunstancias exigidas en la legislación del Registro Civil. El cambio, según lo dispuesto en el artículo 57.3, podrá ser solicitado por el interesado mayor de dieciséis años, precepto que ahora se modifica para reconocer legitimación al menor transexual mayor de doce años, acomodándolo a lo previsto en el artículo 43 del anteproyecto.

194.- Debe tenerse presente en este punto la Instrucción de 23 de octubre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre cambio de nombre en el Registro civil de personas transexuales. En ella, teniendo a la vista la evolución jurisprudencial que flexibiliza la interpretación y requisitos para la autorización del cambio de sexo y de nombre -de la que se ha dado cuenta en anteriores apartados de este informe-, se aborda -dice su preámbulo- *«[l]a interpretación y consiguiente aplicación de la Ley de registro Civil de 8 de junio de 1957 -en vigor a la fecha de la Instrucción, el inciso es nuestro-, para los supuestos de solicitud de cambio de nombre de la persona que tenga por finalidad hacer coincidir el nombre asignado con el sexo sentido por la misma, en aquellos casos en que por aplicación de la Ley*



actualmente en vigor -la Ley 3/2007, se aclara ahora- no sea posible el cambio de la indicación del sexo en el Registro Civil. Debe tomarse en consideración a tal efecto hasta qué punto la interpretación y aplicación de dicha Ley debe realizarse a la luz de los principios constitucionales y legales (...) y en particular de la interpretación actual de estos principios a la luz de la realidad social de cada tiempo (...) Con todos esos antecedentes, y a la luz de la realidad social del tiempo actual, que nos muestra la detección de un elevado número de casos de menores y mayores de edad a quienes la aplicación actual del derecho no ofrece un procedimiento seguro y respetuoso para obtener una expresión oficial de su género sentido, se hace imprescindible revisar el sentido que tiene la normativa vigente y la interpretación y aplicación que se debe dar a la misma».

195.- De este modo, teniendo a la vista los artículos 2, 50, 52, 54 y 59 de la Ley de Registro civil de 1957, y examinando los mismos a la luz del principio de seguridad jurídica, dispone, en primer término, que en el supuesto de que un mayor de edad o un menor emancipado solicitara el cambio de nombre para la asignación de uno correspondiente al sexo diferente resultante de la inscripción de nacimiento, tal solicitud será atendida con tal de que ante el encargado del Registro civil, o en documento público, el solicitante declare que se siente del sexo correspondiente al nombre solicitado, y que no le es posible obtener el cambio de la inscripción de su sexo en el registro civil por no cumplir los requisitos del artículo 4 de la Ley 3/2007. Y en segundo lugar, tratándose de los menores de edad, se permite a los padres o quienes ejerzan tutela sobre los mismos deducir tal solicitud declarando que el menor siente como propio el sexo correspondiente al nombre solicitado de forma clara e incontestable, solicitud que será firmada por el menor, si tuviera más de doce años, y si tuviera una edad inferior, deberá ser en todo caso oído por el encargado del Registro mediante comunicación comprensible para el mismo y adaptada a su edad y grado de madurez.

196.- Como se puede advertir, el Centro Directivo llevó a cabo la interpretación de la legalidad vigente para permitir el cambio de nombre en el Registro civil en términos, por un lado, más generosos que la regulación anteproyectada, por cuanto autoriza dicho cambio tanto respecto de los mayores como de los menores de edad, en este caso, sin límite de edad. Pero, por otro lado, introduce ciertas condiciones, como la imposibilidad de obtener el cambio de la inscripción registral de la mención relativa al sexo por no cumplir los requisitos para ello -que en el planteamiento que se propone en el presente informe, consistirían, tratándose de menores de dieciséis años, en reunir las condiciones de madurez y de estabilidad en la



transexualidad precisas-, la firma del menor mayor de doce años, y la audiencia del menor de doce años. La limitación de la legitimación para obtener el cambio de nombre a los mayores de doce años, se haya o no iniciado el procedimiento registral de rectificación de la mención del sexo, tal y como se contempla en el artículo 43, se muestra coherente con la legitimación que se establece en el artículo 38 del anteproyecto, y dota de una mayor seguridad en cuanto a la falta de identificación del nombre registral con el sexo sentido -o, en términos inversos, en cuanto a la identificación del nombre elegido con el sexo que el solicitante siente como propio- y, por tanto, proporciona una mayor seguridad jurídica. Sin perjuicio de lo cual, parece necesaria la audiencia del menor mayor de doce años ante el encargado del Registro a fin de verificar su grado de madurez y resolver conforme a su superior interés, así como contar con su consentimiento manifestado a través de la firma de la solicitud conjuntamente con sus representantes legales, en los términos indicados en la Instrucción de 23 de octubre de 2018, y en coherencia con lo previsto en el nuevo artículo 26 quater de la LJV, y con lo dispuesto en el artículo 162 CC.

197.- El artículo 44 APL, por su parte, regula la adecuación de documentos a la mención registral relativa al sexo tras la anotación o rectificación registral, y el artículo 45 regula la adecuación de los documentos expedidos a personas extranjeras que acrediten la imposibilidad legal o de hecho de llevar a efecto la rectificación registral relativa al sexo y, en su caso, al nombre en su país de origen. Esta previsión responde al principio de universalidad proclamado por el TEDH (cfr. sentencia de 16 de julio de 2020, cit.). El apartado 2 de este artículo incorpora, por lo demás, una regla de reconocimiento de los efectos de las resoluciones de rectificación registral de la mención relativa al sexo y el nombre dictadas en el extranjero.

b) Políticas públicas para promover la igualdad real y efectiva de las personas trans (capítulo II)

198.- Tras la regulación de la rectificación registral de la mención relativa al sexo, el Título II del Anteproyecto, destinado en su conjunto a medidas específicas para las personas trans, acoge en su capítulo II políticas públicas también individualizadas para este colectivo, el cual se encuadra a su vez dentro del más amplio grupo de personas LGTBI. La sucesiva atomización responde al propio título del anteproyecto, donde se hace mención por separado de ambos colectivos; sin embargo, no cabe olvidar que el capítulo II del Título I del texto, anteriormente analizado, ya recoge una serie de políticas públicas para promover la igualdad del colectivo LGTBI, cuya articulación pudiera resultar suficientemente efectiva para las personas trans,



por lo que, sin perjuicio de que se proceda a la inclusión de referencias específicas al colectivo trans en el Título I, se debe evitar la duplicidad y el solapamiento legislativo.

199.- Así, como ya se ha expuesto, el Título I contempla una Estrategia Estatal para la Igualdad de Trato y No Discriminación de las Personas LGTBI (artículo 10) como instrumento principal de colaboración territorial para el impulso, desarrollo y coordinación de las políticas y los objetivos establecidos en la ley. Por su parte, el capítulo II del Título II que ahora se analiza parte igualmente de una Estrategia estatal para la inclusión social de las personas trans (artículo 47), cuyos parámetros y diseño podrían resultar plenamente integrables en la Estrategia estatal para el colectivo LGTBI establecida en el artículo 10.

200.- De otro lado, el artículo 48 prevé el fomento por parte de las Administraciones públicas de la participación de las personas trans en el diseño e implementación de las políticas que les afecten y el apoyo a las organizaciones sociales que incluyan entre sus objetivos la defensa de los derechos de las personas trans. Dichas previsiones no se contemplan para el más amplio colectivo LGTBI en el Título I, sugiriéndose al prelegislador que dicha previsión de participación y apoyo se incluya en el Título I y se extienda a todo el colectivo LGTBI, atendido el objetivo del anteproyecto de configurarse como una ley integral para todas las personas LGTBI.

201.- En el Título I se establecen, como también se ha expuesto, diversas medidas para la promoción de la igualdad efectiva de personas LGTBI en los ámbitos administrativo, laboral, de la salud, de la educación, de la cultura, el ocio y el deporte, de la publicidad, los medios de comunicación social e internet; de la familia, la infancia y la juventud, y de la acción exterior y la protección internacional. Por su parte, el capítulo II del Título II se completa con una serie de medidas específicas para las personas trans en los ámbitos laboral, de salud y educativo. En el primer caso (artículos 49 y 50), el anteproyecto se destina al fomento de la empleabilidad de las personas transexuales y a la actuación de las administraciones públicas en materia de concienciación, incentivos, monitorización y bonificaciones a las empresas para coadyuvar en el cumplimiento de dicho objetivo, el cual resulta diverso, exclusivo y añadido a los objetivos y políticas contemplados en el artículo 15 y destinados al colectivo LGTBI, centrados en la consecución de la igualdad de trato y no discriminación. En el ámbito sanitario, los artículos 51 a 54 prevén igualmente medidas de atención sanitaria, formación y protocolos de actuación específicos para las personas transexuales. Finalmente, las medidas previstas en el ámbito educativo (artículos 55 y 56) se centran en



la garantía de un trato a los menores de edad acorde al cambio de nombre en el Registro Civil y en la elaboración de protocolos de atención al alumno trans específicos y contra el acoso. Sin perjuicio de que la sistemática elegida responde, como se viene señalando, al objetivo diferenciador del anteproyecto y a su propio título, se ha de reiterar que las medidas contempladas en los artículos 49 a 56 podrían ser fácilmente incorporadas a las políticas diseñadas en los ámbitos laboral, de la salud y educativo para las personas LGTBI (Título I), con las especificaciones que se consideren necesarias por parte del prelegislador, en razón de las particularidades relevantes del colectivo trans, aportando así una mayor claridad jurídica al texto y, en todo caso, y al igual que se señala en relación con las políticas recogidas en el Título I, procedería que se tuvieran en cuenta los aspectos concurrentes con la legislación vigente (Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación) y se valorase la conveniencia de modificar, a través de la correspondiente disposición final, las cuestiones vinculadas para cohonestar adecuadamente dichas normas (por ejemplo, el apartado quinto del artículo 124 LO 2/2006, de 3 de mayo, estableciendo una referencia a la elaboración de protocolos específicos de prevención del acoso y ciberacoso escolar, teniendo en cuenta el acoso transfóbico).

202.- De otro lado, resulta procedente poner de manifiesto la innecesaria referencia explícita que se realiza en el artículo 52 a que el consentimiento informado previo se realizará de acuerdo con lo establecido en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, pues dicha norma resulta de aplicación general a todos los pacientes y usuarios, independientemente de su sexo, religión, raza, orientación sexual, etc., siendo su primer principio básico (artículo 2.1) que *“la dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad orientarán toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica”*, sin que esta norma, ni el propio ordenamiento jurídico en su conjunto, susciten duda alguna sobre la posibilidad de una interpretación de la ley de carácter discriminatorio en relación con ningún colectivo.

C) TÍTULO III. PROTECCIÓN EFECTIVA Y REPARACIÓN FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN Y LA VIOLENCIA POR LGTBIfobia

203.- El Título III del Anteproyecto intitulado “Protección efectiva y reparación frente a la discriminación y la violencia por LGTBIfobia” retoma al colectivo LGTBI en su conjunto como objeto de su articulado, pudiendo



resultar conveniente, por razones de mejora sistemática del texto, que se ubicara como Título II.

a) Medidas generales de protección y reparación (Capítulo I)

204.- El capítulo I recoge medidas generales de protección y reparación que por su concreta repercusión jurídica y procesal precisan de una adecuada reflexión. Así, en el artículo 57 se recoge la obligación de las administraciones públicas de garantizar una protección inmediata, integral, real y efectiva frente a la discriminación y la violencia por las causas previstas en la ley, para lo que se prevé de forma genérica el establecimiento de medidas de prevención y detención de tales situaciones por parte de las Administraciones públicas. Se añade la misma obligación en el apartado 3 para las "personas empleadoras o prestadores de bienes y servicios" -destinatarios también del APL, toda vez que, de conformidad con sus artículos 1.2 y 2, se regulan en el texto derechos y deberes de las personas físicas y jurídicas, tanto públicas como privadas-, cuyo incumplimiento aparece vinculado en el artículo 63.3 a una responsabilidad jurídica indeterminada que, por tal indeterminación, resulta del todo improcedente, tal y como se analiza en líneas posteriores.

205.- En su artículo 58, el APL reconoce la consideración de interesados en los procedimientos administrativos a "las organizaciones sindicales, las organizaciones empresariales, las asociaciones profesionales de personas trabajadoras autónomas, las asociaciones de personas consumidoras y usuarias y las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos de las personas LGTBI". Ello, a efectos de lo establecido en el artículo 4.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, que señala que "*Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la Ley reconozca*"; si bien, de forma coherente con la regulación del procedimiento administrativo, se limita dicha condición a la autorización de la persona afectada, salvo que se trate de una pluralidad indeterminada o de difícil determinación.

206.- De forma paralela, el anteproyecto amplía en su artículo 61 la legitimación de las personas jurídicas para intervenir en los procesos judiciales civiles, contencioso-administrativos y sociales, en defensa de los derechos e intereses de las personas afiliadas o asociadas. Al igual que el artículo 58, la disposición que se analiza incluye a "los partidos políticos, las organizaciones sindicales, las organizaciones empresariales, las asociaciones de personas consumidoras y usuarias y las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción



de los derechos de las personas LGTBI”, en “los términos establecidos en las leyes procesales”. En el primer párrafo, *in fine*, dicha legitimación se establece tanto para los procesos en los que la persona afectada esté determinada, en cuyo caso será precisa su “autorización expresa”, como para demandar en juicio en defensa de los intereses difusos cuando las personas afectadas sean una pluralidad indeterminada o de difícil determinación.

207.- Tanto el artículo 11 bis de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, como el artículo 19.1 i) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, establecen en su vigente redacción la siguiente legitimación activa, para la defensa de la igualdad de trato entre hombres y mujeres:

“Para la defensa del derecho de igualdad de trato entre mujeres y hombres, además de los afectados y siempre con su autorización, estarán también legitimados los sindicatos y las asociaciones legalmente constituidas cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres, respecto de sus afiliados y asociados, respectivamente.

Cuando los afectados sean una pluralidad de personas indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a los organismos públicos con competencia en la materia, a los sindicatos más representativos y a las asociaciones de ámbito estatal cuyo fin primordial sea la igualdad entre mujeres y hombres, sin perjuicio, si los afectados estuvieran determinados, de su propia legitimación procesal.

La persona acosada será la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo”.

208.- Por tanto, la ampliación que se realiza en el artículo 61 APL, que se traslada a los correspondientes artículos de las leyes procesales civil, contencioso-administrativa y social (Disposiciones finales cuarta, quinta y sexta APL), y que engloba a partidos políticos, organizaciones sindicales, organizaciones empresariales, asociaciones de personas consumidoras y usuarias, y asociaciones y organizaciones con fines de defensa y promoción de los derechos de las personas LGTBI, resulta extraordinariamente extensa si la comparamos con la legitimación establecida en el ámbito de los procedimientos de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los procesos civil y contencioso-administrativo, y más aún si la comparamos con la legitimación establecida en el artículo 17 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, que no recoge actualmente ninguna referencia a una legitimación específica para la defensa del derecho a la igualdad de trato entre hombre y mujeres, y ello sin que la Exposición de



motivos ni la MAIN que acompaña al anteproyecto recojan mención alguna a este tratamiento diferenciado, ni expliciten la finalidad perseguida, ni la razón de ser de esta superior legitimación otorgada en relación con la defensa de los derechos de las personas LGTBI.

209.- A mayor abundamiento, se aprecia que dicha extensa ampliación aparece aparentemente limitada a los requisitos establecidos en el apartado 2 de este artículo 61, es decir, “haberse constituido legalmente al menos dos años antes de la iniciación del proceso judicial y venir ejerciendo de modo activo las actividades necesarias para alcanzar los fines previstos en sus estatutos, salvo que ejerciten las acciones administrativas o judiciales en defensa de los miembros que las integran”, y que “según sus estatutos, desarrollen su actividad en el ámbito estatal o, en su caso, en un ámbito territorial que resulte afectado por la posible situación de discriminación”. Sin embargo, dichos requisitos se exigen exclusivamente a “las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos de las personas LGTBI”, pero no al resto de las personas jurídicas enumeradas en el apartado 1 (partidos políticos, sindicatos, etc.). Y, de otro lado, esos requisitos incluidos en el artículo 61.2 APL no tienen trasunto en las modificaciones de las leyes procesales correspondientes que se proyectan en las Disposiciones finales cuarta, quinta y sexta respectivamente del anteproyecto. De esta forma, de conformidad con el artículo 61 y los proyectados artículos 11 ter de la LEC, 19.1 j) de la LJCA, y 17.4 de la LRJS, *cualquier* partido político, sindicato, asociación de trabajadores autónomos o asociación de consumidores o usuarios estaría legitimada para demandar en juicio en defensa “del derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales”, cuando los afectados sean una pluralidad indeterminada o de difícil determinación, lo que implica vaciar de su contenido al concepto de legitimación activa, construido doctrinal y jurisprudencialmente, y que, como es sabido, viene referido no a la capacidad que define las condiciones generales para intervenir en el proceso, sino a las condiciones necesarias para poder participar en un proceso concreto en atención al derecho material que se acciona, y por tanto, responde a la vinculación con el objeto de un proceso concreto y a la relación del sujeto del proceso con el derecho material que se ejercita en él (STS 31 de mayo de 2006, [ECLI:ES:TS:2006:3249], entre otras), vinculación que desaparece del artículo 61 y de las reformas de las leyes procesales proyectadas.

210.- En vista de lo anterior, se debe incidir no solo en la falta de motivación del texto que se informa sobre la extensa ampliación de la legitimación activa que se realiza en el artículo 61 APL, y paralelamente en las leyes procesales



afectadas, en relación con la legitimación activa actualmente en vigor para la defensa del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, sino también en lo inadecuado de la articulación de una acción pública que sitúa la defensa de los intereses de las personas LGTBI en manos de organizaciones que, sin vinculación alguna con dicho colectivo, se encontrarían siempre legitimadas para intervenir en el proceso civil, contencioso-administrativo o social, pudiendo dicha legitimación activa llegar a desvirtuar, paradójicamente, la propia finalidad de defensa de los derechos del colectivo al que la norma anteproyectada pretende proteger, y afectar al desarrollo adecuado del proceso. En todo caso, procedería que los requisitos establecidos en el apartado 2 del artículo 61 APL se incorporasen a las Disposiciones finales cuarta, quinta y sexta, por razones de coherencia, claridad y seguridad jurídica.

211.- El APL prevé también la introducción en la LEC de un nuevo artículo 15 ter relativo a la publicidad e intervención en estos procesos, que contempla el llamamiento de las personas afectadas cuando los procedimientos hayan sido promovidos por las personas jurídicas enumeradas, de forma paralela a la regulación de la publicidad e intervención en los procesos para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios que se recoge en el artículo 15 LEC. Sin perjuicio de la valoración positiva de dicha reforma, que facilita la personación de las personas directamente afectadas por la discriminación, se sugiere al prelegislador la conveniencia de incluir en la modificación proyectada la publicidad e intervención en procesos para la defensa del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres, ya que nuevamente no se da razón de ser, ni en la MAIN ni en la Exposición de motivos, de esta específica modificación ni de su limitación exclusiva al colectivo LGTBI.

212.- De forma similar, aunque diversa a la empleada por la Ley Orgánica 3/2007, el anteproyecto contempla la nulidad de los actos y negocios jurídicos discriminatorios (artículo 59), y hace referencia a la "tutela judicial" en los siguientes términos: "La tutela judicial frente a las vulneraciones del derecho a la igualdad de trato y no discriminación por las causas previstas en esta ley comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la discriminación de que se trate y, en particular, las dirigidas al cese inmediato de la discriminación, pudiendo acordar la adopción de medidas cautelares, la prevención de violaciones inminentes o ulteriores, la indemnización de los daños y perjuicios causados y el restablecimiento de la persona perjudicada en el pleno ejercicio de sus derechos".



213.- Parece, de este modo, que el APL presenta una definición propia del concepto "tutela judicial", al que priva del imperativo adjetivo "efectiva" que debe acompañarle en el marco de nuestro ordenamiento jurídico (artículo 24 CE), integrándolo con un contenido específico delimitado y de elección propia. Tal vez el empleo de una expresión divergente responda a la intención del prelegislador de crear en este contexto un concepto autónomo del derecho constitucional, lo que resulta distorsionador e incongruente con el marco jurídico. Debe entenderse que los destinatarios de la disposición proyectada son en todo caso los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial, quienes tienen atribuido el ejercicio de la potestad jurisdiccional de forma exclusiva y excluyente, de conformidad con las normas de competencia y procedimiento (artículo 117.3 y 4 CE), y, por tanto, quienes desarrollan la labor conducente a la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva. En consecuencia, no corresponde al legislador ordinario, fuera del adecuado marco de las leyes procesales, determinar las medidas que deben adoptar los jueces y magistrados en el ejercicio de dicha potestad jurisdiccional, ni reformular el concepto constitucional de "tutela judicial efectiva" con la integración de un contenido diverso al establecido por la jurisprudencia constitucional, la cual en modo alguno considera necesariamente y en todo caso incluidos en el mismo los extremos recogidos por el prelegislador en el artículo 59 APL.

214.- Así, procede traer a colación la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de octubre de 2002 que señala que *«Este Tribunal ha declarado reiteradamente, desde nuestra temprana sentencia del Tribunal Constitucional 19/1981, de 8 de junio, que el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución Española comprende primordialmente el derecho de acceso a la jurisdicción, es decir, el derecho a provocar la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial (entre otras, sentencias del Tribunal Constitucional 115/1984, de 3 de diciembre, FJ 1; 211/1996, de 17 de diciembre, FJ 2; 36/1997, de 25 de febrero, FJ 3; 132/1997, de 15 de julio, FJ 2), por lo que se erige en elemento esencial de su contenido el derecho a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. No obstante, este derecho resulta satisfecho también con la obtención de una resolución de inadmisión, que impide entrar en el fondo de la cuestión planteada, si esta decisión se funda en la existencia de una causa legal que así lo justifique aplicada razonablemente por el órgano judicial (sentencias del Tribunal Constitucional 154/1992, de 19 de octubre, FJ 2; 18/1994, de 20 de enero; 39/1999, de 22 de marzo, FJ 3; 63/1999, de 26 de abril, FJ 2; 115/1999, de 14 de junio; 198/2000, de 24 de julio, FJ 2; 116/2001, de*



21 de mayo, FJ 4; entre otras muchas), pues al ser el derecho a la tutela judicial efectiva un derecho de configuración legal, su ejercicio y prestación están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que, en cada caso, haya establecido el legislador, que no puede, sin embargo, fijar obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que impidan la tutela judicial garantizada constitucionalmente».

215.- El artículo 62 incorpora las reglas relativas a la carga de la prueba, estableciendo la inversión de la misma, o más específicamente, el reparto de la misma, en los casos de alegación de discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales.

216.- El reparto de la carga de la prueba en los supuestos de discriminación por razón de sexo se contemplaba ya en el artículo 4 de la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la inversión de la carga de la prueba en los procesos de discriminación por sexo⁸, que se transpuso en el artículo 13 de la Ley Orgánica 3/2007, cuya disposición adicional quinta añadió un nuevo apartado 5 al artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, y un nuevo apartado 7 en el artículo 60 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, y responde a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la materia (entre otras, la temprana Sentencia de 17 de octubre de 1989, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark contra Dansk Arbejdsgiverforening, en nombre de Danfoss* [núm. asunto: C-109/88; ECLI:EU:C:1989:228], y la Sentencia de 26 de junio de 2001 *Brunnhofner contra Bank der österreichischen Postsparkasse* (núm. asunto: C-381/99; ECLI:EU:C:2001:171]), y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (asunto *Timishev contra Rusia*, 13 de diciembre de 2005). Se recoge igualmente en el artículo 19 de la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación⁹, que deroga la anterior, así como en el artículo 8 de la Directiva 2000/43/CE, del Consejo, de 29 de junio del 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico¹⁰, y en el artículo 10 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación en relación con la discriminación por razón de religión, convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual¹¹, que establece que:

⁸ DOCE núm. 14, de 20 de enero de 1998.

⁹ DOCE núm. 204, de 27 de julio de 2006

¹⁰ DOCE núm. 180, de 19 de julio de 2000.

¹¹ DOCE núm. 303, de 2 de diciembre de 2000.



«Los Estados miembros adoptarán con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, de dicho principio alegue, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta».

217.- En consecuencia, el artículo 62 responde adecuadamente a las exigencias del marco normativo europeo, y se acompaña de forma coherente de las correspondientes modificaciones en los apartados 5 del artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, y 7 del artículo 60 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, a través de las proyectadas disposiciones finales cuarta y quinta del APL. Cabe señalar, no obstante, lo que parece ser un error en la modificación del apartado 7 del artículo 60 de la Ley 29/1998, pues en la referencia a los procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias se adiciona “*por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales*”, eliminándose en el proceso “*las actuaciones discriminatorias por razón de sexo*”, que sí se mantienen en la paralela reforma del apartado 5 del artículo 217 LEC. Eliminar en el procedimiento contencioso-administrativo la inversión (o reparto) de la carga de la prueba para los casos de discriminación por razón de sexo en el proceso y extender dicha previsión al colectivo LGTBI no aparece justificado, ni puede cohonestarse adecuadamente con el artículo 13 de la LO 3/2007 ni con la normativa y jurisprudencia europea, por lo que resulta necesario que el prelegislador proceda a revisar la modificación propuesta, corrigiendo el error señalado.

218.- De otro lado, tanto la normativa europea referenciada como el artículo 13 de la LO 3/2007 especifican que la inversión de la carga de la prueba no es de aplicación a los procesos penales. Cierto es que las Directivas europeas dejan margen al legislador nacional para su extensión a dicho ámbito, si así se considerase, pero en nuestro ordenamiento jurídico, tanto por exigencias de coherencia regulatoria en relación con la exclusión de los procesos penales de la inversión de la carga de la prueba en materia de discriminación por razón de sexo establecida en el artículo 13 LO 3/2007, como principalmente por motivo de los principios constitucionales aplicables al procedimiento penal, resulta ineludible que el prelegislador contemple específicamente dicha exclusión en el artículo 62 APL.

219.- Cabe añadir que la LO 3/2007 no establecía -ni lo hace el anteproyecto que se informa- una modificación en esta materia de la Ley 36/2011, de 10



de octubre, reguladora de la Jurisdicción social. Debe significarse que dicha norma ya regula el *onus probandi* en sus arts. 96 y 179.2, no siendo entonces, ni ahora, la *voluntas legis* introducir una genuina inversión de la carga de la prueba que exima a la persona demandante de efectuar prueba alguna en relación con la discriminación alegada, bastando con la mera alegación de ésta. Así, la LO 3/2007 implicó en realidad una extensión a los órdenes jurisdiccionales civil y contencioso-administrativo de la regla especial sobre carga de la prueba en materia discriminatoria que ya existía en el orden social, es decir la imposición al actor de la necesidad de aportación de *indicios* de la conducta discriminatoria alegada, tal y como señala la jurisprudencia (Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 6 marzo de 2018 [ECLI:ES:TS:2018:781]). El anteproyecto especifica y clarifica esta cuestión en las modificaciones procesales de la LEC y de la LJCA, al incluirse en ambas una referencia expresa a la necesidad de "aportación de *indicios fundados* sobre su existencia" por la parte demandante, lo que debe valorarse positivamente, en términos de seguridad jurídica.

220.- Todo ello es asimismo consecuente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (entre otras, *R contra Secretary of State for Employment, ex parte Seymour-Smith y Perez*, 9 de febrero de 1999 [núm. asunto: C-167/97; ECLI:EU:C:1999:60]; *Hilde Schönheit contra Stadt Frankfurt am Main y Silvia Becker contra Land Hessen*, 23 de octubre de 2003 [núm. asunto: C-4/02; ECLI:EU:C:2003:309]; *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contra Firma Feryn NV*, 10 de julio de 2008 [núm. asunto: C-54/07; ECLI:EU:C:2008:397]) y con la normativa europea citada [más allá del tenor de los propios artículos, así se deduce del Considerando (18) de la Directiva 97/80/CE y del Considerando (31) de la Directiva 2000/78/CE, especificando este último además que «no corresponde a la parte demandada probar que la parte demandante pertenece a una determinada religión, posee determinadas convicciones, presenta una determinada discapacidad, es de una determinada edad o tiene una determinada orientación sexual»], que en su conjunto llevan a cabo, no una genuina "inversión" de la carga de la prueba, sino un reparto de dicha carga y una traslación a la parte demandada de algunos elementos que atañen a la misma. Así, toda vez que el supuesto autor posee la información necesaria para demostrar el hecho, la legislación contra la discriminación permite compartir con él la carga de la prueba, de tal forma que la parte demandante ha de acreditar *indicios suficientes* de que dicho trato contrario a la igualdad se ha producido, mediante la alegación y presentación de "hechos que permitan *presumir* la existencia de discriminación directa o indirecta", de forma que, una vez acreditado que en sí mismos suponen un trato desigual, corresponde a la parte demandada asumir la carga de probar una justificación suficiente de que dicho trato



desigual responde a motivos ajenos a la discriminación por cualquiera de las causas prohibidas o se encuentra dentro de los términos admitidos por la legislación comunitaria y nacional.

221.- El prelegislador opta en el capítulo que se analiza por prescindir de una disposición destinada a describir el concepto de "*indemnidad frente a las represalias*" -como se hace en el artículo 9 de la Ley Orgánica 3/2007-, pero dicha cuestión sí aparece recogida como una infracción administrativa muy grave en el artículo 77.4 b) APL, por lo que el anteproyecto que se informa trasciende la mera definición de una conducta reprochable (la toma de represalias ante la presentación de quejas, reclamaciones, denuncias, etc. por discriminación), atribuyendo mayor efectividad a la protección frente a dichas conductas mediante su tipificación como infracción administrativa, lo que, en consecuencia, otorga mayores garantías al ejercicio de sus derechos por parte de las personas sujetas a tratos discriminatorios, a través de la presentación de quejas, denuncias, reclamaciones, etc.

222.- Es oportuno detenerse en el artículo 63, intitulado "*responsabilidades jurídicas por las discriminaciones producidas*", que viene a establecer una responsabilidad jurídica genérica e indeterminada no circunscrita a un ámbito concreto, que en ningún caso puede entenderse de carácter penal, pues la tipificación delictiva exige de su adecuada regulación mediante ley orgánica, y que si pretendiese ser de carácter administrativo, debiera figurar también adecuadamente tipificada, por evidentes exigencias del principio de legalidad, en el Título IV del anteproyecto. En este sentido, el precepto solo puede ser entendido como una referencia genérica a las diferentes disposiciones del ordenamiento jurídico que tipifican infracciones vinculadas a la discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales -debiendo citarse aquí las modificaciones que el APL introduce en la tipificación de infracciones administrativas, a través de la reforma de los artículos 8, 10 bis y 16 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (disposición final séptima), el artículo 21.1g) de la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte (disposición final decimo primera), y el artículo 95.2b) de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (disposición final decimoséptima). Pero el artículo 63 no puede configurarse en modo alguno como una disposición autónoma con efectos jurídicos concretos o consecuencias específicas sobre la responsabilidad jurídica, ni en su referencia a la responsabilidad personal del apartado 1 ni en su genérica e indeterminada "*pseudotipificación*" de la responsabilidad de empleadores y



prestadores de bienes y servicios del apartado 2 (conectado al incumplimiento de las obligaciones impuestas por el artículo 57.3 APL; resultando igualmente incompatible con las exigencias y principios del derecho penal, procesal y administrativo sancionador el establecimiento de la presunción de la existencia del daño moral y los criterios de su valoración, prescindiendo también de los principios de legalidad y tipicidad. En definitiva, se sugiere al prelegislador la conveniencia de eliminar este precepto del APL.

b) Medidas de asistencia y protección frente a la violencia basada en la LGTBIfobia (capítulo II)

223.- El capítulo II del Título III regula las medidas de asistencia y protección frente a la violencia basada en la LGTBIfobia. Concretamente, el apartado 1 del artículo 66 señala que “las personas LGTBI que sufran violencia en el ámbito familiar podrán beneficiarse de la orden de protección contemplada en el artículo 544 ter.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”. Toda vez que no existen dudas de interpretación sobre la extensión del artículo 544 ter.1 LECrim, el cual resulta de aplicación a las víctimas del artículo 173.2 CP, pudiendo dictarse una orden de protección tanto en casos de violencia doméstica entre parejas del mismo sexo como en casos de violencia de género en los que la víctima es una mujer transexual, el artículo 66.1 APL resulta innecesario, pudiendo llevar su inclusión en el anteproyecto a la equívoca, y sin duda indeseada, interpretación de que el artículo 544 ter. 1 LECrim no está siendo aplicado en los casos de violencia doméstica y/o de género sufridos por las personas LGTBI, o que dicha aplicación es errónea.

c) Protección de los derechos de las personas LGTBI especialmente vulnerables (Capítulo III)

224.- El Título III finaliza con el capítulo III destinado a la protección de los derechos de las personas LGTBI especialmente vulnerables y que, de conformidad con el APL, serían los menores de edad (artículo 65), las personas con discapacidad y/o en situación de dependencia (artículo 68), las personas extranjeras (artículo 69), las personas mayores (artículo 70), las personas en el ámbito rural (artículo 71) y las personas intersexuales (artículo 72), estableciéndose disposiciones particulares adaptadas a cada específica circunstancia de vulnerabilidad, cuyo destinatario son las Administraciones públicas, y donde, al margen de su general valoración positiva, cabe señalar la existencia de ciertos solapamientos legislativos.

225.- Así, resulta innecesario, por su evidente reiteración legislativa, el apartado 4 del artículo 67, toda vez que el artículo 17 de la LO 1/1996, de 15



de enero, de Protección Jurídica del menor, ya recoge en su apartado f) 2ª) "La no aceptación de la orientación sexual, identidad de género o las características sexuales de la persona menor de edad" como un elemento para valorar la situación de riesgo del menor.

226.- Se ha de incidir, como también se hace en el análisis del Título I, en que todas las previsiones del artículo 67 deben cohererse con el interés superior del menor toda vez que, como proclama el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y como más arriba ha quedado expuesto, todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado, de forma que en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos, ha de primar el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

227.- Debe señalarse la redundancia del artículo 69 APL, toda vez que el artículo 3.1 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, ya establece que "Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles". En todo caso debe ponerse de manifiesto que lo dispuesto en el precepto proyectado debe interpretarse sin perjuicio de la debida aplicación, en toda su extensión, de la citada LO 4/2000, y las disposiciones en ella incluidas sobre el régimen jurídico de los extranjeros.

228.- También resulta innecesaria la referencia a la existencia de un derecho al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen específico de las personas intersexuales, pues es este un derecho constitucionalmente reconocido a todos los ciudadanos (artículo 18.1 CE), incluidos los menores de edad (artículo 4 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor), y protegido y garantizado tanto penal (Título X y XI del Código Penal) como civilmente (Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo), con independencia del colectivo de pertenencia.

229.- Como mejora de técnica normativa, se sugiere que la medida relativa a la formación y sensibilización establecida en el apartado c) del artículo 68



se incluya también en el artículo 67 en relación con la formación y sensibilización de las personas que atienden a menores de edad LGTBI.

230.- Finalmente, el apartado segundo del artículo 72 regula la inscripción del nacimiento de las personas intersexuales por sus progenitores, lo que debe conectarse con la definición de la intersexualidad contenida en el apartado 6 del artículo 3 APL, de tal forma que, como ya se ha apuntado en este informe, en este punto el prelegislador se muestra cauteloso, no abordando el derecho a la identidad sexual desde perspectivas superadoras del binarismo genético y/o biológico, y exigiendo que en el plazo máximo de un año el recién nacido sea inscrito con uno u otro sexo biológico, sin perjuicio del ejercicio del derecho a la identidad sexual a través de la solicitud de rectificación registral, de conformidad con los artículos 38 y siguientes APL.

D) TÍTULO IV. INFRACCIONES Y SANCIONES

231.- En el Título IV del anteproyecto, comprensivo de los artículos 73 a 79, el prelegislador pretende estatuir el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI.

232.- El objeto y ámbito de aplicación del régimen de infracciones y sanciones establecido por el prelegislador se prefigura en el apartado primero del artículo 73 del anteproyecto. En él se dispone que el meritado régimen pretende “establecer el régimen de infracciones y sanciones que garantizan las condiciones básicas en materia de igualdad de trato y no discriminación”, precisando a continuación que el régimen propuesto “podrá ser objeto de desarrollo y tipificación específica por la legislación de las comunidades autónomas en el ámbito de sus competencias, siendo de aplicación supletoria lo dispuesto en materia de potestad sancionadora en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y en la Ley 39/2015, de 1 de octubre.”

233.- El apartado segundo del artículo 73 del anteproyecto refiere los términos en los que el prelegislador proyecta la articulación del régimen sancionador ahora introducido con los específicos regímenes sancionadores previstos por las legislaciones autonómicas, señalando que, en aquellas comunidades autónomas en las que existan regímenes especiales de infracciones y sanciones en materia de igualdad de trato y no discriminación, en cualquiera de los ámbitos de aplicación del anteproyecto, “los mismos resultarán de aplicación preferente al previsto en esta ley”.



234.- El párrafo segundo del apartado segundo del mismo artículo 73 delimita el alcance de la regla anterior disponiendo que “[E]n todo caso, en relación con las personas con discapacidad será de aplicación lo previsto en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre. En el orden social, el régimen aplicable será el regulado por el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto”.

235.- La delimitación objetiva del régimen sancionador introducido por el anteproyecto, al proclamar el prelegislador su objetivo de establecer un régimen de infracciones y sanciones que garantice las condiciones básicas en materia de igualdad de trato y no discriminación -debe colegirse que en el estricto ámbito material de la ley proyectada- entronca con el título competencial del artículo 149.1.1º de la Constitución Española, que atribuye al Estado la competencia exclusiva para “[l]a regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.”

236.- La redacción propuesta por el prelegislador suscita, en primer término, la cuestión de la aparente contradicción existente entre las prescripciones de los apartados primero y segundo del artículo 73 del anteproyecto. Si la ley estatal pretende establecer un régimen sancionador que garantice las condiciones básicas en materia de igualdad de trato y no discriminación -con sustento en el título competencial del artículo 149.1.1º de la Constitución Española- permitiendo, no obstante, su desarrollo y tipificación específica por las Comunidades Autónomas, no se alcanza a comprender cómo puede el apartado segundo del precepto anotado disponer la aplicabilidad preferente de los regímenes sancionadores previstos por las legislaciones autonómicas preexistentes a la ley estatal, toda vez que la articulación competencial no puede bascular sobre la preexistencia o no, en las legislaciones autonómicas, de regímenes especiales de infracciones y sanciones en la materia de referencia cuando el título competencial al amparo del cual pretende dictarse la legislación estatal es el del 149.1.1º de la CE.

237.- Sentado lo anterior, la articulación del régimen sancionador estatal con los autonómicos establecidos en relación con la materia objeto de la ley debe tomar en consideración la doctrina constitucional, que ha venido a establecer que las normas sancionadoras autonómicas no pueden suponer la introducción de diferencias irrazonables en la normativa válida para todo el territorio nacional.



238.- En el sentido anteriormente expuesto el Tribunal Constitucional ha señalado que *«[E]l derecho administrativo sancionador creado por las Comunidades Autónomas puede implicar, sin duda, una afectación al ámbito de los derechos fundamentales, pues la previsión de ilícitos administrativos supone siempre una delimitación negativa del ámbito de libre ejercicio del derecho. Tal afectación no implica (Sentencia de 16 de noviembre de 1981, FJ 2) que toda regulación en este extremo sea de exclusiva competencia del Estado. Sin duda que la norma sancionadora autonómica habrá de atenerse a lo dispuesto en el art. 149.1.1 CE, de modo que no podrá introducir tipos ni prever sanciones que difieran, sin fundamento razonable, de los ya recogidos en la normación válida para todo el territorio. Y también es cierto que el procedimiento sancionador habrá de atenerse al 'administrativo común', cuya configuración es de exclusiva competencia estatal (art. 149.1.18 CE). Pero, dentro de estos límites y condiciones, las normas autonómicas podrán desarrollar los principios básicos del ordenamiento sancionador estatal, llegando a modular tipos y sanciones — en el marco ya señalado—, porque esta posibilidad es inseparable de las exigencias de prudencia o de oportunidad, que pueden variar en los distintos ámbitos territoriales.»* (STC 87/1985, FJ 8). En este mismo sentido se ha pronunciado también el Tribunal Constitucional en la STC 218/2013, de 19 de diciembre.

239.- De la jurisprudencia constitucional expuesta se infiere que la suerte de desplazamiento del régimen sancionador proyectado por el prelegislador estatal que se postula en el anteproyecto para los supuestos en los que dicho régimen concurre con regímenes sancionadores autonómicos en la materia, no se compadece con la doctrina constitucional sobre la articulación de la legislación autonómica en materia sancionadora con la legislación estatal dictada al amparo del título competencial dimanante de la regla primera del artículo 149.1.1º de la Constitución Española, por lo que la redacción del artículo 73.2 del anteproyecto debería modificarse para adecuarse a la referida doctrina, en el sentido de aclarar que, en el ámbito específicamente sancionador, la norma autonómica ha de moverse en el marco de la ley estatal y puede desarrollar y modular los tipos infractores y las sanciones establecidos en esta; de modo que la ley estatal pueda servir de instrumento para un eventual control de constitucionalidad mediata de la ley autonómica, pero sin que quepa subvertir ese marco de actuación legislativa, desvirtuando el título competencial y el carácter de la ley estatal, por mor de su posposición a la ley autonómica.

240.- El artículo 74 del anteproyecto aborda la cuestión de la competencia territorial para la actuación del régimen sancionador proyectado bajo la



premisa de que la incoación e instrucción de expedientes sancionadores, así como la imposición de las correspondientes sanciones administrativas, corresponderá a cada administración pública en el ámbito de sus competencias, y a la Administración General del Estado cuando el ámbito territorial de la conducta infractora sea superior al de una comunidad autónoma contemplada en el apartado primero del precepto.

241.- El apartado segundo del artículo 74 del anteproyecto dispone que “Los procedimientos sancionadores cuya tramitación corresponda a la Administración General del Estado, con excepción de los del orden social, se regirán por lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, y en la Ley 40/2015, de 1 de octubre”. Aun cuando la literalidad de la previsión establecida en el precepto parece circunscribir la aplicabilidad de la regulación del procedimiento administrativo común en materia sancionadora a “los procedimientos sancionadores cuya tramitación corresponda a la Administración General del Estado”, en este punto resulta igualmente proyectable la doctrina constitucional anteriormente referida, en cuya virtud la tramitación de cualesquiera procedimientos sancionadores en la materia concernida habrá de atenerse al “administrativo común”, cuya configuración es de exclusiva competencia estatal (art. 149.1.18º CE).

242.- Los apartados tercero y cuarto del artículo 74 reconocen la competencia para la imposición de las sanciones o medidas accesorias tipificadas en el anteproyecto a las autoridades autonómicas o locales prescribiendo al respecto que (i) serán competentes para imponer las sanciones o medidas accesorias tipificadas en esta ley las autoridades correspondientes de las comunidades autónomas en su ámbito de competencia; y (ii) las personas titulares de las alcaldías podrán imponer las sanciones o medidas accesorias previstas en esta ley cuando las infracciones se cometieran en espacios públicos municipales o afecten a bienes de titularidad local, si fueran competentes de acuerdo con la legislación específica.

243.- Respecto al plazo de resolución de los procedimientos sancionadores tramitados con arreglo a la norma proyectada, el artículo 75 del anteproyecto señala que el plazo máximo en que deberá notificarse la resolución del procedimiento sancionador será de seis meses, y la resolución señalará el plazo para su cumplimiento sin que pueda ser superior a treinta días.

244.- El artículo 76 del anteproyecto disciplina el régimen jurídico de las infracciones cometidas por autoridad o personal al servicio de las administraciones públicas señalando su apartado primero, en cuanto a las



medidas provisionales a adoptar para que desaparezcan las eventuales situaciones de discriminación creadas, que cuando de las conductas o hechos se infiera que una de las infracciones previstas en la ley hubiera podido ser cometida por una autoridad o personal al servicio de las administraciones públicas, el órgano administrativo competente, en cuanto tenga conocimiento de las mismas, adoptará las medidas provisionales que sean oportunas para que desaparezcan tales situaciones.

245.- Los apartados segundo y tercero del precepto aluden a las consecuencias de orden disciplinario que de la realización de conductas o la comisión de hechos que pudieran considerarse tipificados como infracciones podrán seguirse para las autoridades o personal al servicio de las administraciones a quienes se imputara la eventual responsabilidad de aquellos precisando que (i) el órgano administrativo competente iniciará el correspondiente procedimiento disciplinario respecto de la persona responsable, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación aplicable; y (ii) en los supuestos en los que la persona presuntamente responsable fuese una autoridad o cargo público que no ostentase la condición de personal al servicio de las administraciones públicas, se instruirá el procedimiento sancionador previsto en la norma proyectada.

246.- Especial consideración merece la regla prevista en el apartado cuarto del artículo 76 en cuanto dispone que “[S]i de la instrucción del procedimiento correspondiente resultase responsable la autoridad o personal al servicio de las administraciones públicas, los hechos declarados probados en la mencionada resolución vincularán a la administración en el procedimiento de responsabilidad patrimonial que habrá de instruirse para determinar la indemnización que, en su caso, proceda por los daños y perjuicios que se hayan podido ocasionar a favor de quien haya resultado víctima de la discriminación.”

247.- De la literalidad del precepto arriba transcrito parece deducirse el carácter necesario que el prelegislador pretende atribuir a la incoación de oficio del procedimiento de responsabilidad patrimonial, “[q]ue habrá de instruirse para determinar la indemnización que, en su caso, proceda por los daños y perjuicios que se hayan podido ocasionar a favor de quien haya resultado víctima de la discriminación”.

248.- Ocurre que en el vigente régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas establecido, en lo que aquí interesa, en el artículo 65 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas



(LPACAP), la incoación de oficio de los procedimientos de responsabilidad patrimonial se configura como una potestad de las Administraciones Públicas concernidas a las que se reconoce un cierto margen de apreciación en relación con la decisión de la incoación de oficio del procedimiento, como se adviera al constatar que el artículo 65.1 de la LPACAP señala que “[C]uando las Administraciones Públicas decidan iniciar de oficio un procedimiento de responsabilidad patrimonial será necesario que no haya prescrito el derecho a la reclamación del interesado al que se refiere el artículo 67”.

249.- Por esta razón, la redacción del artículo 76.4 del anteproyecto debería modificarse a los efectos de coherencia la prescripción en él establecida con la previsión contenida en el artículo 65 de la LPACAP, eliminándose a tal efecto el automatismo que la propuesta del prelegislador parece establecer en relación con la incoación de oficio de los procedimientos de responsabilidad patrimonial en los supuestos en los que concurren las circunstancias contempladas en el referido precepto, por cuanto, aun cuando cabe colegir que lo que pretende el prelegislador, con esa automática incoación del expediente de responsabilidad patrimonial, no es otra cosa que agotar y garantizar aún más la protección de la víctima, lo que es loable, ello debe hacerse en correspondencia con el régimen jurídico general de la responsabilidad patrimonial establecido, en la LPACAP.

250.- El artículo 77 del anteproyecto lleva a cabo la tipificación de las infracciones llamadas a integrar el régimen sancionador que el prelegislador pretende estatuir, precisando el apartado primero del precepto que las infracciones en materia de igualdad de trato y no discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales se califican como leves, graves y muy graves, en atención a la naturaleza de la obligación incumplida y a la entidad del derecho afectado.

251.- El catálogo de las infracciones que el prelegislador considera integradas en el régimen sancionador propuesto principia con la enumeración de las consideradas como leves, contenida en el apartado 2 del artículo 77 del anteproyecto, a cuyo tenor se consideran como tales: a) utilizar o emitir expresiones vejatorias contra las personas por razón de su orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales en la prestación de servicios públicos o privados; b) no facilitar la labor o negarse parcialmente a colaborar con la acción investigadora de los servicios de inspección en el cumplimiento de los mandatos establecidos en esta ley; y c) causar daños o deslucimiento, cuando no constituyan infracción penal, a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a personas LGTBI o a sus familias por razón de su orientación e identidad sexual, expresión de género o



características sexuales, o destinados a la protección de los derechos de las personas LGTBI, tales como centros asociativos LGTBI, o a la recuperación de la memoria histórica del colectivo LGTBI, tales como monumentos o placas conmemorativas.

252.- El carácter grave se reserva por el artículo 77.3 del anteproyecto para las infracciones consistentes en: a) la no retirada de las expresiones vejatorias a las que se refiere la letra a) del apartado anterior contenidas en sitios web o redes sociales de la persona prestadora de un servicio de la sociedad de la información, una vez tenga conocimiento efectivo del uso de estas expresiones; b) la realización de actos o la imposición de disposiciones o cláusulas en los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales; y c) la obstrucción o negativa absoluta a la actuación de los servicios de inspección correspondientes en el cumplimiento de los mandatos establecidos en esta ley.

253.- Finalmente, como infracciones muy graves integradoras del régimen propuesto por el prelegislador, el artículo 77.3 del anteproyecto identifica las siguientes: a) el acoso discriminatorio, cuando no constituya infracción penal, por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales; b) cualquier represalia o trato adverso que reciba una persona como consecuencia de haber presentado una queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso de cualquier tipo, destinado a impedir su discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad; c) la negativa a atender o asistir de manera efectiva, cuando no constituya infracción penal, a quienes hayan sufrido cualquier tipo de discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales, por quien, por su condición o puesto tenga obligación de atender a la víctima; d) la realización, difusión o promoción de métodos, programas o acciones de aversión, conversión o contracondicionamiento, en cualquier forma, destinados a modificar la orientación e identidad sexual, o expresión de género de las personas, con independencia del consentimiento prestado por las mismas o por sus representantes legales; e) la elaboración, utilización o difusión en centros educativos de libros de texto y materiales didácticos que presenten a las personas como superiores o inferiores en dignidad humana en función de su orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales; f) la convocatoria de espectáculos públicos o actividades recreativas que tengan como objeto la incitación a la discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características



sexuales contra las personas LGTBI; y g) la denegación, cuando no constituya infracción penal, del acceso a los establecimientos, bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluida la vivienda, cuando dicha denegación esté motivada por la orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales de la persona.

254.- El apartado quinto del artículo 77 del anteproyecto, por último, establece como regla, que se postula de aplicación común a las infracciones leves y graves identificadas en los anteriores apartados del precepto, la de que "la discriminación múltiple incrementará, respecto de cada una de las acciones concurrentes, un grado el tipo infractor previsto en la ley".

255.- En relación con la tipificación de infracciones efectuada por el anteproyecto en los términos arriba descritos, y desde el punto de vista del principio de necesidad de la iniciativa del prelegislador (art. 129 LPACAP), cabe cuestionar la oportunidad de acudir a la potestad administrativa sancionadora para tutelar bienes jurídicos de titularidad individual (dignidad) frente a ofensas entre particulares, existiendo ya en nuestro ordenamiento una específica prohibición penal del denominado discurso del odio lesivo de la dignidad de las personas (art. 510 CP), como este Consejo tuvo ocasión de señalar en el acuerdo adoptado por el Pleno, en fecha 7 de junio de 2021, mediante el que se vino a aprobar el informe evacuado en relación con el Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática.

256.- El artículo 78 del anteproyecto se dedica al establecimiento de las sanciones y criterios de graduación de las mismas estableciendo el apartado primero del precepto, respecto de las infracciones leves, que las mismas serán sancionadas con apercibimiento o multa de 200 a 2000 euros.

257.- Por lo que hace a las infracciones graves, el apartado segundo del artículo 78 del anteproyecto refiere que las mismas serán sancionadas con multa de 2001 a 10000 euros, pudiendo imponerse además, motivadamente, como sanciones o medidas accesorias a) la supresión, cancelación o suspensión total o parcial de ayudas públicas que la persona sancionada tuviera reconocidas o hubiera solicitado en el sector de actividad en cuyo ámbito se produce la infracción; b) la prohibición de acceder a cualquier tipo de ayuda pública por un período de un año; y c) la prohibición de contratar con la administración, sus organismos autónomos o entes públicos por período de un año.

258.- Las infracciones muy graves, según propone el apartado tercero del artículo 78 del anteproyecto, serán sancionadas con multa de 10.001 a



150.000 euros, previéndose, como eventuales medidas accesorias: a) la supresión, cancelación o suspensión total o parcial de ayudas públicas que la persona sancionada tuviera reconocidas o hubiera solicitado en el sector de actividad en cuyo ámbito se produce la infracción; b) la prohibición de acceder a cualquier tipo de ayuda pública por un período de hasta tres años; c) la prohibición de contratar con la administración, sus organismos autónomos o entes públicos por un período de hasta tres años; d) el cierre del establecimiento en que se haya producido la discriminación por un término máximo de tres años; y e) el cese en la actividad económica o profesional desarrollada por la persona infractora por un término máximo de tres años.

259.- El apartado cuarto del artículo 78 del anteproyecto establece los criterios de graduación de las sanciones, prescribiendo que las multas y sanciones accesorias impuestas deberán guardar la debida adecuación y proporcionalidad con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción, y que el importe de la multa deberá fijarse de modo que a la persona infractora no le resulte más beneficioso su abono que la comisión de la infracción.

260.- En cuanto a los criterios de determinación de las sanciones, el artículo 78.4 del anteproyecto refiere como tales: "a) la naturaleza y gravedad de los riesgos o perjuicios causados a las personas o bienes; b) la intencionalidad de la persona infractora; c) la reincidencia. A los efectos de lo previsto en esta ley, existe reincidencia cuando la o las personas responsables de la infracción hayan sido sancionados anteriormente mediante resolución firme por la realización de una infracción de la misma naturaleza en el plazo de dos años, contados desde la notificación de aquélla; y d) la victimización secundaria".

261.- La proyectada regulación de las sanciones integrantes del régimen que pretende introducir el prelegislador debe ser objeto de especial consideración en lo que se refiere, de una parte, a la posibilidad de imposición como medida accesoria aparejada a la comisión de infracciones graves de la prohibición de acceder a cualquier tipo de ayuda pública por un periodo de un año; y, de otra, a la posibilidad de imposición, como medida accesoria aparejada a la comisión de infracciones muy graves, de (i) la prohibición de acceder a cualquier tipo de ayuda pública por un período de hasta tres años, y (ii) el cierre del establecimiento en que se haya producido la discriminación por un término máximo de tres años.

262.- El establecimiento de una sanción accesoria determinada formal, material y temporalmente como la que contempla la prohibición de acceder a cualquier tipo de ayuda pública por un periodo de un año, en el caso de ir



aparejada a la imposición de una sanción grave, o de hasta tres años, en el caso de ir asociada a la imposición de una sanción muy grave, resulta conforme con el artículo 13.2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, que establece que no podrán obtener la condición de beneficiario o entidad colaboradora de las subvenciones reguladas en dicha ley las personas o entidades en quienes concurra alguna de las circunstancias enumeradas, entre las que se encuentra, en el apartado h), "el haber sido sancionado mediante resolución firme con la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones conforme a ésta u otras leyes que así lo establezcan".

263.- Ahora bien, en relación con esta previsión cabe recordar el criterio del Consejo de Estado sostenido en su Dictamen de 14 de mayo de 2018, dictado en el expediente 297/2018, conforme al cual *«no existe correlación entra la medida prevista (imposibilidad de obtener una subvención, bonificación o ayudas públicas de ningún tipo) y la conducta que se pretende reprobar (actuaciones sancionadas por resolución administrativa firme por atentar, alentar o tolerar prácticas en contra de la Memoria Histórica y Democrática de Extremadura). Sin cuestionar lo condenable de estas actuaciones, su realización no justifica per se la imposición de una inhabilitación total y absoluta para su destinatario de ningún tipo de medida de fomento que pueda tener fines distintos y ajenos a los concernientes a la actuación reprobada. Debería por ello acotarse con mayor precisión el objeto y la duración de la medida referida y vincularlos de manera expresa con la actuación cuya sanción merece aquella»*. En línea con lo expresado por el Consejo de Estado, el precepto proyectado debería limitar la medida de privación de cualquier tipo de ayuda pública al ámbito propio regulado por la Ley, esto es, a aquellas ayudas y subvenciones vinculadas a las políticas públicas para promover la igualdad efectiva de las personas LGTBI o la igualdad real y efectiva de las personas trans, en consonancia con lo que este Consejo tuvo igualmente ocasión de señalar en el acuerdo adoptado por el Pleno, en fecha 7 de junio de 2021, mediante el que se vino a aprobar el informe evacuado en relación con el Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática.

264.- En otro orden de cosas, la previsión como medida accesoria a la imposición de sanciones muy graves de la posibilidad de decretar "el cierre del establecimiento en que se haya producido la discriminación por un término máximo de tres años" que recoge la letra d) del apartado 3 del artículo 78 del anteproyecto no se adecua debidamente a las exigencias dimanantes del necesario principio de culpabilidad que debe concurrir en la imposición de sanciones administrativas ex artículo 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, toda vez que a diferencia de lo que ocurre con la medida accesoria prevista en la letra e) del



mismo artículo 78.3 del anteproyecto, consistente en la posibilidad de acordar “[el] cese en la actividad económica o profesional desarrollada por la persona infractora por un término máximo de tres años”, en el supuesto controvertido, el cierre del establecimiento al que alude el artículo 78.3 d) no se vincula a la efectiva imputación de la conducta infractora a la persona física o jurídica titular del establecimiento.

265.- Finalmente, la inclusión como criterio de determinación de las sanciones que la letra d) del apartado cuarto del artículo 78 del anteproyecto refiere a la concurrencia de “victimización secundaria” precisaría, en aras de la necesaria certeza del criterio, que el concepto jurídico indeterminado al que apela fuera delimitado mediante una expresa referencia al mismo entre las definiciones incorporadas al artículo 3 del anteproyecto.

266.- El artículo 79 de la norma proyectada, con el que el prelegislador ultima el régimen jurídico de las infracciones y sanciones incorporado al anteproyecto, dispone los plazos y reglas de cómputo de prescripción de las infracciones y sanciones. Con todo, al régimen sancionador se refiere asimismo la disposición adicional primera del anteproyecto, que bajo la rúbrica “*Actualización de la cuantía de las sanciones*”, establece que las cuantías de las sanciones podrán ser revisadas y actualizadas periódicamente por el Gobierno mediante real decreto, a propuesta del Ministerio competente en materia de igualdad y de conformidad con el régimen aplicable a la revisión periódica y predeterminada de valores monetarios según el artículo 4 de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española.

E) DISPOSICIONES FINALES

a) Consideraciones particulares sobre la disposición final primera. Modificación del Código civil

267.- Las modificaciones que se introducen en el Código Civil son, en primera instancia, terminológicas, pero también tienen un alcance conceptual y de contenido, por cuanto prescinden del componente del género y sirven para contemplar las situaciones de transexualidad y de relaciones conyugales o de pareja entre personas del mismo sexo.

b) Consideraciones particulares sobre las disposiciones finales cuarta, quinta y sexta. Modificación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, de la Ley 1/2000, de 7 de enero de



Enjuiciamiento Civil y de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social.

268.- El apartado uno de las disposiciones proyectadas introduce en las respectivas normas procesales modificaciones en la legitimación activa para intervenir en los correspondientes procesos en defensa de los derechos e intereses de las personas víctimas de discriminación por razones de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales. Dichas reformas resultan consecuentes con la previsión establecida en el artículo 61 del APL -exceptuándose la falta de traslado a la normativa procesal de los requisitos introducidos en el apartado 2 de dicho artículo-, por lo que ya han sido objeto del correspondiente análisis en este informe, habiéndose hecho hincapié en la extraordinaria amplitud de la legitimación activa proyectada si se compara con la legitimación establecida en el ámbito de los procedimientos de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los procesos civil y contencioso-administrativo (artículo 11 bis de la LEC y artículo 19.1 i) de la LJCA), y más aún con la legitimación establecida en el artículo 17 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS), sin que la Exposición de motivos ni la MAIN que acompaña al Anteproyecto recojan mención alguna a este tratamiento diferenciado, ni expliciten la finalidad perseguida, ni la razón de ser de esta superior legitimación otorgada al colectivo LGTBI.

269.- Se ha señalado igualmente que, de conformidad con el artículo 61 y los proyectados artículos 19.1 j) de la LJCA, 11 ter de la LEC y 17.4 de la LRJS, *cualquier* partido político, sindicato, asociación de trabajadores autónomos o asociación de consumidores o usuarios estaría legitimado para demandar en juicio en defensa “[d]el derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales”, cuando los afectados son una pluralidad indeterminada o de difícil determinación, lo que implica vaciar de su contenido al concepto de legitimación activa, construido doctrinal y jurisprudencialmente, y que viene referido no a la capacidad que define las condiciones generales para intervenir en el proceso, sino a las condiciones necesarias para poder participar en un proceso concreto en atención al derecho material que se acciona, y por tanto, responde a la vinculación con el objeto de un proceso concreto y a la relación del sujeto del proceso con el derecho material que se ejercita en él (STS 31 de mayo de 2006, [ECLI:ES:TS:2006:3249], entre otras), vinculación que desaparece del artículo 61 y de las reformas que se quieren introducir en las leyes procesales. Se ha alertado igualmente sobre lo inadecuado de la articulación de una acción pública que sitúa la defensa de los intereses de las personas LGTBI en



manos de organizaciones que, sin vinculación alguna con dicho colectivo, se encontrarían siempre legitimadas para intervenir en el proceso civil, contencioso-administrativo o social, pudiendo la existencia de dicha legitimación activa llegar a desvirtuar la propia finalidad de defensa de los derechos del colectivo afectado, y afectar al desarrollo adecuado del proceso.

270.- Por su parte, el apartado dos de la disposición final cuarta, y correlativamente el apartado tres de la disposición final quinta introducen modificaciones en materia de la carga de la prueba en los procesos contencioso-administrativo y civil, estableciendo la inversión de la misma, o más específicamente, el reparto de la misma, en los casos de alegación de discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales. Esta reforma ha sido igualmente analizada ya en el presente informe al derivar del artículo 62 del texto, señalándose su alineación con la normativa y jurisprudencia europeas.

271.- Se ha puesto igualmente de manifiesto lo que parece ser un error en la modificación del apartado 7 del artículo 60 de la Ley 29/1998, pues en la referencia a los procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias se adiciona "*por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales*", eliminándose en el proceso "[l]as actuaciones discriminatorias por razón de sexo", que sí se mantienen en la paralela reforma del apartado 5 del artículo 217 LEC. Eliminar en el procedimiento contencioso-administrativo la inversión (o reparto) de la carga de la prueba para los casos de discriminación por razón de sexo en el proceso y extender dicha previsión al colectivo LGTBI no aparece justificado, ni puede cohonestarse adecuadamente con el artículo 13 de la LO 3/2007 y con la normativa y jurisprudencia europea, por lo que resulta necesario que el prelegislador proceda a revisar la modificación propuesta, corrigiendo el error señalado.

c) Consideraciones particulares sobre las disposiciones finales tercera, séptima, novena, décima, decimoquinta, decimosexta y decimoséptima: Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal; Texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto; Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud; Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo; Texto Refundido de la Ley de Empleo, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre; Texto refundido de la Ley



del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre; Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

272.- En su conjunto, las modificaciones proyectadas resultan coherentes con el objetivo que se indica en la Exposición de motivos del anteproyecto de «*desarrollar y garantizar los derechos de las personas LGTBI, erradicando situaciones de discriminación*», llevándose a cabo, en consecuencia, bien una actualización de los derechos reconocidos al colectivo en cuestión, (trabajadores cedidos a empresas de trabajo temporal, personal estatutario del servicio de salud, trabajadores autónomos, trabajadores y empleados públicos), procediendo a la inclusión del derecho a no ser discriminados por motivo de "*orientación e identidad sexual, la expresión de género y las características sexuales*", bien abordando una actualización de las infracciones tipificadas en la correspondiente norma (artículos 8.12, 8.13bis, 10bis.2d y 16.1c de la Ley sobre infracciones y sanciones de orden social, artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, artículo 95.2b del Estatuto Básico del Empleado Público), incluyendo como infracción la discriminación basada en "*la orientación e identidad sexual, la expresión de género o las características sexuales*", bien actualizando las obligaciones de los sujetos concernidos, incluyendo la garantía y/o respeto al principio de igualdad de trato, prohibiendo la discriminación por dichos motivos (artículo 33.4f de la Ley del empleo, artículo 53.4 del Estatuto Básico del Empleado Público).

273.- Resulta procedente, sin embargo, detenerse brevemente en la reforma del artículo 48 del Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre, por el que se aprueba la Ley del Estatuto Básico de los trabajadores, pues se añade un nuevo párrafo final en el apartado 4, con el siguiente tenor: "[A] efectos de lo dispuesto en este apartado, el término de madre biológica incluye también a las personas trans gestantes". El artículo 48 está destinado a la suspensión con reserva de puesto de trabajo, y su apartado 4, a la suspensión del contrato por motivo de nacimiento para la madre biológica y para el progenitor distinto de la madre biológica, por lo que, en línea de coherencia con las reformas introducidas en el Código Civil, la modificación sirve para contemplar, en el ámbito de los permisos por nacimiento las situaciones de transexualidad y de relaciones conyugales o de pareja entre personas del mismo sexo. La modificación merece una valoración positiva, sugiriéndose al prelegislador que, a fin de realizar una adecuada actualización coherente del ordenamiento jurídico, se introduzca dicha modificación en el artículo 49 del Estatuto Básico del Empleado Público.



d) Consideraciones particulares sobre la disposición final octava: modificación de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico

274.- Se introduce un segundo párrafo en el apartado 4 del artículo 11, en los siguientes términos: "*[E]n particular, cuando resulte necesario para proteger los derechos de la víctima o grupos o personas discriminadas, los jueces y tribunales podrán acordar, de conformidad con la legislación procesal, motivadamente, y siempre de acuerdo con el principio de proporcionalidad, cualquiera de las medidas de suspensión o interrupción de la prestación de servicios o de retirada de datos de páginas de Internet que contempla esta ley.*"

275.- El precepto debe reputarse inadecuado, toda vez que el objeto de la Ley 34/2002 es, como señala su artículo 1.1 "*[l]a regulación del régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información y de la contratación por vía electrónica, en lo referente a las obligaciones de los prestadores de servicios incluidos los que actúan como intermediarios en la transmisión de contenidos por las redes de telecomunicaciones, las comunicaciones comerciales por vía electrónica, la información previa y posterior a la celebración de contratos electrónicos, las condiciones relativas a su validez y eficacia y el régimen sancionador aplicable a los prestadores de servicios de la sociedad de la información*", y concretamente el artículo 11, que ahora se modifica, está destinado al "*[d]eber de colaboración de los prestadores de servicios de intermediación*". La Ley 34/2002 no regula -ni debe hacerlo, ex artículo 117.3 y 4 CE- el ejercicio de la función jurisdiccional por jueces y magistrados, debiendo ponerse de manifiesto que la potestad y competencia sobre esta materia se encuentran ya recogidas en los artículos 9.2 y 122 bis de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, y que, en todo caso, la introducción en el ordenamiento jurídico de una disposición del tenor de la modificación proyectada debiera acometerse a través de la correspondiente reforma de dicha ley procesal, por virtud del principio de legalidad procesal.

e) Consideraciones particulares sobre la disposición final decimoprimeras: modificación de la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte.

276.- La modificación proyectada aborda la inclusión de la LGTBIfobia como un motivo de discriminación e intolerancia específico junto con el racismo y la xenofobia, de tal forma que se incorpora la eliminación de dicha LGTBIfobia



como un nuevo objetivo específico de la ley (artículo 1.1 f); se incluye como "acto racista, xenófobo o intolerante en el deporte" la discriminación por motivo de "*orientación sexual, identidad sexual, expresión de género o características sexuales*" (artículo 2.2); se introduce como medida de fomento por parte de la Administración General del Estado la aprobación y ejecución de planes para prevenir la LGTBIfobia y para eliminar la discriminación al colectivo que nos ocupa (artículo 16.1); se le atribuye a la Comisión Estatal contra el Odio en el Deporte la competencia de realización de políticas activas contra la LGTBIfobia en el deporte, incluyéndose en su composición a personas vinculadas a la lucha contra la LGTBIfobia (artículo 20); y se modifica la tipificación de la infracción muy grave contenida en el artículo 21.1g) mediante la adición de "*la organización, participación activa, o la incentivación y promoción de la realización de actos discriminatorios por razón de orientación sexual e identidad sexual, expresión de género o características sexuales*".

277.- Al margen de que estas reformas responden de forma coherente al objetivo del anteproyecto, y por tanto, a la loable finalidad de establecer un marco normativo que garantice la igualdad y evite la discriminación de las personas sometidas a su ámbito de aplicación, se debe poner de manifiesto que en la Exposición de motivos y en la MAIN no se ofrece una fundamentación suficiente de la protección particular y específica que se dispensa al colectivo LGTBI a través de la modificación de la Ley 19/2007, pues dicha norma no incorpora objetivos y medidas destinados a eliminar otros motivos de discriminación, igualmente reprochables, como la discriminación por razón de sexo o por discapacidad, más allá de su inclusión en la definición de actos intolerantes (artículo 2.2) y en la tipificación de las infracciones (artículos 34 y 35), propiciándose de este modo el, sin duda, indeseado efecto, ya referido en las consideraciones generales de este informe, de generar situaciones de discriminación positiva y, por tanto, de discriminación, por lo general indirecta, de aquellas personas no contempladas en su ámbito subjetivo de aplicación, especialmente significativa respecto de las mujeres, que contradicen los postulados derivados del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE, y recogidos singularmente en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

f) Consideraciones particulares sobre la disposición final decimosegunda: modificación de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.



278.- Si bien es cierto que la normativa internacional y europea (Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967; Directiva 2004/83/CE, del Consejo, de 29 de abril, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida¹²; Directiva 2005/85/CE, del Consejo, de 1 de diciembre, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado¹³) no recoge una referencia explícita a la orientación sexual, la identidad sexual o las características sexuales como motivo de persecución para el reconocimiento del estatuto de refugiado, se ha producido a lo largo de los años una progresiva flexibilización del concepto, de tal forma que en la propia Ley 12/2009 de 30 de octubre sí se recogen, desde su redacción original, “[l]os fundados temores de ser perseguida por motivos de género y orientación sexual” como causa para acceder a la condición de refugiado en España. Por su parte, las directrices emitidas por ACNUR¹⁴, han considerado que las personas atacadas por su identidad de género, orientación sexual o características sexuales tienen derecho a dicha protección, por lo que la modificación proyectada, que supone la inclusión de la persecución por motivo de “identidad sexual”, se encuentra en línea con las recomendaciones internacionales.

g) Consideraciones particulares sobre la disposición final decimotercera. Modificación de la Ley del Registro Civil.

279.- Al igual que las modificaciones introducidas en el Código Civil, las que se introducen en la Ley de Registro Civil tienen un carácter terminológico, pero también tienen un alcance conceptual y de contenido, por cuanto prescinden del componente del género y sirven para contemplar las situaciones de transexualidad y de relaciones conyugales o de pareja entre personas del mismo sexo.

280.- Por otra parte, se añade un nuevo apartado 5 en el artículo 49 LRC para regular la inscripción de los nacidos respecto de los cuales el parte facultativo indique la condición de intersexual, conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 72 APL. Al respecto, cabe llamar la atención del

¹² DOCE, núm. 304, 30 de diciembre de 2004.

¹³ DOCE, núm. 326, 13 de diciembre de 2005.

¹⁴ Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado y las Directrices sobre Protección Internacional
<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8983>



prelegislador del plazo máximo en que podrá figurar en blanco la mención del sexo, en la medida en que puede resultar escaso.

281.- Y, como se ha indicado en las consideraciones particulares sobre el articulado del anteproyecto, se introducen las modificaciones técnicas necesarias para acomodar las disposiciones de la LRC a los preceptos del capítulo I del Título II del APL.

h) Consideraciones particulares sobre la disposición final decimocuarta. Modificación de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria.

282.- Las modificaciones que se introducen en la LJV se contraen a regular los procedimientos de jurisdicción voluntaria para la aprobación judicial de la modificación de la mención registral del sexo de personas mayores de doce años y menores de catorce, y para la aprobación judicial de la modificación de la mención registral relativa al sexo con posterioridad a la tramitación de un procedimiento registral de rectificación de dicha mención. Sobre esta nueva regulación, procede remitirse a lo expuesto al tratar de la modificación de la mención registral del sexo y de la reversibilidad de la rectificación.

i) Consideraciones particulares sobre la disposición final decimoctava. Modificación de la Ley de Contratos del Sector Público.

283.- Se aborda la modificación del artículo 71.1, concretamente su apartado b), que en su vigente redacción recoge como motivo que determina la prohibición de contratar de las empresas con el sector público el "*Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia profesional que ponga en entredicho su integridad, de disciplina de mercado, de falseamiento de la competencia, de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, o de extranjería, de conformidad con lo establecido en la normativa vigente; o por infracción muy grave en materia medioambiental de conformidad con lo establecido en la normativa vigente, o por infracción muy grave en materia laboral o social, de acuerdo con lo dispuesto en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, así como por la infracción grave prevista en el artículo 22.2 del citado texto*".

284.- La modificación proyectada añade como motivo que determina la prohibición de contratar de las empresas el haber sido sancionadas por



“infracción grave o muy grave en materia de igualdad de trato y no discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales, cuando se acuerde la prohibición en los términos previstos en la Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI”. Tampoco se aporta en esta ocasión una fundamentación concreta y suficiente de la inclusión de esta prohibición de contratar vinculada solo a conductas discriminatorias contra el colectivo LGTBI, y no a conductas discriminatorias por razón de sexo, discapacidad, origen racial o étnico, religión, etc. En este sentido, y en línea con lo ya referido en las consideraciones generales y en las consideraciones particulares sobre el artículo 11 APL, la reforma constituye un nuevo ejemplo de modificación legislativa que puede generar situaciones de discriminación positiva y, por tanto, de discriminación, por lo general indirecta, de aquellas personas no contempladas en su ámbito subjetivo de aplicación, especialmente significativa respecto de las mujeres, que contradicen los postulados derivados del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE, y recogidos singularmente en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

VI. CONCLUSIONES

A) EN RELACIÓN CON LAS CONSIDERACIONES GENERALES

PRIMERA.- El fundamento jurídico del Anteproyecto, atendido su objeto y contenido, no se encuentra exclusivamente en el desarrollo del derecho fundamental a la igualdad declarado en el artículo 14 CE y en el principio constitucional al libre desarrollo de la personalidad a que se refiere el artículo 10.1 CE, proyectados sobre la esfera de la libre determinación de los sujetos que forman el ámbito subjetivo de aplicación de la ley (personas lesbianas, gais, trans, bisexuales e intersexuales, así como de sus familias, cfr. artículo 1.1), sino que alcanza igualmente al derecho fundamental a la intimidad personal (18.1 CE), dado que el texto incide en una circunstancia relativa al círculo más interno de la persona cual es la falta de equivalencia entre el sexo atribuido al nacer, recogido en el Registro civil, y el que un individuo percibe como suyo, lo que constituye una de esas circunstancias particularmente relevantes que la persona tiene derecho a proteger del conocimiento ajeno, sin que trascienda al conocimiento público.

SEGUNDA.- El anteproyecto tiene la explícita y decidida vocación de constituir el marco vertebrador del régimen jurídico de la tutela y garantía de la igualdad de quienes se encuentran incluidos en su ámbito subjetivo de aplicación, configurándose como el instrumento normativo desde cuyo núcleo



irradian y se proyectan las disposiciones que contiene hacia los diversos ámbitos y parcelas del ordenamiento que han de verse alcanzados por el objeto y finalidad de la norma proyectada.

En este sentido, guarda gran similitud con diferentes anteproyectos que recientemente han sido objeto de informe por parte de este órgano constitucional. A modo de ejemplo pueden citarse el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual o el Anteproyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Al igual que se hiciera en los informes a los referidos anteproyectos, se ha de poner de manifiesto que este carácter integral y transversal somete al texto proyectado al mismo riesgo del que participan todas aquellas leyes y disposiciones que nacen con la idea de servir de marco integrador y que tienen, como inherente a esa característica, un efecto transversal, y que no es otro que el de dar lugar a solapamientos y duplicidades normativas, con el subsiguiente perjuicio de la seguridad jurídica que ello conlleva.

TERCERA.- De forma similar a lo que este órgano constitucional puso de manifiesto en relación con el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, una alternativa plausible que clarificaría el panorama legislativo consistiría en reducir el contenido normativo de la ley proyectada a aquellos aspectos nucleares, troncales y autónomos específicamente referidos a alcanzar la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI que sean diferenciables del contenido propio de las distintas leyes vigentes con ámbitos concurrentes con la proyectada, y trasladar e introducir en estas, a través de la propia ley proyectada, las modificaciones pertinentes traídas por el especial tratamiento que haya de darse a las personas incluidas en el ámbito de aplicación de la ley, más allá del específico de la materia y objeto de las diferentes disposiciones legales, tal y como se hace a través de las disposiciones finales que modifican los diferentes cuerpos legales actualmente vigentes que han de verse afectados por la normativa proyectada.

CUARTA.- Cabe someter al prelegislador la duda acerca de si por los efectos derivados de este tipo de textos legislativos de carácter integral y transversal no se propicia una excesiva atomización del ordenamiento jurídico, donde determinados colectivos pasan a ostentar un régimen privilegiado de protección, al margen del régimen general aplicable al resto de ciudadanos, con notable detrimento del principio de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley.



QUINTA.- La ley anteproyectada, si bien responde a la loable finalidad de establecer un marco normativo que garantice la igualdad y evite la discriminación de las personas sometidas a su ámbito de aplicación, contempla medidas de actuación pública y políticas públicas, y contiene determinadas previsiones, que propician el, sin duda, indeseado efecto de generar situaciones de discriminación positiva y, por tanto, de discriminación, por lo general indirecta, de aquellas personas no contempladas en su ámbito subjetivo de aplicación, especialmente significativa respecto de las mujeres, que contradicen los postulados derivados del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE, y recogidos singularmente en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Se ha de someter a la consideración del prelegislador la conveniencia de reflexionar sobre el riesgo de atomización normativa al que se ha hecho referencia con el establecimiento de estatutos jurídicos particulares, y sobre el fundamento de la decisión de abordar en una norma legal independiente el derecho a la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI y de sus familias, con la subsiguiente configuración de un estatuto jurídico propio de este colectivo, y, en fin, acerca de si el tratamiento normativo por el que, dentro de su margen legítimo de actuación, ha optado el prelegislador, con el pretendido carácter integral y transversal, es adecuado, necesario y proporcionado al fin perseguido, es decir, a la evitación de la discriminación de las personas LGTBI, sin que esta opción legislativa tensione o lesione otros principios y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, en particular, la igualdad y la seguridad jurídica.

QUINTA BIS.- Cabe sugerir al prelegislador que valore la necesidad de que algunos de los preceptos del texto informado tengan rango de ley orgánica al ser su finalidad esencial desarrollar el principio de igualdad -recogido en el artículo 14 de la Constitución- en relación con las personas LGTBI y al afectar al derecho a la intimidad consagrado en el artículo 18.1 CE, así como a otros derechos fundamentales y constitucionales. En esta valoración habrá de tenerse presente la doctrina constitucional sobre la reserva de ley orgánica derivada del artículo 81 de la CE, sobre la colaboración internormativa entre ley orgánica y ley ordinaria y sobre la concurrencia de materias estrictas sujetas a la reserva de ley orgánica y materias conexas.

SEXTA.- Para la debida salvaguarda del principio de seguridad jurídica, y por exigencias de calidad normativa, se hace deseable una mayor concreción en la norma proyectada de aspectos esenciales, como las consecuencias en el matrimonio derivadas de la transexualidad, la fijeza del estado civil o, como



más adelante se verá, la clarificación de los derechos tras la reversión de la mención registral del sexo tras una modificación anterior.

SÉPTIMA.- Respecto de la previsión sobre los títulos competenciales que habilitan al prelegislador a dictar la norma anteproyectada cabe señalar que la concreción del título competencial con arreglo al cual se dicta la norma adolece de la debida identificación de aquel o aquellos títulos que en concreto sirven de título habilitante a de los distintos preceptos del texto proyectado, por lo que la misma no se acomoda a las exigencias de la doctrina del Consejo de Estado y de la jurisprudencia, por lo que sería aconsejable, de acuerdo a dicha doctrina, que se precisaran los preceptos que se dictan al amparo de los ordinales 1º, 2º, 3º, 5º, 6º, 7º, 8º, 16º, 17º, 18º, 27º y 30º del artículo 149.1 CE.

OCTAVA.- Con independencia de los títulos habilitantes invocados, debe tenerse en cuenta que la norma proyectada ha de convivir con la numerosa legislación autonómica dictada en materia de garantía de los derechos de las personas trans y LGTBI, y que, ha de servir de parámetro de constitucionalidad de la normativa autonómica. Y en el contraste entre la norma estatal y autonómica se habrán de tener como guía los criterios contenidos, entre otras, en las SSTC 16/2018, 32/2018 y 43/2018.

B) EN RELACIÓN CON EL TÍTULO PRELIMINAR (Disposiciones Generales) Y TÍTULO I (Actuación de los Poderes Públicos)

NOVENA.- En relación con el artículo 2 APL, “[á]mbito de aplicación”, dado que el anteproyecto incluye medidas en el ámbito de los medios de comunicación social y de internet, resultaría sumamente conveniente que el prelegislador delimitara la referencia a la *actuación en territorio español*, teniendo en cuenta que dicha actuación puede provenir del ámbito digital.

DÉCIMA.- En relación con el artículo 3 del anteproyecto, que recoge un listado de definiciones, partiendo de la libertad de configuración por parte del prelegislador, resultaría deseable dotar a los distintos textos legales de un tratamiento unitario, de manera que el listado de definiciones que acertadamente se incorpora en los mismos lo sea, bien como parte del articulado, como ocurre en el texto objeto de informe, bien como anexo, como por ejemplo se ha previsto en el Anteproyecto de Ley de Eficiencia digital del servicio público de justicia. Asimismo, resultaría conveniente que en relación con el término “intersexualidad”, a que se refiere el apartado 6 del artículo 3, se valorase coherente la definición incorporada al anteproyecto con la recogida en el diccionario de la Real Academia de la Lengua.



DECIMOPRIMERA.- En el artículo 10 APL, dedicado a la “Estrategia Estatal para la Igualdad de Trato y No Discriminación de las Personas”, en tanto prevé su aprobación por el Consejo de Ministros, se sugiere cohonestar esta previsión con los dispuesto en el artículo 24.1.d) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, que califica de “Acuerdos del Consejo de Ministros” a las decisiones de dicho órgano colegiado que no deban adoptar la forma de Real Decreto.

DECIMOSEGUNDA.- El artículo 11 APL supone un claro ejemplo de la afectación o incidencia del anteproyecto en normas vigentes, con afectación del principio de seguridad jurídica, por lo que se sugiere al prelegislador la incorporación de esta previsión a la Modificación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, a que se dedica la disposición final décimo octava del texto proyectado así como la explicación en la Exposición de motivos, o al menos en la MAIN, de la finalidad perseguida y la razón de ser de la referida previsión normativa.

DECIMOTERCERA.- Se observa la necesidad de cohonestar el contenido de la Sección 4ª del Capítulo II de Título I APL, dedicada a las medidas en el ámbito de la salud, con las disposiciones vigentes en este ámbito, en particular, con las recogidas en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS), tras la modificación operada por la L.O. 3/2020, de 29 de diciembre.

DECIMOCUARTA.- Si bien merece una mención especialmente favorable la prohibición de terapias de conversión que se recoge en el artículo 17 del anteproyecto, ha de llamarse la atención sobre el ámbito de la misma, pues al tratarse de la prestación de un consentimiento libre de una persona mayor de edad, la privación de efectos del mismo que recoge el anteproyecto resulta sumamente cuestionable, en la medida en que constituye una injustificada restricción de la capacidad de obrar de las personas. Por tanto, se aprecia la necesidad de justificar debidamente la privación de efectos del consentimiento de la persona afectada mayor de edad.

Asimismo, se sugiere la sustitución del término “contracondicionamiento” que no figura en el Diccionario de la Real Academia, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en las Directrices de técnica normativa aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005 que exigen que la redacción de los textos ha de seguir las normas gramaticales y ortográficas de la Real Academia Española y su Diccionario.



DECIMOQUINTA.- A la vista del contenido del artículo 21 del anteproyecto se sugiere valorar la conveniencia de modificar, a través de la correspondiente disposición final, el apartado quinto del artículo 124 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, introducido por la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, a fin de cohonestar el contenido de ambas leyes, estableciendo, junto al plan de convivencia recogido en el citado artículo 124, una referencia a la elaboración de protocolos específicos de prevención del acoso y ciberacoso escolar, teniendo en cuenta el acoso por LGTBIfobia.

DECIMOSEXTA.- Es conveniente modificar la redacción del apartado d) del artículo 25 del anteproyecto, en el que se configura una suerte de privilegio para las personas LGTBI que quedarían excluidas de las reglas generales de aplicación del derecho de admisión, como medida cuya finalidad no se alcanza a comprender y que se alejaría del objetivo principal de garantizar la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI en el ámbito de la cultura y el ocio, lo que se encontraría en línea con lo recogido en la MAIN, que fundamenta esta medida en "la correcta aplicación del derecho de admisión" (página 18).

DECIMOSÉPTIMA.- En relación con el artículo 26 APL, "[D]eporte, actividad física y educación deportiva", si bien merece una valoración positiva la inclusión en la norma proyectada de la referencia a que la práctica deportiva y la actividad física se realicen con pleno respeto al principio de igualdad de trato y no discriminación, se sugiere al prelegislador la necesidad de introducir en la norma las cautelas necesarias a fin de evitar que la práctica de actividades deportivas pueda suponer la discriminación de mujeres deportistas, atendida la realidad de la diferencia de las condiciones físicas existentes, y la superioridad física de la mujer transexual frente a la que no lo es, como circunstancia generadora de situaciones de desigualdad en el ámbito de las competiciones deportivas femeninas.

Esta misma previsión habría de tenerse en cuenta en relación con el contenido de la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte, cuya modificación se contempla en la disposición final décimo primera del Anteproyecto.

DECIMOCTAVA.- En relación con la previsión sobre publicidad ilícita recogida en el artículo 27.2 del anteproyecto, y la recogida en la disposición final tercera del Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 26 de julio de 2021, en aras de garantizar debidamente el principio de seguridad jurídica,



resultaría conveniente, una vez cohonestados ambos textos, su incorporación al artículo 3 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad y, en su caso, al Anteproyecto de Ley General de Comunicación Audiovisual, que se encuentra en tramitación a fin de incorporar al Derecho español la Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018.

DECIMONOVENA.- La previsión recogida en el apartado 2 del artículo 31 del anteproyecto ha de cohonestarse, en cada caso, con el interés superior del menor, que ha de ser considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, teniendo en cuenta que en las medidas relativas a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos ha de primar el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir (artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor).

VIGÉSIMA.- En aras a evitar la dispersión normativa y reforzar la seguridad jurídica resultaría conveniente que las previsiones establecidas en el artículo 37 APL se incorporasen a la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, en tanto que es esta la norma que determina el contenido de la protección internacional.

C) EN RELACIÓN CON EL TÍTULO II (Medidas para la igualdad real y efectiva de las personas trans), CAPÍTULO I (Rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas)

VIGESIMOPRIMERA.- El capítulo I del Título II APL (artículos 38 a 46, incluidos) regula la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Las líneas generales de la regulación propuesta se contraen a establecer un procedimiento registral para la rectificación de la mención relativa al sexo para los españoles mayores de dieciséis años y para los menores de dieciséis y mayores de catorce asistidos por sus representantes legales, y un procedimiento de aprobación judicial de la modificación de la mención registral del sexo de personas mayores de doce años y menores de catorce, para lo cual la disposición final decimocuarta del anteproyecto introduce un nuevo capítulo II en el título II de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV). En este nuevo procedimiento de jurisdicción voluntaria la aprobación judicial de la modificación de la mención registral del sexo está condicionada a la cumplida acreditación de la madurez necesaria del menor y de la estabilidad de su voluntad de rectificar registralmente la mención de su sexo.



El APL deroga expresamente, de este modo, la Ley 3/2007, de 5 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, cuyo artículo 1.1 fue declarado inconstitucional por la STC 99/2019, de 18 de julio de 2019 «[ú]nicamente en la medida en que incluye en el ámbito subjetivo de la prohibición a los menores de edad con "suficiente madurez" y que se encuentren en una "situación estable de transexualidad".»

VIGESIMOSEGUNDA.- Si bien la transexualidad se encuentra íntimamente conectada con el derecho a la identidad de género, y aunque este, en su implementación social, tiende a sobrepasar la transexualidad en sí misma - que se mueve en el marco de la binariedad sobre la base de la dualidad sexual genética o biológica-, en la medida en que se abre el paso a considerar, desde planteamientos sociológicos, filosóficos e incluso jurídicos, la alternativa del no binarismo, lo cierto es que el anteproyecto no aborda la transexualidad y la modificación registral de la mención relativa al sexo desde esa perspectiva, lo que en el momento actual parece oportuno, pues ni en el ámbito del TEDH ni en el de los ordenamientos nacionales cabe considerar, en el actual estado de cosas, el reconocimiento de otro sexo distinto del genético o biológico; si bien no puede soslayarse el carácter difuso y contingente que presenta la concreción del derecho a la identidad de género, y buena muestra de ello la ofrecen las regulaciones de determinados Estados en las cuales se visibiliza el no binarismo en los documentos oficiales. No puede olvidarse que la jurisprudencia del TEDH en materia de transexualidad se asienta en el "consenso internacional", que ha servido para ir modificando sus argumentos y el sentido de sus decisiones, de manera que no cabe descartar que, al evolucionar ese consenso internacional, evolucione también la jurisprudencia del Tribunal europeo en el examen de eventuales vulneraciones de derechos reconocidos en el CEDH en relación con la transexualidad contemplada desde planteamientos no binarios.

El prelegislador se muestra, sin embargo, cauteloso en el tratamiento de la intersexualidad, como se desprende de la definición que hace de la misma y la previsión que se contiene en el artículo 72 APL en relación con los derechos de las personas transexuales, y específicamente la previsión que se recoge en su apartado segundo respecto del plazo para la inscripción de la mención del sexo, donde no se aborda el derecho a la identidad sexual desde perspectivas superadoras del binarismo genético y/o biológico.

VIGESIMOTERCERA.- En la base de la regulación anteproyectada reside la idea de la denominada "despatologización" de la transexualidad, que pugna con la concepción patológica de la transexualidad (su consideración como



“síndrome”, presente en numerosas legislaciones de la Unión Europea) y sobre la que la jurisprudencia del TEDH ha tenido oportunidad de incidir incluso antes de que la Organización Mundial de la Salud hubiese excluido en junio de 2018 a la transexualidad del catálogo de enfermedades, pasando a partir de dicha fecha a integrarse en un nuevo epígrafe denominado “condiciones relativas a la salud sexual”, y cambiando su denominación de “síndrome transexual” por la de “incongruencia de género”.

VIGESIMOCUARTA.- De la línea evolutiva de la jurisprudencia del TEDH cabe extraer las siguientes conclusiones, que han de operar como criterios orientadores en la regulación del régimen de la modificación del sexo de las personas transexuales: i) el concepto de vida privada, vinculado al derecho con ese mismo objeto y al derecho a la integridad física y moral, debe ser interpretado ampliamente; ii) la regulación del cambio de sexo, con la subsiguiente modificación de la mención registral y la modificación de la mención del sexo y del nombre en los documentos oficiales, ha de estar presidida por la noción de la autonomía personal entendida como espacio de libertad y orientada a la autodeterminación del sujeto, y como sustancia que nutre el derecho a la identidad de género; iii) es contrario al derecho a la vida privada el establecimiento de un determinado plazo entre el diagnóstico de la transexualidad y la operación de reasignación de sexo que no tenga en cuenta las circunstancias personales del solicitante; iv) se ha de establecer un procedimiento rápido, accesible y transparente que facilite a la persona transexual la adaptación de la mención registral del sexo y el nombre y en los documentos oficiales; v) se debe desconectar el sexo de la plena adaptación fenotípica del sujeto, y por tanto, prescindir del requisito de la necesidad de la intervención quirúrgica de reasignación sexual; y vi) se ha de dotar al derecho de un carácter universal, independiente de la nacionalidad de quien lo ejercita.

Por el contrario, de la jurisprudencia del TEDH no se desprende la necesidad de prescindir de un diagnóstico, ni la necesidad de la justificación de una situación estable de transexualidad.

VIGESIMOQUINTA.- La valoración que a este órgano constitucional le merece el anteproyectado régimen de rectificación de la mención registral del sexo de las personas debe estar presidida por la idea de que se trata de una regulación de carácter eminentemente registral y, como tal, y conforme a la naturaleza y finalidad del Registro civil -que no es otra que constatar y publicar los hechos y actos que se refieren al estado civil de las personas y aquellos otros que determine la ley-, no otorga derecho alguno, ni regula el



libre ejercicio de los mismos, sino que únicamente constata hechos y actos referidos al estado civil de las personas.

Quiere esto decir que el derecho a la identidad sexual es previo al derecho a la rectificación registral de la mención del sexo, y se contempla en la propia ley, estando facultado el prelegislador, dentro de su libertad de configuración, para establecer los requisitos y condiciones para ejercitar tal derecho de rectificación, en el más amplio ejercicio del derecho a la identidad sexual.

En esa libertad de configuración caben, por tanto, distintas opciones que podrán ser constitucionalmente legítimas mientras se ajusten al canon de proporcionalidad que exige la tutela de los principios, derechos y bienes jurídicos constitucionales concernidos. Sobre esta base, podrá ser constitucionalmente legítimo establecer determinados requisitos o condiciones para el ejercicio del derecho de rectificación registral de la mención relativa al sexo siempre que se muevan dentro de los márgenes del principio de proporcionalidad de las medidas adoptadas en atención al fin que con ellas se persigue.

VIGESIMOSEXTA.- Podrá ser constitucionalmente legítima, desde la perspectiva de los principios, derechos y bienes jurídicos constitucionales concernidos (cfr. artículos 10.1, 15 y 18.1 CE), la opción legislativa conforme a la cual se dote al derecho a la identidad sexual de su mayor virtualidad, extendiéndolo a un determinado tramo de la minoría de edad sin someterlo a condición alguna, en el marco de un procedimiento registral. Conforme a los argumentos que sustentan la decisión de la STC 99/2019, de 18 de julio, la exclusión con carácter general de los menores de edad transexuales en el ejercicio del derecho de rectificación de la mención registral del sexo no supera el canon de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto, teniendo en cuenta la enorme intensidad de la limitación y la mayor trascendencia de los bienes constitucionales sobre los que se proyecta.

Pero también sería constitucionalmente legítima la opción legislativa que se limitara a extender la legitimación para la rectificación registral de la mención del sexo a los menores de edad "con madurez suficiente" y con "estabilidad en su situación de transexualidad", condiciones que se encontraban en la base del pronunciamiento del Tribunal Constitucional. Bastaría entonces, por tanto, con modificar el artículo 1.1 de la Ley 3/2007 para acoger esta legitimación más amplia, pero condicionada. E incluso cabría considerar constitucionalmente legítimo el mantenimiento de los requisitos que se establecen en el artículo 4 de la Ley -el diagnóstico de la disforia de género y el tratamiento médico acreditado por certificado médico-, por más que no



resulte aconsejable atendidas las actuales corrientes jurisprudenciales y de los organismos y organizaciones internacionales.

VIGESIMOSÉPTIMA.- El análisis, en punto a la legitimación y las condiciones de ejercicio del derecho a la rectificación registral de la mención del sexo, ha de llevarse a cabo con arreglo al criterio de proporcionalidad para determinar cuál es la opción legislativa más adecuada, en términos de proporcionalidad, a la vista de los bienes jurídicos concernidos.

En ese juicio de proporcionalidad se enfrentan, por un lado, el principio que garantiza el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE), el derecho a la integridad moral (artículo 15 CE), el derecho a la intimidad (artículo 18.1 CE), y en menor grado, el derecho a la protección de la salud (artículo 43 CE); y por otro lado, el principio que impone la necesidad de protección de la persona menor de edad que la propia Constitución reconoce (artículo 39.3 y 4 CE). Ha de admitirse, con la STC 99/2019, la escasa relevancia que frente a aquellos principios y derechos presentan *«las consideraciones de orden público conectadas con la estabilidad e indisponibilidad del estado civil»* y con razones de seguridad jurídica.

Debe recordarse que el Tribunal Constitucional ha precisado que, en relación con la cláusula de protección de las personas menores de edad, el artículo 39 CE incorpora un mandato dirigido a los poderes públicos para que atiendan de modo preferente la situación del menor de edad, configurando regímenes especiales de tutela, y que la restricción de principios o derechos constitucionales puede encontrar apoyo en la consecución de un beneficio para los mismos sujetos que sufren al restricción, por cuanto se asienta en el señalado mandato constitucional.

VIGESIMOCTAVA.- El prelegislador no explica en la Exposición de Motivos, y tampoco en la MAIN, las razones que justifican la opción legislativa elegida. Se limita a señalar que la regulación de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas tiene como base el reconocimiento de la voluntad libremente manifestada, *“despatologizando el procedimiento y eliminando la mayoría de edad para solicitar la rectificación”*. Y en el apartado 2.1 de la MAIN, relativo a la motivación de la propuesta, se limita a hacer mención de la jurisprudencia del TEDH y de la STC 99/2019, así como de la subsiguiente sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Esta justificación de la opción legislativa que se acoge es, sin embargo, insuficiente: no se analiza su bondad en términos de proporcionalidad en relación con otras alternativas posibles, y tampoco se lleva a cabo un análisis del derecho comparado; como no se examina su adecuación atendiendo a los



distintos aspectos, jurídicos, sociológicos y morales, que presenta una cuestión tan compleja como es la identidad sexual.

VIGESIMONOVENA.- La valoración que compete realizar a este órgano constitucional del régimen anteproyectado relativo a la rectificación de la mención registral del sexo ha de partir, sin duda, de respetar la libertad de configuración que le corresponde al prelegislador, sin que en el plano de constitucionalidad merezca objeción alguna al superar sin dificultad los controles de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, teniendo en cuenta la entidad de los principios y derechos constitucionales concernidos -el libre desarrollo de la personalidad, la integridad física y moral y la intimidad-, y considerándolos autónomamente. La regulación de la modificación registral de la mención del sexo en términos amplios, sin limitarla a los mayores de edad, y sin sujetarla a condición alguna para los mayores de doce años -más allá de la asistencia de los representantes legales de los menores de dieciséis-, qué duda cabe de que dota a los principios y derechos reconocidos en los artículos 10.1, 15 y 18.1 CE, cuando se trata del ejercicio del derecho a la identidad sexual, de la mayor virtualidad y entraña un importante beneficio para los titulares del derecho, al menos en términos de tutela de su derecho a la intimidad y de reconocimiento de un ámbito de libre decisión y desarrollo de su personalidad.

TRIGÉSIMA.- Sin abandonar del todo el plano estricto de la constitucionalidad, y en todo caso situados en el marco de la elección de la opción normativa más adecuada, no puede desconocerse que junto con los señalados principios y derechos constitucionales confluye la cláusula de la especial protección de los menores de edad (artículo 39.3 y 4 CE) y la especial primacía de su superior interés. Lo que da pie a analizar, con arreglo al canon de proporcionalidad, la opción escogida por el prelegislador, ya no solo desde la perspectiva de los principios y derechos constitucionales recogidos en los artículos 10.1, 15 y 18.1 CE, sino también desde la óptica de la cláusula de la protección de los menores de edad que se contiene en el artículo 39 CE.

TRIGESIMOPRIMERA.- El planteamiento del anteproyecto, al legitimar a los mayores de catorce años y menores de dieciséis para solicitar la rectificación de la mención registral del sexo sin más condiciones que la asistencia de sus representantes legales, no resulta adecuado para proteger el interés del menor comprendido en esa franja de edad que carezca del suficiente grado de madurez o cuya situación de transexualidad no esté estabilizada. Tampoco conforme al criterio de necesidad cabe encontrar justificación, pues la alternativa menos gravosa para el interés del menor pasaría por establecer las condiciones de madurez y de estabilidad en la



transexualidad que, si bien constituyen restricciones de los principios y derechos constitucionales, son proporcionales al fin a que están orientadas, lo que, en sentido contrario, permitiría superar el control de la proporcionalidad estricta al establecimiento de tales condiciones para el ejercicio del derecho de identidad sexual.

Por consiguiente, ya sea desde el plano constitucional, ya desde la simple optimización de la norma, y en ambos casos atendido el canon de proporcionalidad -conforme a sus distintos criterios-, resulta conveniente someter el ejercicio del derecho de rectificación de la mención registral del sexo por parte de los menores de dieciséis años a las condiciones de "suficiente madurez" y "estabilidad en la situación de transexualidad", del mismo modo que se exigen para los menores de catorce años y mayores de doce, para cuya comprobación el juez deberá disponer de los necesarios informes de terceros expertos de los que se desprenda el grado de madurez y la estabilidad requeridos. Y tratándose del ejercicio de un derecho sujeto a las señaladas condiciones y que confluye con otros bienes constitucionales, lo procedente es que el control de su concurrencia se haga en sede jurisdiccional, a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria previsto en los nuevos artículos 26 bis a 26 quinquies de la LJV, con las pertinentes adaptaciones. De este modo, se satisfaría la exigencia, impuesta tanto por los organismos internacionales como por el TEDH, de articular un procedimiento rápido, transparente y accesible para ejercitar el derecho de la rectificación registral de la mención del sexo. Se ha de considerar que es esta la vía procesal que, cumpliendo tales exigencias, resulta más adecuada, donde no se suscita contienda propiamente dicha, en el sentido de deducirse y ejercitarse pretensiones contrapuestas -en caso de desacuerdo de los representantes legales del menor se nombrará un defensor judicial, artículo 26 ter.2 LJV (y artículo 163 CC, con carácter general)-, y donde no se exige la intervención de profesionales -abogado y procurador-.

TRIGESIMOSEGUNDA. - La rectificación de la mención registral del sexo a través de un procedimiento registral, y sin condiciones, quedaría entonces limitada a los mayores de dieciséis años. El mantenimiento de esta opción, respetando la configuración del prelegislador en este aspecto, vendría justificada, en términos de proporcionalidad, por la mayor facilidad para apreciar en ellos el grado de madurez suficiente y ordinariamente un grado de estabilidad en la situación de transexualidad, con menor riesgo de remisión. Se debe recordar que, de acuerdo con la doctrina constitucional, conforme se avanza hacia la mayor edad los requisitos que condicionan el ejercicio de los derechos con raigambre constitucional se relativizan, por ser menores las necesidades de protección. Y ha de recordarse también que es



esa la edad en la que el legislador, en atención al grado de madurez y desarrollo alcanzado, fija el ejercicio de ciertos derechos y autoriza la intervención en determinadas relaciones jurídicas y la realización de ciertos actos y negocios jurídicos (i.e., emancipación del menor de edad, artículos 314 y ss., CC, con su incidencia en la capacidad para contraer matrimonio ex artículo 46.1 CC y para celebrar contratos ex artículo 1263.2º CC), en la que se modula el cumplimiento de las penas impuestas conforme a la legislación de responsabilidad penal del menor (artículo 9 de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor) o se cualifican penalmente determinadas conductas (cfr. artículos 182, 183 y 183 quater CP).

Si bien esta sería una opción legítima, este Consejo considera, no obstante, que el principio de especial protección del menor se garantiza en mayor medida si la autodeterminación del género y la modificación registral de la mención relativa al sexo, sin condicionamientos y a través de un procedimiento registral, se reserva a los mayores de dieciocho años. En otros términos, que el ejercicio del derecho de autodeterminación en los mayores de dieciséis y menores de dieciocho esté sujeto a las mismas condiciones que las propuestas para los menores de dieciséis años, y que se lleve a cabo por el mismo cauce del procedimiento de jurisdicción voluntaria. Esto supone, por tanto, extender hasta la mayoría de edad el procedimiento previsto en el anteproyecto para los menores de entre 12 y 14 años, que requiere de aprobación judicial, previa tramitación de un expediente de jurisdicción voluntaria y la demostración de la madurez necesaria y de la voluntad estable de proceder a la rectificación registral del sexo.

En cualquier caso, aunque se actúe con la asistencia de los representantes legales, es precisa la audiencia del menor solicitante.

Y debe tenerse presente que, conforme a lo dispuesto en el artículo 162 CC, quedan exceptuados de la representación legal de los padres que ostentan la patria potestad los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.

TRIGESIMOTERCERA.- El régimen de rectificación de la mención registral del sexo propuesto como alternativa a la opción del prelegislador, por ser más acorde al canon de proporcionalidad, es predicable, aun en mayor grado, de las personas con discapacidad, sujetas a la especial tutela de los poderes públicos (artículo 49 CE), siempre contando con las medidas de apoyo adecuadas en los términos previstos en la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con



discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Es acertada, por tanto, la previsión contenida en el proyectado artículo 39.9, así como en el también proyectado 26 ter.3 LJV.

TRIGESIMOCUARTA- El artículo 41 APL regula los efectos de la resolución que acuerde la rectificación de la mención registral del sexo, que tendrá efectos constitutivos a partir de su inscripción en el Registro civil.

Esta regulación, que quiere ser más completa que la vigente, presenta, sin embargo, ciertos aspectos oscuros y ciertas disfunciones. Se advierte que la regla general es fijar el régimen jurídico aplicable en función de cuándo tienen lugar las situaciones jurídicas objeto de regulación -anteriores o posteriores a la inscripción de la resolución de rectificación-, y en función del sexo que en ese momento se tenga, lo que es coherente con el carácter constitutivo de la resolución de rectificación. Ahora bien, el mantenimiento del régimen jurídico que fuera aplicable a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral a los efectos de la LPIVG no está completamente explicado, pues en recta inteligencia del precepto el mantenimiento del régimen de protección habrá de entenderse principalmente con la finalidad de que la modificación de la mención del sexo del hombre no altere el régimen de protección que dispensa la ley a las víctimas de violencia de género ni permita eludirlo, pero no queda claro -aunque parece poco probable- si el precepto contempla la inalterabilidad del régimen jurídico aplicable con anterioridad a la inscripción respecto de la mujer que transita al sexo opuesto. El precepto debe gozar de la calidad normativa precisa, y ha de garantizar que la modificación de la mención registral del sexo no permitirá la elusión de las obligaciones y de las responsabilidades frente a las víctimas de violencia contra la mujer.

Lo mismo cabe decir, si bien en sentido excluyente, respecto de la previsión relativa a las medidas de acción positiva establecidas en la Ley Orgánica 3/2007. Debe tenerse en cuenta que determinadas situaciones jurídicas, aunque nacidas con anterioridad a la inscripción de la rectificación registral, pueden desplegar o mantener sus efectos después de la misma, por lo que excluir *a radice* y sin excepción la aplicación de las medidas de acción positiva puede no estar siempre justificado.

Por otra parte, no resulta fácil conciliar el apartado 2 del artículo 41 con el segundo párrafo del apartado 3 de ese mismo artículo. Este viene referido a situaciones jurídicas que traigan causa del sexo biológico, es decir, en las que se ha intervenido o se interviene por razón y en consideración al sexo biológico que se tenía en el momento en que aquellas nacieron o tuvieron



lugar, de manera que la modificación registral de la mención del sexo no alterará la titularidad -y ejercicio- de los derechos inherentes al sexo biológico después de la rectificación registral. Esta previsión, que parece operar como una excepción de la regla que se recoge en el apartado 2, y que difiere su efectividad a los términos de una imprecisa legislación sectorial, no llega a paliar las consecuencias derivadas de la aplicación de esta regla general, conforme a la cual la persona podrá ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición tras la inscripción de la rectificación registral, y que aplicada a determinados ámbitos y circunstancias puede producir paradójicamente un efecto contrario a la no discriminación que se trata de evitar, dando lugar a situaciones de discriminación positiva, y un efecto contrario a la igualdad y a la proscripción de la discriminación de las mujeres. Piénsese, por ejemplo, en el ámbito de las competiciones deportivas, o a la hora de concurrir a las pruebas físicas que se exigen para acceder a determinadas profesiones, cuando se ha transitado del género masculino al femenino.

TRIGESIMOQUINTA.- El artículo 42 del APL regula la reversibilidad de la rectificación de la mención registral relativa al sexo de las personas. Este precepto se complementa con los nuevos artículos 26 ter sexies a 26 nonies de la LJV, en los que se establece el procedimiento de aprobación judicial de la modificación de la mención registral relativa al sexo con posterioridad a la tramitación de un procedimiento registral de rectificación de dicha mención inicial.

Este mecanismo de reversión de la rectificación de la mención registral relativa al sexo se contempla sin sujeción a condición alguna, más allá del plazo establecido para su ejercicio, y más allá de la consideración del interés superior del menor -si el solicitante lo es-, supeditado únicamente a la manifestación de voluntad de revertir la rectificación registral anteriormente producida (artículo 26 octies.1 LJV). Siendo así, no queda clara la finalidad de acompañar los medios de prueba que el solicitante quiera utilizar, como se dispone en el nuevo artículo 26 octies.1, ni cuáles han de ser los hechos que se deben acreditar con ellos, salvo que vengan referidos al interés superior del menor.

Por otra parte, es necesario regular los efectos ya producidos con anterioridad a la reversión. Esta necesidad se hace especialmente patente cuando la persona transexual ha sido objeto de una investigación penal o una acusación por delitos de violencia de género. También aquí, el prelegislador ha de asegurar que la reversión no sirva para eludir responsabilidades por actos cometidos antes de que tenga lugar.



TRIGESIMOSEXTA.- Cabe cuestionar si la reversión, tal y como está concebida en el anteproyecto, de forma incondicionada e ilimitada, resulta proporcionada y es conciliable con los principios, derechos y bienes jurídicos constitucionales a los que debiera estar orientada.

El planteamiento normativo propuesto en el presente informe, que somete el ejercicio del derecho de rectificación a las condiciones de madurez suficiente y de estabilidad en la situación de transexualidad de los menores de dieciséis años, verificadas en sede judicial, ha de tener como correlato, y en una relación inversamente proporcional, un menor grado de actuación de la posibilidad de revertir la rectificación registral inicialmente obtenida. Más allá de esas condiciones, y con independencia de la edad del solicitante, junto con los principios y derechos constitucionales concernidos (los recogidos en los artículos 10.1, 15, 18.1 y, en su caso, 39 CE), confluyen aquí con mayor presencia razones vinculadas al principio de orden público y a la estabilidad del estado civil de las personas, esta a su vez estrechamente unida a la seguridad jurídica, como principio constitucionalmente protegido (artículo 9.3 CE). Siendo así, el no someter a condiciones y restricciones la posibilidad de reversión no concilia bien con estos principios, y se muestra incompatible, en términos de adecuación, necesidad y proporcionalidad, con los principios y bienes jurídicos constitucionales a los que debiera servir. La posibilidad de reversión debería contemplarse con carácter estrictamente excepcional, predeterminando los casos y condiciones en los que ha de tener lugar, siempre bajo la decisión judicial, y nunca de forma incondicionada ni ilimitada.

TRIGESIMOSÉPTIMA.- Los artículos 43 y 46 regulan el cambio de nombre en el Registro civil de personas menores de edad y la adecuación de documentos al cambio en el Registro civil de personas menores de edad. El cambio de nombre de los menores de edad mayores de doce años y la adecuación de los documentos se contempla con independencia de que se haya iniciado o no el procedimiento de rectificación registral de la mención relativa al sexo, sin otra condición que la disconformidad del menor con el sexo mencionado en su inscripción de nacimiento, y la observancia de los requisitos establecidos en la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (LRC).

Esta regulación se muestra coherente con la menor intensidad que presenta la mención registral del nombre respecto de la mención registral del sexo de las personas, y se muestra coherente también con la necesidad de articular procedimientos rápidos, accesibles y transparentes que faciliten el cambio de



nombre y la adecuación de los documentos para hacerlos acorde a la identidad sexual.

TRIGESIMOCTAVA.- La limitación de la legitimación para obtener el cambio de nombre a los mayores de doce años, se haya o no iniciado el procedimiento registral de rectificación de la mención del sexo, tal y como se contempla en el artículo 43, se muestra coherente con la legitimación que se establece en el artículo 38 del anteproyecto, y dota de una mayor seguridad en cuanto a la falta de identificación del nombre registral con el sexo sentido -o, en términos inversos, en cuanto a la identificación del nombre elegido con el sexo que el solicitante siente como propio- y, por tanto, proporciona una mayor seguridad jurídica. Sin perjuicio de lo cual, parece necesaria la audiencia del menor mayor de doce años ante el encargado del Registro a fin de verificar su grado de madurez y resolver conforme a su superior interés, así como contar con su consentimiento manifestado a través de la firma de la solicitud conjuntamente con sus representantes legales, en los términos indicados en la Instrucción de 23 de octubre de 2018, y en coherencia con lo previsto en el nuevo artículo 26 quater de la LJV, y con lo dispuesto en el artículo 162 CC.

TRIGESIMONOVENA.- El artículo 44 APL regula la adecuación de documentos a la mención registral relativa al sexo tras la anotación o rectificación registral, y el artículo 45 regula la adecuación de los documentos expedidos a personas extranjeras que acrediten la imposibilidad legal o de hecho de llevar a efecto la rectificación registral relativa al sexo y, en su caso, al nombre en su país de origen. Esta previsión responde al principio de universalidad proclamado por el TEDH (cfr. sentencia de 16 de julio de 2020, cit.). El apartado 2 de este artículo incorpora, por lo demás, una regla de reconocimiento de los efectos de las resoluciones de rectificación registral de la mención relativa al sexo y el nombre dictadas en el extranjero.

D) EN RELACIÓN CON EL TÍTULO II (Medidas para la igualdad real y efectiva de las personas trans), CAPÍTULO II (Políticas públicas para promover la igualdad real y efectiva de las personas trans)

CUADRAGÉSIMA.- El capítulo II del Título II, destinado específicamente al colectivo de personas transexuales, muestra una sucesiva atomización que responde al propio título del anteproyecto, pero que puede conducir a la duplicidad y el solapamiento legislativo, toda vez que el propio capítulo II del Título I del texto ya recoge una serie de políticas públicas para promover la igualdad del colectivo LGTBI, pudiendo resultar suficientemente efectivo para



las personas transexuales, sin perjuicio de que se proceda a la inclusión de referencias específicas a dicho colectivo.

CUADRAGESIMOPRIMERA.- Resulta innecesaria la referencia explícita que se realiza en el artículo 52 a que el consentimiento informado previo se realizará de acuerdo con lo establecido en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, pues dicha norma resulta de aplicación general a todos los pacientes y usuarios, independientemente de su sexo, religión, raza, orientación sexual, etc.

E) EN RELACIÓN CON EL TÍTULO III (Protección efectiva y reparación frente a la discriminación y la violencia por LGTBIfobia)

CUADRAGESIMOSEGUNDA.- El artículo 61 contempla una ampliación de la legitimación de las personas jurídicas para intervenir en los procesos judiciales civiles, contencioso-administrativos y sociales, en defensa de los derechos e intereses de las personas afiliadas o asociadas, y que se establece tanto para los procesos en los que la persona afectada esté determinada, en cuyo caso será precisa su "autorización expresa", como para demandar en juicio en defensa de los intereses difusos cuando las personas afectadas sean una pluralidad indeterminada o de difícil determinación. Esta ampliación, que se traslada a los correspondientes artículos de las leyes procesales civil, contencioso-administrativa y social (Disposiciones finales cuarta, quinta y sexta APL), y que engloba a partidos políticos, organizaciones sindicales, organizaciones empresariales, asociaciones de personas consumidoras y usuarias, y asociaciones y organizaciones con fines de defensa y promoción de los derechos de las personas LGTBI, resulta extraordinariamente extensa si la comparamos con la legitimación establecida en el ámbito de los procedimientos de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los procesos civil y contencioso-administrativo (artículos 11 bis LEC y 19.1 i) LJCA), y más aún si la comparamos con la legitimación establecida en el artículo 17 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, y ello sin que la Exposición de motivos ni la MAIN que acompaña al Anteproyecto recojan mención alguna a este tratamiento diferenciado, ni expliciten la finalidad perseguida, ni la razón de ser de esta superior legitimación otorgada en relación con la defensa de los derechos de las personas LGTBI.

De conformidad con las modificaciones proyectadas, *cualquier* partido político, sindicato, asociación de trabajadores autónomos o asociación de consumidores o usuarios estaría legitimada para demandar en juicio en defensa "del derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de



orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales”, cuando los afectados sean una pluralidad indeterminada o de difícil determinación, lo que implica vaciar de su contenido al concepto de legitimación activa, construido doctrinal y jurisprudencialmente, y que viene referido no a la capacidad que define las condiciones generales para intervenir en el proceso, sino a las condiciones necesarias para poder participar en un proceso concreto en atención al derecho material que se acciona, y por tanto, responde a la vinculación con el objeto de un proceso concreto y a la relación del sujeto del proceso con el derecho material que se ejercita en él, vinculación que desaparece del artículo 61 y de las reformas de las leyes procesales proyectadas, por lo que se sugiere al prelegislador que la reforma responda a los mismos parámetros que los artículos 11 bis LEC y 19.1.i) LJCA.

Debe alertarse además sobre lo inadecuado de la articulación de una acción pública que sitúa la defensa de los intereses de las personas LGTBI en manos de organizaciones que, sin vinculación alguna con dicho colectivo, se encontrarían siempre legitimadas para intervenir en el proceso civil, contencioso-administrativo o social, pudiendo dicha legitimación activa llegar a desvirtuar, paradójicamente, la propia finalidad de defensa de los derechos del colectivo afectado y afectar al desarrollo adecuado del proceso. En todo caso, procedería que los requisitos establecidos en el apartado 2 del artículo 61 APL se incorporasen a las Disposiciones finales cuarta, quinta y sexta, por razones de coherencia, claridad y seguridad jurídica.

CUADRAGESIMOTERCERA.- Se sugiere al prelegislador la conveniencia de incluir en la modificación proyectada, que añade un nuevo artículo 15 ter a la LEC relativo a la publicidad e intervención en estos procesos, la publicidad e intervención en procesos para la defensa del derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres, ya que nuevamente no se da razón de ser, ni en la MAIN ni en la Exposición de Motivos, de esta específica modificación ni de su limitación exclusiva al colectivo LGTBI.

CUADRAGESIMOCUARTA.- El artículo 59 contempla la nulidad de los actos y negocios jurídicos discriminatorios y parece presentar una definición propia del concepto “tutela judicial”, al que priva del imperativo adjetivo “efectiva” que debe acompañarle en el marco de nuestro ordenamiento jurídico (artículo 24 CE), integrándolo con un contenido específico delimitado y de elección propia. Debe entenderse que los destinatarios de la disposición proyectada son en todo caso los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial (artículo 117.3 y 4 CE), por lo que no corresponde al legislador ordinario, fuera del adecuado marco de las leyes procesales, determinar las medidas que deben adoptar en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, ni reformular



el concepto constitucional de "tutela judicial efectiva" con la integración de un contenido diverso al establecido por la jurisprudencia constitucional, la cual en modo alguno considera necesariamente y en todo caso incluidos en el mismo los extremos recogidos por el prelegislador.

CUADRAGESIMOQUINTA- El artículo 62 incorpora las reglas relativas a la carga de la prueba, respondiendo adecuadamente a las exigencias del marco normativo europeo. Se acompaña de forma coherente de las correspondientes modificaciones en los apartados 5 del artículo 217 LEC, y 7 del artículo 60 LJCA, a través de las proyectadas disposiciones finales cuarta y quinta del APL. Cabe destacar lo que parece ser un error en la modificación del apartado 7 del artículo 60 LJCA, al sustituirse "las actuaciones discriminatorias por *razón de sexo*", por "las actuaciones discriminatorias *por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales*", lo que no aparece justificado, ni puede cohonestarse adecuadamente con el artículo 13 de la LO 3/2007 ni con la normativa y jurisprudencia europea, por lo que resulta necesario que el prelegislador proceda a revisar la modificación propuesta, corrigiendo el error señalado.

CUADRAGESIMOSEXTA.- Debe valorarse positivamente el hecho de que el anteproyecto incluya en las modificaciones a la LEC y la LJCA una referencia expresa a la necesidad de "aportación de *indicios fundados* sobre su existencia" por la parte demandante, lo que es consecuente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y con la normativa europea.

CUADRAGESIMOSÉPTIMA.- Tanto por exigencias de coherencia regulatoria en relación con la exclusión de los procesos penales de la inversión de la carga de la prueba en materia de discriminación por razón de sexo establecida en el artículo 13 LO 3/2007, como principalmente por motivo de los principios constitucionales aplicables al procedimiento penal, resulta ineludible que el prelegislador contemple específicamente dicha exclusión en el artículo 62 APL.

CUADRAGESIMOCTAVA.- Se sugiere al prelegislador la conveniencia de eliminar el artículo 63 APL, pues viene a establecer una responsabilidad jurídica genérica e indeterminada, que no se circunscribe a un ámbito concreto. En modo alguno puede entenderse de carácter penal, pues la tipificación delictiva exige de su adecuada regulación mediante ley orgánica, y si pretendiese ser de carácter administrativo, debiera figurar también adecuadamente tipificada, por evidentes exigencias del principio de legalidad, en el Título IV del Anteproyecto. El precepto solo puede ser entendido como una referencia genérica a las diferentes disposiciones del ordenamiento



jurídico que tipifican infracciones vinculadas a la discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales, sin que pueda interpretarse como una disposición autónoma con efectos jurídicos concretos o consecuencias específicas sobre la responsabilidad jurídica.

CUADRAGESIMONOVENA.- Se sugiere al prelegislador la supresión del artículo 66.1 APL, toda vez que no existen dudas de interpretación sobre la extensión del artículo 544 ter.1 LECrim, que resulta de aplicación las víctimas del artículo 173.2 CP, pudiendo dictarse una orden de protección tanto en casos de violencia doméstica entre parejas del mismo sexo como en casos de violencia de género en los que la víctima es una mujer transexual, de tal forma que este precepto podría llevar a la equívoca, y sin duda indeseada interpretación, de que el artículo 544 ter. 1 LECrim no está siendo aplicado a los casos de violencia doméstica y/o de género sufridos por las personas LGTBI o que dicha aplicación ha sido errónea.

QUINCUAGÉSIMA.-El capítulo III del Título III merece una valoración positiva general, pero cabe señalar la existencia de ciertos solapamientos legislativos, concretamente en el apartado 4 del artículo 67, pues lo que dispone ya se encuentra recogido en el artículo 17.f) 2ª de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, así como en el artículo 69 APL en relación con el artículo 3.1 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Del mismo modo, resulta innecesario el artículo 72.1b) pues el derecho referido está constitucionalmente reconocido a todos los ciudadanos (artículo 18.1 CE), incluidos los menores de edad (artículo 4 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor), y protegido y garantizado tanto penal (Título X y XI del Código Penal) como civilmente (Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo), con independencia del colectivo de pertenencia.

F) EN RELACIÓN CON EL TÍTULO IV (Infracciones y sanciones)

QUINCUAGESIMOPRIMERA.- La delimitación objetiva del régimen sancionador introducido por el anteproyecto, al proclamar el prelegislador su objetivo de establecer un régimen de infracciones y sanciones que garantice las condiciones básicas en materia de igualdad de trato y no discriminación - debe colegirse que en el estricto ámbito material de la ley proyectada-entronca con el título competencial del artículo 149.1.1º de la Constitución Española, que atribuye al Estado la competencia exclusiva para “[L]a regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.”



La redacción propuesta por el prelegislador suscita, en primer término, la cuestión de la aparente contradicción existente entre las prescripciones de los apartados primero y segundo del artículo 73 del anteproyecto. Si la ley estatal pretende establecer un régimen sancionador que garantice las condiciones básicas en materia de igualdad de trato y no discriminación -con sustento en el título competencial del artículo 149.1.1º de la Constitución Española- permitiendo, no obstante, su desarrollo y tipificación específica por las Comunidades Autónomas, no se alcanza a comprender como puede el apartado segundo del precepto anotado disponer la aplicabilidad preferente de los regímenes sancionadores previstos por las legislaciones autonómicas preexistentes a la ley estatal, toda vez que la articulación competencial no puede bascular sobre la preexistencia o no, en las legislaciones autonómicas, de regímenes especiales de infracciones y sanciones en la materia de referencia cuando el título competencial al amparo del cual pretende dictarse la legislación estatal es el del 149.1.1 de la CE.

QUINGUAGESIMOSEGUNDA.- La articulación del régimen sancionador estatal con los autonómicos establecidos en relación con la materia objeto de la ley debe tomar en consideración la doctrina constitucional, que ha venido a establecer que las normas sancionadoras autonómicas no pueden suponer la introducción de diferencias irrazonables en la normativa válida para todo el territorio nacional.

La suerte de desplazamiento del régimen sancionador proyectado por el prelegislador estatal postulada por el anteproyecto, para los supuestos en los que dicho régimen concurra con regímenes sancionadores autonómicos en la materia, no se compadece con la doctrina constitucional sobre la articulación de la legislación autonómica en materia sancionadora con la legislación estatal dictada al amparo del título competencial dimanante de la regla primera del artículo 149.1 de la Constitución Española, por lo que la redacción del artículo 73.2 del anteproyecto debería modificarse para adecuarse a la referida doctrina, en el sentido de aclarar que, en el ámbito específicamente sancionador, la norma autonómica ha de moverse en el marco de la ley estatal y puede desarrollar y modular los tipos infractores y las sanciones establecidos en esta; de modo que la ley estatal pueda servir de instrumento para un eventual control de constitucionalidad mediata de la ley autonómica, pero sin que quepa subvertir ese marco de actuación legislativa, desvirtuando el título competencial y el carácter de la ley estatal, por mor de su posposición a la ley autonómica.



QUINCAGESIMOTERCERA.- La redacción del artículo 76.4 del anteproyecto debería modificarse a los efectos de cohonestar la prescripción en él establecida con la previsión contenida en el artículo 65 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, eliminándose a tal efecto el automatismo que la propuesta del prelegislador parece establecer en relación con la incoación de oficio de los procedimientos de responsabilidad patrimonial en los supuestos en los que concurran las circunstancias contempladas en el referido precepto, por cuanto, aun cuando cabe colegir que lo que pretende el prelegislador, con esa automática incoación del expediente de responsabilidad patrimonial, no es otra cosa que agotar y garantizar aún más la protección de la víctima, lo que es loable, ello debe hacerse con la debida cohonestación con el régimen jurídico general de la responsabilidad patrimonial establecido, en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

QUINCAGESIMOCUARTA.- En relación con la tipificación de infracciones efectuada por el anteproyecto en los términos descritos en este informe, y desde el punto de vista del principio de necesidad de la iniciativa del prelegislador (art. 129 LPACAP), cabe cuestionar la oportunidad de acudir a la potestad administrativa sancionadora para tutelar bienes jurídicos de titularidad individual (dignidad) frente a ofensas entre particulares, existiendo ya en nuestro ordenamiento una específica prohibición penal del denominado discurso del odio lesivo de la dignidad de las personas (art. 510 CP), como este Consejo tuvo ocasión de señalar en el acuerdo adoptado por el Pleno, en fecha 7 de junio de 2021, mediante el que se aprobó el informe evacuado en relación con el Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática.

QUINCAGESIMOQUINTA.- El establecimiento de una sanción accesoria determinada formal, material y temporalmente como la que contempla la prohibición de acceder a cualquier tipo de ayuda pública por un periodo de un año, en el caso de ir aparejada a la imposición de una sanción grave, o de hasta tres años, en el caso de ir asociada a la imposición de una sanción muy grave, resulta conforme con el artículo 13.2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, que establece que no podrán obtener la condición de beneficiario o entidad colaboradora de las subvenciones reguladas en dicha ley las personas o entidades en quienes concurra alguna de las circunstancias enumeradas, entre las que se encuentra, en el apartado h), "el haber sido sancionado mediante resolución firme con la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones conforme a ésta u otras leyes que así lo establezcan".



Ahora bien, en relación con esta previsión cabe recordar el criterio del Consejo de Estado sostenido en su Dictamen de 14 de mayo de 2018, dictado en el expediente 297/2018. En línea con lo expresado por el Consejo de Estado, el precepto proyectado debería limitar la medida de privación de cualquier tipo de ayuda pública al ámbito propio regulado por la Ley, esto es, a aquellas ayudas y subvenciones vinculadas a las políticas públicas para promover la igualdad efectiva de las personas LGTBI o la igualdad real y efectiva de las personas trans, en consonancia con lo que este Consejo tuvo igualmente ocasión de señalar en el acuerdo adoptado por el Pleno, en fecha 7 de junio de 2021, mediante el que se vino a aprobar el informe evacuado en relación con el Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática.

**G) EN RELACIÓN CON LA DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA
(Modificación del Código Civil)**

QUINCAGESIMOSEXTA.- Las modificaciones que se introducen en el Código Civil son, en primera instancia, terminológicas, pero también tienen un alcance conceptual y de contenido, por cuanto prescinden del componente del género y sirven para contemplar las situaciones de transexualidad y de relaciones conyugales o de pareja entre personas del mismo sexo.

**H) EN RELACIÓN CON LA DISPOSICIÓN FINAL CUARTA
(Modificación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa), QUINTA
(Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil) Y SEXTA (Modificación de la Ley 36/2011,
de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social)**

QUINCAGESIMOSÉPTIMA.- La adición de los nuevos artículo 11 ter en la LEC, 19,1 j) en la LJCA y apartado 4 del artículo 17 en la LRJS dispensan un tratamiento de la defensa de los derechos e intereses de las personas víctimas de discriminación por orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales, más ventajoso que el establecido para la defensa del derecho de igualdad de trato entre mujeres y hombres, sin que la Exposición de motivos ni la MAIN que acompaña al anteproyecto recojan mención alguna a este tratamiento diferenciado, ni expliciten la finalidad perseguida, ni la razón de ser de esta preferencia y superior legitimación. Además, dichas modificaciones vacían de su contenido al concepto de legitimación activa, pues no establecen una vinculación con el objeto de un proceso concreto cuando se trata de la defensa de los derechos de una pluralidad de personas indeterminadas o de difícil determinación.



QUINCAGESIMOCTAVA.- Las modificaciones relativas a la carga de la prueba en los procesos civil y contencioso-administrativo introducidas en el apartado dos de la disposición final cuarta, y correlativamente en el apartado tres de la disposición final quinta, son coherentes con la normativa y jurisprudencia europeas, si bien parece haberse producido un error en la modificación del apartado 7 del artículo 60 LJCA, al eliminarse la referencia a “las actuaciones discriminatorias por *razón de sexo*”, lo que no aparece justificado, ni puede cohonestarse adecuadamente con el artículo 13 de la LO 3/2007 ni con la normativa y jurisprudencia europea, por lo que resulta necesario que el prelegislador proceda a revisar la modificación propuesta, corrigiendo el error señalado.

QUINCAGESIMONOVENA.- Merece una valoración favorable la inclusión de una referencia expresa a la aportación de “indicios fundados”, que supone la plasmación legal en los procesos civiles y contencioso-administrativo del criterio jurisprudencial internacional, europeo y nacional existente al respecto.

I) EN RELACIÓN CON LA DISPOSICIÓN FINAL TERCERA (Modificación de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal), SÉPTIMA (Modificación del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto), NOVENA (Modificación de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud), DÉCIMA (Modificación de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo), DÉCIMO QUINTA (Modificación del Texto Refundido de la Ley de Empleo, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre), DÉCIMO SEXTA (Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre) Y DÉCIMO SÉPTIMA (Modificación del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre)

SEXUAGÉSIMA.- En su conjunto, las modificaciones proyectadas resultan coherentes con el objetivo del anteproyecto de «*desarrollar y garantizar los derechos de las personas LGTBI, erradicando situaciones de discriminación*», realizándose una actualización de los derechos reconocidos al colectivo en cuestión y/o de las infracciones tipificadas en la correspondiente norma y/o de las obligaciones de los sujetos concernidos.



SEXUAGESIMOPRIMERA.- La modificación del artículo 48 del Estatuto Básico de los Trabajadores merece una valoración positiva, sugiriéndose al prelegislador que, a fin de realizar una adecuada actualización coherente del ordenamiento jurídico, se introduzca la misma reforma en el artículo 49 del Estatuto Básico del Empleado Público.

**J) EN RELACIÓN CON LA DISPOSICIÓN FINAL OCTAVA
(Modificación de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico)**

SEXUAGESIMOSEGUNDA.- El segundo párrafo introducido en el apartado 4 del artículo 11 de la Ley 24/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico, es inadecuado, pues esta Ley no regula -ni debe hacerlo, ex artículo 117.3 y 4 CE- el ejercicio de la función jurisdiccional por jueces y magistrados. La potestad y competencia sobre esta materia se encuentran ya recogidas en los artículos 9.2 y 122 bis LJCA, por lo que, en todo caso, la introducción en el ordenamiento jurídico de una disposición del tenor de la modificación proyectada debiera acometerse a través de la correspondiente reforma de dicha ley procesal.

**K) EN RELACIÓN CON LA DISPOSICIÓN FINAL DÉCIMO PRIMERA
(Modificación de la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte)**

SEXUAGESIMOTERCERA.- Las reformas proyectadas responden de forma coherente al objetivo del anteproyecto, y por tanto, a la loable finalidad de establecer un marco normativo que garantice la igualdad y evite la discriminación de las personas sometidas a su ámbito de aplicación. Sin embargo, estas modificaciones pueden conllevar, el, sin duda, indeseado efecto de generar situaciones de discriminación positiva y, por tanto, de discriminación, por lo general indirecta, de aquellas personas no contempladas en su ámbito subjetivo de aplicación, especialmente significativa respecto de las mujeres, que contradicen los postulados derivados del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE, y recogidos singularmente en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

**L) EN RELACIÓN CON LA DISPOSICIÓN FINAL DÉCIMO SEGUNDA
(Modificación de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria)**



SEXUAGESIMOCUARTA.- La Ley 12/2009 de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, recoge ya, desde su redacción original, “[l]os fundados temores de ser perseguido por motivos de género y orientación sexual” como causa para acceder a la condición de refugiado en España, y la modificación proyectada, que supone la inclusión de la persecución por motivo de “identidad sexual”, se encuentra en línea con las recomendaciones internacionales.

**M) EN RELACIÓN CON LA DISPOSICIÓN FINAL DÉCIMO TERCERA
(Modificación de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil)**

SEXUAGESIMOQUINTA.- Al igual que las modificaciones introducidas en el Código Civil, las que se introducen en la Ley de Registro Civil tienen un carácter terminológico, pero también tienen un alcance conceptual y de contenido, por cuanto prescinden del componente del género y sirven para contemplar las situaciones de transexualidad y de relaciones conyugales o de pareja entre personas del mismo sexo.

Por otra parte, se añade un nuevo apartado 5 en el artículo 49 LRC para regular la inscripción de los nacidos respecto de los cuales el parte facultativo indique la condición de intersexual, conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 72 APL. Al respecto, cabe llamar la atención del prelegislador del plazo máximo en que podrá figurar en blanco la mención del sexo, en la medida en que puede resultar escaso.

**N) EN RELACIÓN CON LA DISPOSICIÓN FINAL DÉCIMO CUARTA
(Modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria)**

SEXUAGESIMOSEXTA.- Las modificaciones que se introducen en la LJV se contraen a regular los procedimientos de jurisdicción voluntaria para la aprobación judicial de la modificación de la mención registral del sexo de personas mayores de doce años y menores de catorce, y para la aprobación judicial de la modificación de la mención registral relativa al sexo con posterioridad a la tramitación de un procedimiento registral de rectificación de dicha mención. Sobre esta nueva regulación, procede remitirse a lo expuesto al tratar de la modificación de la mención registral del sexo y de la reversibilidad de la rectificación.



**O) EN RELACIÓN CON LA DISPOSICIÓN FINAL DÉCIMO OCTAVA
(Modificación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de
Contratos del Sector Público)**

SEXUAGESIMOSÉPTIMA.- La reforma proyectada constituye un nuevo ejemplo de modificación legislativa que puede generar situaciones de discriminación positiva y, por tanto, de discriminación, por lo general indirecta, de aquellas personas no contempladas en su ámbito subjetivo de aplicación, especialmente significativa respecto de las mujeres, que contradicen los postulados derivados del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE, y recogidos singularmente en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Es cuanto ha de informar el Consejo General del Poder Judicial.

Lo precedente concuerda bien y fielmente con su original al que me remito, y para que conste extiendo y firmo digitalmente la presente, en Madrid a 3 de mayo de 2022.

José Luis de Benito y Benítez de Lugo
Secretario General
(firmado digitalmente)