

DIFERENTES TENTATIVAS EN LA REGULACIÓN DE LA COMUNIDAD LGTBIAQ+ EN ESPAÑA

Antonio Villanueva Martínez
Universidad de Vigo, Espanha.
avillanueva@uvigo.es

RESUMEN: Son tres los diversos textos normativas propuestos para la regulación de los derechos de la comunidad LGTBIAQ+ en España desde diciembre de 2020, sin que ninguno de ellos haya podido ser aprobado hasta la fecha. Analizamos comparativamente estos tres potenciales leyes, su adecuación al derecho a la igualdad y su técnica legislativa, concluyendo que la aprobación del último de los proyectos de ley supondría una involución en los derechos de la comunidad LGTBIAQ+.

PALABRAS CLAVE: Comunidad LGTBIAQ+. Proposición de ley. Anteproyecto de ley. Técnica legislativa. Igualdad.

Different attempts in the regulation of the LGTBIAQ+ community in Spain

ABSTRACT: There are three different legislative texts proposed for the regulation of the rights of the LGTBIAQ+ community in Spain since December 2020, without any of them having been approved to date. We analyze comparatively these three potential laws, their adequacy to the right of equality and their legislative technique, concluding that the approval of the last of the proposed laws would imply a regression in the rights of the LGTBIAQ+ community.

KEYWORDS: LGTBIAQ+ community. Legislative proposition. Draft law. Legislative technique. Equality.

Diferentes tentativas de regulação da comunidade LGTBIAQ+ na Espanha

RESUMO: Existem três diferentes textos legislativos propostos para a regulação dos direitos da comunidade LGTBIAQ+ na Espanha desde dezembro de 2020, sem que nenhum deles tenha sido aprovado até o momento. Analisamos comparativamente essas três potenciais leis, sua adequação ao direito de igualdade e sua técnica legislativa, concluindo que a aprovação da última das propostas de lei implicaria um retrocesso nos direitos da comunidade LGTBIAQ+.

PALAVRAS-CHAVE: Comunidade LGTBIAQ+. Proposição legislativa. Projeto de lei. Técnica legislativa. Igualdade.

INTRODUCCIÓN

Desde finales del año 2020, se han presentado diversas tentativas legislativas para la regulación de los derechos de la comunidad LGTBIAQ+ (en adelante, la comunidad), de las que no parece que vaya a fructificar ninguna de ellas.

En defecto de una normativa de carácter estatal, como se ha ido proponiendo a lo largo de este año y desde finales del año 2020, existen diferentes leyes autonómicas. Y decimos diferentes leyes en el sentido más amplio de la palabra, pues no solamente son diferentes en tanto que se han aprobado por algunas de las Comunidades Autónomas españolas para una aplicación

limitada a su territorio, sino que su regulación tampoco es estándar, de manera que se viola el derecho a la igualdad en el estado español: dependiendo de la Comunidad Autónoma, la comunidad gozará de mayores o menores derechos.

Precisamente, una ley estatal mejoraría esta inequidad jurídica que se produce en el territorio español y que se viene produciendo desde el 14 de abril de 2014, que es la fecha de aprobación de la primera ley autonómica sobre la comunidad¹. En todos estos años, las distintas leyes, formal y sustantivamente, sobre la comunidad no hicieron sino poner más de manifiesto la necesidad de una ley estatal que unificase su tratamiento jurídico y sus derechos.

A pesar de las múltiples razones para unificar en una ley los derechos de la comunidad, tantas como personas pertenecen a la misma, el legislador estatal español no parece preocupado por dotar de seguridad jurídica a la comunidad, ni tampoco por integrar los valores de la Unión Europea que, como indica en su artículo 4.1 el reciente Reglamento (UE) 2021/692 del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de abril de 2021 por el que se establece el programa Ciudadanos, Igualdad, Derechos y Valores y por el que se deroga el Reglamento (UE) n° 1381/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (UE) n° 390/2014 del Consejo, el Programa consagrado por este Reglamento se centrará en:

promover la igualdad y prevenir y luchar contra las desigualdades y la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y respetar el principio de no discriminación por los motivos contemplados en el artículo 21 de la Carta, además de luchar contra el racismo, la xenofobia y todas las formas de intolerancia, como la homofobia, la bifobia, la transfobia, la interfobia y la intolerancia basada en la identidad de género, tanto en línea como fuera de línea (artículo 4.2.c).

En este artículo, vamos a analizar las diferencias entre las regulaciones que se han presentado en las Cortes Generales, de manera comparada las dos primeras de ellas, y de forma separada el Anteproyecto de Ley, pues esta última ley en ciernes proviene de la iniciativa legislativa del Gobierno, y es la que, sin duda, tiene visos de prosperar.

1. PROPOSICIÓN DE LEY ORGÁNICA 122/000104 DE IGUALDAD SOCIAL DE LAS PERSONAS LESBIANAS, GAIS, BISEXUALES, TRANSEXUALES, TRANSGÉNERO E INTERSEXUALES, DE PROTECCIÓN DE LA REALIDAD TRANS Y DE NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL, IDENTIDAD O EXPRESIÓN DE GÉNERO O CARACTERÍSTICAS SEXUALES Y PROPOSICIÓN DE LEY 122/000133 PARA LA IGUALDAD REAL Y EFECTIVA DE LAS PERSONAS TRANS

Sobre la PL 133 del 26 de marzo de 2021, hemos de decir que ha sido tomada en consideración el 24 de mayo de 2021, con el resultado de haber sido rechazada (78 votos a favor; 143 votos en contra; 120 abstenciones).

Sin embargo, el análisis de esta proposición de ley ha de llevarse a cabo comparativamente, pues existe una proposición de ley previa: Proposición de Ley Orgánica 122/000104 de

¹ Se trata de la Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales en Galicia (en adelante, Ley gallega).

igualdad social de las personas lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, de protección de la realidad trans y de no discriminación por razón de orientación sexual, identidad o expresión de género o características sexuales (en adelante, PLO 104), que data del 4 de diciembre de 2020 y que no ha sido tomada en consideración.

La PL 133 consta de 42 artículos, 2 disposiciones adicionales, una disposición transitoria y derogatoria, y cinco disposiciones finales. En cambio, la PLO 104 cuenta con 82 artículos, tres disposiciones adicionales, una disposición transitoria y derogatoria, y doce disposiciones finales.

Las diferencias en su extensión son notables, toda vez que la PL 133 ha eliminado toda la parte administrativa de la ley, que es la parte de la implementación práctica de la misma. En definitiva, se ha alejado de todo lo que le haga asemejarse a la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, LO 1/2004), cuyo modelo sigue la PLO 104. Por el contrario, la PL 133 se ha centrado en la Exposición de motivos, que ha ampliado injustificadamente, y en la proclamación teórica de la igualdad de las personas trans.

Como sostuvo Su Señoría Doña Sara Giménez Giménez, diputada por el grupo de Ciudadanos en el Congreso de los Diputados en la toma de consideración de la PL 133, “además de reconocer derechos, se debe dar respuesta a la realidad, a la situación de las personas trans, unos de los colectivos que suscita mayor discriminación hoy en día.” Y añade que no son admisibles los discursos feministas que rechazan a las personas trans, igualando el cambio de género a un cambio de camisa. Sin embargo, solicitó el apoyo a la PL 133 que asume tales postulados feministas, y a pesar de lo que diremos a continuación²

En concreto, entre otros, esta proposición de ley eliminó el siguiente artículo, presente en la PLO 104:

Artículo 9. 3. Derecho a la identidad y expresión de género en centros sociales. Asimismo, deberán garantizar que las personas transexuales, transgénero e intersexuales, durante su estancia en cualquiera de los recursos, públicos o privados, a los que se refieren los apartados anteriores sean tratadas en todo momento conforme a su identidad sentida. En particular, cuando en dichos recursos existan espacios o equipamientos diferenciados en función del sexo, garantizarán que las personas transexuales, transgénero e intersexuales puedan usarlos conforme a su identidad sentida.

Quizás esta inclusión sea un tanto ociosa, toda vez que no hay ningún tipo de control en el acceso a los baños públicos como norma general: por el contrario, sí pueden surgir controversias cuando haya denuncias de algún usuario, en cuyo caso la ausencia de este artículo desplegaría sus efectos y las personas trans podrían, como mínimo, verse privadas del derecho a la intimidad.

En la PL 133 se suprime, entre otras medidas de carácter administrativo-económico como la anterior, la existencia de pisos tutelados a disposición de las personas de la comunidad LGTBIAQ+ que se hayan quedado sin red de apoyo familiar y/o social y/o sufra, por parte de esta, maltrato, rechazo, abandono o presiones (artículo 10 de la PLO 000104).

La PL 133 se limita a declarar a nivel teórico la igualdad por razón de género y de orientación sexual; a eliminar el requisito del informe médico y de la medicación previa a la rectificación registral del sexo y el cambio del nombre; a incluir en la cartera de servicios sanitarios la atención sanitaria a las personas trans; a elaborar protocolos en la educación contra el acoso; y a establecer una reserva de cuotas en los procesos de contratación pública y de incentivos en la

² Hemos citado las declaraciones de esta diputada porque pertenece al grupo parlamentario de Ciudadanos, autor de la PLO 104. La iniciativa de la PL 133 partió del Grupo Parlamentario Republicano y del Grupo Parlamentario Plural.

contratación privada. En cuanto al internamiento en centros penitenciarios, no se respeta el género sentido si este no va acompañado de un cambio en la mención registral, pues indica que se estará al sexo registral. A falta de cambio de sexo registral o cuando su internamiento conforme a este puede implicar peligro para la seguridad de las personas trans, entonces la alternativa es la separación en el centro del sexo contrario al registral (artículo 38). En cuanto a la práctica deportiva, sin embargo, se permite que, aun cuando no haya habido un cambio registral de la mención del sexo, se practique el deporte en la categoría del género sentido y se hagan el mismo uso de las instalaciones (artículo 40).

Por el contrario, la PLO 104 es mucho más amplia y, aparte lo anterior, establece un deber de intervención de los poderes públicos y, en general, de todos sus agentes, que tienen el deber de poner en conocimiento la situación de discriminación a fin de corregirlas; las mentadas viviendas tuteladas, haciendo mención a las personas mayores y reconociéndoles asesoramiento específico (a través de un órgano concreto), y con discapacidad, también con el derecho a ser asesoradas, así como a la infancia, adolescencia y juventud. En el ámbito educativo, destaca la obligación de elaborar protocolos, así como la implicación de la inspección para garantizar que se cumplan: la atribución competencial a favor de la inspección posibilita el mentado cumplimiento. Por el contrario, la PL 133 solo menciona que las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias serán encargadas de las actuaciones en aras de la igualdad y la no discriminación, dejando indefinida la administración responsable, de lo que resulta que las Administraciones en particular han de mostrar interés e iniciativas bastantes en el ámbito de esas competencias.

En el ámbito laboral, la PLO 104 atribuye la competencia a la inspección de trabajo y seguridad social de velar por el cumplimiento del principio de igualdad: en este apartado destaca que no se reconozca ni cuota de reserva ni los incentivos a la contratación de la comunidad LGTBIAQ+. En el ámbito deportivo, impone la obligación de impedir el acceso o de expulsar a quienes atenten contra la libertad e igualdad de la comunidad (art. 37.4), si bien es cierto que nada se dice de las categorías en las que competirán las personas trans, aunque del articulado se desprende que se trata de la categoría del género sentido (sí incluyen la mención a la condición intersexual, que tendrán derecho a participar sin discriminación alguna).

A mayores, incluye medidas en el ámbito de la justicia, atribuyendo de nuevo y expresamente la competencia a los órganos encargados de velar por la igualdad (artículo 38). En cuanto al orden público y de privación de libertad, dispone que se implementarán medidas y formularios que respeten al colectivo, además de formación; se concederán medidas de apoyo a las víctimas de delitos LGTBifóbicos; y los centros de internamiento han de corresponderse con la identidad de género sentida (artículo 43.2).

Respecto a la materia de inmigración, a diferencia de la PL 133, que solo contempla la situación de los apátridas, la PLO 104 hace expresa referencia a la cooperación internacional, al asilo, y a la atención de las personas refugiadas y migrantes. También contempla el caso del apoyo en el ámbito rural, al que le garantiza la igualdad de acceso en los recursos y servicios de la comunidad. Incluye un apartado de las fuerzas armadas y, en cuanto a la comunicación y publicidad, califica de ilícita la publicidad con personas del colectivo que resulte discriminatorio o vejatorio.

La parte de aplicación práctica de la PLO 104 se concentra en el Título II, sobre “Organización, tutela y apoyo institucional a las personas LGTBI”, que establece la coordinación interadministrativa y encomienda al Ministerio de Igualdad (en coordinación con la Federación Española de Municipios y Provincias y la Conferencia Sectorial de Igualdad), la elaboración de una Estrategia Nacional, que deberá ser aprobada por el Gobierno. Se contempla la creación del

Consejo Estatal LGTBI, que tendrá por objeto la promoción de la igualdad y la no discriminación.

Además, establece medidas concretas, incluida la extensión de quienes se consideran interesados en el ámbito administrativo, dando entrada a las asociaciones (artículo 56). Por otro lado, se contempla incorporar el criterio de la igualdad en el ámbito de la contratación pública y la revocación de subvenciones públicas cuando este se incumpla. En este apartado, se incluye la importante cuestión de la adecuación administrativa de los datos personales a la identidad de género y la protección de tales datos (artículo 57).

Otro Título de la PLO 104 que tampoco tiene equivalente en la PL 133, es el Título III sobre la **Protección y asistencia social integral a las víctimas de delitos de odio y discriminación y a las víctimas de violencia intragénero**, que abarca una Estrategia Nacional para la Erradicación de la LGTBIfobia y un Observatorio Estatal contra la LGTBIfobia. Sin embargo, el punto más controvertido y que sin duda llevó a ni tan siquiera a tomar en consideración esta proposición de ley orgánica en Pleno se contempla en el artículo 67.1, que dispone:

Sin perjuicio de las previsiones contempladas en los artículos siguientes, las víctimas de violencia intragénero tendrán la consideración de asimiladas a las víctimas de violencia de género a los efectos de las medidas de protección y asistencia social integral contempladas en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el resto del ordenamiento jurídico. A estos efectos, la condición de víctima de violencia intragénero se acreditará en términos análogos a los previstos en el artículo 23 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre.

Se establece, por último, un Título dedicado a las infracciones y sanciones (artículos 75-82), que garantizan el cumplimiento de la ley y que sancionan a los infractores. Dispone la creación de un plan interdepartamental de implementación de la ley y una disposición adicional tercera en la Ley 3/2007 relativa a las personas extranjeras.

En definitiva, la PLO 1004 no solo reconoce más derechos a la comunidad LGTBI dentro y fuera del ámbito penal, sino que acompaña al reconocimiento abstracto de los derechos las necesarias medidas administrativas y sancionatorias, incluida la creación de planes y órganos que hacen posible la mejora futura de las medidas adoptadas para la promoción de la igualdad y la interdicción de la discriminación. No se limita, por tales motivos, a proclamar hueras en igualdad y no discriminación, ni a establecer criterios de una actuación contingente.

Por el contrario, la única regulación sustantiva de la PL 133 que innovará el ordenamiento jurídico desde su entrada en vigor serán las normas relativas a la rectificación registral de la mención del sexo, que debió de incorporarse como disposición final³ en modificación de la Ley 3/2007 en ese punto: se trata de una técnica jurídica cuestionable y que busca enmascarar la falta de contenido más allá de la cuestión registral.

Aunque no podemos desconocer la importancia de la rectificación registral del sexo acorde con la despatologización de la transexualidad en 2018 por la OMS, que exigía la modificación de nuestro ordenamiento, la PL 33 no ha traspuesto las siguientes Directivas de la Unión Europea, ni en cuanto a los objetivos perseguidos por estas y recordados por la Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de febrero de 2014, sobre la hoja de ruta de la UE contra la homofobia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género (2013/2183(INI)): Directiva 2006/54/CE, del Parlamento y del Consejo, de 5 de julio, relativa a la aplicación del

³ La Proposición de Ley Orgánica 122/000104 contempla esta modificación, en la misma línea de la libre determinación del género, en su disposición final segunda.

principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que establece la proscripción de la discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral y que debió de darse cumplimiento antes del 15 de agosto de 2008; Directiva 2004/113/CE, del Consejo, de 13 de diciembre, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso de bienes y servicios y su suministro, que igualmente está destinada a eliminar la discriminación por razón de sexo, a pesar de que se centra prioritariamente en promover la igualdad entre hombres y mujeres⁴; Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que incluye explícitamente la orientación sexual en su articulado⁵.

Sin embargo, la PL 133 no ha extendido las exigencias de igualdad y no discriminación de las Directivas a la comunidad LGTBIAQ+, optando por las parcas medidas de despatologizar la transexualidad (exigencia de la despatologización oficial por la OMS), y de permitir, en consecuencia, el cambio de sexo registral incondicionado, así como establecer una reserva de cuotas e incentivos en el ámbito laboral (artículos 36 y 37). Incluso la Estrategia estatal para la inclusión de las personas trans tiene carácter cuatrienal (artículo 20), lo que implica que no se actúe de manera eficaz ante las dificultades de este colectivo.

En la PL 133 se marcan dos hitos esenciales que responden a concesiones a los feminismos trans excluyentes: tanto la mención a la Ley de Violencia de Género en el artículo 14.3, como el internamiento en centros de detenciones de acuerdo con el sexo registral.

Sobre este último punto, hubiese convenido que, al contrario de los requisitos de la Instrucción 7/2006 de la Administración Penitenciaria, se hiciese expresa exclusión de los *informe (sic) médico y psico-social, en relación con la trayectoria vital y social de la persona y su situación psicológica, médica y fisiológica*, contemplados en el apartado cuarto de la Instrucción 7/2006, toda vez que no hay un precepto en la Proposición de Ley 122/000133 que excluya con carácter general el requisito de informes médicos⁶, esto es, que declare la despatologización de la transexualidad, puesto que en el artículo 5.1.a) se dispone que toda persona tiene derecho *al reconocimiento de su identidad de género libremente manifestada, sin la necesidad de prueba psicológica o médica*, esto es, a los solos efectos del reconocimiento de su identidad de género o cambio registral de sexo.

Puesto que la PL 133 reproduce el criterio del internamiento conforme al sexo registral de la Instrucción 7/2006 de la Administración penitenciaria, ha de entenderse que siguen vigentes los requisitos de los informes médicos, que deberán hacer prueba del riesgo para la vida o la integridad a efectos de la separación conforme al sexo contrario al registral⁷.

Si bien es cierto que la cuestión del internamiento en centros de privación de libertad⁸ de las personas trans plantean dificultades en cuanto a su seguridad e integridad, sobre todo en lo

⁴ Debíó de haber sido transpuesta antes del 21 diciembre de 2007.

⁵ La fecha máxima de transposición data del 2 de diciembre de 2003.

⁶ La solución de la Proposición de Ley Orgánica 122/000104 es otra, tal y como se dispone en el artículo 43.2, según el cual “se reconoce el derecho a las personas transexuales, transgénero e intersexuales a optar por permanecer en centros de privación de libertad que se correspondan con su identidad sentida”. Sin embargo, deja de ser una solución óptima, pues el sexo registral puede poner en peligro a la persona dentro del centro penitenciario.

⁷ Artículo 38.3 PL 133: “No obstante, lo dispuesto en el apartado primero, en los casos en los que la persona trans considere que el tratamiento conforme a su sexo registral puede poner en riesgo su vida o integridad podrá solicitar a la dirección del centro de internamiento la separación conforme al sexo contrario. La dirección del centro de internamiento valorará cada solicitud, y resolverá con el fin último de preservar la dignidad de la persona.”

⁸ Ramírez Ortiz, J. L. La reforma de los delitos sexuales en el Anteproyecto de la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual. ¿cambio de paradigma o juego de espejos? **Jueces para la democracia**, n. 12, v. I, marzo 2021, p. 34, proporciona un interesante dato: España presenta una tasa de criminalidad baja, pero una tasa de internamiento que la colocan a la cabeza de Europa, lo cual, según este autor, es una mala señal. Con este dato en la mano, no

que respecta a la libertad e indemnidad sexuales, nos parecería más prudente evaluar la situación de riesgo *ex ante*, sobre todo teniendo en cuenta que la Instrucción 7/2006 establece un plazo de treinta días prorrogables por otros treinta a fin de decidir la separación conforme al sexo contrario⁹.

Sobre el artículo 14.3 y la remisión a la LO 1/2004, hemos de destacar su tenor literal, conforme al que

La rectificación de la mención registral relativa al sexo y, en su caso, el cambio de nombre, no alterarán la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral, en particular a efectos de lo establecido en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Si bien consideramos que se trata de un artículo manifiestamente prescindible en la medida en que no hay un cambio o pérdida de la personalidad jurídica, su inclusión es muy significativa pues responde a las postulados feministas trans excluyentes de que los condenados por violencia de género procederán masivamente a autodeterminarse como mujeres con el propósito de eludir las penas impuestas.

No vamos ahondar en tal afirmación, pero sí en el hecho de que la PL 133 haya recogido esa “reivindicación feminista” y cedido así a los postulados más radicales e irracionales del feminismo.

Se aleja así de disposiciones autonómicas que expresamente reconocen el estatus de víctima de violencia de género a las personas de la comunidad LGTBIAQ+, como la Ley andaluza en su artículo 23¹⁰:

Acceso a los servicios de apoyo y protección de víctimas de violencia de género.

Toda persona cuya identidad de género sea la de mujer y sea víctima de la violencia machista tendrá acceso, en condiciones de igualdad, a los recursos asistenciales existentes y mecanismos de protección de la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género, aprobada por el Parlamento de Andalucía¹¹.

Además de apartarse de la Ley andaluza para pacificar al feminismo trans excluyente, la PL 133 indirectamente consagra, tal y como postula el mentado feminismo, el principio de genitalidad como criterio de determinación del sexo a los efectos legales y, entre ellos, a los efectos de la aplicación de la ley de violencia de género.

De acuerdo con la Circular de la Fiscalía 6/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia de género sobre la mujer, que

podemos sino concluir la falta de garantías de nuestro sistema enjuiciador, que difícilmente no se extenderá también al momento de cumplimiento de la pena.

⁹ En realidad, habría que evaluar el entero sistema penal, pues ni la pena privativa de libertad cumple con eficacia la función de reinserción, ni se trata de un sistema natural de actuación frente a un injusto (según M. McLuhan, **The Medium is the Massage**, California, 2001, p. 61, la idea de encerrar a alguien en una celda no es anterior a los siglos trece y catorce, y tuvo lugar en el mundo occidental, aunque para otros autores su origen se remonta a tan solo dos siglos atrás, como D. Melossi y M. Pavarini, **Cárcel y Fábrica**. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX), Bogotá, 1978). Vid., VV.AA., **Abolicionismo penal**, Buenos Aires, 1989; O. Nelo Tieghi, El abolicionismo radical y el abolicionismo institucional, en **Revista Chilena de Derecho**, v. 22, n. 2, 1995, p. 309-319; J. González Zapata, La abolición de la cárcel. **Estudios Políticos**, 1997 (11), p. 164-176; M. I. Morvitz Lennon, La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿vigencia del Estado de Derecho o estado de la naturaleza? **Política criminal**, v. 13, n. 26, dic. 2018, p. 904-951.

¹⁰ Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía.

¹¹ J. Alventosa del Río, La regulación de la identidad de Género en las Comunidades Autónomas. **Actualidad Jurídica Iberoamericana** (2), feb. 2015, p. 758.

interpreta la Circular 4/2005, en que se entendía que cabía aplicar la ley sobre violencia de género a las personas *transexuales reconocidas legalmente*, son mujeres transexuales reconocidas legalmente no solamente cuando haya habido un cambio de sexo registral, sino cuando se acredite “por medio de informes médicos-forenses e informes psicológicos por su identificación permanente con el sexo femenino”¹² y, por tales motivos, lo mismo cabe decirse del agresor, que podrá ser un hombre trans¹³.

Sin embargo, la PL 133 parece excluir la protección a las mujeres trans de las medidas establecidas en la ley de violencia de género y, en todo caso y como se señaló, no se prescindiría de los informes médicos que exige la fiscalía para su aplicación.

En resumen, la PL 133 no responde a la despatologización de la transexualidad por la OMS y, por el contrario, cede a los discursos feministas con un articulado centrado en la rectificación registral del sexo, que debiera incluirse por medio de una disposición final; y la asunción de que los hombres condenados por un delito de violencia de género se autodeterminarán de forma generalizada como mujeres para eludir las penas, aparte de que esa hipotética autodeterminación excluiría la aplicación de la responsabilidad penal derivada de la ley de violencia de género.

2. ANTEPROYECTO DE LEY PARA LA IGUALDAD REAL Y AFECTIVA DE LAS PERSONAS TRANS Y PARA LA GARANTÍA DE LAS PERSONAS LGTBI

La no adecuación de esta última proposición de ley a los parámetros de la Unión Europea ni a la despatologización por parte de la OMS, parece que está lejos de corregirse a tenor del nuevo Anteproyecto de Ley para la igualdad real y afectiva de las personas trans y para la garantía de las personas LGTBI, que parte de unos postulados ideológicos de nuevo instalados en el más flagrante binarismo y una aversión patente hacia el género, que desaparece.

En efecto, en la Exposición de Motivos I hace referencia a personas transexuales y añade: “en adelante, personas trans”, de manera que no se aplica a las personas transgénero. De hecho, en las normas relativas al cambio de la mención registral del sexo y del nombre (artículos 37-41), se limita a proscribir los informes médicos o la modificación de la apariencia para realizar el cambio, subsistiendo la necesidad de tales informes para valorar el riesgo objetivo en los centros de internamiento.

En vez de hablar de autodeterminación de sexo, prefiere hablar de reversibilidad del cambio de la mención registral del sexo, lo cual es una vía verdaderamente original para evitar hablar de género y de la libre autodeterminación del mismo, como hacía el PL 133. No es difícil imaginarse que se trata de una concesión al feminismo más radical y trans excluyente, que parece ser el feminismo institucionalizado.

Estas concesiones a este feminismo no se detienen en la eliminación del género y la libre autodeterminación del mismo, sino que este Anteproyecto, como la PL 133, recoge en su artículo 40.4 la no alteración de los derechos a efectos de la LO 1/2004, al que se añade, de forma novedosa el artículo 40.3 conforme al cual

La persona no podrá ser beneficiaria de medidas de acción positiva adoptadas específicamente en favor de las mujeres en virtud del artículo 11 de la Ley Orgánica

¹² Circular 6/2011, p. 15-19.

¹³ S. Díez Rodríguez, **Transexualidad y violencia de género**. La respuesta del derecho penal a las agresiones recibidas por el colectivo transexual, TFG Universitat Pompeu Fabra, 2019-2020, p. 27.

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 23 consolidados que se hayan derivado de las mismas, sin que haya lugar a su reintegro o devolución. 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,

cuyo comentario es ocioso, pero no está de más destacar su más descarnada consecuencia: la primacía de la biología como criterio de distinción binaria de los sexos y, más en concreto, la preponderancia de la biología femenina en orden a la aplicación del concepto legal de mujer. Por supuesto, se elimina la disposición de la PL 133 que permitía optar por cuatro opciones en el género, ya que el género se elimina.

Por otro lado, el Anteproyecto de Ley es muy generalista tanto en sus objetivos como en sus criterios de actuación, disponiendo en muchos ámbitos la sola facultad de adoptar medidas, entre los que hemos de destacar el administrativo (artículos 7.2 y 10), que impide el correcto funcionamiento y coordinación de los destinatarios públicos de la ley.

En cuanto a la asistencia sanitaria, no se reconoce el derecho a la asistencia sanitaria a las personas trans, a pesar de que para el mismo estas se reduzcan a las personas transexuales y, por tanto, a quienes deciden realizar la transición. A la falta de reconocimiento se une la prescripción de estudio de las necesidades médicas del colectivo, que parece incidir en la idea de la patologización y en el reforzamiento del discurso médico.

Sin embargo, no ocurre lo propio con la atención sanitaria a la intersexualidad, que es una novedad de este Anteproyecto. En el artículo 18 se establece que la atención médica a este colectivo se realizará garantizando la autonomía, la codecisión, y el consentimiento informado, impidiendo la cirugía genital de los recién nacidos salvo por causa de salud. El enfoque, en este caso, es despatologizador.

Otros aspectos positivos de este Anteproyecto son la inversión de la carga de la prueba (artículo 61) en los casos en los que se alegue discriminación y que se integra dentro del capítulo de las medidas de protección y reparación frente a la discriminación y violencia LGTBIfóbica, estableciendo el derecho a recibir una protección integral, real (sic) y efectiva “por razón de las causas” (sic) previstas en esta ley, cuyo significado se nos escapa, aunque, como veremos, no se extiende necesariamente a la violencia sexual; el derecho a la atención y al asesoramiento jurídico (artículo 63); la aplicación de la orden de protección del artículo 544 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a las personas LGTBI en caso de delitos de violencia en el ámbito familiar; se hace mención y se reconoce una mayor protección de las personas del colectivo menores de edad (artículo 66); personas con discapacidad y en situación de dependencia (artículo 67); personas mayores (artículo 69), y personas que vivan en el ámbito rural (artículo 70).

Según este Anteproyecto de Ley, corresponderá la imposición de sanciones a cada Administración Pública en el ámbito de sus competencias (artículo 73), lo cual, si bien no tiene por qué ser necesariamente inoperativo, resulta confuso para el perjudicado, que ha de decirse por una u otra Administración.

En definitiva, este nuevo texto sustituye a la PL 133 y, a pesar de que concede derechos inexistentes en la anterior proposición de ley, ahonda si cabe todavía más en postulados feministas trans excluyentes y sus concesiones al mismo son mayores y de más calado, como es la eliminación del género en favor de su determinación por razones biológicas.

CONCLUSIONES

Los sucesivos textos legislativos que se han propuesto para regular los derechos de la comunidad LGBTIAQ+ no han hallado hasta la fecha el consenso necesario para ser aprobados y, en muchos casos, la propia necesidad de la ley se cuestiona.

Nosotros quisiéramos dar la razón a quienes cuestionan la propia existencia de la ley y que pregonan la libertad como un valor social a cuya realización debemos tender. Por desgracia, cuando todas las administraciones se relacionan con los ciudadanos a base de formularios en los que hay que indicar si se es hombre y mujer, no solamente el género se convierte en una cuestión política, sino que la reglamentación binaria de la sociedad impide la mentada libertad, que pasa a significar el mantenimiento del *status quo*.

Si bien la primera de las proposiciones legislativa despatologizaba la transexualidad, las sucesivas desoyen las recomendaciones de la OMS en este punto, y se limitan los efectos de la despatologización al ámbito registral. Como quiera que la autodeterminación de género se consideró inasumible por el feminismo trans excluyente que está institucionalizado, el actual Anteproyecto de ley elimina el propio concepto de género y opta por hablar de la reversibilidad del cambio de la mención registral del sexo (nótase el circunloquio para evitar la palabra, y el concepto, de género).

De hecho, lejos de despatologizar la transexualidad, el nuevo Anteproyecto de Ley prescribe el estudio de sus necesidades sanitarias, que reconducirán a quienes no se sientan hombres o mujeres a una de estas dos categorías. De esta manera, las mujeres se aseguran el espacio simbólico¹⁴ del colectivo oprimido históricamente, negando su participación en las opresiones transversales, y actuando como par sistémico que refuerza el binarismo actual.

En conclusión, el último de los textos legislativos también es el peor de los tres propuestos, pero el que más posibilidades tiene de ser aprobado dado que su iniciativa procede del Gobierno, pero es el último que debiera correr tal fortuna: es mejor el actual estado de fragmentación legislativa que la involución que implicaría esta nueva ley así redactada.

REFERENCIAS

ALVENTOSA DEL RÍO, J. La regulación de la identidad de Género en las Comunidades Autónomas. *Actualidad Jurídica Iberoamericana* (2), feb. 2015, p. 758.

DÍEZ RODRÍGUEZ, S. **Transexualidad y violencia de género**. La respuesta del derecho penal a las agresiones recibidas por el colectivo transexual, TFG Universitat Pompeu Fabra, 2019-2020, p. 27.

GONZÁLEZ ZAPATA, J. La abolición de la cárcel. *Estudios Políticos*, 1997 (11), p. 164-176.

MCLUHAN, M. **The Medium is the Massage**, California, 2001.

MELOSSI, D.; PAVARINI, M. **Cárcel y Fábrica**. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI- XIX). Bogotá, 1978.

¹⁴ También J. L. Ramírez Ortiz, La reforma de los delitos sexuales en el Anteproyecto de la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, ¿cambio de paradigma o juego de espejos? **Jueces para la democracia**, n. 12, v. I, marzo 2021, p. 41, indica que la nueva regulación, más que necesaria en el sentido de derecho penal sustantivo (las dificultades son de índole probatoria, no de regulación jurídica), se trata de una regulación simbólica, para evidenciar la voluntad de restaurar la equidad. Según este autor, no hay evidencias del androcentrismo de la regulación anterior.

MORVITZ LENNON, M. I. La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿vigencia del Estado de Derecho o estado de la naturaleza? **Política criminal**, v. 13, n. 26, dic. 2018, p. 904-951.

NELO TIEGHI, O. El abolicionismo radical y el abolicionismo institucional. **Revista Chilena de Derecho**, v. 22, n. 2, 1995, p. 309-319.

RAMÍNEZ ORTIZ, J. L. La reforma de los delitos sexuales en el Anteproyecto de la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, ¿cambio de paradigma o juego de espejos? **Jueces para la democracia**, n. 12, v. I, marzo 2021.

VV.AA., **Abolicionismo penal**, Buenos Aires, 1989.

Submetido em: 15 fev. 2022.

Aceito em: 21 mar. 2022.