

Violencia de género, violencia intragénero y violencia transgénero

Germán M. TERUEL LOZANO

Profesor Ayudante Doctor en Derecho constitucional. Universidad de Murcia

Diario La Ley, Nº 9229, Sección Doctrina, 2 de Julio de 2018, Wolters Kluwer

LA LEY 6375/2018

Resumen

El presente trabajo estudia dos supuestos de violencia de menor intensidad en parejas para los cuales el Código penal no ofrece una respuesta clara: los casos de violencia intragénero y de violencia transgénero. Estos casos desbordan el concepto de violencia de género aunque su exclusión tampoco es clara, lo que ha dado lugar a interpretaciones y respuestas jurisprudenciales contradictorias. Así las cosas, se analizarán las dificultades que presenta su calificación jurídico-penal y las más recientes tendencias legislativas en relación con el reconocimiento de la identidad de género.

I. Una sociedad en cambio y el necesario replanteamiento de las categorías jurídicas: la «suficiencia» de la violencia de género a debate

Hace tan sólo unas décadas las situaciones de maltrato que se daban en una familia eran consideradas una cuestión interna que en buena medida pasaba desapercibida en el ámbito penal, o incluso se enmarcaban como ejercicio de un derecho de corrección (moderada, eso sí) del marido frente a su esposa deducido del deber de obediencia de ésta que hasta la reforma de 1975 preveía nuestro Código civil en su art. 57. Sólo el recuerdo de esta realidad nos irrita y es que, en este breve transcurso del tiempo, la sensibilidad social ha cambiado notablemente. Queda mucho por andar, pero lo que también es indudable es que hoy la mayoría de la población se encuentra comprometida y preocupada por la lacra de la violencia de género.

Así las cosas, el Código penal vigente en nuestro país ha experimentado una sensible evolución a este respecto. Con la reforma de 2003 aparecía por primera vez en nuestro Código el concepto de **violencia doméstica**, que engloba ciertos delitos donde el agresor o agresora se encuentra vinculado con la víctima afectiva o familiarmente o convive con la misma [en particular, el art. 173.2 Cp.]; y, un año después, con la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la **violencia de género**, se pasaba a prever este tipo particular de violencia del varón contra la mujer con la que mantiene o hubiera mantenido una relación afectiva, aún sin convivencia. El legislador optó por incorporar ciertos delitos específicos de violencia de género para casos de violencia menos grave (lesiones leves y malos tratos, amenazas, coacciones e injurias leves...). Ahora bien, no se previeron tipos específicos para otras conductas más graves (por ejemplo el feminicidio). Para estos casos se podía recurrir a la circunstancia mixta de parentesco y, desde el año 2015, se introdujo la agravante por razones de género (previamente ya existía por razones de sexo).

La razón de ser de estas medidas contra la violencia de género, más allá de la preocupación por la ofensa concreta que hubiera sufrido la víctima, se encuentra en el **mayor reproche que se hace de este tipo de violencia como «manifestación de desequilibrio histórico entre la mujer y el hombre** que ha llevado a la dominación y a la discriminación de la mujer por el hombre, privando así a la mujer de su plena emancipación», y se advierte su «naturaleza estructural», siendo reconocida esta forma de violencia como «uno de los mecanismos sociales cruciales por los que se mantiene a las mujeres en una posición de subordinación con respecto a los hombres», tal y como proclama el Preámbulo del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha

contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica firmado en Estambul el 11 de Mayo de 2011.

Este concepto de violencia de género puede no ser suficiente para responder a otras realidades de violencia en pareja

Ocurre, sin embargo, que este concepto de violencia de género puede no ser suficiente para responder a otras realidades de violencia en pareja que se salen del esquema *patriarcal* donde un hombre agrede a *su* mujer, pero que también reivindican una protección penal singularizada. Y precisamente es a esta cuestión, a la protección penal de otras formas de violencia que se dan cuando existen esas relaciones afectivas, a las que se dedican las siguientes reflexiones. Muy en particular a dos situaciones que trascienden el ámbito «tradicional» de relaciones para el que se pensó y al que tratan de responder las medidas contra la violencia de género: en primer lugar, casos de violencia entre parejas homosexuales, la **violencia intragénero**. Aunque pueda resultar desconocida, la violencia intragénero es una realidad muy viva como demuestran los preocupantes datos que ofrecía el Colectivo COGAM en un reciente estudio: un 30% de personas homosexuales reconoce haber ejercido este tipo de violencia y el 60% respondía a la encuesta conocer a alguien que la ha sufrido (1) . De hecho, cada vez son más los colectivos que exigen visibilizar esta realidad y que los poderes públicos adopten medidas concretas. Así, varias CCAA cuentan con leyes que prevén medidas de apoyo ante la violencia intragénero (Galicia, Cataluña, Extremadura, Murcia, Baleares, Madrid, entre otras), aunque las mismas no alcanzan al ámbito penal donde lógicamente éstas no tienen competencias. A nivel nacional Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea ha presentado una Proposición de Ley contra la discriminación por orientación sexual, identidad o expresión de género y características sexuales, y de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, donde también se prevén medidas en relación con la violencia intragénero, pero tampoco en ésta se proponen cambios penales.

En segundo lugar, otra realidad que preocupa al presente estudio son aquellas situaciones de **violencia** en pareja donde haya una persona **transgénero** (2) . Aquí se englobarían realidades muy distintas como la transexualidad o quienes se identifican de forma diferente a los géneros binarios o incluso quienes asumen un género fluido, por citar algunas de sus expresiones. En este sentido, la Asamblea de Parlamentarios del Consejo de Europa incluyó en sus recomendaciones reconocer las identidades trans (3) . Y el Tribunal Constitucional alemán recientemente ha sentenciado la obligación de reformar la legislación para que se permita elegir de forma positiva otra designación distinta de hombre o mujer en el Registro (1 BvR 2019/16). También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado una violación del derecho a la vida privada y familiar la exigencia de operaciones de reasignación irreversibles o tratamientos de esterilización para reconocer el cambio de sexo, aunque sí que ha admitido que se pueda condicionar éste al correspondiente diagnóstico médico [STEDH (Sección 5.ª) de 6 de abril de 2017, caso A. P. Garçon y Nicot c. Francia]. Todo ello revela los avances que se están produciendo en el sentido de dar reconocimiento legal a las identidades trans, anteponiendo el libre desarrollo de la personalidad y la prohibición de discriminación a consideraciones de orden público que justificaban la determinación legal del sexo como cuestión puramente biológica (4) .

Pues bien, desde la perspectiva que aquí nos interesa, los problemas surgen cuando se trata de encajar estos tipos de violencia en las actuales previsiones que regulan los delitos de violencia de género: ¿Hasta qué punto es posible incluir los casos de violencia intragénero o transgénero en los delitos de violencia de género? ¿Resulta oportuno plantear una tutela jurídico-penal específica para estas realidades? Pero, antes de tratar de dar respuesta a estas preguntas —a la luz fundamentalmente de algunos casos que se han planteado en nuestro país— conviene comenzar precisando el propio concepto de lo que entendemos por violencia de género.

II. Aproximación al concepto de violencia de género

Como se ha adelantado el concepto de violencia de género responde a unas razones singulares que han sido plasmadas en el art. 1 de la mencionada LO 1/2004 donde se define ésta como: aquella «violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia». Partiendo de esta definición, aplicada al ámbito penal, parece pertinente desgranar sus notas aunque sin entrar ahora a analizar la concreta regulación de los delitos, a los efectos de ver luego en qué medida podrán encajar en él estas otras formas de violencia. Estas serían:

1. Es violencia de género, no de sexo: es decir, es una violencia que se ejerce con una componente referida al género, la machista. Así se observa en la definición legal cuando establece que esta violencia se presenta como «*como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres*». La translación de esto al ámbito penal ha sido cuestionada por considerarse que podría vulnerar la presunción de inocencia, al configurar una presunción *iuris et de iure* o al dar lugar a una inversión de la carga de la prueba, ya que obliga a presumir que la violencia hombre-mujer en una pareja se da en un contexto de dominación machista. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha confirmado su legitimidad constitucional y ha concluido que esta discriminación machista no es un elemento de hecho sino que pertenece al desvalor jurídico ínsito en la descripción de la propia calificación jurídica, por lo que no es objeto de prueba: «no se trata de una presunción normativa de lesividad, sino de la constatación razonable de tal lesividad a partir de las características de la conducta descrita y, entre ellas, la de su significado objetivo como reproducción de un arraigado modelo agresivo de conducta contra la mujer por parte del varón en el ámbito de la pareja» [STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ. 11 (LA LEY 31895/2008)]. El Tribunal Supremo, por su parte, parece haber dado una interpretación en cierto modo correctiva al afirmar que «no toda acción de violencia física en el seno de la pareja del que resulte lesión leve para la mujer, debe considerarse necesaria y automáticamente como la violencia de género» [STS, Sala 2.ª, 1177/2009, de 24 de noviembre, FJ. 3.º (LA LEY 31895/2008)]. Algo que en la práctica lleva a que la componente machista se presuponga salvo prueba en contrario.

2. Pero el sexo importa en estos delitos: se trata de violencia ejercida por el varón (sujeto activo) sobre la mujer (sujeto pasivo). Aquí sí, como cuestión de sexo más que de género, con los matices que se verán. Este aspecto también fue cuestionado en sede constitucional al entenderse que violaría el principio de igualdad al introducirse esta diferenciación en un delito. Pero también en este caso el Tribunal Constitucional justificó estas medidas: hay un mayor desvalor objetivo en el maltrato del varón a su pareja ya que, además de la lesión a la integridad física y a la salud, se verían afectados otros bienes jurídicos (la libertad de la mujer a la que se quiere dominar; la seguridad y la tranquilidad; su dignidad...). De forma que: «La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad» [STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ. 9 (LA LEY 31895/2008)].

3. Y es violencia de género pero «doméstica» o, por mejor decir, violencia cuando existe un **vínculo afectivo**, ya que no se exige convivencia. Existen otras formas de violencia contra la mujer por motivos de género fuera del ámbito doméstico o de pareja (por ejemplo, en el ámbito laboral); como también hay otras formas de violencia y de discriminación por razón de la orientación sexual o de género (así, supuestos de violencia contra personas homosexuales o trans).

De esta suerte, cuando el legislador penal incorpora estos delitos de violencia de género está recogiendo un **tipo específico de violencia de género**, en la que ha de concurrir (*rectius*, se presupone) un **componente machista**, que ha de ser ejercida por el **varón contra la mujer** allí donde existe o ha existido una **relación afectiva**. Ahora bien, tal y como se ha planteado, fuera de esta definición, ¿qué ocurre con aquellos otros supuestos límite: la violencia intragénero y la violencia transgénero? ¿Podemos calificarlos como casos de violencia de género o qué cabida tienen en el Código penal? Adelanto que son casos en los que hay poca jurisprudencia, lo que contrasta con la realidad de que tales hechos existen —como se ha dicho—, y que por ello resulta interesante estudiar.

III. ¿Puede calificarse como violencia de género la violencia en una pareja homosexual?

Cuando en una pareja homosexual, ya sea entre dos hombres o dos mujeres, se da una situación de violencia equiparable a la que entre hombre y mujer sería tipificada como violencia de género (pongamos por ejemplo casos de lesiones menos graves y malos tratos), ¿se podrían aplicar tales delitos? Si se atiende a la definición ofrecida **no parece posible** y es que, como se dijo, en la violencia de género **el sexo es importante**, de tal suerte que el **sujeto activo de forma necesaria habrá de ser hombre y el pasivo mujer**. Así lo ha entendido también la Fiscalía que en sus **Circulares 4/2005 (LA LEY 120/2005) y 6/2011 (LA LEY 1772/2011)** en relación con la violencia sobre la mujer ha concluido que en **parejas homosexuales sólo podrá aplicarse la violencia doméstica pero no la de género**. En particular, en el caso de malos tratos o lesiones menos graves en parejas homosexuales, la jurisprudencia ha venido tratando de encajar a la víctima en el art. 153.1 Cp. como «persona especialmente vulnerable que conviva con el autor». Aún así, quisiera destacar aquí un par de casos peculiares, uno por la polémica que suscitó y el otro porque dio lugar a una sentencia del Tribunal Supremo que aclaró esta cuestión.

Un Juzgado calificó como violencia de género una disputa en un matrimonio de lesbianas que estaba en proceso de separación

El primero de ellos se presentó en Santander en 2009 donde un Juzgado calificó como violencia de género una disputa en un matrimonio de lesbianas que estaba en proceso de separación. Ahora bien, como se ha señalado, lo más interesante de este caso no fue tanto la sentencia en sí misma, que fue corregida por la Audiencia de Cantabria que calificó los hechos como violencia doméstica (5) , sino la polémica que se suscitó en torno a la misma. Y es que, mientras que colectivos homosexuales como Colegas aplaudieron esta «interpretación amplia de la ley» para incluir a las parejas de gays y lesbianas (6) , otros colectivos feministas criticaron la sentencia por ignorar el espíritu de la norma (7) . Se observan así las diferentes percepciones que socialmente se tienen sobre el sentido de esta legislación y sobre la necesidad de dar una particular protección a las situaciones de violencia intragénero.

El segundo caso se planteó ante la Audiencia Provincial de Sevilla que castigó a una persona homosexual por, entre otros delitos, el de amenazas leves del art. 171.4 Cp. incluido como un tipo de violencia de género, por una serie de disputas que mantuvo con su pareja. Un criterio que, sin embargo, fue corregido por el Tribunal Supremo que resolvió en 2011 en casación, concluyendo que:

*«...el tipo penal aplicado establece con meridiana claridad que el sujeto pasivo de la leve amenaza es la persona que sea o haya sido la esposa **omujer** que esté o haya estado ligado al autor por una relación análoga de afectividad. No prevé la norma que la víctima pueda ser un individuo del sexo masculino.*

En nuestro caso, la relación de pareja sentimental se establece entre dos hombres, lo que escapa a la descripción típica, sin que le esté permitido a esta Sala hacer una interpretación extensiva de la norma, en perjuicio del reo, máxime teniendo en cuenta que las diversas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas sobre el art. 171.4 CP, en la redacción dada al mismo por el art.

38 de la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, por vulnerar los arts. 9.3 y 10, 14, 24.2 y 25 C.E. (en una de las cuales se aducía precisamente como ejemplo de discriminación por omisión, el que la Ley no contemple los actos de violencia cometidos en una pareja estable homosexual, con lo que, en todo caso estarían excluidos de los arts. 153.1 y 171.4o CP los supuestos de parejas homosexuales masculinas), han sido todas ellas desestimadas por distintas resoluciones del Alto Tribunal...» [STS (Sección 1.ª, Sala 2.ª) 1068/2009, de 4 de noviembre, FJ. 2].

En consecuencia, el Tribunal Supremo sentenciaba que debía ser absuelto por el delito de amenazas leves y condenado por una falta de amenazas (art. 620.2.º Cp. vigente en aquel momento). Y, en esta sentencia, ofrecía un argumento clave: en estos casos se impone el principio *pro reo*. A diferencia de lo que sostenía la asociación Colegas, en el ámbito penal rige la máxima *odiosa sunt restringenda* por lo que no cabe una interpretación extensiva de estos delitos en contra del acusado.

IV. Algunos escenarios en relación con la violencia transgénero

Para responder a la segunda de las preguntas, ¿cómo opera la violencia de género cuando nos encontramos con violencia en parejas donde al menos una de las personas se identifique como transgénero?, se hace necesario presentar una pluralidad de escenarios en los que ir perfilando las distintas respuestas.

1. Personas transexuales cuando se haya producido una rectificación registral del sexo

El primer escenario se plantearía cuando una persona transexual haya podido cambiar su sexo legalmente a los efectos de armonizar su identidad de género con su sexo registral. Con la aprobación de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, se permitió que el cambio de sexo accediera al Registro civil con plenos efectos jurídicos si concurrían una serie de requisitos. En concreto: diagnóstico médico en España de la disforia de género y que durante un plazo mínimo de dos años el sujeto hubiera sido tratado médicamente para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado. Eso sí, la Ley aclaraba que este tratamiento nunca habría de exigir cirugía de reasignación sexual. Además, podía excepcionarse el tratamiento médico por determinadas razones previstas en la ley. Antes de la aprobación de la misma, como se describe en la Circular 6/2011 (LA LEY 1772/2011) sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer, «el Tribunal Supremo venía reconociendo una cierta importancia al sexo psicológico y social admitiéndolo como criterio que podía prevalecer sobre el biológico, pero exigiendo al mismo tiempo la acreditación de cirugía total de reasignación sexual, y la implantación de los órganos, al menos en su apariencia externa, del sexo deseado (en este sentido SSTS de la Sala 1.a, 811/2002, de 6 de septiembre [LA LEY 7678/2002] y 929/2007 de 17 de septiembre []»). No obstante, la tendencia parece que es la de superar estos requisitos e, incluso, flexibilizar aún más los mismos para facilitar la rectificación registral del sexo. Así, además de la Proposición de Ley antes señalada del Grupo parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, actualmente se está tramitando en el Congreso de los Diputados una Proposición de Ley presentada por el Grupo parlamentario Socialista para permitir la rectificación registral de la mención relativa al sexo y nombre de los menores transexuales y/o trans y para modificar las exigencias actuales de tal forma que la sola declaración expresa de la persona interesada sea suficiente para acordar la rectificación registral, sin que se pueda exigir tratamiento o terapia médica alguna.

Deberían aplicarse los delitos de violencia de género a «parejas de distinto sexo formadas por transexuales

Pues bien, como ya señalara la Fiscalía en su Circular 4/2005 (LA LEY 120/2005), **deberían aplicarse los delitos de violencia de género a «parejas de distinto sexo formadas por transexuales reconocidos legalmente si el agresor es el varón y la víctima la mujer»**. Una solución que parece la más adecuada a la luz del art. 5.1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, que reconoce que «La resolución que acuerde la rectificación de la mención registral del sexo tendrá efectos constitutivos a partir de su inscripción en el Registro Civil». De manera que si ha habido una rectificación del sexo registral, habrá de atenderse a ésta antes que al sexo biológico, y ello con independencia de que afecte a la víctima o al agresor. De hecho, esta es la línea que ha mantenido la escasa jurisprudencia existente al respecto, que ha aplicado los tipos de violencia de género en el caso de parejas con algún miembro transexual siempre y cuando el sujeto activo fuera varón y el pasivo mujer atendiendo al sexo registralmente reconocido, sin considerar que esto pueda entenderse como una interpretación extensiva del tipo penal sino una aplicación de los propios efectos legales de la rectificación registral del sexo (8) .

2. Personas transexuales cuando no se haya producido la rectificación registral del sexo

El segundo escenario que se propone estudiar se daría cuando se produce una situación de violencia en una pareja donde una de las personas es transexual pero no ha rectificado registralmente su sexo (o no ha podido hacerlo), pero se identifica permanentemente con un género distinto a su sexo biológico, pudiendo presentar incluso algunos signos sexuales primarios o secundarios del género con el que se identifica.

En este caso se enfrentarían dos principios contradictorios: Por un lado, el reconocimiento del **libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad de la persona** (art. 10) puede llevarnos a concluir que debe atenderse a la identidad de género de la persona (especialmente si ésta se corresponde con una mujer como víctima) antes que a su sexo biológico registralmente reconocido. Pero, por otro lado, a esta lectura se le opondría, como se ha señalado anteriormente, el **principio pro reo**, que veda interpretar las normas penales en sentido desfavorable al acusado. Tanto es así que un repaso jurisprudencia en este punto nos enfrenta a resoluciones contradictorias.

De esta suerte, aún siendo en este escenario escasas las sentencias, puede reconocerse que la línea jurisprudencial mayoritaria apuesta por no realizar una interpretación extensiva de los delitos de violencia de género contra reo y, en consecuencia, rechaza su aplicación cuando no se haya producido la rectificación registral por mucho que la persona se identifique con un determinado género e incluso presente caracteres sexuales propios del mismo (9) .

No obstante, se encuentran excepciones, en particular cuando la víctima sea mujer transexual, aunque registralmente siga constando como varón, y siempre y cuando se demuestre una **identificación acusada y persistente** con el género femenino (más aún si ha sido intervenida quirúrgicamente) (10) . Este parece ser también el criterio que mantiene la Fiscalía que en su Circular 6/2011 (LA LEY 1772/2011), sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer, acude a los principios de libre desarrollo de la personalidad y de dignidad humana, así como a los derechos a la vida y a la integridad física y moral y al derecho a la intimidad y a la propia imagen, entre otros, para justificar que debe considerarse como víctimas de malos tratos a los efectos de la Ley de violencia de género a las mujeres transexuales con independencia de las previsiones formales para la rectificación registral, de tal forma que: «aun cuando la mujer transexual no haya acudido al Registro Civil para rectificar el asiento relativo a su sexo, si se acredita su condición de mujer a través de los informes médico-forenses e informes psicológicos por su identificación permanente con el sexo femenino, estas mujeres transexuales, nacionales y extranjeras, pueden ser consideradas como víctimas de violencia de género». No se aclara, sin embargo, qué posición se adoptaría si el sujeto activo fuera un hombre transexual que no ha rectificado registralmente su sexo como mujer y que agrede a una mujer.

A nivel político, la Proposición de Ley contra la discriminación por orientación sexual, identidad o expresión de género y características sexuales, y de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, contempla «derecho al reconocimiento de su identidad de género libremente determinada y a ser tratadas conforme a la misma, con independencia de haber obtenido o no su reconocimiento legal». Pero, de terminar siendo reconocido, ¿este derecho puede comportar una interpretación contra reo de una ley penal? Como se acaba de ver, hoy por hoy la cuestión sigue abierta.

3. Personas transexuales cuando el cambio registral del sexo se produce después del acto violento pero durante la tramitación del proceso

La realidad suele superar las previsiones del más fino jurista y, poniendo a prueba los límites regulatorios, el pasado año la posición de las personas transexuales ante la legislación de violencia de género se vio superada cuando un varón que fue denunciado por su esposa por maltrato psicológico se sometió a un cambio de sexo, mediante cirugía, y procedió a la rectificación registral, todo ello mientras el proceso judicial estaba todavía abierto (11) . De tal suerte que registralmente, y por ende con efectos constitutivos para el ordenamiento jurídico, esta persona se identifica hoy como mujer, por lo que no podría ser sujeto activo de ninguno de los delitos previstos para la violencia de género. Sí lo era cuando los cometió, pero no ahora, momento en el que está siendo juzgado. La consecuencia de ser reconocido como mujer en el proceso probablemente sería que la conducta o bien resultaría atípica o le correspondería una menor pena al no aplicarse los delitos de violencia de género. La respuesta está abierta, aunque parece que lo más adecuado sería aplicar el criterio de que sea enjuiciado atendiendo al sexo registral que tenía reconocido en el momento de cometer los actos, como ocurre con otras condiciones subjetivas del autor en los delitos especiales. Ahora bien, el abogado del acusado, en el caso de no ver satisfechas sus pretensiones, anuncia que llevará el caso hasta Estrasburgo.

4. Otras manifestaciones transgénero no reconocidas legalmente

Por último, también queda abierto el caso de violencia en parejas donde al menos uno de los componentes además de no identificarse con el sexo que tiene reconocido registralmente, su identidad de género no responde al binarismo hombre-mujer (así, por ejemplo, travestis, cross dressers, queers, gender queers, drag kings, drag queens, agénero...). En estos supuestos, si se afronta la cuestión desde la perspectiva que se venía haciendo —es decir, valorando en primer lugar el sexo (biológico o registral) y la identidad de género efectiva para concluir si son aplicables o no los tipos de violencia de género—, la respuesta es complicada. Es cierto que, como ha apuntado la Audiencia Provincial de Granada en un caso donde el acusado esgrimió su condición de transexual para tratar de eludir la aplicación de los delitos de violencia de género a pesar de que voluntariamente había rectificado su sexo para ser reconocido como varón: «Lo que no se contempla en dicha norma es la existencia de un tercer género, o de una situación intermedia como la que parecen sustentar los argumentos del recurso, que de una forma un tanto ventajista, están postulando que el reconocimiento de la condición varonil de David lo sea a todos los efectos, menos a los de la aplicación del art. 153, 1 del CP conforme a la redacción dada por la L.O. 1/2004. [LA LEY 1692/2004]» (12) . Pero, ¿y si la persona desarrolla su vida de forma «acusada y persistente» identificándose con un género distinto que no responde al binarismo? ¿Pueden aplicarse estos delitos a quienes no se reconocen como hombres o mujeres? Probablemente la respuesta tenga que ser negativa pero, más que por una exclusión por razón del sexo o de la identidad de género, atendiendo a que **este tipo de delitos presuponen la concurrencia de una componente machista que, normalmente, no habrá de darse en estos casos.**

V. Conclusiones

A lo largo de este trabajo se han podido estudiar las dificultades que plantea la aplicación de los delitos de violencia de género a casos que no están claros por tratarse de violencia en parejas homosexuales o en parejas donde al menos una de las personas se identifica como transexual y, más en general, con cualquiera de las identidades transgénero. Sin desconocer otros elementos que también pueden ser distorsionadores a la hora de aplicar la violencia de género a estos supuestos –como es la concurrencia del componente machista o de género en la violencia intragénero o en parejas transgénero–, en particular ha interesado estudiar la problemática en torno al sexo y a la identidad de género de los miembros de la pareja. A este respecto, como criterio general, será violencia de género si el sujeto activo es hombre y el pasivo mujer, atendiendo al sexo registral. Ello deja fuera del ámbito de estos delitos a la violencia intragénero. Y surgen las dudas cuando una persona transexual se identifique de forma acusada y persistente con un género distinto al que registralmente tiene reconocido: una línea jurisprudencial apuesta en estos casos por excluir cualquier interpretación extensiva del tipo apoyándose en el principio de legalidad, pero Fiscalía y algunas sentencias se separan de esta posición cuando la víctima sea una mujer transexual para aplicar en esos casos los delitos de violencia de género. En un limbo quedan casos como el cambio de sexo durante el proceso o el de aquellas personas transgénero que rechazan el binarismo. Una situación que reclama seguridad jurídica, más aún cuando la tendencia es precisamente la de dar reconocimiento legal a estas otras identidades de género que desbordan la categorización del sexo biológica. Ello, además, cada vez con menos controles y requisitos, avanzando hacia su reconocimiento legal sobre la base de la propia declaración del interesado.

En este contexto, el resto de la legislación también deberá adecuarse

En este contexto, el resto de la legislación también deberá adecuarse. Se ha visto en este sentido como algunos sectores proponen que se dé una protección singular a los casos de violencia intragénero para sacarlos de su invisibilidad. Algo que terminaría llevando a una sectorización del Derecho penal atendiendo a distintas demandas de grupos sociales. Otra posibilidad, quizá más adecuada, sea que, si la identificación por razón del sexo o del género termina perdiendo su componente normativo como cuestión de orden público para ser algo cuyo reconocimiento legal dependa de la libre determinación de cada uno, entonces lo lógico será que las diferenciaciones legales que todavía se mantienen en las leyes, y en particular en los delitos, vayan progresivamente desapareciendo. En otras palabras, en el momento en el que termine reconociéndose registralmente la libre determinación de la identidad de género, con posibilidad incluso de incluir identidades diferentes a la de varón o mujer, será muy difícil mantener diferenciaciones legales sustentadas en esta distinción, por la que cada uno podría optar libremente o buscar otras. Si estas se mantuvieran, la posibilidad de que se diera un *forum shopping* de identidades según el interés concreto de cada momento sería un riesgo cierto. De ahí que las distinciones legales por motivos de sexo o de género puedan terminar por difuminarse o, incluso, se termine acabando con aquello que hoy es una categoría registral con efectos legales. Todo ello sin perjuicio, lógicamente, del Derecho anti-discriminación.

De esta guisa, delitos como los de **violencia doméstica** que engloban una pluralidad de situaciones sin atender a diferenciaciones por razón del sexo o del género pueden marcar la tendencia más adecuada para responder a la evolución social que comporta el reconocimiento de una pléyade de identidades de género abiertas a la libre determinación de cada persona.

(1)

Entre otras referencias puede verse: «Reconocer que mi novio me pegaba fue más difícil que salir del armario», *El Confidencial*, 27/06/2017. Texto accesible en: https://www.elconfidencial.com/espana/2017-06-27/maltrato-gay-lesbianas-intragenero-violencia-lgtb_1404557/

(2)

Siguiendo la definición que ofrece el art. 3.1.h) de la Proposición de Ley contra la discriminación por orientación sexual, identidad o expresión de género y características sexuales, y de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, se entiende por «Realidad transgénero»: «Término global que define a personas cuya identidad de género, expresión de género o conducta no se ajusta a aquella socialmente asociada con el género que se les asignó al nacer. Al contrario de lo que les sucede a las personas transexuales, no tienen por qué identificarse con el binarismo de género ni necesitar adecuar su identidad a las expectativas sociales. Este término engloba a personas que se identifican como travestis, cross dressers, queers, gender queers, drag kings, drag queens y agénero entre otras identidades no normativas». Una persona transexual, definida siguiendo los términos de esta propuesta normativa, sería aquella «cuya identidad de género no se corresponde con el sexo asignado en el momento del nacimiento» (art. 3.1.c). Así las cosas, en el presente trabajo se denominará violencia transgénero a aquella que se da en el seno de una pareja donde alguna de las personas se identifique como transgénero, incluyendo en esta categoría también a las personas transexuales.

- (3) Recomendación CM / Rec (2010) 5 del Consejo de Europa para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.
- (4) GARCÍA, Emilio: «Avanzar sin dejar atrás ninguna identidad», *AgendaPública*, 20/02/2018. Texto accesible en: <http://agendapublica.elperiodico.com/avanzar-sin-dejar-atras-ninguna-identidad/>
- (5) «La Audiencia de Cantabria no ve violencia de género en la agresión de una mujer a su esposa», *EuropaPress*, 16/03/2010. Texto accesible en: <http://www.europapress.es/cantabria/noticia-audiencia-cantabria-no-ve-violencia-genero-agresion-mujer-esposa-20100316170657.html>
- (6) «Colectivos de lesbianas aplauden la sentencia sobre violencia de género entre mujeres», *Público*, 12/06/2009. Texto accesible en: <http://www.publico.es/actualidad/colectivos-lesbianas-aplauden-sentencia-violencia.html>
- (7) «División entre las feministas ante la sentencia que considera violencia de género las agresiones entre mujeres», *EuropaPress*, 12/06/2009. Texto accesible en: <http://www.europapress.es/epsocial/igualdad/noticia-division-feministas-sentencia-considera-violencia-genero-agresiones-mujeres-20090612190601.html>
- (8) En asuntos donde la víctima era una mujer transexual que había rectificado su sexo (antes varón), cfr. SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 5.ª) n. 514/2014, de 28 de noviembre ; AAP de Vizcaya (Sección 1.ª) n. 199/2010, de 8 de marzo ; SAP de Albacete (Sección 2.ª) n. 60/2006, de 30 de octubre (. También puede verse la SAP de Granada (Sección 2.ª) n. 349/2016, de 6 de junio , donde no se discute la aplicación del delito de violencia de género ni la competencia de estos juzgados en un supuesto donde la mujer era transexual. Y donde el sujeto activo era varón transexual tras la rectificación registral (antes mujer), cfr. SAP de Granada (Sección 2.ª) n. 45/2017, de 31 de enero (LEY 13321/2017).

(9)

En especial, cfr. AAP de Vizcaya (Sección 1.ª) n. 199/2010 de 8 de marzo . Esta doctrina es asumida también, aunque en estos supuestos el cambio registral se hubiera realizado, en sentencias citadas en la nota anterior. También pueden verse la SAP de Cádiz (Sección 3.ª) n. 362/2013, de 4 de noviembre , en un caso de maltrato en el ámbito familiar enjuiciado por el Juzgado de lo Penal donde el sujeto activo era varón transexual que no se había sometido a operación de cambio de sexo; la SAP de Madrid (Sección 15.ª) n. 489/2016, de 19 de septiembre , que resolvía el recurso contra una condena por un delito de quebrantamiento de medida cautelar que había sido dictado por un Juzgado de lo penal contra un varón en un proceso donde la víctima no era mujer, sino hombre, aunque tuviera apariencia femenina pero sin haberse operado ni cambiado el sexo. Y, muy especialmente, véase también el AAP de Navarra (Sección 2.ª) n. 99/2017 de 22 de marzo (, donde confirma la inhibición del Juzgado de Violencia sobre la Mujer porque la denuncia había sido interpuesta por una persona transexual que mantiene su genitalidad masculina y su género administrativo masculino, considerando que debía prevalecer el derecho constitucional a la prohibición de interpretación extensiva contra reo.

(10)

En este sentido, concluía la SAP de las Islas Baleares (Sección 1.ª) n. 162/2017 de 7 de marzo , que: «Atendiendo a los informes médicos y al resto de argumentos ya señalados, debemos entender que aunque aún no cuente con nombre y apellidos de mujer, se la reconoce médicamente como tal por lo que el asunto debe ser instruido ante el juzgado de violencia sobre la mujer que corresponda, confirmando el auto recurrido», (en este supuesto, además, la víctima se encontraba en una situación transitoria como consecuencia de que no había podido proceder al cambio registral al ser de nacionalidad brasileña). Esta también ha sido la posición de la Audiencia Provincial de Málaga en su Auto de 3 de mayo de 2010 (Rollo n. 206/10) donde concluyó que debía ser tramitado por los Juzgados de Violencia contra la Mujer un caso de agresión donde la víctima transexual, aunque no había procedido al cambio registral de su sexo por no ser nacional española, sin embargo presentaba una identificación con el género femenino y se había sometido a tratamientos hormonales.

(11)

«¿Puede un bombero asturiano ser juzgado por violencia de género tras convertirse en bombera?», *El Español*, 23/06/2017. Texto accesible en: https://www.elespanol.com/reportajes/20170522/217978759_0.html

(12)

SAP de Granada (Sección 2.ª) n. 45/2017, de 31 de enero (LEY 13321/2017).

