

Laura Esteve Alguacil
Universitat Pompeu Fabra

Arnau Nonell i Rodríguez
Universitat Pompeu Fabra

-

Análisis del Anteproyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI

Sumario

-

El pasado 29 de junio, el Consejo de Ministros aprobó 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, un texto que ha sido fuente de conflicto dentro del gobierno de coalición y que no ha pasado desapercibido en el conjunto de la sociedad española. En el presente comentario, damos noticia del articulado de un texto que aglomera cuestiones que, según el propio acuerdo de gobierno, debían haber sido tratadas en dos normas diferentes. En él hacemos especial énfasis en la incorporación del principio de autodeterminación de género, las medidas de protección contra la LGTBIfobia y las reformas civiles en materia de familia.

Abstract

-

On June 29, the Spanish Cabinet approved the Draft Bill for the Real and Effective Equality of Trans People and the Guarantee of the Rights of LGTBI People, a text that has been a source of conflict within the government and that has not gone unnoticed in Spanish society. In this commentary, we try to review the text in whole, although it agglomerates issues that, according to the government's own agreement, should be dealt with in two different bills. Special emphasis is placed on the incorporation of the principle of gender self-determination, protection measures against LGTBIfobia, and civil reforms in family matters.

Title: *Draft Act for the Real and Effective Equality of Trans People and the Guarantee of the Rights of LGTBI People*

-

Palabras clave: derechos LGTBI, autodeterminación de género, discriminación, filiación, familias no heteronormativas

Keywords: *LGBTBI rights, gender self-determination, discrimination, rainbow families*

-

1. Introducción

El punto 5.12 del Acuerdo de gobierno entre el Partido Socialista (PSOE) y Unidas Podemos¹, “Un País Orgulloso de su Diversidad”, comprometía al gobierno a aprobar (a) una “Ley Integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación”; (b) una “Ley contra la Discriminación de las Personas LGBTI”; y (c) una “Ley trans que trabaje de forma efectiva para erradicar todas las formas de discriminación hacia las personas trans en todos los ámbitos”. Siguiendo tal acuerdo, tres iniciativas diferentes se han planteado desde principios de 2021: la Proposición de “Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación”, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista el 21 de enero²; el borrador de la “Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans” y el de la “Ley para la igualdad de las personas LGTBI y para la no discriminación por razón de orientación sexual, identidad de género, expresión de género o características sexuales”, ambos elaborados por el Ministerio de Igualdad. Estos dos últimos textos no llegaron a ser tomados en consideración en el Consejo de Ministros³, razón por la que los Grupos Parlamentarios Republicano y Plural presentaron la Proposición de Ley 122/000133, para la igualdad real y efectiva de las personas trans⁴, que no accedió a trámite parlamentario⁵. Tras cierta tensión entre los dos partidos políticos del gobierno, finalmente en Consejo de Ministros de 29 de junio se aprobó 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”⁶. Este texto pretende aglomerar las cuestiones incluidas en ambos borradores anteriores y es presentado conjuntamente por los Ministerios de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, Justicia, e Igualdad.

De acuerdo con su art. 1, el objeto de la ley es el de “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”. A este fin, “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”. Además, “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”. Su ámbito de aplicación, de acuerdo con su art. 2, se extiende a “toda persona física o jurídica, de carácter público o privado, que resida, se

¹ Disponible aquí: <https://www.psoe.es/media-content/2019/12/30122019-Coalici%C3%B3n-progresista.pdf> (último acceso: 6.7.2021).

² Puede consultarse el estado de la tramitación parlamentaria de la Proposición 122/000121, aquí: https://www.congreso.es/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&iniciativas_mode=mostrarDetalle&iniciativas_legislatura=XIV&iniciativas_id=122%2F000121 (último acceso: 6.7.2021). Esta, que sería complementaria al texto del anteproyecto, establecería un “mínimo común normativo del derecho antidiscriminatorio en el territorio español”, no específico de cuestiones LGTBI.

³ Vid., por ejemplo: https://www.eldiario.es/sociedad/calvo-argumenta-ley-trans-no-preparada-nuevo-igualdad-llevarla-consejo-ministros_1_7264693.html (último acceso: 26.7.2021).

⁴ BOGC, Serie B, nº 156-1, 26.3.2021.

⁵ DSCG nº 102, 18.5.2021.

⁶ Vid. el texto completo aquí: <https://www.newtral.es/wp-content/uploads/2021/07/APL-Igualdad-Trans-LGTBI-v4-def.pdf?x32658> (último acceso 6.7.2021).

encuentre o actúe en territorio español, cualquiera que fuera su nacionalidad, origen racial o étnico, religión, domicilio, residencia, edad, estado civil o situación administrativa".

El anteproyecto consta de un título preliminar y cuatro títulos, además de diversas disposiciones adicionales, transitorias, una derogatoria y varias finales. El primer Título se refiere a la actuación de los poderes públicos. El Título segundo contiene las medidas para la igualdad real y efectiva de las personas trans, mientras que el tercero se dedica a la "Protección efectiva y reparación frente a la discriminación y la violencia por LGTBIfobia". Finalmente, el cuarto tiene por objeto las infracciones y las sanciones.

Sin haber iniciado siquiera su tramitación parlamentaria, el anteproyecto ya ha suscitado importantes polémicas y notable confusión en cuanto a su contenido, especialmente en relación con la rectificación registral del sexo de las personas (de ahora en adelante, RRSP)⁷. Por otra parte, y atendiendo al aumento reciente de agresiones LGTBIfóbicas⁸, también resulta de especial interés analizar las medidas de protección efectiva y reparación frente a la discriminación y la violencia por LGTBIfobia propuestas. A pesar de que su exposición de motivos afirma que "[e]sta ley supone la culminación definitiva del camino recorrido hacia la igualdad y la justicia social", no se le augura una tramitación parlamentaria pacífica, sino que, previsiblemente sufrirá importantes cambios. En todo caso, y precisamente por el impacto social que las cuestiones que regula están generando, resulta de especial interés un comentario jurídico al anteproyecto.

2. Actuación de los poderes públicos y políticas públicas

El primer Título del anteproyecto se centra en la actuación de los poderes públicos ante la LGTBIfobia, estableciendo unos deberes genéricos en los arts. 3 a 7⁹. Más tarde, el art. 56, perteneciente al Título II¹⁰, enuncia el deber de las Administraciones Públicas de garantizar el derecho inmediato a recibir una protección integral, real y efectiva ante una situación de

⁷ Vid., por ejemplo, este artículo en la prensa catalana de resolución de dudas y bulos respecto al texto del anteproyecto: <https://www.ccma.cat/catradio/catalunya-migdia/les-10-mentides-sobre-la-llei-trans/noticia/3109920/> (último acceso: 26.7.2021).

⁸ A lo largo de este trabajo nos referimos a LGTBIfobia como sustantivo y usamos los adjetivos LGTBIfóbico/a. A pesar de que el Anteproyecto de Ley aquí comentado hace referencia al primer término en numerosas ocasiones, no lo llega a definir. De hecho, a diferencia de algunas leyes autonómicas, no se dedica ningún apartado de la norma a la definición conceptual de la opresión ni de las distintas materializaciones discriminatorias que la misma puede tener. Así, a modo de clarificación, la LGTBIfobia se puede definir como "los hechos de intolerancia, discriminación o rechazo a lesbianas, gais, bisexuales y transexuales por razones de orientación sexual o identidad de género", tal y como hace el Observatorio Andaluz LGBT en <<https://observatorioandaluzlgbt.org/que-es-la-lgtbifobia/>> (último acceso: 26/7/2021). A esta definición podría añadirse el matiz de discriminación por razón de expresión de género y señalar que se puede dar la discriminación por asociación con el colectivo o por error cuando la persona discriminada no es LGTBI como hacen ciertas leyes autonómicas citadas en la nota 11. Se trata, además, de una violencia que parece ir en aumento. Por ejemplo, en Catalunya, según datos recogidos por el *Observatori Contra l'Homofòbia* en sus informes anuales del estado de la LGTBIfobia se puede apreciar que en el año 2016 se registraron 84 incidencias LGTBIfóbicas; 111 en 2017; 113 en 2018; 160 en 2019 y 189 en 2020. Por tanto, se puede afirmar que a pesar de tener una norma autonómica que se propone prevenir y erradicar la LGTBIfobia, la realidad es que las incidencias aumentan año tras año desde el 2016. Los informes pueden consultarse en <<https://och.cat/estat-lgtbifobia/>> (último acceso: 8/7/2021).

⁹ Se trata de los deberes de adecuación, de fomentar el reconocimiento y visibilidad de la diversidad sexo-afectiva y familiar, de impulsar estudios estadísticos en la materia y de colaborar entre Administraciones públicas a través de la Conferencia Sectorial de Igualdad. Por otro lado, el art. 8 configura el Consejo de Participación como el "órgano de participación ciudadana en materia de derechos y libertades de las personas LGTBI". Un órgano ya existente, de reciente creación, mediante la Orden IGD/577/2020.

¹⁰ Relativo a la "protección efectiva y reparación frente a la discriminación y la violencia por LGTBIfobia".

discriminación. Y el art. 57 expone el deber de intervención de las Administraciones Públicas ante supuestos de discriminación LGTBIfóbica.

Entre los deberes de los poderes públicos, la colaboración entre administraciones deviene especialmente importante en una materia en la que las Comunidades Autónomas, en el sí de sus competencias, han ido desarrollando durante la última década leyes sectoriales que han tenido por objeto la prevención y erradicación de la LGTBIfobia¹¹. A pesar de que esto podría suponer un gran avance en la conquista de derechos LGTBI, la disparidad geográfica provoca que, dependiendo de la región española en la que la persona LGTBI se encuentre, goce de más o menos protección, lo que afecta seriamente al principio constitucional de igualdad. Por este motivo, la aprobación de este anteproyecto ofrecería cierta seguridad jurídica en materia de protección y garantía de derechos a las personas LGTBI en todo el país.

Por otro lado, el Capítulo II del Título I enuncia una serie de políticas públicas para la igualdad real y efectiva y la no discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales (en adelante, OIEGCS) de las personas LGTBI. Sin embargo, encontramos muchos otros ejemplos o cierta concreción de estas medidas a lo largo de todo el articulado. Por simplicidad, comentamos sus aspectos más relevantes conjuntamente.

La herramienta principal en materia de políticas públicas parece ser la elaboración, por parte de la Conferencia Sectorial de Igualdad, de una Estrategia Estatal para la Igualdad de Trato y No Discriminación de las Personas LGTBI¹² con carácter cuatrienal y sometida a evaluación tras cada periodo. Especialmente en un campo tan nuevo como el de las políticas públicas de prevención en materia LGTBI, es esencial que los poderes públicos se recaben la información necesaria y

¹¹ Son la Ley del País Vasco 14/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales; la Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gais, transexuales, bisexuales e intersexuales en Galicia; la 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; Ley catalana 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gais, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia; la Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura; la Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid; la Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; la Ley de les Illes Balears 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gais, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia; la Ley 8/2017, de 7 de abril, integral del reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género en la Comunitat Valenciana; la Ley Foral de Navarra 8/2017, de 19 de junio, para la igualdad social de las personas LGTBI+; la Ley 4/2018, de 19 de abril, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad Autónoma de Aragón; la Ley cántabra 8/2020, de 11 de noviembre, de Garantía de Derechos de las Personas Lesbianas, Gais, Trans, Transgénero, Bisexuales e Intersexuales y No Discriminación por Razón de Orientación Sexual e Identidad de Género; y la Ley canaria 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales. En la actualidad, tan solo Castilla-La Mancha, Castilla y León, La Rioja y Asturias no cuentan con ninguna ley en vigor de protección a las personas LGTBI o, en particular, de las personas trans, aunque en todas estas Comunidades existen iniciativas legislativas al respecto.

¹² Muy similar a la Estrategia, el anteproyecto también prevé la elaboración de una Estrategia estatal para la inclusión social de las personas trans en su art. 46.

efectúen con el rigor suficiente una evaluación que permita perfilar las políticas públicas y su correspondiente ejecución en este campo¹³.

Por otro lado, es relevante poner de manifiesto la inclusión de la discriminación múltiple e interseccional como cuestión a incorporar en la Estrategia Estatal para la Igualdad de Trato y no Discriminación de las Personas LGTBI. La discriminación múltiple describe la situación en que la actitud discriminatoria tiene lugar por razón de varias causas que actúan a la vez, pero aisladamente. Mientras que, en la discriminación interseccional, las múltiples causas operan e interactúan las unas con otras de manera inseparable lo que acaba produciendo un tipo de discriminación diferente y específico¹⁴. Como cualquier grupo social, el colectivo LGTBI es tremendamente diverso y sus miembros pueden encontrarse atravesados por otros ejes de opresión como puede ser la clase social, el género, la racialización, o la discapacidad, entre muchos otros. Atender el problema de la discriminación únicamente desde una característica, pertenecer al colectivo LGTBI, puede resultar insuficiente para erradicarla. Es de celebrar, pues, que sea una cuestión que el anteproyecto tiene en cuenta, en la línea de lo que propone, por ejemplo, el art. 6 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)¹⁵ y de diversas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁶. En este sentido también encontramos el Capítulo III del Título III del anteproyecto, sobre Protección de los derechos de personas LGTBI especialmente vulnerables. En cada uno de los artículos que lo conforman, encontramos consideraciones respecto a distintos colectivos vulnerables que interseccionan con el LGTBI¹⁷: personas menores de edad¹⁸, personas con discapacidad y/o en

¹³ Ahora bien, es común que este tipo de iniciativas sean recibidas con cierto escepticismo. En el caso de Catalunya, en relación con la aplicación de la *Llei 11/2014 per a garantir els drets LGBTI i per erradicar l'homofòbia, la bifòbia i la transfòbia*, existe una importante discrepancia entre el informe institucional elaborado por encargo de la Generalitat de Catalunya [Institut Diversitas, *Informe Avaluació del Procés d'Implementació de la Llei 11/2014*, Barcelona, 2017, pp. 1-99; disponible aquí: https://treballiaferssocials.gencat.cat/web/.content/03ambits_tematicos/09lgtbi/Llei11_2014/INFORMEFIN_AL.pdf (última consulta: 26.7.2021)], que arrojó unos resultados muy positivos sobre la implementación de la norma, y los informes recabados durante el mismo periodo por el *Observatori Contra l'Homofòbia* (en adelante, OCH, es una asociación enmarcada dentro del activismo LGTBI catalán que tiene como objetivo general ser una herramienta del colectivo LGTBI para luchar contra la LGTBIfobia y denunciar las agresiones de este tipo en todas sus formas, así como para dar soporte psicológico y asesoramiento jurídico a las víctimas), los cuales evidencian la insatisfacción de las personas del colectivo LGTBI en lo relativo a los objetivos estipulados en la norma autonómica.

¹⁴ EUROPEAN AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS AND COUNCIL OF EUROPE, *Handbook on European non-discrimination law*, Publications Office of the European Union, 2018, p. 59

¹⁵ Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de la ONU (CEDAW), General Recommendation No. 28 on the Core Obligations of States Parties under Article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 16 de diciembre 2010, CEDAW/C/GC/28, par. 18.

¹⁶ Vid., por ejemplo, la decisión *B.S. contra España*, No. 47159/08, de 24 de julio de 2012, en la que se reconoce la desatención por parte de los tribunales españoles a la especial situación de vulnerabilidad de la solicitante como mujer de origen africano que ejercía la prostitución; o la decisión *S.A.S contra Francia* [GC], No. 43835/11, de 1 de julio de 2014, en la que a pesar de que el TEDH no estableciera la existencia de discriminación, sí que reconoció que la prohibición de cubrir el rostro en público podía tener efectos especialmente negativos en las mujeres musulmanas.

¹⁷ Excepto en relación con las personas intersexuales, incluidas en el art. 71, cuya condición de intersexualidad no supone una intersección con su pertenencia al colectivo LGTBI, sino que es precisamente su razón.

¹⁸ En este ámbito destaca el art. 66, que establece que no respetar la orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales de una persona menor por parte de su familia podrá tenerse en cuenta a efectos de valorar una situación de riesgo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 de la

situación de dependencia, personas extranjeras, personas mayores y personas LGTBI en el ámbito rural. Además, vale la pena destacar que la discriminación múltiple o interseccional implica, en el marco del régimen administrativo sancionador previsto en el mismo anteproyecto, el incremento en un grado del tipo infractor previsto para infracciones leves y graves (art. 76).

Entre las medidas en el ámbito **administrativo** que prevé el anteproyecto destacan la posibilidad de incluir como criterios de adjudicación o condiciones especiales de ejecución consideraciones sociales dirigidas a la promoción de la igualdad de trato y no discriminación por OIEGCS. Una concretización de lo ya dispuesto en los arts. 145 y 202 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero, de escasa relevancia práctica si se tiene en cuenta, además que se establece como una mera posibilidad. Por otro lado, deberá impulsarse la formación continua en temas LGTBI para el personal al servicio de las Administraciones Públicas. Una cuestión que tras ser eventualmente concretada y materializada podría contribuir a reducir el descontento que las víctimas de LGTBIfobia expresan en relación con el nivel de conocimientos respecto a las discriminaciones específicas que padecen por parte de los diferentes profesionales con los que tienen contacto¹⁹. Finalmente, las Administraciones Públicas deberán adoptar las medidas necesarias para procurar que la documentación administrativa y los formularios se adecuen a la diversidad sexo-afectiva y familiar; especialmente en relación con la homoparentalidad, la parentalidad trans, la autodeterminación del género²⁰.

El anteproyecto también establece diferentes medidas en los ámbitos laboral; de la salud; la educación; la cultura, el ocio y el deporte; la publicidad y los medios de comunicación social e internet; la familia, la infancia y la juventud; y la acción exterior y protección internacional. A duras penas estas pasan de ser meras declaraciones pedagógicas bienintencionadas. Por ejemplo, el art. 14 hace hincapié en la igualdad de trato y de oportunidades de las personas LGTBI en el **trabajo**, pero no concreta ninguna medida para llevarla a cabo, especialmente en el ámbito privado²¹. A lo sumo, podemos destacar que se consideran infracciones graves conductas tales como la obstrucción o negativa absoluta a la actuación de la inspección; o la implantación, impulso o tolerancia de prácticas laborales discriminatorias en empresas que reciban subvenciones, bonificaciones o ayudas públicas²²; y, como infracción muy grave, el hecho de establecer criterios o condiciones, para el acceso al empleo, la permanencia en el mismo, las condiciones de trabajo, incluidas las de despido y remuneración, la promoción profesional o la formación profesional, que constituyan discriminación. Por otro lado, los arts. 48 y 49 se ocupan de las medidas específicas para las personas trans en esta materia. Llama positivamente la atención que, aun sin dejar de ser un simple enunciado bien intencionado, se haga referencia a las necesidades específicas de este colectivo en general y de las mujeres trans en concreto, dado que según un estudio realizado por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

¹⁹ OBSERVATORI CONTRA L'HOMOFÒBIA, *L'estat de la LGTBIfòbia a Catalunya* 2015, pp. 1-51, en p. 40.

²⁰ Se trata de una disposición que recuerda a la reforma operada en relación con el Libro de Familia y el moderno de asientos y certificaciones del Registro civil mediante la Orden JUS/568/2006, tras la aprobación del matrimonio de personas del mismo sexo.

²¹ Sin ir más lejos, podría haberse introducido la obligación de contemplar la perspectiva LGTBI en los planes de igualdad en las empresas o la obligación de realizar un "Plan LGTBI".

²² Es bastante cuestionable que el legislador considere infracción únicamente aquella que llevan a cabo empresas que reciben subvenciones. No se acaba de entender por qué tal actuación por parte de cualquier empresa no debiera tener la consideración de infracción.

Europea (FRA) sobre población trans en España, solo el 31% de ésta se encuentra en situación de empleo remunerado²³.

En lo que respecta a las medidas en el ámbito de la **salud**, destaca la prohibición de 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, incluso si cuentan con el consentimiento de las personas interesadas o de sus representantes legales del art. 16²⁴. Esta prohibición viene aparejada de la consecuente tipificación como infracción administrativa muy grave [art. 77.4.d)]. En relación con la atención sanitaria a las personas trans, es positivo que se consagren como principios de obligada observancia la no patologización, la autonomía, la codecisión y consentimiento informado, la no discriminación, la asistencia integral, la calidad, la especialización, la proximidad y la no segregación. Aun así, se echa de menos una disposición más clara que garantice a las personas trans a los servicios especializados que necesiten, de acuerdo con su realidad corporal y no necesariamente con su sexo registral.

La quinta sección trata sobre **educación**. Entre las medidas más relevantes podemos encontrar la incorporación, en el currículo de las distintas etapas educativas, del principio de igualdad de trato y no discriminación por las causas previstas en esta Ley y del conocimiento y respeto a la diversidad sexo-afectiva y familiar de las personas LGBTI. Esto, sumado a la producción de material escolar en el que se introduzcan referentes positivos del colectivo y a la consideración de infracción administrativa muy grave “la elaboración, utilización o difusión en centros educativos de materiales didácticos que presenten a las personas como superiores o inferiores en dignidad humana en función de su OIEGCS” [art. 77.4e)], puede ayudar a formar y sensibilizar al estudiantado en esta materia. Por otro lado, también es relevante que se prevea proporcionar formación al profesorado en este campo con el objetivo de que pueda efectuar una docencia respetuosa con el colectivo LGTBI, que le permita detectar situaciones de *bullying* LGTBIfóbico y discriminación por el mismo motivo en el hogar. En relación con las personas trans, destaca, negativamente a nuestro parecer, la previsión del art. 54, según la cual se tratará al alumnado menor de edad conforme al nombre registral. Esto es potencialmente perjudicial, dado que, a pesar de las flexibilizaciones introducidas por la norma, no todas las personas menores de edad trans llevarán a cabo el cambio de nombre registral. Por ello, la redacción de muchas leyes autonómicas actuales es más beneficiosa para los menores en tanto que reconocen el derecho a ser nombrado con el nombre autoasignado y a ser tratado de acuerdo con la identidad de género²⁵.

En el articulado referente al **deporte** destaca que se eluda un punto que ha resultado conflictivo en el debate social coetáneo a la elaboración e intentos de aprobación de la Ley: la participación de la persona trans autodeterminada, que no se haya sometido a tratamiento hormonal, en competiciones de acuerdo con su género sentido. La DA 5ª del anteproyecto aclara que, en este aspecto, se estará a lo dispuesto en la normativa aplicable, por lo que no se prevén modificaciones en esta materia, a pesar del conflicto y los problemas que puede suponer para las personas trans

²³ Pueden consultarse los datos del estudio en <https://fra.europa.eu/en/data-and-maps/2020/lgbti-survey-data-explorer> (última consulta: 20.7.2021).

²⁴ Este punto es de especial relevancia dado que en los últimos años se han conocido casos de publicidad de terapias de conversión en aplicaciones usadas típicamente por personas LGTBI: <https://www.20minutos.es/noticia/4143214/0/nueva-web-curar-homosexualidad-elena-lorenzo-denuncia-arcopoli/> (último acceso: 20/7/2021)

²⁵ Así, el art. 15 de la ley andaluza, el art. 23 de la ley catalana y el art. 20 de la ley extremeña, todas ellas citadas en la nota 11.

tras la legalización de la autodeterminación del género, que es objeto de análisis en el apartado 3.2 de este trabajo.

A su vez, resulta importante la consideración de **publicidad ilícita** en los términos de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad toda comunicación discriminatoria por razón de OIEGCS; así como también la prohibición de discriminación en el tratamiento de la información, en los contenidos y la programación por parte de los medios de comunicación social.

Por otro lado, también son destacables las medidas de protección contra el **ciberacoso** del artículo 28, dado que entre 2014 y 2019, cerca del 70% de personas pertenecientes al colectivo LGTBI en diversos países de Europa han sido acosadas en redes²⁶. Para paliar estas preocupantes situaciones de discriminación en línea, el anteproyecto establece el deber de las Administraciones Públicas, de prevenir, sensibilizar y erradicar el ciberacoso por razón de OIEGCS y, sin embargo, no prevé la tipificación específica de estas conductas en su régimen administrativo sancionador.

Finalmente, los arts. 34 a 36 se refieren a la **acción exterior** y a la **protección internacional** para garantizar el acceso efectivo de las personas solicitantes al procedimiento para el reconocimiento de la protección internacional por las causas relacionadas con la OIEGCS. El art. 36 establece que el personal al servicio de las Administraciones Públicas que participe en alguna de las fases del procedimiento y de la acogida recibirá una formación adecuada para el tratamiento no discriminatorio de las solicitudes y de las personas solicitantes. En esta línea, se prohíbe la utilización en el procedimiento de medios de prueba de la orientación o identidad sexual de la persona solicitante que vulneren sus derechos fundamentales, lo que nos hace preguntarnos si la mera necesidad de prueba de tal condición ya no es, en sí, una vulneración de derechos. Además, se deberán activar recursos de acogida específicos que permitan disponer de espacios seguros para la realidad LGTBI, teniendo en cuenta, además, otras vulnerabilidades o necesidades específicas. Ahora bien, esta declaración de intenciones contrasta con la escasa eficacia de los mecanismos de protección y asilo en el estado español: de acuerdo con la Comisión Española de Ayuda al Refugiado, en 2019 España sólo aceptó el 5,2% de solicitudes de asilo²⁷.

Finalmente, la DA 3ª del anteproyecto también está dedicada a políticas públicas para las personas trans, dado que se refiere a la obligatoriedad de modificar el art. 116 del Reglamento Penitenciario en el plazo de seis meses desde la aprobación de la norma con el objetivo de trasladar la Instrucción 7/2006 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias sobre integración penitenciaria de personas transexuales. Esta Instrucción incorpora un procedimiento de determinación de la identidad personal para su internamiento con criterios basados en la identidad psico-social del género, y no uno basado en la apariencia de la persona. Llama la atención que, a pesar del pretendido carácter innovador del anteproyecto en materia de autodeterminación de género, en relación con la política penitenciaria, mantenga los mismos criterios desde 2006, acordados incluso con anterioridad a 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 (en adelante, Ley 3/2007).

²⁶ En concreto, se trata de un informe realizado con datos de España, Portugal, Bélgica, Lituania, Letonia, Estonia, Hungría, Bulgaria y Reino Unido. Para más información, puede leerse la nota de prensa de FELGTB, que participó en el estudio desarrollado bajo el proyecto *Speak Out: Fight Back Against Homophobia and Transphobia* en [HTTPS://FELGTB.ORG/BLOG/2020/10/29/CASI-EL-70-DE-LAS-PERSONAS-LGTBI-HAN-SUFRIDO-LGTBIFOBIA-A-TRAVES-DE-LAS-REDES-SOCIALES-FELGTB-ANIMA-A-DENUNCIAR-LOS-DELITOS-DE-ODIO/](https://felgtb.org/blog/2020/10/29/casi-el-70-de-las-personas-lgtbi-han-sufrido-lgtbifobia-a-traves-de-las-redes-sociales-felgtb-anima-a-denunciar-los-delitos-de-odio/) (último acceso: 22.7.2021).

²⁷ El informe puede consultarse aquí: [HTTPS://WWW.CEAR.ES/INFORME-CEAR-2020/](https://www.cear.es/informe-cear-2020/) (última consulta: 21.7.2021).

3. Medidas de protección contra la LGTBIfobia

3.1. Cláusulas contractuales discriminatorias y responsabilidad derivada de actos de discriminación

El artículo 58 del anteproyecto se adentra en el terreno del derecho de contratos y declara que se tendrán por nulas y no puestas las cláusulas contractuales discriminatorias “o que vulneren cualquier derecho fundamental”. En el caso que un juez declare una o más cláusulas inválidas por este motivo, el contrato se integrará según el artículo 1258 del Código Civil y se determinará la indemnización correspondiente.

Aunque similar al art. 10 de la LO 3/2007, que establece la nulidad de todos los “actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo”, este artículo se refiere únicamente a cláusulas contractuales y no así a cualquier acto o negocio jurídico, lo que limita injustificadamente su ámbito de aplicación. Además, contiene una formulación excesivamente vaga, al referirse de manera genérica a la vulneración del derecho a la no discriminación, sin especificar ninguna razón para esta, y de “cualquier otro derecho fundamental”. Se deja pasar, por tanto, una oportunidad de configurar técnicamente y prohibir fehacientemente la discriminación por razón de OIEGCS en el ámbito privado. Sí que resulta positivo, por el contrario, que se apueste explícitamente por el principio de conservación del negocio jurídico, una necesidad que se había puesto de manifiesto en relación con el art. 10 de la LO 3/2007²⁸.

La parte final del artículo se refiere a la posible indemnización por los perjuicios sufridos. Esto debe ponerse en relación con el art. 62 del anteproyecto que se refiere a la responsabilidad jurídica de quien “cause discriminación directa, acoso discriminatorio, instrucciones u órdenes de discriminar o represalias”, por razón de OIEGCS. De una redacción mejorable, es preocupante que el precepto tan solo se prevea la responsabilidad de quien discrimine directamente y no de quien lo haga de manera indirecta, una forma de discriminación plenamente integrada y sancionada por nuestro ordenamiento jurídico. Por el contrario, es de celebrar que el artículo disponga que, acreditada la discriminación, deberá presumirse el daño moral. Una disposición que ya venía incluida en el Proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación presentado en 2011²⁹, así como también en el art. 24 de la Proposición de Ley 122/000121, actualmente en tramitación³⁰.

Vale la pena destacar que la realización de actos o la imposición de disposiciones o cláusulas en los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación también se tipifica como infracción administrativa grave en el art. 77.3.b); así como también que se considere infracción muy grave la conducta de denegación del acceso a los establecimientos, bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluida la vivienda, por razón de OIEGCS.

3.2. Medidas en el ámbito judicial

Por otro lado, el artículo 59 trata sobre la tutela judicial en los casos de LGTBIfobia, especificando que ésta puede comprender medidas cautelares, la prevención de violaciones inminentes o ulteriores, la indemnización de los daños y perjuicios causados y el restablecimiento de la

²⁸ Vid. Ariadna AGUILERA RULL, *Contratación y diferencia. La prohibición de discriminación por sexo y origen étnico en el acceso a bienes y servicios*, Tirant lo Blanch, València, 2013, p. 310.

²⁹ Proyecto de Ley 121/000130 de la IX Legislatura. Para un comentario completo a la Presunción de existencia de daños morales, vid. Ariadna AGUILERA RULL, “El Proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación”, *InDret*, 3/2011.

³⁰ Vid. nota 2.

persona perjudicada en el pleno ejercicio de su derecho. Por otro lado, la DF 5ª introduce un segundo párrafo al apartado 4 del artículo 11 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Así, se establece, que cuando resulte necesario para proteger los derechos de la víctima o grupos o personas discriminadas, los jueces y tribunales pueden acordar medidas de restricción o interrupción de la prestación de servicios o de retirada de datos de páginas de Internet³¹.

A pesar de no hacerlo de manera explícita, este artículo parece permitir entablar una acción de cesación en la conducta discriminatoria, algo digno de celebrar teniendo en cuenta su efectividad para erradicar conductas de discriminación de alcance masivo. En palabras de AGUILERA RULL: “La obligación de indemnizar el daño sufrido por una víctima individual no crea suficientes incentivos al discriminador para cesar en la adopción de la práctica contractual discriminatoria, que por llevarse a cabo repetidas veces puede reportar al discriminador beneficios muy elevados”³². Si bien puede incentivarse la cesación mediante el régimen administrativo sancionador que la misma norma prevé, conviene posibilitar también el ejercicio una acción de cesación civil en materia de discriminación por OIEGCS³³.

El artículo 61 se refiere a la carga de la prueba en procesos judiciales en los que la parte actora alegue discriminación por OIEGCS. En estos casos, la carga de la prueba de la no discriminación se desplaza hacia la persona demandada, de igual manera que se prevé para los casos de discriminación por razón de sexo en el art. 13 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y para los casos de discriminación por origen racial o étnico en el art. 32 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. En este sentido, la DF 3ª modifica el apartado 7 del artículo 60 la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LRJCA) y su DF 4ª, y el apartado 5 del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para reflejar esta inversión de la carga de la prueba sobre actuaciones discriminatorias por razón de OIEGCS.

Se establece, en el art. 60, la posible legitimación de ciertos tipos de asociaciones y organizaciones legalmente constituidas para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI afiliadas o asociadas en procesos judiciales civiles, contencioso-administrativos y sociales, siempre que cuenten con su autorización expresa, y para demandar en juicio la defensa de los intereses difusos cuando las personas afectadas sean una pluralidad indeterminada o de difícil determinación. Por otro lado, el art. 63 consagra un derecho a la atención y al asesoramiento jurídico en esta materia, algo un tanto vacío de contenido ya que no debe entenderse que este se provea de manera gratuita, de acuerdo con la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. En un sentido similar el art. 64, el derecho a la asistencia integral y especializada de las víctimas de violencia LGTBIfóbica. De manera más concreta, el art. 65 prevé que las personas LGTBI que sufran violencia en el ámbito familiar podrán acogerse a la orden de protección contemplada en el apartado 1 del artículo 544 ter LECrim; así como ciertos derechos derivados de un cambio de residencia tras una sentencia condenatoria por un delito de violencia doméstica.

³¹ Además, la no retirada de vejaciones en sitios web o redes sociales se tipifica como una infracción administrativa grave, de acuerdo con el art. 76.3.a).

³² AGUILERA RULL, *Contratación y diferencia...*, p. 312.

³³ Piénsese, por ejemplo, en los famosos casos anglosajones de discriminación en la venta de pasteles de boda: *Masterpiece Cakeshop, Ltd., et al. v. Colorado Civil Rights Commission et al.* 584 U.S. ___ (2018), en EEUU, o *Lee v. Ashers Baking Company* ([2018] UKSC 49), en Reino Unido. También en el caso británico de denegación, por política empresarial, de habitaciones de matrimonio a parejas homosexuales, *Bull and Bull v. Hall and Preddy* ([2013] UKSC 73).

3.3. Régimen administrativo sancionador

Tal y como se ha ido poniendo de manifiesto y siguiendo el talante de las leyes autonómicas análogas a ésta, para cumplir con el objetivo de garantizar el derecho a la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI y sus familias, se recurre al establecimiento de un régimen administrativo sancionador específico en materia LGTBIfóbica.

A pesar de tratarse de una norma de carácter estatal, la competencia sancionadora, será generalmente autonómica (el art. 73), sin perjuicio que pueda llegar a ser de ámbito local o estatal en determinados supuestos. Las infracciones se tipifican en leves, graves y muy graves (arts. 76), con un plazo de prescripción de 9 meses, 2 y 3 años, respectivamente. Entre las que no se han comentado anteriormente a lo largo del trabajo, destaca la consideración del acoso discriminatorio como infracción muy grave. A pesar de que el anteproyecto no contiene una definición al respecto, de acuerdo con la normativa europea³⁴, el acoso discriminatorio consiste en una conducta indeseada y relacionada con una característica protegida que tiene por objetivo o produce el efecto de violar la dignidad de la persona y/o crear un ambiente intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo³⁵.

Las sanciones pueden tener carácter pecuniario o no pecuniario. De hecho, si se cuenta con el consentimiento de la persona sancionada, y siempre que no se trate de infracciones muy graves, se podrá sustituir la sanción económica por cualquier medida alternativa que tenga la finalidad de sensibilizar a la persona infractora sobre la igualdad de trato y no discriminación por razón de OIEGCS y de reparar el daño moral. En el caso de las sanciones económicas, estas deberán fijarse dentro de un intervalo comprendido desde los 200 euros para infracciones leves a 150.000 euros para infracciones muy graves. Su determinación debe obedecer al principio de proporcionalidad y adecuarse a circunstancias como la intencionalidad de la persona infractora y su posible reincidencia, la existencia o no victimización secundaria, la trascendencia o relevancia social de los hechos, o el beneficio que haya obtenido la persona infractora, entre otros. También se prevén algunas sanciones no pecuniarias como el apercibimiento, en caso de infracciones leves; la supresión, cancelación, suspensión total o parcial o prohibición de acceder a ayudas públicas; o el cierre del establecimiento en que se haya producido la discriminación; todo ello por un tiempo determinado en el caso de infracciones graves y muy graves.

En relación con el régimen administrativo sancionador, vale la pena recuperar una aproximación que hace BODELÓN refiriéndose a la violencia machista y el ámbito penal:

La función de prevención de la violencia machista ha de venir de un trabajo multidisciplinar que desborda el ámbito penal y que se sitúa en todos los ámbitos sociales, aunque obviamente mientras exista un sistema penal la pasividad o actividad de este sistema también emite un mensaje a los actores sociales. Por tanto, el papel del derecho penal ha de ser un papel residual vinculado a la protección y garantía ante los derechos violados por la violencia de género³⁶.

Su posición puede extrapolarse al caso de la LGTBIfobia, dado que al fin y al cabo la finalidad punitiva del Derecho Penal también se da en el Derecho Administrativo sancionador y su

³⁴ Por ejemplo, el art. 2(3) de la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

³⁵ EUROPEAN AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS AND COUNCIL OF EUROPE, *Handbook on European non-discrimination law*, cit., p. 64.

³⁶ Encarna BODELÓN, “Violencia institucional y violencia de género”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 48, 2014, pp. 131-155, en p. 152.

afirmación (respecto al colectivo de las mujeres en este caso), es una afirmación de la cual se pueden inferir conclusiones similares para el colectivo LGTBI. Así, sería importante que el anteproyecto no hiciera recaer la mayor parte de la responsabilidad de garantizar la igualdad real y no discriminación en este, sino que su desarrollo supusiera un verdadero despliegue de políticas públicas preventivas concretas.

4. Rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas trans

La nueva regulación que el anteproyecto propone en relación con la RRSP es una de sus novedades más importantes, esperadas y también controvertidas. La aplicación del principio de autodeterminación, que se plasma en el art. 37.4, el cual excluye, en todo caso, la exigencia de los requisitos de un informe médico y psicológico que acredite la disconformidad con el sexo asignado al nacer y de modificación corporal mediante tratamiento médico³⁷. Ésta venía siendo desde hace años una reivindicación de colectivos de personas trans y LGTBI; forma parte de la recomendación nº 2 del Informe sobre el reconocimiento legal del género elaborado por la Comisión Europea en 2020³⁸ y se incluye en el principio nº 3 de Yogyakarta, que insta a los estados a no exigir requisitos tales como la cirugía, la esterilización o el tratamiento hormonal para ver reconocido el género de las personas³⁹. Además, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) ha ido progresivamente ampliando el alcance de protección del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en esta materia, declarando su vulneración en los casos en los que los estados requieren, para acceder a la RRSP, cambios físicos irreversibles⁴⁰.

Sin embargo, haberse sometido a un tratamiento hormonal “durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado” y contar con un diagnóstico de “disforia de género” son precisamente los dos requisitos que exige en la actualidad la Ley 3/2007. Unos requisitos que se entienden hoy día obsoletos por resultar patologizantes y estigmatizantes para con las personas trans. En este sentido, han sido varias las iniciativas legislativas que, desde 2017, han propuesto una reforma del ordenamiento jurídico español para incluir el principio de autodeterminación de género⁴¹. El anteproyecto mantiene la apuesta por este principio, es decir, que la mera manifestación de la voluntad de la persona sea

³⁷ Similar a lo que hace la propia Ley 3/2007 respecto a la cirugía de afirmación de género en su art. 4.2.

³⁸ [Directorate-General for Justice and Consumers \(European Commission\)](#), *Legal gender recognition in the EU*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2020, pp. 206-207.

³⁹ Los Principios de Yogyakarta constituyen un documento de *soft law* que aborda una serie de estándares internacionales de derechos humanos y su aplicación a cuestiones relativas a la orientación sexual y la identidad de género. Pueden consultarse aquí: www.yogyakartaprinciples.org (última consulta: 19.7.2021).

⁴⁰ *A.P., Garçon y Nicot c. Francia* (asuntos nº 79885/12, 52471/13 y 52596/13), decididos el 6.4.2017

⁴¹ La primera fue propuesta por el Grupo Parlamentario socialista: la Proposición de Ley 122/000072 (BOCG, Serie B, nº 91-1, 3.3.2017; informe de la ponencia, BOCG 12.3.2019) proponía reformar la Ley 3/2007 para dejar de requerir informes médicos y/o modificaciones corporales, apostando por el principio de autodeterminación. Sin embargo, en los últimos años, ha aparecido cierta reacción en contra, incluso en las filas del Partido Socialista. Las últimas propuestas para incorporar el principio de autodeterminación en el ordenamiento jurídico español y que, a diferencia del presente anteproyecto, no han contado con el apoyo del Partido Socialista, son un borrador elaborado por parte del Ministerio de Igualdad (disponible aquí: https://www.newtral.es/wp-content/uploads/2021/02/2021-02-02_Borrador-Ley-Trans.pdf?x41273 ; último acceso: 13.7.2021) y la Proposición de Ley 122/000133 (BOGC, Serie B, nº 156-1, 26.3.2021), presentada por los GP Republicano y Plural, presentado tras el bloqueo del borrador anterior en el seno del Gobierno.

suficiente para proceder a la rectificación registral. Aun así, no se establece de manera clara como un principio rector de la ley, sino que debe inferirse del art. 37.4 del anteproyecto.

4.1. Legitimación

a. Nacionalidad española

Respecto a la legitimación para acceder a la RRSP, el art. 37 del anteproyecto mantiene el requisito de la nacionalidad española que exige actualmente la Ley 3/2007. La única novedad y flexibilización en este sentido se introduce en el art. 44, cuya redacción actual parece contener un error esencial. Éste establece que las administraciones públicas deberán habilitar procedimientos mediante los cuales las personas apátridas y las personas extranjeras sin (sic) residencia legal en España puedan interesar la RRSP y el cambio de nombre en los documentos que se les expidan. No se entiende la exclusión de las personas extranjeras con residencia legal en España si no es como consecuencia de un error de redacción. Entre otras cosas, resultaría contradictorio modificar la documentación oficial española a aquellas personas a las que el estado no reconoce como residentes legales. Pero, más allá de este probable error, algunas asociaciones de personas trans migrantes han criticado la disposición por establecer un criterio diferente entre las personas extranjeras y las personas con nacionalidad española⁴². Para las primeras, no es suficiente la mera manifestación y solicitud de rectificación de su documentación española, es decir, la autodeterminación, sino que resultará necesario acreditar la imposibilidad legal o de hecho de acceder a la rectificación o el cambio de nombre en su país de origen.

b. Personas menores de edad

La otra limitación a la capacidad para acceder a la RRSP es la relativa a la edad. Respecto de los menores de edad, el anteproyecto amplía la redacción original de la Ley 3/2007, pero no de la misma manera en que lo hizo el Tribunal Constitucional en su STC 99/2019, de 18 de julio (RTC 2019\99). Este pronunciamiento declaró inconstitucional la exclusión de la RRSP a aquellos menores con “suficiente madurez” y en una “situación estable de transexualidad”, sin concretar edad mínima o franja de edad alguna⁴³. Por el contrario, el anteproyecto de ley establece un sistema de franjas. En primer lugar, se habilita una legitimación general a partir de los 16 años. Las personas menores de 18, pero mayores de 16, podrán acceder al trámite en nombre propio sin necesidad de representación, igual que un mayor de edad que no tenga determinada ninguna medida de apoyo. En cambio, los menores de 16, pero mayores de 14, deberán ser representados por sus progenitores y, en caso de desacuerdo, deberá nombrarse un defensor judicial para el menor. En el borrador que inicialmente se propuso en febrero desde el Ministerio de Igualdad, en cambio, la edad mínima para acceder a la RRSP con consentimiento parental era de 12 años, no de 14.

Precisamente respecto a los menores a partir de 12 años, aunque el propio art. 37 no hace ninguna mención⁴⁴, el apartado uno de la DF 7ª del anteproyecto introduce un nuevo capítulo XI

⁴² Un ejemplo de ello puede encontrarse en la nota de prensa de la asociación de personas migrantes y refugiadas LGTBI+, Kifkif, de 29.2.2021: <https://kifkif.info/kifkif-reclama-la-inclusion-de-las-personas-trans-migrantes-refugiadas-y-solicitantes-de-asilo-en-la-ley-trans-y-lamenta-su-exclusion-en-la-propuesta-que-ha-aprobado-este-martes-el-consejo-de-ministr/> (último acceso: 8.7.2021).

⁴³ Para un estudio de las posibilidades de regulación del acceso a la RRSP, así como a los tratamientos médicos de afirmación de género, por parte de personas menores de edad, vid. Laura ESTEVE ALGUACIL y Esther FARNÓS AMORÓS, “Menores trans: decisiones relativas a la rectificación registral del sexo y a los tratamientos médicos asociados”, *LA LEY Derecho de familia*, nº 30 abril-junio (número monográfico sobre Derecho Privado y autodeterminación de género), nº 30, 1 de abril de 2021, pp. 35.

⁴⁴ Algo que, por otra parte, no se comprende.

en el Título II de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV), relativo a la aprobación judicial de la RRSP para mayores de doce años y menores de catorce. Para promover dicho expediente de jurisdicción voluntaria, el menor deberá ser representado por sus progenitores y la intervención del Ministerio Fiscal será preceptiva. En su transcurso, deberá acreditarse la estabilidad en la “disconformidad con el sexo mencionado en su inscripción de nacimiento” por cualquier medio de prueba, incluso declaraciones testificales por parte de personas mayores de edad que pueden ser parientes o amigos del menor. La resolución judicial, sin embargo, no puede condicionarse, de acuerdo con el anteproyecto, a la presentación de informes médicos ni a la previa sumisión a modificaciones corporales. Pese a ello, y sin razón aparente, al exigir prueba de la estabilidad en la disconformidad en los casos de menores de edad de entre 12 y 14 años el anteproyecto se desvía del principio de la autodeterminación. Un procedimiento de jurisdicción voluntaria en el caso de estos menores debería tener únicamente el objetivo de constatar la suficiente madurez del menor para entender la decisión, algo que también contempla el anteproyecto. Para ello, obliga a la autoridad judicial a facilitar a la persona menor de edad la información sobre las consecuencias jurídicas de la RRSP y “toda la información complementaria que proceda, en un lenguaje claro, accesible y adaptado a sus necesidades”.

El anteproyecto incluye otra novedad respecto de los menores de edad: la posibilidad de cambio de nombre propio. Su art. 45 reconoce, indirectamente, el derecho de las personas menores de edad a cambiar su nombre sin cambiar su mención de sexo registral⁴⁵, en la línea de lo establecido en Instrucción DGRN⁴⁶ de 23 de octubre de 2018 y obliga a las Administraciones públicas y a cualquier persona “natural o jurídica” a expedir “todos los documentos de la persona menor de edad *distintos del documento nacional de identidad* con constancia de su nombre tal como aparezca inscrito por la rectificación operada en el Registro Civil”, así como a dispensar un trato conforme “al sexo con el que se identifica”. Entendemos que se trata de una previsión especialmente pensada para aquellos menores de 14 años que no puedan acceder a la RRSP y aun así decidan cambiar su nombre propio. No se comprende, sin embargo, la exclusión del documento nacional de identidad de la documentación en la reexpedición de documentos ante una modificación del nombre registral.

En conclusión, las personas menores a partir de 16 años podrán acceder a la RRSP en las mismas condiciones que un adulto; mientras que las menores de esta edad, pero mayores de 14, necesitarán la asistencia de sus progenitores para acceder al procedimiento registral de RRSP. En cambio, las mayores de 12 años, pero menores de 14, deberán promover, representadas por sus progenitores, un expediente de jurisdicción voluntaria para acreditar la estabilidad en su “disconformidad” y su suficiente madurez ante la autoridad judicial, con la intervención del ministerio fiscal. En todo caso y a cualquier edad, puede accederse al cambio del nombre propio.

4.2. Procedimiento y principio de autodeterminación

El procedimiento de RRSP que plantea el anteproyecto en su art. 38 se inicia mediante la comparecencia de la persona solicitante ante la persona encargada de cualquier Oficina del Registro Civil, a su elección. Mediante un formulario, deberá manifestar “la disconformidad con el sexo mencionado en la inscripción de nacimiento” y su voluntad de proceder a la RRSP. Junto con la rectificación de la mención registral del sexo, puede solicitarse un nuevo nombre propio, si bien es una posibilidad de la que la persona solicitante puede no hacer uso. El art. 38.2.II impone como único límite a la designación del nombre propio el respeto a los principios de libre

⁴⁵ A la vez, el apartado 3 DF 6^a del anteproyecto modifica el art. 51.2 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (de ahora en adelante, LRC) para eliminar la prohibición genérica de aquellos nombres que “hagan confusa la identificación”.

⁴⁶ Actualmente, Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

elección previstos en la LRC⁴⁷. Tras la información recibida, la persona, conforme, formalizará una primera solicitud.

Realizada esta primera solicitud, el anteproyecto establece la necesidad de su ratificación transcurrido un periodo máximo de tres meses. No queda del todo claro cuál es el propósito del periodo de espera hasta la ratificación. De tratarse de un periodo de reflexión obligatorio para la persona solicitante, similar al que se exige para acceder a la interrupción voluntaria del embarazo (en adelante, IVE)⁴⁸, no parece tener sentido el establecimiento de un plazo máximo, pero no de un mínimo. Estos periodos de reflexión o de “experiencia de vida real”⁴⁹ son y han sido frecuentemente exigidos en los procedimientos de RRSP en Europa⁵⁰. Sin explicitarlo como tal, el requisito de someterse durante dos años a tratamiento hormonal de afirmación de género de la Ley 3/2007 impone un periodo de este tipo en el que la persona se ve obligada a vivir socialmente de acuerdo con su género, pero su identidad legal sigue reflejando el sexo asignado en su nacimiento. En todo caso, y de ser este el propósito, al igual que en sede de IVE, se trata, en nuestra opinión, de una opción legislativa paternalista y un obstáculo injustificado para el ejercicio de un derecho fundamental como es el libre desarrollo de la personalidad que puede acarrear graves consecuencias a la persona solicitante⁵¹.

Tras la espera, debe procederse a la ratificación de la solicitud que, en el plazo máximo de un mes, debe ser resuelta por la persona encargada del Registro Civil. Así, aun con un periodo de reflexión y con otro de ratificación, el estado español estaría añadiéndose a aquellos otros que, desde 2014, han apostado por la autodeterminación como principio rector de la RRSP⁵². Sin embargo, la redacción del anteproyecto no es tan explícita a este respecto como sí lo era la del borrador del Ministerio de Igualdad en el que, en su art. 12, establecía que “La solicitud de rectificación registral de la mención de sexo no precisa de más requisitos que la declaración expresa, de la persona interesada o de sus representantes legales, de acuerdo con lo establecido en esta ley”.

⁴⁷ Vid. nota 45 más arriba.

⁴⁸ Art. 14.b de la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

⁴⁹ Se conoce con este nombre a los controvertidos requisitos que se imponen en ciertas legislaciones y que tienen como objetivo asegurar que la persona realmente desea realizar su transición de género: vid. Marjolein VAN DEN BRINK y Peter DUNNE, *Trans and intersex equality rights in Europe – a comparative analysis*, Comisión Europea (ed.), Publications Office of the European Union, 2018 p. 81.

⁵⁰ De acuerdo con VAN DEN BRINK y DUNNE, cit, p. 60, sigue siendo un requisito en Islandia, Alemania y el Reino Unido.

⁵¹ Entre las más comunes, contar con documentos de identidad discordantes con la propia imagen y género de autodeterminación y presentación ante terceros puede ser causa de discriminación laboral o un gran obstáculo para acceder a un empleo; vid. VAN DEN BRINK y DUNNE, cit, p. 99.

⁵² Argentina, con la aprobación en 2012 de la Ley 26.743, de Identidad de Género, fue el primer país del mundo en adoptarlo. En Europa, le han seguido Dinamarca (*Lov om ændring af lov om Det Centrale Personregister*, 2014); Malta (*Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act 2015*); Irlanda (*Gender Recognition Act 2015*); Noruega (*Lov om endring av juridisk kjønn*, 2016); Bélgica (*Loi réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'une modification de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets*, 2017); Portugal (*Lei n.º 38/2018*); y Luxemburgo (*Loi du 10 août 2018 relative à la modification de la mention du sexe et du ou des prénoms à l'état civil et portant modification du Code civil*).

El principio de autodeterminación es, a día de hoy, defendido por ser el más garante del derecho al libre desarrollo de la personalidad, en tanto que son las propias personas y no el estado o una autoridad médica o psicológica quien define su género y su identidad⁵³. Sin embargo, muchas personas no binarias⁵⁴ ponen sobre la mesa la paradoja de si puede defenderse la existencia de un verdadero principio de autodeterminación en el ordenamiento jurídico cuando este reconoce únicamente la posibilidad de dos sexos registrales: el femenino y el masculino. El presente anteproyecto no reconoce de ninguna forma la posibilidad de registrar un género no binario. El anterior borrador preparado en el Ministerio de Igualdad tampoco lo hacía, pero sí fijaba, en su DA 2ª la obligación del Gobierno de remitir a las Cortes Generales, en el plazo de un año, “un informe sobre las eventuales modificaciones normativas a emprender derivadas, en su caso, del reconocimiento del género no binario”. El borrador también disponía, en su art. 13.2, que debían adoptarse las medidas necesarias para que la mención relativa al sexo pudiera omitirse de la documentación oficial a petición de la persona interesada. En este sentido, contamos con el reciente ejemplo de Argentina que, el pasado 20 de julio posibilitó el reconocimiento, bajo el principio de autodeterminación, de un tercer género en sus documentos oficiales de identidad, bajo la denominación “X”⁵⁵.

4.3. Efectos y “reversibilidad”

De la misma manera que el art. 5 de la Ley 3/2007, el art. 40 del anteproyecto establece que la resolución tendrá efectos constitutivos a partir de la inscripción en el Registro Civil. La RRSP no alterará la “titularidad de los derechos y obligaciones que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral” y permitirá a la persona “ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición”. Llama la atención que haya decidido utilizarse la misma redacción que en 2007 para este último inciso. Si bien la intención es garantizar que la rectificación registral despliegue efectos en todos los ámbitos, la elección de palabras parece dar a entender que existen derechos eminentemente inherentes a los hombres y derechos inherentes a las mujeres. Algo similar ocurre con el último párrafo del apartado 3 del artículo que establece que la persona titular conservará los “derechos inherentes” a su sexo biológico. Entendemos que debe referirse a los derechos reproductivos o relacionados con la maternidad y paternidad, como pueden ser la IVE o la protección laboral en casos de embarazo, por ejemplo. La literalidad escogida, sin embargo, es poco clara y confusa, habiendo sido mejor, en nuestra opinión, desligar dichos derechos de una mención registral concreta y pasar a reconocerlos a toda persona con capacidad para ejercerlos⁵⁶. Por último, este artículo contiene dos especificaciones respecto de posibles situaciones anteriores, para intentar minimizar la posibilidad de fraude mediante el acceso a la RRSP: por un lado, se excluye la aplicación de medidas de acción positiva del art. 11 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, LO 3/2007), respecto de situaciones anteriores a la RRSP; por otro, esta no altera la

⁵³ Directorate-General for Justice and Consumers (European Commission), cit, pp. 110-111.

⁵⁴ El término “personas no binarias” se utiliza como categoría abierta para todas aquellas personas cuya identidad de género no se corresponde con las categorías de hombre o mujer. Así, incluye a personas cuyo género no es exclusivamente femenino ni masculino, es una combinación de ambos o se sitúa entre o más allá de estas categorías; vid. VAN DEN BRINK y DUNNE, cit, p. 35

⁵⁵ Decreto 476/2021 (DCTO-2021-476-APN-PTE – Disposiciones). Disponible aquí: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/247092/20210721> (última consulta: 26.7.2021)

⁵⁶ Este es el enfoque que se proponía en el borrador de Ley Trans del Ministerio de Igualdad. Por ejemplo, en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, LTRHA), las referencias a “la mujer” debían extenderse a las personas trans con capacidad para gestar.

titularidad de derechos y obligaciones relativos a la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, adquiridos con anterioridad.

Otra novedad importante del anteproyecto es que su art. 41 regula la “reversibilidad” de la RRSP. A pesar de que resulta positivo reconocer por primera vez en la ley la posibilidad de una segunda o ulterior RRSP, su concepción en el anteproyecto resulta desafortunada e incoherente. En primer lugar, una segunda o ulterior RRSP no tiene por qué tratarse de una “reversión” de la primera. En otras palabras, no tiene por qué ser un “error” o “arrepentimiento” por parte de la persona (el anteproyecto se refiere a “recuperar” la mención registral), sino que puede sentirse como una decisión vital sin más connotaciones que las de la primera RRSP, inherente al proceso de cambio constante que una persona puede experimentar en su identidad de género. El término reversión, pues, no engloba la realidad de todas las personas y resulta un tanto estigmatizante. Sin embargo, resulta más preocupante el régimen jurídico que se le ha otorgado. Puede accederse a la reversión transcurridos seis meses desde la inscripción, pero no a través del procedimiento registral que regula el art. 38 del proyecto, basado en la autodeterminación, sino que debe obtenerse aprobación judicial a través de un expediente de jurisdicción voluntaria que el anteproyecto también introduce *ex novo* en la LJV mediante su DF 7^a. Así, el art. 26 octies LJV proyectado establece que, junto con la manifestación de la voluntad de “revertir” la RRSP, la persona solicitante debe acompañar los medios de prueba que considere. El juez, por su parte, podrá solicitar la práctica de cualesquiera otras que entienda oportunas. Sin embargo, no queda claro cuáles son los extremos que deben probarse. Sorprende que no se prohíban expresamente, como sí se hace en el art. 37.4 del anteproyecto refiriéndose a la primera RRSP o la regulación de los expedientes de jurisdicción voluntaria en casos de menores de más de 12 años, las exigencias de informes médicos o psicológicos, o de modificación corporal. A pesar de que de una interpretación sistemática del texto debería poder inferirse su prohibición, sería recomendable que se introdujera explícitamente durante su tramitación parlamentaria.

Esta regulación es similar a la que contiene el art. 8 de la Ley 26.743, de Identidad de Género, argentina que también requiere de autorización judicial para una posterior RRSP a pesar de que la primera se realiza de acuerdo con el principio de autodeterminación. Tal y como ha sido apuntado en relación con la regulación argentina, esta exigencia resulta incoherente con el resto de la ley⁵⁷.

4.4. Medidas específicas dirigidas a personas intersexuales⁵⁸

Los arts. 18 y 71 contienen las medidas específicas que el anteproyecto destina a las personas intersexuales, un colectivo invisibilizado social y jurídicamente⁵⁹ que, además, cuenta con un historial de maltrato institucional a sus espaldas, especialmente en lo que se refiere a la

⁵⁷ Vid. apartado 4 de Eleonora LAMM, “A 8 años de la ley de identidad de género. Revisiones a la luz de los derechos humanos”, en Silvia Eugenia FERNÁNDEZ (Dir.), *Tratado de derechos de niñas, niños y adolescentes*, Abeledo Perrot, 2^a ed., 2021.

⁵⁸ Las personas intersexuales son aquellas que no pueden ser clasificadas de acuerdo con las categorías médicas tradicionales de sexo femenino y masculino. A pesar de la diversidad de circunstancias, la mayoría de ellas no presentan ningún problema de salud física relacionado con esta circunstancia. Vid. VAN DEN BRINK y DUNNE, cit, p. 34.

⁵⁹ Vid., por ejemplo: https://www.eldiario.es/andalucia/intersexual-interserxualidad-leyes-boe-pnl-ejercicio_1_1420377.html

realización de cirugías de reasignación sexual forzadas a recién nacidos bajo la lógica sexo-género y con la intención de forzar un binarismo que se evidencia artificial y construido⁶⁰.

El apartado segundo del art. 18 recoge una de las reivindicaciones más importantes de la comunidad *intersex*: la prohibición de las prácticas de modificación genital en personas recién nacidas. Esto implica, en lo que a derechos intersexuales se refiere, cumplir con las numerosas recomendaciones de organismos internacionales como el Comité contra la tortura de las Naciones Unidas⁶¹ o el Consejo de Europa⁶². En la línea de las recomendaciones, el mismo apartado permite las intervenciones únicamente cuando tengan un componente terapéutico; es decir, cuando sean necesarias para proteger la salud. A pesar de que se trata de una matización razonable, se deberá velar porque no se produzca un abuso y cirugías arbitrarias no consentidas sigan realizándose.

Por otro lado, el apartado 2 del art. 71 establece una posibilidad que es reiterada en el art. 49.5 LRC, según la modificación que realiza la DF 6ª del anteproyecto. Su objetivo parece ser el reducir la preocupación o la urgencia por, precisamente, asignar un sexo registral al menor intersexual recién nacido. El precepto habilita a que, al inscribir el nacimiento de las personas intersexuales, los progenitores, de común acuerdo, *puedan* solicitar que la mención del sexo figure en blanco por el plazo máximo de un año. Transcurrido este plazo máximo, la mención del sexo y su inscripción deviene obligatoria, su inscripción habrá de ser solicitada por los progenitores y se configura como requisito ineludible para la expedición de documentos acreditativos de la identidad de la persona.

Este sería el primer reconocimiento legal que el ordenamiento jurídico español hace a las personas intersexuales en materia registral, lo que, en sí mismo, es digno de celebrar. Ahora bien, a pesar de que el objetivo perseguido es el adecuado, su concretización suscita algunas dudas respecto a su eficacia. Con un año de vida, la persona es manifiestamente incapaz de conocer y expresar su género, por lo que la elección recaerá en los progenitores y puede llegar a ser igual de arbitraria que en el momento del nacimiento. Contamos con ejemplos de otros países que permiten el aplazamiento de la mención durante períodos significativamente más largos o el registro de un tercer género. Malta, por ejemplo, mediante su *Gender Identity, Gender Expression And Sex Characteristics Act* (2015)⁶³ permite posponer el registro de la mención relativa al sexo hasta la mayoría de edad como máximo (art. 7.4). El art. 1:19 del Código Civil holandés (modificado en 2014)⁶⁴, por su parte, permite realizar la inscripción del nacimiento estableciendo que el sexo de la persona no pudo ser determinado. Una mención que puede ser mantenida de por vida si médicamente sigue sin poder establecerse transcurridos 3 meses desde el nacimiento.

⁶⁰ Una práctica que claramente supone una grave lesión de derechos fundamentales como la integridad física y el libre desarrollo de la personalidad; Elena LAUROBA LACASA, "Las personas intersexuales y el Derecho: posibles respuestas jurídicas para un colectivo invisible, *Derecho Privado y Constitución*, 32, 2018, pp. 11-54, p. 14.

⁶¹ Informe del relator especial de las Naciones Unidas sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, Juan E. Méndez, de 1 de febrero de 2013. Disponible aquí: https://www.ohchr.org/documents/hrbodies/hrcouncil/regularsession/session22/a.hrc.22.53_english.pdf (última consulta: 16.7.2021).

⁶² Resolución de la Asamblea Parlamentaria 2191 (2017). Disponible aquí: <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=24232&lang=en> (última consulta: 16.7.2021).

⁶³ Disponible aquí: <https://legislation.mt/eli/cap/540/eng/pdf> (última consulta: 19.7.2021).

⁶⁴ Disponible aquí: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook01.htm> (última consulta: 19.7.2021).

De manera similar en Alemania, el § 22(3) de la *Personenstandsgesetz*⁶⁵, modificado tras un complejo pronunciamiento judicial del Tribunal Federal de 10 de octubre de 2017⁶⁶, permite que el sexo registral de aquellos menores que “no pueden ser asignados el género femenino ni el masculino” pueda dejarse en blanco o con la opción de “diverso”.

5. Familias LGTBI: algunas reformas en el ámbito civil

La reforma de la regulación civil de la familia, especialmente de los regímenes de filiación, es una reivindicación frecuente de colectivos LGTBI. Las demandas más recurrentes son fundamentalmente dos: garantizar el acceso a la doble filiación materna sin más requisitos que el acceso a la filiación paterna, y el reconocimiento de los progenitores trans. El anteproyecto parece querer hacerse eco de estas, algo más que justificado y esperado, especialmente teniendo en cuenta que su art. 5 establece el deber de divulgación, sensibilización y fomento del respeto a la diversidad sexo-afectiva y familiar. Así, se introducen, en su DF 1ª, diversas modificaciones al Código Civil, y a la LRC, en su DF 6ª.

5.1. Terminología inclusiva

La mayoría de las reformas consisten en rectificaciones terminológicas que convierten en más inclusiva la redacción de algunos artículos. El objetivo que se persigue es el de evitar fórmulas binarias como “hombre y mujer” o “padre y madre” y sustituirlas por otras más neutras como “cónyuges”; “toda persona”; “progenitores”; “progenitor gestante”; o “progenitor no gestante”. Ahora bien, llama la atención que no se trate de una revisión exhaustiva de la regulación⁶⁷.

En primer lugar, se modifica el art. 44 CC para darle una nueva redacción según la cual “toda persona”, y no sólo el hombre y la mujer, podrá contraer matrimonio. Tal y como pone de manifiesto GARCÍA RUBIO, esta apuesta por tratar de convertir el género de los contrayentes en una circunstancia del todo irrelevante se ve fuertemente erosionada por el hecho de que no se replantee el régimen de nulidad matrimonial⁶⁸; especialmente el art. 73.4 CC, que ya ha dado lugar a nulidades matrimoniales e indemnizaciones por daño moral reclamadas a personas LGTBI por razón de su OIEGCS⁶⁹.

Por otro lado, se producen diversas sustituciones de la fórmula “padre y madre” por la de progenitores. Es así en el art. 109 CC, en relación con el orden de los apellidos; en el art. 110 CC, relativo a la obligación de velar por los hijos y prestarles alimentos; en el art. 163 CC que regula los conflictos entre progenitores y entre estos y menores en la toma de decisiones por

⁶⁵ Disponible aquí: <https://www.gesetze-im-internet.de/pstg/> (última consulta: 19.7.2021).

⁶⁶ 1 BvR 2019/16, disponible aquí:

https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2017/10/rs20171010_1bvr201916en.html;jsessionid=DF5DF7F7B648697B3521AB2645FCDF8.2_cid377 (última consulta: 26.7.2021).

⁶⁷ Sin ir más lejos, el borrador de Ley LGTBI del Ministerio de Igualdad, a pesar de no proveer tampoco una revisión completa, modificaba en este sentido varios artículos más.

⁶⁸ Vid. la crítica que hace la autora a la misma medida contenida en el borrador de ley LGTBI del Ministerio de igualdad: María Paz GARCÍA RUBIO, “Las repercusiones de las propuestas normativas sobre el género preferido en el ámbito de las relaciones familiares”, *LA LEY Derecho de familia*, nº 30 abril-junio (número monográfico sobre Derecho Privado y autodeterminación de género), nº 30, 1 de abril de 2021, p.3

⁶⁹ Vid. la sentencia del JPI de Valencia núm. 407/2020, de 19 de octubre (JUR\2020\317753) y la SAP Barcelona 21/2020 de 15 de enero de 2020 (JUR\2020\46607).

representación; en el art. 170 CC, relativo a la privación de la patria potestad⁷⁰; y en el art. 808 CC, en relación con la legítima que corresponde a los hijos sobre el haber hereditario de sus progenitores. Por lo que hace a la LRC, se produce la misma sustitución en los arts. 53, relativo al cambio de apellidos; y 69, sobre la presunción de nacionalidad española.

5.2. Normas de filiación

Algunas modificaciones del CC y de la LRC tienen una mayor incidencia en lo que hace a la determinación de la filiación de hijos en familias no heteronormativas. Así, el art. 108 CC, al describir los tipos de filiación, sustituye la expresión “padre y madre” por progenitores; y el art. 44.4 LRC pasa a referirse al padre o “madre no gestante”⁷¹. También se introduce, mediante la creación de una Disposición adicional 10 a la LRC, una cláusula general para evitar el binarismo de género en la ley con la siguiente redacción: “En las parejas del mismo sexo registral, las referencias hechas a la madre se entenderán hechas a la madre o progenitor gestante y las referencias hechas al padre se entenderán referidas al padre o progenitor no gestante”.

En cuanto a la filiación adoptiva, se produce una reforma un tanto incomprensible en relación con la capacidad para adoptar. La DF 2ª del anteproyecto modifica la DA 3ª 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. Esta disposición extiende las referencias a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor “al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de *efectividad* (sic) análoga a la conyugal”⁷². El anteproyecto, en cambio, las extiende a “los integrantes de una pareja de hecho” sin hacer ninguna alusión a su género. Esta exclusión de las parejas del mismo género de la capacidad para adoptar conjuntamente, sin embargo, ya se había entendido superada mediante la aprobación de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de protección a la infancia y a la adolescencia, que incluyó en el apartado 4 del artículo 175 del Código Civil la posibilidad de que “una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal” (con independencia del género de sus miembros) adoptara conjuntamente. Resultaría más adecuado, por tanto, que el anteproyecto derogara finalmente una disposición innecesaria.

Por lo que hace a la filiación natural, es una realidad cada vez más frecuente y visible la de hombres trans o personas no binarias que gestan y dan a luz a sus propios hijos. Una situación que encuentra dificultades para su encaje en ordenamientos jurídicos cercanos⁷³. En la filiación derivada del parto, sigue rigiendo en nuestro ordenamiento el principio *mater semper certa est*, a

⁷⁰ Término con connotaciones claramente patriarcales que, paradójicamente, no ha sido modificado por alguna locución equivalente como la de potestad parental utilizada en el Código Civil de Catalunya, por ejemplo.

⁷¹ Llama la atención que se utilice la fórmula “madre no gestante” y no la de “progenitor no gestante” que se utiliza en las modificaciones al CC.

⁷² Para un completo análisis de la cuestión y una crítica al mantenimiento de esta disposición tras la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, en materia de derecho a contraer matrimonio, y el dictamen del Consejo de Estado que establecía su necesaria modificación, vid. Pilar BENAVENTE MOREDA, “La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIV, 2011, fasc. I, pp. 75-124, en pp. 83-84 y 119.

⁷³ En Inglaterra y Gales, contamos con el caso de *McConnell and YY*, [2020] EWCA Civ 559, en el que un hombre trans gestante ha sido forzado a registrarse como madre, y no padre tal y como él solicitaba, de su hijo. Dos casos similares parece que son los que ocupan las solicitudes ante el TEDH nos. 53568/18 and 54741/18, caso *O.H. y G.H. contra Alemania*, pendiente de resolución por el Tribunal.

pesar de que este no se encuentre explícitamente reconocido en el Código Civil⁷⁴. De acuerdo a su interpretación tradicional y más común, madre es quien da a luz, siendo “madre” un concepto relativo al género femenino⁷⁵. Así, el art. 44.4 LRC sigue exigiendo una filiación materna en toda inscripción de nacimiento ocurrida en España y el apartado 3º del apartado 6 del mismo artículo, relativo a la inscripción del nacimiento mediante expediente registral, se refiere a la filiación “de la madre” cuando queda probado el hecho del parto. La nueva DA 10ª que introduce el anteproyecto a la LRC parece ser la vía para incluir y reconocer que personas diferentes a las mujeres pueden dar a luz cuando extiende las referencias hechas a la madre también al progenitor gestante. Por lo que hace al Código Civil, es modificado el único precepto que se refiere directamente a la determinación de la filiación materna, aunque en sede únicamente de filiación no matrimonial, el 120.5º CC. La redacción propuesta se refiere tanto a la madre, como al progenitor gestante. También se introduce un nuevo art. 959 CC (mientras el actual pasa a ser el 959 bis) relativo a “las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta” que dispone que las referencias realizadas a la viuda deben entenderse a la viuda o cónyuge supérstite gestante.

Otra cuestión no resuelta en nuestro ordenamiento jurídico y que lleva años siendo puesta de manifiesto por grupos LGTBI y parejas de mujeres es la determinación de la filiación del progenitor no gestante cuando se trata de una mujer en pareja con otra mujer. A pesar de que mediando matrimonio la determinación de la filiación es posible, el anteproyecto no introduce una presunción de maternidad similar a la de paternidad; tal y como se pretendía en el borrador de ley LGTBI del Ministerio de Igualdad, que reconocía una presunción a favor del cónyuge no gestante como medio de determinación de la filiación. Ahora bien, seguiría en vigor la disposición del apartado 5 del art. 44 LRC, si bien ahora fusionada en la redacción del art. 44.4.a) LRC, que otorga los mismos efectos al matrimonio de la madre con otra mujer que al matrimonio de la madre con un hombre en el que no opere ninguna presunción de paternidad, siempre que concurra el consentimiento de ambos cónyuges.

El régimen de la filiación no matrimonial, en cambio, sí se ve modificado. De acuerdo con el anteproyecto, el art. 120 CC pasa a admitir, en el momento de la inscripción del nacimiento, la declaración tanto por parte del padre, como del progenitor no gestante en el correspondiente formulario. En la misma línea, el 44.4.b) se refiere a la conformidad de “la madre no gestante” a la determinación de la filiación. Por lo que hace a la posibilidad de reconocimiento con posterioridad al nacimiento, el art. 124 CC, que se refiere a los que son realizados por una persona menor de edad, es modificado para incluir tanto al padre, como al progenitor no gestante. Sin embargo, el art. 44.7 LRC, que únicamente es modificado en tanto que pasa a ser el 44.6, admite el reconocimiento de la filiación no matrimonial mediante declaración del padre ante el encargado; posteriormente en relación con el procedimiento registral, se refiere exclusivamente a padre y madre. Ahora bien, ante estas referencias al padre, en la LRC debemos estar, de nuevo, a la extensión terminológica que hace la DA 10ª de la misma.

Por lo que hace a las acciones de filiación, se producen ciertas modificaciones meramente terminológicas. El nuevo art. 132 CC establece que, a falta de posesión de estado, la acción de reclamación de la filiación matrimonial ya no corresponde al “padre, a la madre o al hijo”; sino a cualquiera de los dos progenitores y al hijo. Respecto a la impugnación, el art. 136 CC no es modificado y sigue refiriéndose exclusivamente a la acción del marido (algo coherente si se mantiene la presunción únicamente para los hombres), mientras que, de acuerdo con el art. 137

⁷⁴ Sí, indirectamente, en los art. 115.1 y 120.5 CC y, en relación con la GS, en el art. 10.2 LTRHA.

⁷⁵ A pesar de la concepción de los tribunales ingleses en el caso *McConnell and YY* (vid. nota 57), que consideraron que el término madre (*mother*, en inglés) no se corresponde en el lenguaje jurídico con ningún género específico.

CC, el hijo ya no impugnaría la paternidad, sino “la filiación del padre o del progenitor no gestante”. Además, la representación del hijo menor de edad para entablar dicha acción la podría ejercer la madre o el progenitor gestante que ostente la patria potestad. Por último, el art. 139 CC permite la acción de impugnación de la filiación de la madre o “el progenitor que conste como gestante”.

El anteproyecto, a diferencia del borrador del Ministerio de Igualdad, no modifica ningún extremo de la LTRHA. Este eliminaba el art. 7.3 LTRHA y equiparaba las parejas de mujeres con las de un hombre y una mujer en la determinación de la filiación derivada de TRA. La única referencia que se hace a TRA en el anteproyecto es en relación con su acceso. La DA 4ª establece la obligación del Gobierno de, en el plazo de seis meses, modificar el anexo III del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, y los anexos I y II del Real Decreto 1277/2003 de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios, “con el fin de proporcionar seguridad jurídica y la equidad en el acceso a las técnicas de reproducción asistida a las mujeres lesbianas, sin pareja, y las personas trans con capacidad de gestar, de manera que tengan acceso a las mismas en condiciones de igualdad efectiva respecto al resto de mujeres”.

Respecto a la reforma de la filiación, podemos extraer varias conclusiones. La primera, sin duda, es que las modificaciones son confusas técnicamente. Una apuesta más clara y directa hubiera sido de agradecer. Por ejemplo, en lo que hace a las parejas de mujeres casadas, no casadas, habiendo accedido o no a TRA, estas merecen ser equiparadas en lo que a determinación de la filiación se refiere a las parejas entre un hombre y una mujer en análoga situación. Además, por lo que hace al régimen de impugnación, no se hace el necesario replanteamiento de la verdad biológica; las parejas de mujeres no casadas seguirán siendo vulnerables a impugnaciones de la maternidad por no corresponderse con esta. Por último, el gran peso de la reforma para la inclusión de la diversidad familiar se hace recaer en la DA 10ª de la LRC, algo que, en sí, ya deja mucho que desear en cuanto a claridad y seguridad jurídica. La Disposición se refiere a la extensión de los efectos de la ley, pero no a la nomenclatura, previsiblemente generizada, que recibirán las personas trans como progenitores. Una cláusula de este tipo parece insuficiente para garantizar que la identidad de género de todo progenitor sea reconocida y respetada en los asientos registrales y en la expedición de documentación oficial. Además, el art. 40 del anteproyecto, relativo a los efectos de la RRSP no arroja ninguna luz sobre la cuestión. Hubiera sido deseable una disposición tan directa como la que incluía en su art. 17 la última proposición de ley registrada en la materia⁷⁶: “Las personas trans serán inscritas como padres, madres o adnes, según el sexo registral actual sea hombre, mujer o no binario o en blanco,...”⁷⁷. Pero, además, la redacción de la Disposición Adicional décima es tremendamente restrictiva al limitar la extensión terminológica a las parejas del mismo sexo, dejando fuera a aquellas personas que gesten en solitario y también a parejas no cisheteronormativas que cuenten con diferente sexo registral.

6. Conclusiones

Tras una lectura tan exhaustiva como el escaso tiempo disponible desde la publicación del anteproyecto ha permitido realizar, extraemos una serie de conclusiones:

⁷⁶ Proposición de Ley 122/000133, de 26 de marzo de 2021; vid. nota 4.

⁷⁷ Para una crítica a esta disposición y una discusión sobre los efectos retroactivos de la RRSP en general, vid. GARCÍA RUBIO, cit, p. 9.

En primer lugar, la norma supone en muchos aspectos un avance. En lo que a la protección y prohibición de discriminación de las personas LGTBI se refiere, sería la primera vez que el ordenamiento jurídico español aborda estas cuestiones específica y directamente. Su aprobación, junto con la de la Proposición de Ley 122/000133, de 26 de marzo de 2021, constituiría un claro avance en el desarrollo legal del derecho constitucional a la igualdad y no discriminación. Por otra parte, en relación con la RRSP, el procedimiento contenido en el anteproyecto basado en la autodeterminación de género supone una mejora sustancial de la situación de las personas trans en nuestro país, largamente reclamada por estas.

Ahora bien, el texto presenta limitaciones. En primer lugar, se aprecia una falta de profundización y desarrollo en las políticas públicas y medidas de protección propuestas. La gran diversidad de estas –tanto por materias, como por ámbitos del derecho afectados–, hace pensar si no hubiera sido más conveniente, en la línea de lo que inicialmente proponía el Ministerio de Igualdad, la aprobación de dos normas diferenciadas. En todo caso, sería deseable una apuesta más profunda y concreta en las medidas para garantizar la igualdad y el ejercicio de derechos por parte de las personas LGTBI, cuyo impacto en las vidas de estas fuera más evidente.

Por otro lado, a pesar del claro avance que supone la superación de la Ley 3/2007 en lo que hace a RRSP, son varias las limitaciones que el texto del anteproyecto presenta (incluso respecto a propuestas diferentes presentadas este mismo año) y que deberían tenerse seriamente en consideración durante su debate parlamentario. Es especialmente preocupante la exclusión de las personas extranjeras y la desviación del principio de autodeterminación en personas menores de entre 12 y 14 años suficientemente maduras, como también en el régimen de “reversión” previsto. También lo es la falta de reconocimiento de las personas no binarias, que provoca la vulneración de su derecho al libre desarrollo de la personalidad y que, en puridad, no pueda hablarse de autodeterminación de género.

Por último, no puede decirse que la reforma de la filiación se aborde de una manera suficientemente clara, completa o garantista para las personas LGTBI. Más de 15 años después de la aprobación del matrimonio entre personas del mismo género, parece que se sigue pretendiendo “parchear soluciones momentáneas” en palabras de Benavente Moreda⁷⁸; por lo que nos encontramos lejos de contar con un sistema que verdaderamente reconozca e incluya la diversidad familiar LGTBI.

7. Bibliografía

Ariadna AGUILERA RULL, “El Proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación”, *InDret*, 3/2011.

-----, *Contratación y diferencia. La prohibición de discriminación por sexo y origen étnico en el acceso a bienes y servicios*, Tirant lo Blanch, València, 2013.

Pilar BENAVENTE MOREDA, “La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIV, 2011, fasc. I, pp. 75-124.

Encarna BODELÓN, “Violencia institucional y violencia de género”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 48, 2014, pp. 131-155.

⁷⁸ BENAVENTE MOREDA, cit., p. 88, refiriéndose, en 2011, a la filiación de los hijos de parejas del mismo género y las reformas introducidas desde 2005.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de la ONU (CEDAW), General Recommendation No. 28 on the Core Obligations of States Parties under Article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 16 de diciembre 2010, CEDAW/C/GC/28.

DIRECTORATE-GENERAL FOR JUSTICE AND CONSUMERS (EUROPEAN COMMISSION), *Legal gender recognition in the EU*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2020, pp. 1-248.

EUROPEAN AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS AND COUNCIL OF EUROPE, *Handbook on European non-discrimination law*, Publications Office of the European Union, 2018., pp. 1-300.

Laura ESTEVE ALGUACIL y Esther FARNÓS AMORÓS, “Menores trans: decisiones relativas a la rectificación registral del sexo y a los tratamientos médicos asociados”, *LA LEY Derecho de familia*, nº 30 abril-junio (número monográfico sobre Derecho Privado y autodeterminación de género), nº 30, 1 de abril de 2021, pp. 1-35.

María Paz GARCÍA RUBIO, “Las repercusiones de las propuestas normativas sobre el género preferido en el ámbito de las relaciones familiares”, *LA LEY Derecho de familia*, nº 30 abril-junio, Derecho Privado y autodeterminación de género nº 30, 1 de abril de 2021, pp. 1-30.

INSTITUT DIVERSITAS, *Informe Avaluació del Procés d'Implementació de la Llei 11/2014*, Barcelona, 2017, pp. 1-99.

Eleonora LAMM, “A 8 años de la ley de identidad de género. Revisiones a la luz de los derechos humanos”, en Silvia Eugenia FERNÁNDEZ (Dir.), *Tratado de derechos de niñas, niños y adolescentes*, Abeledo Perrot, 2ª ed., 2021.

Elena LAUROBA LACASA, “Las personas intersexuales y el Derecho: posibles respuestas jurídicas para un colectivo invisible”, *Derecho Privado y Constitución*, 32, 2018, pp. 11-54.

Rosa MALDONADO CAMATS, “La integració de mesures socials en la contractació pública”, *Escola d'Administració Pública de Catalunya*, 2018, pp. 1-3. <https://formaciooberta.eapc.gencat.cat/espaiemematics/contractacio/la-integracio-de-mesures-socials-en-la-contractacio-publica.html> (última consulta: 18/07/2021).

OBSERVATORI CONTRA L'HOMOFÒBIA, *L'estat de la LGTBIfòbia a Catalunya*, 2015, pp. 1-51.

Marjolein VAN DEN BRINK y Peter DUNNE, *Trans and intersex equality rights in Europe – a comparative analysis*, Comisión Europea (ed.), Publications Office of the European Union, 2018 pp. 1-113.