

LA IDENTIDAD DE GÉNERO COMO DERECHO EMERGENTE¹

The gender identity as an emergent right

OCTAVIO SALAZAR BENÍTEZ

Universidad de Córdoba

RESUMEN

Entre los «nuevos derechos» reconocidos por algunas de las recientes reformas estatutarias cabe destacar el denominado derecho a la identidad de género. Este derecho, solo contemplado por el legislador estatal en cuanto al procedimiento para la rectificación registral del sexo, está siendo objeto de desarrollo por varios legisladores autonómicos. Este marco normativo nos sitúa ante el doble reto que este nuevo derecho plantea a los ordenamientos jurídicos: la superación de la perspectiva patologizadora de la transexualidad y el desafío al sistema binario masculino/femenino desde el que se construye la titularidad de los derechos.

Palabras clave: Identidad de género; autonomía; transexualidad; igualdad; personalidad; patologización.

ABSTRACT

Among the new rights recognized by some of the latest statutory reforms, we should include the so-called right to gender identity. This right, only considered by the State legislator regarding the registration process for sex rectification, is still

(1) Este trabajo tiene su origen en una comunicación presentada en el Congreso Internacional «El tiempo de los derechos. Los derechos humanos en el siglo XXI», organizado en el marco del proyecto «El tiempo de los derechos. Consolider-Ingenio 2010» y celebrado en la Universidad de Cádiz del 5 al 7 de junio de 2014.

under development by several autonomic legislators. This regulatory framework confronts us with the double challenge raised by this new law at the legal systems: the overcoming of the pathologizing perspective of transsexuality as well as the challenge to the male / female binary system from which the rights ownership is built.

Key words: Gender identity; autonomy; transsexuality; equality; personality; pathologization.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN: EL RECONOCIMIENTO ESTATUTARIO DE LA IDENTIDAD DE GÉNERO.—II. LA IDENTIDAD DE GÉNERO: UNA CUESTIÓN DE CIUDADANÍA.—III. LA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO A LA REASIGNACIÓN SEXUAL.—IV. LA IDENTIDAD PATOLOGIZADA: EL CUERPO COMO PROBLEMA.—V. LAS LEYES AUTONÓMICAS DE NO DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS DE IDENTIDAD DE GÉNERO Y DE RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS TRANSEXUALES: 1. *La identidad de género como manifestación de la personalidad del individuo.*—2. *La atención sanitaria de las personas transexuales.*—3. *La no discriminación en el ámbito laboral.*—4. *La lucha contra la transfobia y la integración de las personas transexuales.*—VI. CONCLUSIONES: LA AUTODETERMINACIÓN DE GÉNERO COMO PRESUPUESTO DEL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: EL RECONOCIMIENTO ESTATUTARIO DE LA IDENTIDAD DE GÉNERO

Una de las novedades más significativas de las reformas estatutarias llevadas a cabo en la última década ha sido la inclusión de un amplio catálogo de derechos que, a pesar de todas las limitaciones constitucionales que implica su proclamación (2), suponen en algunos casos una mayor concreción de los reconocidos hasta ahora por nuestro ordenamiento jurídico y, en otros, la introducción de nuevas dimensiones de la dignidad humana. Aunque hay importantes diferencias en los contenidos de los nuevos Estatutos, podemos concluir que todos comparten la apuesta por la profundización en las políticas propias del Estado Social o, lo que es lo mismo, por la efectividad de la igualdad material. En este sentido, merece destacarse la inclusión de la igualdad de género como uno de los ejes transversales de las políticas públicas, de lo que constituye su expresión más contundente la inclusión de la promoción de la «democracia paritaria» en el artículo 10.2 de la LO 2/2007, de 19 de marzo, del Estatuto de Autonomía para Andalucía (EAA).

(2) No podemos olvidar como el Tribunal Constitucional (sentencias 247/2007 y 31/2010) ha mantenido que los derechos estatutarios no son en realidad derechos subjetivos sino simples mandatos a los poderes autonómicos.

Si bien el análisis del sistema sexo-género nos remite esencialmente a la posición de mujeres y hombres en el contrato social, y en el previo contrato sexual que condiciona su estatuto jurídico, también desde él es preciso analizar las diferentes facetas de su vida afectiva y sexual, sus preferencias y opciones, en definitiva, su identidad. Desde este punto de vista, los nuevos Estatutos han incluido diversas referencias a la orientación sexual, una dimensión ausente en la Constitución española y que se ha ido incorporado a nuestro ordenamiento por vía legislativa y jurisprudencial. En consonancia con su apuesta por la igualdad de género como un eje transversal, es el Estatuto andaluz el que va más lejos en la proclamación de derechos vinculados con la identidad personal. De manera específica se refiere al derecho de toda persona a que se respete su orientación sexual y su identidad de género (art. 35.1) (3). Además, incluye la obligación de los poderes públicos de promover políticas que garanticen su ejercicio (art. 35.2) (4). Apoyándose en esta previsión, el Parlamento andaluz aprobó la *Ley 2/2014, de 8 de julio, para lo no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía* (en adelante, LA). Esta ley ha seguido el ejemplo de dos leyes autonómicas que con contenido similar y de manera pionera habían regulado estas cuestiones: la Ley Foral 12/2009, de 19 de noviembre, y Ley vasca 14/2012, de 28 de junio, respectivamente (5) (en adelante, LF y LV). Posteriormente el Parlamento canario ha aprobado la Ley 8/2014, de 28 de octubre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas

(3) En un sentido similar, la LO 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura, aunque no usa el término «derecho» sí que habla de «políticas para garantizar el respeto a la orientación sexual y a la identidad de género de todas las personas» (art. 7.13). La LO 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón contempla entre los principios rectores de las políticas públicas «el derecho de todas las personas a no ser discriminadas por razón de su orientación sexual e identidad de género» [art. 24.d)]. En las demás reformas estatutarias se incluye la no discriminación por orientación sexual (art. 14.1 Estatuto de Castilla y León, art. 17.3 Estatuto de las Islas Baleares), pero no se hace referencia expresa a la «identidad de género».

(4) Debemos recordar que la comunidad autónoma de Andalucía fue la primera que aprobó su financiación sanitaria integral en el año 1999 y creó la primera Unidad de Trastornos de Identidad de Género (UTIG) en el Hospital «Carlos Haya» de Málaga, la cual, a partir del mes de octubre de 2011, pasó a denominarse Unidad de Transexualidad e Identidad de Género.

(5) A estas leyes, habría que sumar las aprobadas en Galicia (*Ley 2/2014, de 14 de abril, por la Igualdad de Trato y no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales en Galicia*) y Cataluña (*Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia*), en las que se aborda de forma más genérica los derechos del colectivo LGTBI.

transexuales (en adelante, LC). Estos instrumentos vienen a cubrir en gran medida el vacío normativo que en torno a la identidad de género mantiene el legislador estatal, a salvo de la parcial y discutible *Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas*.

Este conjunto de normas nos servirán de marco para plantear algunas reflexiones en torno al reconocimiento y garantía del que podríamos considerar como un derecho «emergente», el derecho a la identidad de género o, como lo define el legislador andaluz, a la «autodeterminación de género» (art. 1 LA). El objetivo es analizar las limitadas previsiones de nuestro ordenamiento jurídico, deudoras de una concepción de la igualdad de género lastradas por el sistema binario masculino/femenino así como por consecuente heteronormatividad, así como plantear como reto político-jurídico la ruptura de dichos paradigmas. Una ruptura que permitirá al fin entender la vivencia de la identidad como un proceso mutable, dinámico y no encorsetado por categorías —culturales, políticas, incluso clínicas— que continúan obligándonos a definirnos en términos masculinos o femeninos.

II. LA IDENTIDAD DE GÉNERO: UNA CUESTIÓN DE CIUDADANÍA

En las últimas décadas los debates en torno a la identidad del individuo se han extendido en todos los ámbitos de las Ciencias Sociales y Jurídicas, si bien el eje central de referencia ha sido su concepción cultural (6). Las reivindicaciones de tipo identitario y, a su vez, los conflictos generados en sociedades cada vez más plurales desde el punto de vista cultural, han suscitado numerosos interrogantes a un modelo jurídico-político basado en una pretendida homogeneidad, así como en una rígida división entre el espacio público y el privado. El primero de ellos concebido como el ámbito de la ciudadanía, es decir, de lo común, de lo compartido, de lo supuestamente «neutral» desde el punto de vista identitario. Un espacio regido por el Derecho y situado frente a un ámbito privado en el que se entendía que germinaban y reproducían las identidades individuales.

Esa división entre lo público y lo privado, como bien ha analizado y denunciado la teoría feminista, ha marcado durante siglos lo que podríamos denominar «racionalidad occidental», con sus obvias repercusiones en los ámbitos jurídico y político y, de manera muy evidente, en la misma concepción de los derechos humanos así como en las bases del Estado constitucional. Desde el punto de vista del género, esa estructura binaria ha

(6) Sobre las identidades culturales véase SALAZAR BENÍTEZ (2010).

servido de apoyo a una concepción *heteropatriarcal* no solo de los individuos sino también de los diferentes ámbitos en los que se proyecta su vida personal y social. Algo fácilmente constatable en el tratamiento jurídico que históricamente han recibido cuestiones como la afectividad, la sexualidad o las relaciones familiares. Junto a la posición subordinada de las mujeres, los Estados constitucionales no solo no cuestionaron sino que, al contrario, confirmaron con la fuerza obligatoria de las normas una serie de binomios jerárquicos que, como consecuencia, han excluido o colocado en posición subalterna a muchos individuos. Partiendo de la división estructural básica del patriarcado —público/masculino vs. privado/femenino—, nuestros sistemas jurídicos han arrastrado una concepción homogénea del sujeto titular de derechos, identificado con el varón heterosexual, configurado como patrón del comportamiento correcto —«la diligencia del buen padre de familia»— y como encarnación de las actitudes y aptitudes necesarias para darle vida al proyecto político, social y económico surgido de la complicidad entre capitalismo y democracia. Todo ello, a su vez, generaba la exclusión de todos aquellos individuos que no compartían los parámetros legitimados por el ordenamiento jurídico, tal y como demuestra por ejemplo la persecución penal, todavía hoy vigente en algunos Estados, de determinadas opciones sexuales.

En ese modelo marcado por una determinada lectura de género también se avaló una determinada mirada sobre la dimensión afectiva y sexual de los individuos. Y no solo sobre su contexto de relaciones familiares, que ha sido tradicionalmente el espacio desde donde el Derecho ha certificado las diferenciaciones jerárquicas propias del patriarcado, sino también sobre lo que podríamos denominar de manera genérica su propia identidad. Es decir, sobre su propia percepción como individuo y, por lo tanto, sobre lo que finalmente podría ser su «plan de vida», no solo desde una dimensión personal sino también en lo que supone de relación con los demás.

Las luchas del movimiento feminista y las progresivas conquistas en términos de igualdad de género han contribuido de manera esencial a erosionar ese modelo y han permitido consolidar no solo una serie de logros jurídicos sino también una extensa construcción teórica como sustento de los cambios de paradigma que afectan a nuestros sistemas constitucionales. En estrecha conexión con dicho movimiento y con su paralela reflexión teórica, los colectivos de personas gays, lesbianas, bisexuales, transexuales e intersexuales (en adelante, LGTBI) también han contribuido a la ruptura con determinados esquemas jurídico-políticos y han puesto las bases desde su lucha por la igualdad para la progresiva redefinición de las subjetividades en nuestros

sistemas democráticos (7). Algo que supone incidir en sus presupuestos básicos, es decir, en la misma concepción de la ciudadanía y, a su vez, en la profundización de un principio de igualdad que debe integrar de manera armónica sus tres dimensiones: *formal, material y de reconocimiento* (8).

La reforma del Código Civil llevada a cabo por la Ley 13/2005 es, sin duda, el ejemplo más paradigmático de lo que estamos diciendo. Y lo es no solo por lo que supuso desde el punto de vista de reconocimiento jurídico y conquista de derechos, sino también porque desde el punto de vista político la polémica generada nos revela que dicha reforma incide en una de las partes «sensibles» del pacto social. La que tiene que ver no solo con una determinada concepción de la familia sino también la que supone un determinado entendimiento de las dimensiones afectivas y sexuales del individuo. Avalar mediante el Derecho el matrimonio entre personas del mismo sexo suponía romper con la heteronormatividad que durante siglos ha condicionado las opciones vitales de la ciudadanía. No queremos decir con ello, obviamente, que el logro del matrimonio igualitario haya supuesto la superación de todas las discriminaciones que siguen sufriendo muchas personas como consecuencia de su orientación sexual, pero sí que ha permitido poner al descubierto muchas de las paradojas del sistema y ha abierto las puertas a una visión mucho más plural y compleja de la ciudadanía. En definitiva, cuando analizamos los derechos del colectivo LGTBI estamos redefiniendo el entendimiento de valores básicos de nuestro ordenamiento, tales como la dignidad, la igualdad o el pluralismo, cuyo sentido último debe ser la protección de todo el conjunto de circunstancias personales y sociales, heredadas o elegidas, biológicas o culturales que conforman la identidad de cualquier sujeto. De ahí su centralidad, en cuanto a su protección y debidas garantías, en un sistema que parte del reconocimiento de la dignidad del individuo y del libre desarrollo de su personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE).

Desde esta perspectiva es desde la que es necesario afrontar el derecho que ya en algunos textos jurídicos se ha reconocido como «a la identidad de género». Un derecho que normalmente acaba siendo sobrepasado por el debate político-jurídico en torno a la orientación sexual y, por ello, convertido en secundario o invisible. Incluso la misma jurisprudencia acaba confundiendo ambos términos y llega, de manera errónea, a identificarlos (9). Por

(7) De ahí que pueda hablarse de los derechos LGTBI como «la nueva frontera de los derechos humanos». MARTEL (2013): 301.

(8) Sobre la igualdad de reconocimiento véase SALAZAR (2010): 183-305.

(9) Así lo demuestra, por ejemplo, la STC 176/2008, de 22 de diciembre, que resolvió un recurso de amparo planteado por un padre transexual al que se le restringe el régimen de visitas de su hijo de acuerdo con la inestabilidad emocional provocada por el proceso de cam-

«identidad de género» hemos de entender, como bien la definen los Principios de Yogyakarta(10), «la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente elegida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales»(11).

Partiendo de esta definición no cabe ninguna duda de que la identidad de género está íntimamente conectada con el «libre desarrollo de la personalidad», así como con el principio de igualdad y no discriminación. En este sentido, pues, cuando hablamos del derecho a la identidad de género «no parece haber duda de que estamos ante un nuevo derecho de la personalidad, por resultar plenamente afectados por él tanto la personalidad como la dignidad del hombre»(12). Así lo dejó bien claro el Parlamento Europeo en su pionera Resolución sobre discriminación a transexuales de 12 de septiembre de 1989. Un reconocimiento jurídico que, en el caso de nuestro país, se está produciendo muy lentamente y en gran parte condicionando por una concepción que sitúa la identidad de género más en el ámbito médico-clínico que en el de los derechos humanos.

bio de sexo y su proyección sobre la evolución educativa y emocional del menor. Al margen de la decisión del Constitucional, resulta llamativo como se insiste en la fundamentación jurídica en la inclusión de la «orientación sexual» dentro de las circunstancias personales que no pueden dar lugar a tratos discriminatorios. Así lo hace al recordar la normativa internacional y la jurisprudencia del TEDH (FJ 4.º). Solo en un momento posterior, la sentencia parece corregir esa interpretación cuando señala que «en ningún caso el mero dato de la orientación sexual o, más específicamente, de la disforia de género puede erigirse en justificación objetiva y razonable para dispensar un trato discriminatorio en perjuicio de ese progenitor en el marco de sus relaciones paternofiliales». El Tribunal Constitucional confunde los términos ya que, en el caso analizado, la posible discriminación no es por razón de orientación sexual, sino por identidad de género. En el Derecho Internacional comprobamos como empiezan a diferenciarse una y otra. Por ejemplo en el ámbito de Naciones Unidas encontramos varios documentos que las distinguen: el Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su *orientación sexual e identidad de género*, de 17 de noviembre de 2011; o la Resolución de la Asamblea General de la ONU de 4 de junio de 2012 sobre *Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género*.

(10) Los principios, redactados por 29 especialistas en Derechos humanos procedentes de 25 países, fueron aprobados en noviembre de 2006 en el marco de la reunión mantenida en la Universidad de Gadjah Mada en Yogyakarta con el título de *Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género*.

(11) Esta definición es copiada literalmente en el artículo 3 LA.

(12) LÓPEZ-GALIACHO PERONA (1998): 115.

III. LA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO A LA REASIGNACIÓN SEXUAL

Aunque en la última década los derechos del colectivo LGTBI se han situado en la «agenda política», no cabe duda de que la situación de las personas transexuales ha sido en gran medida ignorada o, en el mejor de los casos, abordada como un asunto menor (13). En el caso de nuestro país, es evidente que tras la erradicación de la orientación sexual del ámbito penal, la agenda política estuvo marcada por las conquistas relativas a la convivencia de las parejas del mismo sexo. A diferencia de otros países europeos, que desde la década de los 70 del pasado siglo aprobaron normativas sobre la transexualidad (14), en el nuestro fue la jurisprudencia la que fue perfilando su situación, dentro del escaso margen que permitía la ausencia de una previsión normativa y en todo caso condicionada por el peso que seguía manteniendo el sistema sexo-género (15). De esta manera, el Tribunal Supremo autorizó

(13) Uso el término «transexual» porque es el más generalizado, sin entrar en la discusión doctrinal que, desde diferentes perspectivas (médicas, sociológicas, antropológicas), aborda los matices que implica el uso de éste frente al que parece empezar a extenderse en los últimos tiempos. Me refiero al de personas transgénero (y dejando al margen otros términos como andrógino, travesti o incluso *drag*). El término transexual es el único que aparece recogido por la RAE, la cual se refiere con él a la persona «que se siente del otro sexo, y adopta sus atuendos y comportamientos». Una segunda acepción nos ofrece, tal vez, una clave para distinguirlo de otros con los que tiene ciertas concomitancias. Según esta segunda entrada en el diccionario de la RAE, un transexual es una persona «que mediante tratamiento hormonal e intervención quirúrgica adquiere las características del sexo opuesto». Partiendo de esta caracterización, el concepto de persona «transgénero» nos llevaría a una idea más amplia, y no necesariamente limitada a esa visión «patologizada» de la identidad, mediante la que se caracterizaría a aquellos individuos que «rebasan» el binomio masculino-femenino y que incluso podría llevarnos a plantear la oportunidad de incluir un tercer término en el sistema sexo-género. Una situación distinta sería la de las personas «intersexuales», que son aquellas que desde el nacimiento presentan caracteres de los dos sexos y que normalmente son orientados, a través de la cirugía y de tratamientos médicos, hacia uno de ellos. Sobre esta terminología véase Missé (2012): 11-12. Sobre la compleja situación de las personas intersexuales véase GARCÍA (2015).

(14) El primero en hacerlo fue Suecia que en 1972 aprobó una pionera ley «sobre la determinación del sexo en casos establecidos». Posteriormente se sumaron Panamá (1975), Alemania (1980), Italia (1982), Holanda (1985), Israel (1986), Turquía (1988), en Canadá, Quebec (1977), Sudáfrica (1974), Australia Meridional (1988), Lituania (2000), Finlandia (2003), Reino Unido (2004), Rumania (1996), Japón (2004) y Bélgica (2007). En Estados Unidos, en concreto en Illinois, desde 1961 y en Arizona, desde 1967, a través de un procedimiento administrativo se permite la rectificación de sexo, una vez realizada la intervención quirúrgica, con la simple presentación del certificado del médico responsable de la intervención. Tanto Luisiana (1968), como California (1977) admiten el cambio de sexo siguiendo un modelo judicial. ESPÍN ALBA (2008): 54-55.

(15) La LO 8/1983, de 25 de junio, introdujo un nuevo párrafo en el antiguo artículo 428 del Código Penal, mediante el cual se despenalizaba la cirugía de cambio de sexo

la modificación del sexo registral de transexuales (sentencias de 2 de julio de 1987, de 15 de julio de 1988, de 3 de marzo de 1989 y de 19 de abril de 1991), aunque la misma no suponía «una equiparación absoluta con la del sexo femenino para realizar determinados actos o negocios jurídicos». Esta jurisprudencia, así como la de buena parte de los tribunales de instancia, apoyó el reconocimiento del derecho a la identidad de género en la garantía de la dignidad y del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Ahora bien, en la primera sentencia en la que el Supremo abordó la transexualidad, la de 2 de julio de 1987, el Tribunal recurrió a la teoría jurídica de la «ficción» para justificar la protección jurídica del recurrente. Es decir, el Supremo no adoptó una interpretación desde la lógica de los derechos constitucionales y quedó encorsetado en el eje masculino/femenino, recurriendo a la idea de una «ficción» para justificar algo que no es tal sino que es la realidad física (el recurrente se había operado de cambio de sexo en Londres), psicológica, emocional y social de un individuo (16).

En sentencias posteriores —como las de 15 de julio de 1988, 3 de marzo de 1989 o 19 de abril de 1991—, si bien el Supremo no renuncia a la «teoría de la ficción», introduce el derecho al libre desarrollo de la personalidad como base del reconocimiento del derecho a la rectificación registral del sexo. En todo caso, y como señaló en su sentencia de 3 de marzo de 1989, el Supremo mantuvo que «hasta que eventualmente una norma legal disponga la extensión de los efectos a producir por los cambios de sexo judicialmente acordados, no cabrá estimarlos de mayor alcance que los que fueren necesarios para el cumplimiento de lo solicitado». Entre estas limitaciones, cabe destacar la del transexual para contraer matrimonio, pues para el Supremo éste sigue siendo una institución basada en la diferencia de sexo biológico de

siempre que constara el consentimiento libre del afectado. Esta despenalización fue trasladada al artículo 156 del CP aprobado por la LO 10/1995, de 23 de noviembre. A ello habría que sumar que el RD 1917/1986, de 29 de agosto, reformó el artículo 21 del Reglamento de Registro Civil, incorporando la novedad de prohibir la publicidad sin autorización especial «de la rectificación de sexo». Habría que esperar a la reforma llevada a cabo por la LO 5/2010, de 22 de junio, para que el Código Penal incluyera entre los motivos agravantes de las penas la comisión de un delito por razones de «identidad sexual».

(16) Casi en paralelo, la Asamblea de Parlamentarios del Consejo de Europa adoptaba el 29 de septiembre de 1989 la Recomendación n.º 117 «relativa a la condición de los transexuales», en la que ya se hacía un llamamiento a los Estados miembros para que legislasen sobre los derechos de los transexuales y acabasen con las discriminaciones que sufrían. En esta Resolución, por primera vez el Consejo de Europa reconoce que la situación discriminatoria que padecen los transexuales afecta a los derechos humanos protegidos por el Convenio. Ello influiría, por ejemplo, en la STEDH de 25 de octubre de 1992 (asunto Norbert B. c. Francia), en la que se condenó al Estado francés por violación del derecho a la vida privada del artículo 8.1 CEDH al negarse a modificar el sexo registral de un transexual. PÉREZ CÁNOVAS (2002): 428-429.

los contrayentes (17), tal y como además había sostenido el TEDH en varias sentencias (18). Una limitación que obviamente, tras la reforma de 2005, y aún manteniendo esa visión biologicista del sexo, ha quedado afortunadamente superada (19).

Durante esta primera etapa el Supremo mantuvo que el cambio de sexo registral no implicaba un auténtico cambio de sexo, ya que el cromosómico quedaba inalterado y, en consecuencia, no era posible la celebración del matrimonio que se entendía como un contrato celebrado entre personas de sexo biológico diferente. Además, se entendía como necesaria la reasignación quirúrgica. Esta primera concepción se iría matizando no por el Tribunal Supremo, que no cambiaría de orientación hasta la entrada en vigor de la Ley de 2007, sino por los pronunciamientos de varias Audiencias Provinciales que comenzaron a aplicar la doctrina del TEDH a partir de las sentencias de 11 de julio de 2002 (*casos Christine Goodwin contra Reino Unido e I. contra Reino Unido*) (20). En cuanto a la autorización del matrimonio, la Dirección General del Registro y el Notariado se adelantaría al legislador, reconociendo que «si el cambio de sexo se ha producido, los sexos de ambos contrayentes son distintos y cada uno de ellos, al prestar el consentimiento, ha tenido en cuenta el diferente sexo del otro» (Resolución de 8 de enero de 2001).

La vinculación del derecho a la reasignación sexual con el libre desarrollo de la personalidad se fue consolidando en la jurisprudencia, al tiempo que se fueron aportando otros argumentos constitucionales —por ejemplo en la STS de 17 de septiembre de 2007— que estarían en la base del reconocimiento del derecho a la identidad de género, tales como la protección de la salud (art. 43.1 CE), el respeto a la intimidad y a la propia imagen (art. 18.1 CE) y la protección de la integridad física y moral (art. 15 CE). A todos esos argumentos constitucionales habría que sumar la inclusión de la «identidad de género» dentro de las «circunstancias personales y sociales» a que se refiere el artículo 14 CE al prohibir tratos discriminatorios (STC 176/2008, de 22 de

(17) No obstante, varios Registros civiles autorizaron en la década de los 90 matrimonios de transexuales. A pesar que incluso la Dirección General del Registro y el Notariado había dictado una Resolución, con fecha de 2 de octubre de 1991, contraria a dicha posibilidad. LÓPEZ-GALIACHO PERONA (1998): 329-333.

(18) SSTEDH de 17 de octubre de 1986 (*Rees contra R. Unido*), de 27 de septiembre de 1990 (*Coosey contra Reino Unido*) y de 30 de julio de 1988 (*Sheffield contra Reino Unido y Horsham contra Reino Unido*).

(19) La jurisprudencia del TEDH también evoluciona en este sentido, especialmente a partir de los asuntos I. Reino Unido y *Christine Goodwin* contra Reino Unido (sentencias de 11 de julio de 2002), en los que entiende que negar el derecho al matrimonio de una persona transexual supone una violación del artículo 12 CEDH, ya que debe prevalecer el sexo psicológico sobre el cromosómico.

(20) ESPÍN ALBA (2008): 85-91.

diciembre) (21), lo cual supone, en conexión con la igualdad material del artículo 9.2 CE, una doble obligación para los poderes públicos. Por una parte, impedir los tratos discriminatorios de las personas en función de su identidad de género y reparar las consecuencias que de hecho se produzcan como consecuencia de los mismos; por otra, promover las medidas necesarias para compensar las situaciones de histórica discriminación que ha sufrido este colectivo, incluidas las acciones positivas que sean necesarias. Esta vinculación con el principio de igualdad, así como con la protección de la salud, y que tiene una traducción evidente en los tratamientos médico-quirúrgicos por quienes deseen modificar su sexo biológico, le otorga además a la identidad de género una evidente dimensión «social». Muy especialmente si tenemos en cuenta que la vivencia que el individuo tenga de sí mismo, incluido el sentimiento de pertenecer a un determinado sexo o incluso de no pertenecer a ninguna de las categorías sexuales preestablecidas, es un factor esencial de su bienestar.

IV. LA IDENTIDAD PATOLOGIZADA: EL CUERPO COMO PROBLEMA

Durante la VI Legislatura, el Grupo Parlamentario Socialista presentó hasta en tres ocasiones una «Proposición de Ley sobre el derecho a la identidad sexual» que en ningún caso llegó a convertirse en ley. En los años posteriores, las reivindicaciones de las transexuales fueron olvidadas y el debate político en torno a los derechos del colectivo LGTBI se centró en el matrimonio. Solo una vez aprobada la reforma del Código Civil en 2005, el Gobierno decidió acometer dicha regulación, si bien, frente a las reivindicaciones que reclamaban una ley que abordara las diversas problemáticas del colectivo, se limitó a plantear una reforma registral. El mismo título de la norma deja muy clara su finalidad estricta: *la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas*. No se habla pues de identidad sexual o de género, ni siquiera de transexualidad. Por lo tanto, un primer

(21) En este sentido, y aunque el Tratado de la Unión Europea no se refiere de manera expresa a la discriminación por ser transexual, el TJCE ha entendido que la misma debe considerarse incluida dentro de la discriminación por razón de sexo. En este sentido, véase la sentencia del caso *P. v. S. and Cornwall County Council*, de 30 de abril de 1996. Este pronunciamiento fue confirmado y ampliado en otras sentencias como la de 7 de enero de 2004 (*caso MaH*) o la de 27 de abril de 2006 (*caso Richards*). En la misma línea cabe destacar la Observación N.º 20 sobre No Discriminación del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (2009), en la que expresamente «se reconoce la identidad de género como una de las razones de discriminación prohibidas; por ejemplo, las personas que son transgénero, transexuales o intersexuales se enfrentan a menudo a graves violaciones de los derechos humanos, como el acoso en la escuela o en el lugar de trabajo».

reproche que podemos hacerle el legislador es la renuncia a contemplar, con las suficientes garantías, todos y cada uno de los ámbitos de la realidad social y política en los que el colectivo transexual encuentra dificultades para el ejercicio de sus derechos. Es obvio que la rectificación registral del sexo y del nombre constituye un factor esencial para que una persona transexual pueda desenvolverse en el tráfico jurídico sin discriminación, pero no es ni mucho menos el único que condiciona su estatuto de ciudadanía. Por otra parte, y aunque el legislador tiene presente el sexo psicológico, de ahí que la finalidad de la ley sea «garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de las personas cuya identidad de género no se corresponde con el sexo con el que inicialmente fueron inscritas», lo hace dentro de la dicotomía hombre-mujer. Es decir, el ordenamiento reconoce el derecho del individuo a vivir su identidad de género, pero sin que sean reconocidas vivencias y experiencias que supongan situarse fuera del eje masculino-femenino (22).

Del escueto contenido de la ley, y sin entrar en cuestiones que merecería un análisis más detallado como la limitación de su ámbito de aplicación a los nacionales y a los mayores de edad, me interesa resaltar como el legislador incide en una concepción «patologizadora» de la identidad de género. En concreto, la ley prevé que la rectificación registral se acordará por el Encargado del Registro Civil del domicilio del solicitante (art. 3), siempre y cuando la persona solicitante acredite:

- a) Que le haya sido diagnosticada disforia de género. La acreditación del cumplimiento de este requisito se realizará mediante informe de médico o psicólogo clínico, colegiados en España o cuyos títulos hayan sido reconocidos u homologados en España, y que deberá hacer referencia: 1. A la existencia de disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante o sexo psicosocial, así como la estabilidad y persistencia de esta disonancia; 2. A la ausencia de trastornos de personalidad que pudieran influir, de forma determinante, en la existencia de la disonancia reseñada en el punto anterior (23);

(22) ESPÍN ALBA (2008): 110.

(23) Entre la doctrina hay quién se ha extrañado de la ausencia del requisito incluido en otros modelos normativos y que se suele calificar como «test o experiencia de la vida real». Estoy de acuerdo con quienes entienden que el mismo se halla implícito en la evaluación de la disforia de género. Es el caso por ejemplo de ESPÍN ALBA (2008): 128-129. Por dicho «test o experiencia» lo que se exige es que la persona se muestre en sociedad con la identidad de género sentida. Desde el punto de vista clínico este test se considera esencial ya que el cambio de sexo provocará consecuencias inmediatas en el entorno del paciente. Sin embargo, y desde una perspectiva del derecho fundamental a la identidad de género, entiendo, tal y como por ejemplo se subraya en la Exposición de Motivos de la Ley andaluza, que «se debe garantizar la autonomía responsable del paciente-usuario transexual frente a los prestadores de servicios

b) Que haya sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes del sexo reclamado. La acreditación del cumplimiento de este requisito se efectuará mediante informe del médico colegiado bajo cuya dirección se haya realizado el tratamiento o, en su defecto, mediante informe de un médico forense especializado (24).

El elemento más positivo de la ley es el cumplimiento de lo recomendado en el tercero de los Principios de Yogyakarta: «Ninguna persona será obligada a someterse a procedimientos médicos, incluyendo la cirugía de reasignación de sexo, la esterilización o la terapia hormonal, como requisito para el reconocimiento legal de su identidad de género». Ahora bien, el aspecto más criticable es el mantenimiento de la «patologización» de la identidad de género, ya que la ley obliga no solo a un diagnóstico de «disforia de género», sino también a un tratamiento médico durante dos años (25). Es decir, sigue primando la concepción de que nos encontramos ante un trastorno de la identidad y no ante una manifestación de su libre construcción. De esta manera se desconoce el mandato que con rotundidad establece el 18 de los Principios de Yogyakarta, según el cual los Estados «garantizarán que ningún tratamiento o consejería de índole, médica o psicológica considere, explícita o implícitamente, la orientación sexual y la identidad de género como trastornos de la salud que han de ser tratados, curados o suprimidos». Desde esta perspectiva, debería articularse, en lugar de un régimen de «autorización» como el actual, «un régimen de autonomía informada» (26), en el que el personal médico se limitase a explicar el proceso y sus consecuencias, correspondiendo la decisión final al individuo.

A su vez, sigue primando una concepción biológica del sexo, ya que el tratamiento médico tiene como finalidad «acomodar sus características físicas a las correspondientes del sexo reclamado». Es decir, de esta manera

de salud, superando definitivamente anacronismos como las terapias «curativas» o el llamado «test o experiencia de vida real».

(24) Con buen criterio, la disposición transitoria única de la Ley prevé que la persona que, mediante informe de médico colegiado o certificado del médico del Registro Civil, acredite haber sido sometida a cirugía de reasignación sexual con anterioridad a la entrada en vigor de la misma no tendrá que acreditar los requisitos previstos por el artículo 4.1.

(25) «La diagnosis de la disforia de género requiere que la vida tome una forma más o menos definitiva a lo largo del tiempo; un género sólo puede ser diagnosticado si se supera la prueba del tiempo. Se debe demostrar que durante tiempo se ha querido vivir la vida del otro género; también se debe demostrar que se tiene un plan práctico y viable para vivir la vida del otro género durante mucho tiempo. De esta forma la diagnosis quiere establecer que el género es un fenómeno relativamente permanente». BUTLER (2010):121.

(26) PÉREZ FERNÁNDEZ-FIGARES (2010): 109.

«estamos hablando de un tratamiento hormonal, de un tratamiento endocrino hormonal —por usar la expresión médica técnicamente correcta— que contradice las esencias, la axiología, del proyecto de ley que se asentaba en los deseos de la persona basados en el componente psicosocial de su género, de su sexo, y no en los componentes físicos, morfológicos —no en su sexo—, en definitiva, basados en la genitalidad». Este enfoque contribuye a mantener el modelo binario de géneros —«un modelo que define dos sexos “naturales” contrapuestos destinados a desearse cada uno al otro y que otorga unas características a cada uno que son definitorias y excluyentes» (27)— que es, realmente, donde radica el verdadero problema y no tanto en la identidad de quienes se encuentran «atrapados» en el mismo (28).

En este sentido hay que tener presente como en la solicitud de rectificación registral deberá incluirse la elección de un nuevo nombre, salvo cuando la persona quiera conservar el que tenía y éste no induzca a error en cuanto al sexo con arreglo al artículo 54 de la Ley del Registro Civil (art. 2 LRC). Comprobamos como esta exigencia responde al mantenimiento de un sistema sexo-género rígido, plasmado en ese nombre «que no induzca a error en cuanto al sexo», es decir, que en todo caso deje muy clara la pertenencia al masculino o al femenino. La nueva Ley de Registro Civil, la 20/2011, de 21 de julio, eliminó el artículo 54 e introdujo un nuevo artículo 51 en el que, entre los límites legales a la hora de escoger los nombres, se habla de que «no es posible imponer nombres que sean contrarios a la dignidad de la persona ni que hagan confusa su identificación». El problema sigue siendo si la ruptura del eje masculino/femenino continúa provocando dicha «confusión».

El legislador español no ha abandonado por lo tanto el modelo predominantemente clínico que ha caracterizado desde hace décadas el enfoque de la transexualidad (29). Incluso en aquellos casos en que las personas transexuales optan por la cirugía de reasignación de sexo sigue primando en los protocolos establecidos un modelo exclusivamente clínico y no la expresión

(27) HERNÁNDEZ GONZÁLEZ; RODRÍGUEZ MORALES; GARCÍA-VALDECASAS CAMPELO (2010): 81.

(28) Lo explica con contundencia Miquel Missé desde su propia experiencia «trans»: «Nuestro cuerpo no tiene ningún problema. El problema lo tiene el sistema, que no sabe en qué cajón ordenarlo, clasificarlo, leerlo. Pero claro, el quirófano es mucho más económico y menos cuestionador que el cambio social». MISSÉ (2012): 71.

(29) Debemos recordar que la transexualidad fue incluida en la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE) que publica la Organización Mundial de la Salud (1975), así como en el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM-III), publicado por la Asociación Americana de Psiquiatría (1980). En 1994 la Asociación norteamericana de Psiquiatría cambió el Manual Diagnóstico —el conocido como DSM-IV— e introdujo el transexualismo como un «trastorno de la identidad de género».

de la libre voluntad del individuo (30). Es curioso cómo para un cambio de sexo se exige transitar por un procedimiento largo y costoso, mientras que para otro tipo de libres disposiciones sobre el cuerpo —cualquier operación de cirugía estética, por ejemplo— no hace falta más que el deseo del sujeto (31).

Esta concepción patologizadora obliga a que el individuo viva lo que debería ser una manifestación de su libertad personal como un conflicto, es decir, «debe haber una persistente concepción de uno mismo como perteneciente al otro género; debe haber un período de prueba durante el cual se visita con ropa del otro género durante todo el día para ver si se puede predecir la adaptación; y debe haber sesiones de terapia y certificados que documenten el equilibrio mental de la persona» (32). Además, «los criterios de diagnóstico, a la vez que definen esta vivencia como un trastorno mental, señalan que la enfermedad no se puede curar y que su único tratamiento es la cirugía de reasignación sexual... De hecho, la transexualidad es el único *trastorno mental* que se se *cura* mediante intervenciones quirúrgicas» (33). De esta manera, comprobamos como «la medicina moderna ha encontrado la manera de retroalimentar aquello que es socialmente normativo en un contexto de desarrollo médico-tecnológico determinado que hace de la reasignación de sexo un producto cuyo peaje, además del costo económico, implica la aceptación de la categoría psicopatológica para poder devenir, supuestamente, hombres o mujeres completas» (34).

Todo lo apuntado nos lleva a la conclusión de que «recibir el diagnóstico de *Gender Identity Disorder (GID)* (trastorno de identidad de género) es ser considerado malo, enfermo, descompuesto, anormal y sufrir cierta

(30) En el caso por ejemplo de Andalucía, el Servicio Andaluz de Salud prevé un itinerario terapéutico que pasa por las siguientes fases: a) Asistencia en la Red de Atención Primaria y derivación a la Unidad de Trastornos de Identidad de Género del Hospital «Carlos Haya» de Málaga; b) Asistencia por la psicóloga de la UTIG que realiza entrevistas a la persona demandante y a algún familiar; c) Test de la vida real durante un período de un año; y d) Tratamiento hormonal. TENA DÍAZ (2010): 8.

(31) En este sentido, no podemos perder de vista que, como bien explica THOMAS HAMMARBERG en el *Issue Paper* sobre «Derechos humanos e identidad de género», publicado el 29 de julio de 2009, «un rasgo común en la mayoría de procedimientos de reconocimiento de género, cuando existen, es la combinación de requisitos legales y médicos tediosos, cuyos límites a menudo son imprecisos. Largos procesos de tests psicológicos, psiquiátricos y físicos son características típicas de estos procedimientos. Algunos, como el examen de los genitales por parte de los psiquiatras, constituyen una falta de respeto hacia la integridad física de la persona» (pág. 8).

(32) BUTLER (2010): 134-135.

(33) MISSÉ (2012): 63-64.

(34) BIGLIA y LLORET (2010): 218.

estigmatización como consecuencia del diagnóstico» (35). La diagnosis de la disforia de género se centra más en la constatación de la patología que en las necesidades que la persona afectada puede tener en un contexto en el que, de hecho, es discriminada (36). De esta manera, se incrementa la vulnerabilidad de las personas trans y aumentan los riesgos para su bienestar físico y mental.

En los últimos años se ha iniciado un intenso movimiento internacional con el objetivo de eliminar la consideración de la transexualidad como una enfermedad o un trastorno médico o psicológico. Este movimiento ha agrupado bajo las siglas STP 12 (*Stop Trans Pathologization*, www.stp2012.info) a redes de activistas internacionales y asociaciones profesionales, además de contar con el apoyo de gobiernos estatales y de instituciones internacionales. Entre los apoyos a esta iniciativa cabe destacar el ya citado Informe Temático «Derechos Humanos e Identidad de Género» del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa Thomas Hammarberg, la Recomendación CM/Rec (2010) 5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, la Resolución 1728 (2010) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y el Comentario de Derechos Humanos de Thomas Hammarberg «Clear laws needed to protect trans persons from discrimination and hatred», publicado el 26 de julio de 2011, así como declaraciones de diferentes gobiernos. El más contundente posicionamiento político tuvo lugar el 28 de septiembre de 2011 cuando el Parlamento Europeo acordó eliminar su consideración como patología e instó a los Estados a simplificar la tramitación del cambio de identidad y a garantizar la cobertura médica por parte de la seguridad social (37).

Este intenso activismo ha empezado a dar sus frutos. El 22 de mayo de 2013 la Asociación Americana de Psiquiatría publicó la versión final del Manual Estadístico de los Trastornos Mentales V (DSM), en el que al fin desapareció el «trastorno de identidad de género», si bien mantiene la «disforia de género» para referirse a la angustia que sufre la persona que no se siente identificada con su sexo biológico. La siguiente fecha clave en la lucha contra la despatologización será la presentación de la CIE-11 (clasificación internacional de enfermedades) prevista para 2017. Desde STP 2012, paralelamente a otras redes activistas, se reclama la introducción de una mención

(35) BUTLER (2010): 114.

(36) La patologización de la transexualidad ha llegado a ser definida como un ejemplo de violencia de género y de transfobia «ejercida, entre otros, por el Estado que dice representarnos democráticamente y las instituciones médicas que pretenden curarnos». COLL-PLANAS (2010): 18.

(37) Sobre las críticas al modelo patologizador, véase MISSÉ y COLL-PLANAS, (2010): 115-196. Sobre la patologización de la intersexualidad, véase GARCÍA (2015): 111-151.

no patologizante de la atención sanitaria trans-específica en la CIE, como un proceso de atención no basado en la «cura» de una enfermedad (38).

En definitiva, y pese a todos los aspectos positivos de la Ley del 2007, y del indudable avance que supone con respecto a los derechos de las personas transexuales, se trata de un instrumento legislativo que está muy lejos de poder calificarse como «ley de identidad de género». Es decir, falta un tratamiento integral de las múltiples dimensiones en que las personas transexuales necesitan aún de instrumentos eficaces para la plena efectividad de sus derechos. Además, se trata de una norma «que no cambia drásticamente la forma de entender el sexo y el género en la sociedad» (39). El primero de los vacíos ha tratado de ser cubierto por varios legisladores autonómicos a través de unas normas que pretenden evitar o, en su caso, reparar, las discriminaciones que continúan sufriendo muchas personas por motivos de su «identidad de género», al tiempo que detallan una serie de derechos en los que se proyecta esa dimensión fundamental de la personalidad del individuo.

V. LAS LEYES AUTONÓMICAS DE NO DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS DE IDENTIDAD DE GÉNERO Y DE RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS TRANSEXUALES

1. *La identidad de género como manifestación de la personalidad del individuo*

Fueron dos los legisladores autonómicos que iniciaron la regulación integral de la situación de las personas transexuales. De manera prácticamente idéntica, y con una diferencia de poco más de dos años, el legislador navarro primero y el vasco después aprobaron dos leyes con el mismo título, el cual pone de manifiesto los objetivos a cubrir en paralelo: la no discriminación por motivos de identidad de género y el reconocimiento de los derechos de las personas transexuales. Los mismos a los que responden las Leyes andaluza y canaria aprobadas posteriormente.

(38) Ahora bien, tampoco podemos perder de vista que muchas personas transgénero temen que una modificación de dichos sistemas clasificatorios puede conllevar mayores dificultades en el acceso a la atención sanitaria. De ahí la necesidad de considerar ambas demandas, la de despatologización y la de acceso a una atención sanitaria públicamente cubierta, no como irreconciliables y excluyentes, sino como dos derechos fundamentales «Reflexiones sobre el proceso de revisión de la CIE desde una perspectiva de despatologización y derechos humanos» http://www.stp2012.info/STP2012_Reflexiones_CIE.pdf (consultada, 24/03/14).

(39) PLATERO MÉNDEZ (2009): 310.

Los cuatro legisladores justifican de similar manera los motivos que reclaman la adopción de un instrumento normativo que contemple de manera integral la situación de las personas transexuales. Así, la LF parte del reconocimiento de que dicha protección «entronca con el derecho a la dignidad de la persona —entendida ésta, según definición del Tribunal Constitucional en su sentencia 53/1985, de 11 de abril, como «un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás»— así como de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la salud, a la integridad física, a la intimidad y a la propia imagen, entre otros». Idéntica argumentación reitera la LV, la cual menciona de manera expresa «la grave situación de desprotección y las difíciles condiciones de vida de las personas transexuales inmigradas, que, quedando expresamente fuera de la Ley 3/2007, seguirán sufriendo una doble discriminación al no poder acceder a la rectificación registral de la mención relativa al sexo». En definitiva, y como señala la Exposición de Motivos de la LA, es necesario crear un marco normativo que facilite el proceso de cada persona transexual para reconocerse y aceptar su propia identidad, permitiendo su progresiva adaptación y el desarrollo completo de sus potencialidades. Y, de esa manera, como apunta la LC, se supere «la situación de vulnerabilidad en que se encuentran las personas transexuales», la cual «las sitúa en un equilibrio social precario», mucho más acusado en un territorio fragmentado como el insular.

La LF, tal y como se deduce de su Exposición de Motivos y de su contenido, sitúa el tratamiento de la transexualidad en el ámbito de la ciudadanía, lo que exige precisamente su carácter integral. Un objetivo que se reitera y se deja absolutamente claro en el artículo 1:

«El objeto de la presente Ley Foral es el de garantizar el derecho de las personas que adoptan socialmente el sexo contrario al asignado en su nacimiento a recibir de la Administración foral una atención integral y adecuada a sus necesidades médicas, jurídicas y de otra índole, en igualdad de condiciones con el resto de la ciudadanía, dentro del ámbito competencial que corresponde a Navarra» (40).

En un sentido similar se pronuncia la LV, la cual proclama como objeto «proteger, en general, el ejercicio de su libertad en los diferentes ámbitos de la vida social y, en particular, en los distintos servicios públicos».

(40) Este artículo es literalmente copiado por el legislador canario (art. 1).

Este objetivo conecta con la demanda de «despatologización» que el legislador vasco expresa en el Preámbulo:

«las personas transexuales no demandan que se les atienda porque sufren una patología o un trastorno, sino por los obstáculos sociales que encuentran en el libre desarrollo de sus derechos más fundamentales, y por el dolor y la angustia con que tales dificultades llenan sus vidas. De ahí que deba partirse, necesariamente, de la premisa de que la configuración del sexo de una persona va más allá de la simple apreciación visual de sus órganos genitales externos, presentes en el momento del nacimiento. Habremos de adoptar como guía, por tanto, un concepto no puramente biológico del sexo [...] sino, sobre todo, psicosocial; reconociendo que imperan en la persona las características psicológicas que configuran su forma de ser y otorgando soberanía a la voluntad humana sobre cualquier otra consideración física» (41).

En este sentido, la LV, al regular las prestaciones sanitarias para las personas transexuales, se refiere expresamente a «los problemas derivados de un desarrollo corporal que se ha producido en contra del correspondiente al género sentido por la persona» (art. 8.1).

Por lo tanto, en ambas leyes constatamos no solo el carácter transversal que se le otorga a la identidad de género, sino también el punto de partida constituido por la situación de las personas transexuales que dista de ser igual a la del «resto de la ciudadanía». De ahí que, y de acuerdo con el mandato del artículo 9.2 CE, los poderes públicos deban actuar para corregir y evitar esas discriminaciones, así como para incidir en la realidad de un colectivo que presenta características singulares. Se trata, pues, de una exigencia del principio de igualdad y, por tanto, de una cuestión de ciudadanía.

A esta concepción responde también la Ley andaluza, que es sin embargo la única que opta por hablar expresamente del «derecho a la autodeterminación de género», el cual se proyecta en el derecho a:

1. Recibir una atención integral y adecuada a sus necesidades sociales, sanitarias, jurídicas, laborales y educativas, entre otros, en igualdad efectiva

(41) En lógica consecuencia con lo dicho, el Preámbulo deja muy claro que «la atención a prestar no se centra ni consiste únicamente en una cirugía de reasignación de sexo, que en parte de los casos ni siquiera constituye la parte esencial del proceso global de reasignación. Debe incidir, también, en la confección de mecanismos de autoapoyo para afrontar el rechazo del entorno social y familiar o la discriminación sociolaboral; en las terapias hormonales sustitutivas para adecuar el sexo biológico a la propia identidad de género; en las intervenciones plástico-quirúrgicas necesarias, en algunos casos, sobre caracteres morfológicos de relevancia en la identificación de la persona (como el torso o la nuez, por citar algunos y, asimismo, en las prestaciones complementarias referidas a factores como el tono y la modulación de la voz, o el vello facial, entre otros».

de condiciones y sin discriminación con el resto de la ciudadanía, en relación con lo previsto en los artículos 35 y 37.1.2.º del Estatuto de Autonomía para Andalucía y el artículo 43.2 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la igualdad de género en Andalucía.

2. El reconocimiento de su identidad de género, libremente determinada.
3. El libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género, libremente determinada.
4. Ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de este modo en los instrumentos que acreditan su identidad en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía.
5. El ejercicio de su libertad en los diferentes ámbitos de la vida social y, en particular, en el acceso y atención en los distintos servicios públicos que se prestan por la Administración de la Junta de Andalucía.

El artículo 2 LF, al marcar de qué manera actuará la Administración foral en estos casos, nos aporta dos elementos esenciales en la definición de la «identidad de género». Al decirnos que dicha Administración «obrará teniendo en cuenta que las personas deben ser tratadas de acuerdo con su identidad de género, la que se corresponde con su sexo asumido, que es como la persona se presenta a la sociedad», nos ofrece las claves de las dos dimensiones que confluyen en la identidad. Por una parte, la que podría denominar íntima, es decir, la que el individuo vive internamente, emocional y psicológicamente. Y, por otra, que irremediamente va unida a la anterior, y que supone la proyección social de dicha identidad, lo que nos sitúa frente a las exigencias del principio de igualdad en lo que supone de «reconocimiento».

La LF define las personas beneficiarias de la misma de acuerdo con lo establecido en la Ley 3/2007, es decir, se entiende como «persona transexual» a toda aquella que de acuerdo con la ley estatal haya procedido a la rectificación en el Registro Civil de la mención de sexo (art. 3). Ahora bien, la ley contempla también la «situación de tránsito a la nueva identidad de género» y extiende sus prestaciones a las personas que hayan iniciado el procedimiento de rectificación registral. En un sentido similar se contemplan las personas beneficiarias en el artículo 3 LV, si bien ésta también incluye a las que acrediten, mediante informe de personal médico o psicológico colegiado, los siguientes extremos: a) Que carece de trastornos de personalidad que la induzcan a error en cuanto a la identidad de género que manifiesta y pretende le sea reconocida; mostrando una voluntad estable, indubitada y permanente al respecto; b) Que presenta una disonancia, igualmente estable y persistente, durante al menos 6 meses, entre el sexo biológico y la identidad de género sentida como propia. Una previsión que contrasta claramente con la demanda de «despatologización» que la ley

expresa en su Preámbulo (42). De manera mucho más amplia, y coherente con su objetivo de despatologización, la LA extiende su ámbito de aplicación «a todas las personas con residencia efectiva en Andalucía que manifiesten una identidad de género distinta a la asignada al nacer» (art. 4). De esta manera, y a diferencia de la Ley estatal de 2007, que limita de manera muy cuestionable la titularidad de los derechos que regula a los nacionales, las leyes autonómicas coinciden en considerar como beneficiarias de las mismas a las personas residentes en la Comunidad autónoma (art. 9 LF, art. 2 LV, art. 4 LA, art. 2 LC).

2. *La atención sanitaria de las personas transexuales*

El primer Título de la Ley Foral 9/2009 se dedica a la atención sanitaria de las personas transexuales, y en él se deja muy claro que «el sistema sanitario público de Navarra proporcionará los diagnósticos y tratamientos fijados en esta Ley Foral y en sus posteriores desarrollos, en el marco de las prestaciones de la sanidad pública» (art. 4). En un sentido similar se pronuncia el artículo 8 LV, el cual considera incluidos dentro de «las prestaciones gratuitas de la sanidad pública los diagnósticos, los tratamientos hormonales y las intervenciones plástico-quirúrgicas, así como aquellos tratamientos que, en desarrollo de esta ley, se determinen para dar solución a los problemas derivados de un desarrollo corporal que se ha producido en contra del correspondiente al género sentido por la persona». De manera parecida, aunque menos contundente, se pronuncian el artículo 10 LA y el artículo 6 LC (43).

(42) En un sentido similar se pronuncia la LCE que en su artículo 2 exige el informe de un psicólogo para acreditar la condición de transexual. En dicho informe habrá de constatarse que la persona carece de patologías que la induzcan a error en cuanto a la identidad de género que manifiesta, así como la disonancia estable y persistente durante al menos 6 meses entre el sexo morfológico y la identidad de género solicitada. Este informe no será necesario cuando la persona haya procedido a la rectificación por resolución firme en el Registro Civil de la mención del sexo. En este caso solo deberá acreditar dicha rectificación (art. 2.3). Frente a estas previsiones, resulta mucho más ajustada a la caracterización que definiendo en estas páginas la citada Ley catalana, la cual señala expresamente que las personas transexuales podrán acogerse a lo establecido en ella «sin que sea necesario ningún diagnóstico de disforia de género ni tratamiento médico» (art. 23.4).

(43) La Ley gallega 2/2014, de 14 de abril, se limita a garantizar «la atención sanitaria, según la necesidad y el criterio clínico, de las prácticas y para las terapias relacionadas con la transexualidad» (art. 20). La Ley catalana 11/2014, de 10 de octubre, establece el deber de las Administraciones públicas de Cataluña de «incorporar al sistema sanitario la atención integral de las personas transgénero y a personas intersexuales, de acuerdo con la cartera de servicios vigente, teniendo en cuenta su revisión según los avances científicos, y definiendo los crite-

De esta forma, los legisladores autonómicos han respondido al llamamiento realizado por el Parlamento Europeo en su Resolución de 1989, en la que se pedía a los Estados que «los costes del tratamiento psicológico, endocrinológico, quirúrgico, plástico-quirúrgico y estético de los transexuales corran a cargo de la seguridad social». En esta línea también se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual ha exigido a los Estados que no solo proporcionen la posibilidad de someterse a cirugía para una completa reasignación de género, sino también que los planes de seguros cubran en general los tratamientos médicamente necesarios (SSTEDH van Kück c. Alemania —acusación M.º 35968/97— y L. c. Lituania —acusación N.º 27527/93—).

La LV, además de reconocer a las personas transexuales los derechos recogidos en el artículo 5 de la Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de Salud, detalla una serie de derechos específicos (art. 4.2)(44). Además, se prohíbe el uso en el Servicio Navarro de Salud de terapias aversivas sobre personas transexuales y de cualquier otro procedimiento que suponga un intento de anulación de la personalidad de la persona transexual, cualquier otra vejación o proporcionarle un trato discriminatorio, humillante o que atente contra su dignidad personal (art. 4.3)(45). En el mismo sentido, el artículo 4.2 LC.

La LF prevé la creación de una unidad de referencia en materia de transexualidad dentro del Servicio Navarro de Salud, integrado por los profesionales de la asistencia sanitaria y de la atención psicológica, psicoterapéutica y sexológica que se determinen, y que definirá, en coordinación con la Uni-

rios de acceso tanto al tratamiento hormonal como a la atención quirúrgica. Debe tenerse en cuenta la voluntad de la persona afectada en la toma de decisiones, siempre y cuando su vida no corra peligro o las condiciones de salud no puedan verse perjudicadas, de acuerdo con la normativa vigente. En cuanto a los menores, deben tenerse especialmente en cuenta, además, su derecho al libre desarrollo de la personalidad y su capacidad y madurez para tomar decisiones» [art. 16.3.i)].

(44) En concreto, dichos derechos serían: a) A ser tratadas conforme a su identidad de género e ingresadas en salas o centros correspondientes a ésta, cuando existan diferentes dependencias por razón de sexo, y a recibir el trato que se corresponde a su identidad de género; b) A ser atendidas por profesionales con experiencia, tanto en la especialidad concreta en que se enmarque el tratamiento, como de la transexualidad en general; c) A que se adopten todas las medidas administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar sus derechos reproductivos, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género (art. 4.2). En un sentido similar se pronuncia el artículo 10 LV.

(45) En este sentido, hay que tener en cuenta que la Agencia Europea de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el ya citado informe *Homophobia and Discrimination on the grounds of sexual orientation in the EU Member States* (pág. 122), pone de manifiesto cómo «una cuarta parte de los/as encuestados/as en el *Transgender EuroStudy* dijeron haber recibido un tratamiento hostil por parte de los profesionales sanitarios por ser transgénero».

dad de Referencia estatal correspondiente, el proceso a seguir por la persona transexual más adecuado a sus circunstancias personales, a su estado de salud y a sus deseos de cambio en la manifestación morfológica acorde con el sexo sentido como propio (art. 4.4). De manera similar se contempla esta cuestión en el artículo 8.2 LV y en la disposición adicional primera LA, así como el artículo 6.3 y disposición adicional única LC.

El legislador navarro ha previsto de manera expresa lo que se ha convertido en práctica habitual en muchas Comunidades Autónomas, es decir, la derivación de determinados tratamientos e intervenciones concretadas en la Ley Foral a hospitales públicos o privados que cuenten con un servicio especializado en la reasignación quirúrgica de sexo y ofrezcan los estándares de calidad adecuados. El Servicio Navarro de Salud se hará cargo de los gastos derivados del desplazamiento, alojamiento y del tratamiento médico-quirúrgico de la persona transexual afectada (art. 4.5) (46).

Uno de los aspectos controvertidos que planteaba la Ley de 2007 era la exclusión de los menores de edad del procedimiento de rectificación registral. La ley navarra, sin embargo, los incluye en cuanto titulares del «derecho a recibir el oportuno diagnóstico y tratamiento médico relativo a su

(46) La Proposición de Ley andaluza contenía una previsión que luego ha desaparecido en el texto definitivo, relativa a que el Servicio Andaluz de Salud «proporcionará la cirugía de reasignación de sexo en su cartera básica de servicios dentro del marco de sus competencias, *minimizando los desplazamientos innecesarios*» (art. 11.3). El texto definitivo señala que se procurará «la máxima proximidad entre las personas usuarias y los centros sanitarios, siempre que se garantice la calidad y seguridad en la atención» (art. 10.4). Debemos tener en cuenta que esta cuestión ha sido una de las que ha generado mayor polémica en cuanto a la debida garantía de los derechos de las personas transexuales, al no contar todas las CCAA con centros de referencia y derivándose por tanto su tratamiento hacia algunos de los ya existentes. La no asunción del coste del tratamiento por parte de las Administraciones correspondientes ha dado lugar a reclamaciones ante los órganos jurisdiccionales. Si bien los tribunales inferiores han dado diversas respuestas, el Tribunal Supremo se manifestó en varias sentencias en contra del reembolso (SSTS de 23 de marzo de 2007 y de 29 de mayo de 2007) ELVIRA PERALES (2013): 12. Dicha línea jurisprudencial se rompió en mayo de 2013 cuando el Tribunal Supremo se pronunció por primera vez a favor de una persona atrapada en un cuerpo de sexo ajeno y en contra de una comunidad autónoma que le había vetado reiteradamente el derecho que reclamaba a operarse con cargo a la sanidad pública. En concreto, la Xunta de Galicia está obligada a planificar el tratamiento pre y posoperatorio de C.T.G.A., conocida en las redes sociales como Charlotte Goiar. Además, deberá pagar íntegramente una complicada cirugía cuyo coste oscila entre 15.000 y 25.000 euros fuera de la comunidad, ya que en Galicia no existe (y esa era la razón que aducía la Consejería de Sanidad) ningún centro público habilitado para ello. En febrero de 2012, siguiendo los precedentes de fallos favorables a pacientes con disforia de género que habían dictado los tribunales superiores de Cataluña y Madrid, ambos en 2003, el Superior de Galicia sentenció que la Xunta tenía que correr con los gastos de Goiar. El gobierno de la Xunta recurrió al Supremo, cuya Sala de lo Social inadmitió el recurso de casación mediante el Auto de 23 de mayo de 2013.

transexualidad, especialmente la terapia hormonal. La atención sanitaria que se les preste, en tanto que menores, se hará de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica de Navarra, y en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (art. 5). En un sentido similar se pronuncian el artículo 11 LV y el artículo 7 LC.

De manera parecida se pronuncia la LA (art. 19.6), la cual reconoce «el derecho de los menores transexuales a desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y plena, así como en condiciones de libertad y dignidad. Esto incluye la determinación y el desarrollo evolutivo de su propia identidad de género y el derecho a utilizar libremente el nombre que haya elegido» (art. 19.3). A tales efectos, «sus padres, tutores o representantes legales, con la expresa conformidad del menor, que será oído teniendo en cuenta los principios de aptitud y capacidad progresiva y de acuerdo con lo estipulado en la legislación nacional y autonómica en vigor, facilitarán y colaborarán con la Administración autonómica a fin de garantizar los derechos de los menores establecidos en los artículos 9 y 15 de la presente Ley» (art. 19.4). El artículo 9 contempla el derecho a recibir de las Administraciones competentes acreditaciones acordes a su identidad de género, mientras que el artículo 15 contempla las actuaciones respecto a la identidad de género de las personas en el ámbito educativo.

Tanto la ley vasca como la navarra contemplan el establecimiento de una guía clínica para la atención de las personas transexuales (art. 6 LF y art. 9 V). Cabe destacar cómo el legislador vasco exige que la misma se elabore en colaboración preferente con las asociaciones de personas transexuales y en su caso con las organizaciones que trabajan en el ámbito de la identidad de género, debiendo contener los criterios objetivos y estándares asistenciales internacionales en la materia, especificar la cualificación necesaria del personal profesional para cada tipo de actuación y determinar los circuitos de derivación más adecuados (47). Se deja claro además que no se podrá condicionar el derecho a recibir otros tratamientos complementarios como la fotodepilación del vello facial o la tirocondroplastia o la mejora del tono y modulación de la voz a la realización previa de cirugías de reasignación sexual. El artículo 9.4 LV es más preciso y añade que los tratamientos

(47) En un sentido similar la LA habla del establecimiento de un «procedimiento asistencial de atención a las personas transexuales» que se ajustará a las recomendaciones internacionales y a los principios de la ley, el cual deberá elaborarse con la colaboración de personas transexuales y de las entidades que las representan (art. 10.3).

complementarios tampoco podrán condicionarse por la realización previa del tratamiento hormonal. En un sentido similar, el artículo 8 LC.

Las cuatro leyes finalizan en este ámbito con dos previsiones similares, una relativa a las estadísticas y tratamiento de datos sobre los resultados de la atención a las personas transexuales (art. 7 LF, art. 12 LV, art. 12 LA, art. 10 LC), y otra en el que se reconocen dos derechos en paralelo: el de los/las profesionales a recibir formación específica de calidad en materia de transexualidad, y el de las personas transexuales a ser atendidas por profesionales con experiencia suficiente y demostrada en la materia (art. 8 LF, art. 13 LV, art. 11 LA, art. 11 LC).

3. *La no discriminación en el ámbito laboral*

El Título II LF, el capítulo IV LV y el título III tanto de la LA como de la LC están dedicados a uno de los ámbitos en los que las personas transexuales sufren una mayor discriminación: el laboral (48). En ellos se proclaman dos principios complementarios: por una parte, el mandato de no discriminación por orientación sexual o identidad de género en la contratación de personal y las políticas de promoción llevadas a cabo por las Administraciones públicas y los organismos públicos a ellas adscritas se asegurarán (art. 9 LF, art. 14 LV, art. 13 LA); por otra, el uso por parte de dichas Administraciones de medidas de discriminación positiva para favorecer la contratación y el empleo de personas transexuales (art. 10 LF, art. 15 LV). En este último punto la Ley andaluza es más «cauta», porque se limita a decir que dentro de las «políticas activas de ocupación» deberá tenerse presente el objetivo de fomentar la empleabilidad de las personas «trans» (art. 14).

Junto a este tipo de medidas, los legisladores deberían haber previsto otras que fueran más allá del acceso al empleo. Es decir, deberían haber tenido presente los problemas a los que se enfrentan las personas transgénero en sus puestos de trabajo. En su informe sobre *Derechos Humanos e Identidad de Género* el comisario de Derechos Humanos Thomas Hammarberg cita algunos ejemplos tales como el acoso continuo de los compañeros de trabajo, la prohibición del uso del baño preferido o los códigos de vestimenta. A ello habría que sumar aspectos más específicos y que inciden en las condiciones de acceso al trabajo, como puede ser, por ejemplo, el necesario cambio retroactivo del nombre y sexo de las personas transgénero en los certificados académicos.

(48) La Ley catalana 2/2014 se refiere expresamente al desarrollo de «estrategias para la inserción laboral de las personas transgénero» [art. 21.d)].

4. *La lucha contra la transfobia y la integración de las personas transexuales*

Junto a la discriminación que sufren en el ámbito laboral, no cabe duda de que la mayoría de las dificultades que sufren las personas transexuales derivan de los prejuicios y los estereotipos que buena parte de la sociedad sigue manteniendo con respecto a ellas. De ahí que parezca muy acertado que una de las primeras previsiones que haga el legislador vasco sea la de incluir una serie de medidas contra la transfobia (art. 5 LV). Con diferente grado de precisión se pronuncian los arts. 11 y 16 LF, 7 LA y 5 LC (49). De manera más detallada, el capítulo II del título IV LF incluye un largo listado de medidas que, de manera singular, van dirigidas a erradicar la violencia «simbólica» que siguen sufriendo las personas transexuales (50).

Uno de los factores clave para acabar con la transfobia y con la mayoría de las situaciones de discriminación de las personas transexuales son las medidas de socialización que se lleven a cabo en materia de diversidad de identidades de género. De ahí que dentro del título IV LF, dedicado a «otras medidas de atención a las personas transexuales», destaque el capítulo dedicado al tratamiento de la transexualidad en el sistema educativo. Además, se incluyen también una serie de medidas específicas para luchar contra la transfobia (art. 13), tales como:

- a) la realización de programas de capacitación y sensibilización en cuanto a las normas internacionales de derechos humanos y los principios de igualdad y no discriminación, incluidos los concernientes a la identidad de género, dirigidos a docentes y estudiantes en todos los niveles de la educación pública;
- b) la adopción de todas las medidas apropiadas, incluyendo programas de educación y capacitación, para alcanzar la eliminación de cualquier discriminación basada en identidad de género;
- c) el desarrollo de planes de inserción laboral para personas transexuales en riesgo de exclusión social.

(49) Entre las medidas específicas cabe destacar cómo tanto el legislador andaluz (art. 7.b) como el canario (art. 5.2.d), se refieren a la protección especial de las mujeres transexuales, «por el riesgo añadido de acumular múltiples causas de discriminación».

(50) En este sentido, cabe destacar cómo la Ley catalana 11/2014 incluye, entre los comportamientos sancionables, el llamado «asedio por razón de la orientación sexual, la identidad de género o la expresión de género», mediante el cual se refiere el legislador a «cualquier comportamiento basado en la orientación sexual, la identidad de género o la expresión de género de una persona que tenga la finalidad o provoque el efecto de atentar contra su dignidad o su integridad física o psíquica o de crearle un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante, ofensivo o violento» [art. 4.g)].

La Ley vasca dedica a esta cuestión su capítulo IV, en el que se ordena que la Administración pública vasca asegure que los métodos, currículos y recursos educativos sirvan para aumentar la comprensión y el respeto a la diversidad de identidades de género, incluyendo las necesidades particulares del alumnado y las de sus progenitores y familiares en este sentido. De manera más específica, se concreta que la Administración educativa vasca, en colaboración preferente con las asociaciones de personas transexuales, y, en su caso, con las organizaciones que trabajan en el ámbito de la identidad de género (art. 17): a) incluirá, dentro de los programas de capacitación y sensibilización respecto a las normas internacionales de derechos humanos y a los principios de igualdad y no discriminación, también los concernientes a la identidad de género, dirigidos al personal docente y al alumnado, en todos los niveles de la educación pública; b) adoptará todas las medidas oportunas y apropiadas, incluyendo programas de educación y capacitación, para alcanzar la eliminación de cualquier discriminación basada en la identidad de género. En un sentido similar se pronuncia el artículo 14 LC.

Finalmente, el artículo 18 se ocupa de una de las cuestiones que mejor reflejan la transfobia todavía presente en nuestra sociedad, al contemplar la adopción de medidas que sirvan para proteger a estudiantes, personal y docentes transexuales contra todas las formas de discriminación, exclusión social y violencia por motivos de identidad de género, incluyendo el acoso y el hostigamiento, dentro del ámbito escolar. De la misma forma, la Ley navarra incluye una serie de medidas específicas dirigidas a evitar la discriminación en el ámbito educativo (art. 14), así como un largo listado de acciones que tienen el objetivo de sensibilizar y de socializar en el respeto y no discriminación de las personas transexuales (art. 16). Asimismo, se prevé la creación de servicios de asesoramiento jurídico para dichas personas y sus familias (art. 15).

En un sentido similar a las Leyes navarra y vasca, la Ley andaluza dedica su capítulo IV al «respeto a la identidad de género de las personas en el ámbito educativo», al que sigue un capítulo dedicado a la «atención social», en el que destaca la atención específica de los menores (art. 19), los jóvenes (art. 20) los mayores (art. 21), las personas transexuales que hayan sido víctimas de algún delito (art. 22) y, de manera más específica, de las víctimas de violencia de género (art. 23). En concreto, este último artículo se refiere a «toda persona cuya identidad de género sea la de mujer y sea víctima de la violencia machista» (51). De

(51) Cabe destacar cómo en la Ley catalana 11/2014, en el artículo 18, dedicado al orden público y la privación de libertad, se incluyen garantías específicas, tales como «establecer normas de identificación y cacheo para personas transgénero de acuerdo con la identidad sentida», «permitir y facilitar a los detenidos y a los internos transgénero, tanto por parte de la autoridad policial como por parte de la autoridad penitenciaria, la continuidad de cualquier tratamiento médico u hormonal que estén siguiendo» y «garantizar que los internos trans-

acuerdo con estas previsiones, la Consejería de Educación, Cultura y Deportes de la Junta de Andalucía ha aprobado un protocolo de actuación sobre identidad de género en el sistema educativo andaluz (*BOJA* n.º 96, de 21 de mayo de 2015).

Incluso el legislador navarro, para facilitar la integración de las personas transexuales, prevé el establecimiento de un procedimiento reglamentario que posibilite que haya personas transexuales que cuenten con documentación administrativa de forma transitoria en centros escolares, servicios sociales y sanitarios, que pueda ayudarles a una mejor integración durante el proceso de transición, evitando situaciones de sufrimiento o discriminación innecesarias (art. 14.2). La misma previsión se contiene en el artículo 7.1 LV, el cual añade que para las personas transexuales inmigradas con residencia en la Comunidad Autónoma de Euskadi, la documentación administrativa referida en el párrafo anterior se entenderá vigente hasta el momento en que puedan proceder al cambio registral en el país de origen. Además, se prevé que «como consecuencia de la expedición de la documentación citada en el apartado anterior, y en todo caso a partir de la expedición del documento nacional de identidad que refleje el sexo sentido por la persona transexual, el Gobierno Vasco, las diputaciones forales, las administraciones locales y cualesquiera otros entes públicos propios de la Comunidad Autónoma de Euskadi habilitarán los mecanismos administrativos oportunos y coordinados para eliminar de los archivos, bases de datos y demás ficheros pertenecientes a la Administración toda referencia a la identificación anterior de la persona o a cualquier dato que haga conocer su realidad transexual, con excepción de las referencias necesarias en el historial médico confidencial de la persona a cargo de Osakidetza-Servicio Vasco de Salud» (art. 7.2). El artículo 17 LC remite a un desarrollo reglamentario en el que pueda preverse la posibilidad de que las personas transexuales cuenten durante el proceso de reasignación de sexo de una documentación administrativa única⁽⁵²⁾.

VI. CONCLUSIONES: LA AUTODETERMINACIÓN DE GÉNERO COMO PRESUPUESTO DEL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

1.^a A pesar de los indudables avances que se han producido en nuestro ordenamiento en cuanto al reconocimiento del derecho a la identidad de gé-

género en los centros penitenciarios reciban un trato y tengan unas condiciones de vida que correspondan al género con el que se identifiquen.

(52) El artículo 23.1 de la Ley catalana 11/2014 establece que: «En el ámbito de las Administraciones públicas de Cataluña, especialmente en los ámbitos educativo y universitario, deben establecerse por reglamento las condiciones para que las personas transgénero y las personas intersexuales sean tratadas y nombradas de acuerdo con el nombre del género con el que se identifican, aunque sean menores de edad».

nero, son todavía muchos los retos por cumplir en orden a garantizar de manera efectiva la misma como una dimensión esencial de la personalidad del individuo. Esta dimensión jurídico-constitucional reclama un doble objetivo: de una parte, y siguiendo el ejemplo de las leyes autonómicas analizadas, un tratamiento integral de todos y cada uno de los ámbitos en el que las personas transexuales siguen sufriendo discriminación y requieren de acciones positivas (53); de otra, y como punto de partida inexcusable para el reconocimiento del derecho que nos ocupa, la superación de la concepción «patologizadora» de la transexualidad y su ubicación —social, política y jurídicamente— en la tríada compuesta por la *dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad de reconocimiento*. A dichos fundamentos constitucionales habría que sumar otros como la protección de la salud (art. 43 CE), entendida como el conjunto de condiciones que posibilitan el bienestar del individuo (54); la integridad física y moral (art. 15 CE) o el derecho a la protección del honor, la intimidad y la propia imagen (art. 18 CE). Es decir, todos aquellos en los que se proyecta de manera singular la identidad del individuo y en los que se plasman las condiciones que posibilitan su desarrollo autónomo y pleno (55).

(53) Por ejemplo, sería necesario incorporar de manera específica la «identidad de género» entre los motivos que deberían dar lugar al reconocimiento de la condición de refugiado. El ACNUR ha confirmado que las peticiones de asilo relacionadas con la identidad de género se pueden reconocer al amparo de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de Naciones Unidas de 1961, siempre y cuando concurren los criterios de la definición de refugiado. Según la Convención, a las personas transgénero se les considera miembros de un «determinado grupo social». En nuestro país, la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, incluye entre las causas que pueden dar lugar al reconocimiento de la condición de refugiado el género y la orientación sexual (art. 3). Entendemos que, de acuerdo con la normativa internacional, la interpretación de «género» nos debe llevar a considerar incluidas a las personas transgénero, aunque sería conveniente, tal y como pedía la citada Resolución del Parlamento Europeo de 1989, incluir como causa de asilo la persecución por motivo de transexualidad. En un sentido similar debería incluirse de manera expresa la «identidad de género» en todas previsiones del Derecho en las que, como mucho, solo se hace referencia expresa a la «orientación sexual». En lógica consecuencia también debería incluirse junto a la homofobia la transfobia como actitud discriminatoria contra la que deben luchar los poderes públicos. Sobre esta cuestión véase la tesis doctoral de DÍAZ (2014).

(54) «La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social» [OMS 2006 (1946)].

(55) En este sentido cabe destacar como referente la *Ley argentina 26.743, promulgada el 23 de mayo de 2012*, en la que se parte del derecho de todo persona: a) Al reconocimiento de su identidad de género; b) al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género; c) a ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acrediten su identidad respecto del/de los nombres de pila, imagen y sexo con los que allí es registrable». De acuerdo con esta previsión, es lógi-

Las que hacen posible lo que los Principios de Yogyakarta denominan «derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica» (56).

2.^a La identidad de género está pues íntimamente relacionada con el mismo concepto de ciudadanía, en cuanto que constituye un eje central a partir del cual el individuo ejerce y dota de contenido a los derechos y libertades reconocidos por el ordenamiento jurídico (57). Desde una concepción superadora del vínculo nacionalidad-ciudadanía, en cuanto estatuto jurídico garantista de la dignidad de la persona, es necesario extender la protección de tal derecho a los individuos que, aun no siendo nacionales, residan en nuestro país. Estamos ante uno de esos derechos vinculados de manera íntima a la dignidad humana, lo que obliga a reconocerlos a cualquier persona con independencia de su nacionalidad. De la misma manera, y como bien hacen los legisladores autonómicos, este derecho debería hacerse extensivo a los menores de edad.

ca la que cierra dicha ley: «Toda norma, reglamentación o procedimiento deberá respetar el derecho humano a la identidad de género de las personas. Ninguna norma, reglamentación o procedimiento podrá limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio del derecho a la identidad de género de las personas, debiendo interpretarse y aplicarse las normas siempre a favor del acceso al mismo» (art. 13). Lo más relevante de esta norma es su apuesta radical por la despatologización del cambio de sexo, ya que establece que: «en ningún caso será requisito acreditar intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial, ni acreditar terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico» (art. 4 *in fine*). Por el contrario, dicho artículo solo exige: 1. Acreditar la edad mínima de 18 años de edad; 2. Presentar ante el Registro Nacional de las Personas o sus oficinas seccionales correspondientes una solicitud manifestando encontrarse amparada por la presente ley, requiriendo la rectificación registral de la partida de nacimiento y el nuevo documento nacional de identidad correspondiente, conservándose el número original; 3. Expresar el nuevo nombre de pila elegido con el que solicita inscribirse. En la misma dirección, el 11 de junio de 2014, el Parlamento danés aprobó una Ley que permite el cambio de sexo a las personas mayores de 18 años, sin necesidad de operación quirúrgica ni diagnósticos médicos, debiendo solamente someterse a un período de reflexión de 6 meses. El 1 de abril de 2015 Malta aprobó la Ley de Identidad de Género, Expresión de Género y Características Sexuales, la cual supone un significativo avance «despatologizador».

(56) «Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. Las personas en toda su diversidad de orientaciones sexuales o identidades de género disfrutarán de capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida. La orientación sexual o la identidad de género que cada persona defina para sí es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad.»

(57) Por ejemplo, la identidad de género incide de manera singular en el ejercicio de la libertad de expresión, en cuanto la misma implica también «la expresión de la identidad o la personalidad mediante el lenguaje, la apariencia y el comportamiento, la vestimenta, las características corporales, la elección de nombre o por cualquier otro medio...» (Principio 19 de Yogyakarta). Además, habría que garantizar otros derechos de las personas «trans», como los que suponen participar en la vida pública (Principio 25) o en la vida cultural (Principio 26).

3.^a El objetivo es pues trasladar la transexualidad del ámbito médico y psiquiátrico al jurídico-constitucional de los derechos humanos y entenderla pues como una manifestación del «libre desarrollo de la personalidad», de la «autodeterminación consciente y responsable» a la que cada individuo tiene derecho. El libre desarrollo de la personalidad se proyecta en todas «aquellas decisiones que una persona toma durante su existencia y que son consustanciales a la determinación autónoma de un modo de vida y de una visión de su dignidad como persona» (58). En este sentido, el derecho a la identidad de género guarda una estrecha relación con el concepto de «autonomía relacional», la cual «nos permite rebelarnos contra la adscripción estática y coercitiva, heterónoma, a relaciones concretas, y contra el protagonismo que éstas puedan asumir en la definición de nuestra personalidad a costa de nuestra capacidad de autonomarnos» (59). Desde esta perspectiva serían muchas las subjetividades «trans» posibles y, en consecuencia, la cirugía de reasignación sexual no debería convertirse en la única puerta de acceso a la plenitud de derechos (60). En todo caso, la persona que desee esa reasignación no debería ser tratada como una enferma a la que es necesario reconducir a la normalidad, sino como un individuo que necesita transformaciones físicas para desarrollarse plenamente. Estas transformaciones deberían estar cubiertas plenamente por la sanidad pública, en cuanto que son esenciales para la garantía de la dignidad y bienestar de quienes las necesitan para desarrollar plenamente su personalidad.

4.^a Esta fundamentación nos llevaría a su vez a romper los estrechos límites marcados por el sistema binario de sexo/género y a la consiguiente apertura a una concepción plural del género. De esta forma, el individuo con un determinado sexo biológico no estaría condicionado, tal y como en la actualidad lo sigue estando desde el punto de vista médico, social y jurídico, por la dualidad hombre/mujer. Al contrario, daríamos entrada a lo que desde la psicología se ha denominado *erosdiversidad*, lo cual supone «reconocer y aceptar la multiplicidad, la riqueza corporal y conductual que expresa la especie humana» (61). Es decir, así sería posible jurídicamente articular el paso de la *transexualidad* al *transgenerismo* y reconocer y amparar las diferentes maneras en que las personas viven su sexualidad, incluidos los diversos y

(58) Corte Constitucional de Colombia, sentencia de constitucionalidad C-481 de 1998.

(59) RODRÍGUEZ RUIZ (2013): 90.

(60) En este sentido, el artículo 3 de la Proposición de Ley andaluza lo deja muy claro, cuando señala que la identidad de género «puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente elegido».

(61) HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, RODRÍGUEZ MORALES, GARCÍA VALDECASAS CAMPELO (2010): 89. Es el cambio de paradigma al que se refiere GARCÍA (2015): 153-188.

plurales procesos de transición o de «fusión» entre un sexo y otro. Asumiendo que la identidad no es algo estático, que difícilmente podemos someterla a patrones rígidos, sino que más bien es un proceso dinámico, del que el individuo debe convertirse en principal artífice. Lo cual implica, obviamente, superar la categoría sexo/género y los binarios jerárquicos construidos en el modelo heteropatriarcal. Ello a su vez debería tener lógicas consecuencias, por ejemplo, en la configuración de un Derecho de Familia que debería superar la lógica heterosexual dominante, asumiendo el pluralismo de la vida familiar y apoyándose en la autonomía de la voluntad y en una teoría «contractualista» (62).

El objetivo último debería ser la consideración del sexo de los individuos como una categoría jurídica irrelevante —con su eliminación, por ejemplo, del DNI— y su reducción a una simple información personal de naturaleza privada. Como bien explica Daniel Borrillo, «la única manera de poder integrar todas las subjetividades en la regla del derecho es justamente hacer de esta última una norma desubjetivada, es decir, indiferente respecto del sentido que cada individuo dé a su género, su identidad o su vida sexual» (63). De esta manera, tal vez cada vez menos personas «necesiten modificar su cuerpo para seguir con sus vidas y que, en vez de seguir inventando maneras de cambiar y borrar el cuerpo, empecemos a cambiar nuestras sociedades» (64). Unas sociedades basadas en el reconocimiento de la diversidad, en las que finalmente sean superados los binomios jerárquicos propios del patriarcado y en las que quepan tantas identidades —complejas, abiertas, mutables, en permanente transición incluso— como individuos.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BIGLIA, Bárbara, y LLORET, Inma (2010): «Generando géneros y patologizando sujetos», en Missé, Miquel, y Coll-Planas, Gerard, *El género desordenado. Críticas en torno a la patologización de la transexualidad*, Barcelona, Egales.
- BORRILLO, Daniel (2013): «Una perspectiva crítica del derecho del género y las sexualidades en el mundo latino», en Borrillo, Daniel, y Gutiérrez, Víctor L., *Derecho y política de las sexualidades*, Barcelona, Huygens.
- BUTLER, Judith (2010): *Deshacer el género*, Barcelona, Paidós.

(62) BORRILLO (2013): 69.

(63) BORRILLO (2013): 56. En este sentido hay que recordar que Alemania reconoce el «tercer sexo» o el «género neutro», ya que desde el 1 de noviembre de 2013 se puede registrar a los recién nacidos como intersexuales o con sexo indefinido. En Pakistán, desde 2012, se expiden carnés de identidad para el «tercer sexo» y Nepal reconoce desde 2011 un tercer sexo en su censo. De la misma forma se pronunció en abril de 2014 el Tribunal Supremo de Australia.

(64) MISSÉ y COLL-PLANAS (2010): 273.

- COLL-PLANAS, Gerard (2010): «Introducción», en Missé, Miquel, y Coll-Planas, Gerard, *El género desordenado. Críticas en torno a la patologización de la transexualidad*, Barcelona, Egales.
- DÍAZ LAFUENTE, José (2015): *Refugio y asilo por motivos de orientación sexual y/o identidad de género en el ordenamiento constitucional español*. Tesis doctoral, Universidad de Valencia.
- ELVIRA PERALES, Ascensión (2013): «Transexualidad y derechos», *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 17, págs. 1-29.
- ESPÍN ALBA, Isabel (2008): *Transexualidad y tutela civil de la persona*, Madrid, Reus.
- GARCÍA, Daniel J. (2015): *Sobre el derecho de los hermafroditas*, Madrid, Melusina.
- HAMMARBERG, Thomas (2009): «Derechos humanos e identidad de género». Disponible en: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1621709&Site=Coe> (consultada: 15/06/14).
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel; RODRÍGUEZ MORALES, Gema; GARCÍA-VALDECASAS CAMPELO, José (2010): «Género y sexualidad: consideraciones contemporáneas a partir de una reflexión en torno a la transexualidad y los estados intersexuales», *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, vol. XXX, enero-marzo, n.º 105, págs. 75-91.
- LÓPEZ-GALIACHO PERONA, José (1998): *La problemática jurídica de la transexualidad*, Madrid, McGraw and Hill.
- MARTEL, Frédéric (2013): *Global gay*, Madrid, Taurus.
- MISSÉ, Miquel (2012): *Transexualidades. Las miradas posibles*, Madrid, Egales.
- PÉREZ CÁNOVAS, Nicolás (2002): «Transexualidad y matrimonio», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n.º 5, págs. 423-437.
- PÉREZ FERNÁNDEZ-FIGARES, Kim (2010): «Historia de la patologización y despatologización de las variantes de género», en Missé, Miquel, y Coll-Planas, Gerard, *El género desordenado. Críticas en torno a la patologización de la transexualidad*, Barcelona, Egales.
- PLATERO MÉNDEZ, Raquel (2009): «Transexualidad y agenda política: una historia de [dis] continuidades y patologización», *Política y Sociedad*, vol. 46, n.ºs 1 y 2, págs. 107-128.
- RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca (2013): «¿Identidad o autonomía? La autonomía relacional como pilar de la ciudadanía democrática», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 17, págs. 75-104.
- SALAZAR BENÍTEZ, Octavio (2010): *Cartografías de la igualdad. Ciudadanía e identidades en las democracias contemporáneas*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- TENA DÍAZ, Fernando (2010): «Género, salud y orden social. El caso del modelo clínico de transexualidad en Andalucía», *Actualidad*, n.º 54, 2010.