

# Consejo de Estado: Dictámenes

Número de expediente: 901/2022 (IGUALDAD)

Referencia: 901/2022

Procedencia: IGUALDAD

Asunto: Anteproyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

Fecha de aprobación: 23/06/2022

## TEXTO DEL DICTAMEN

La Comisión Permanente del Consejo de Estado, en sesión celebrada el día 23 de junio de 2022, emitió, por mayoría, el siguiente dictamen:

"En cumplimiento de una Orden de V. E. de 3 de junio de 2022, con registro de entrada ese mismo día, el Consejo de Estado ha examinado, el expediente relativo al anteproyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

De antecedentes resulta:

Primero. - El anteproyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI

El anteproyecto de Ley sometido a consulta consta de una exposición de motivos y 77 artículos, agrupados en un título preliminar y cuatro títulos. La parte final incluye tres disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y veintidós disposiciones finales.

La exposición de motivos explica que la Ley proyectada desarrolla y garantiza los derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersexuales (en adelante, "LGTBI") a fin de erradicar las situaciones de discriminación y asegurar que "en España se pueda vivir la orientación sexual, la identidad sexual, la expresión de

género, las características sexuales y la diversidad familiar con plena libertad". Bajo esta premisa, la ley define políticas públicas, elimina obstáculos y recoge demandas históricas de las asociaciones LGTBI para avanzar en el camino hacia la igualdad y la justicia social.

El principio de igualdad y no discriminación -continúa la exposición de motivos- es un principio jurídico universal que reconocen tanto el Derecho internacional como el Derecho interno.

En el ámbito internacional, lo proclaman varios textos sobre derechos humanos, destacadamente el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Así, en lo que atañe a las personas LGTBI, el Consejo de Derechos Humanos de la Organización para las Naciones Unidas (ONU) ha adoptado importantes resoluciones que han contribuido a elevar los estándares internacionales de protección. Se mencionan las resoluciones de 17 de junio de 2011 (A/HRC/RES/17/19) "Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género"; 26 de septiembre de 2014 (A/HRC/RES/27/32) "Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género"; o 30 de junio de 2016 (A/HRC/RES/32/2) "Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género". También el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos se ha pronunciado sobre la discriminación y violencia que sufren las personas LGTBI, destacadamente en su informe A/HRC/29/23, de 4 de mayo de 2015, y ha establecido recomendaciones para la igualdad de trato y no discriminación. Muchos Estados han tenido en cuenta estas recomendaciones para desarrollar sus políticas y legislaciones internas.

En cuanto a las personas transexuales ("personas trans"), un hito importante ha sido la modificación de la Clasificación Internacional de Enfermedades de la Organización Mundial de la Salud (CIE-11) en 2018. La transexualidad ha sido eliminada del capítulo sobre trastornos mentales y del comportamiento y se ha trasladado al de "condiciones relativas a la salud sexual", lo que supone -dice la exposición de motivos- "el aval a la despatologización de las personas trans".

En el ámbito de la Unión Europea (UE), los artículos 2 y 3 de Tratado de la Unión Europea (TUE) proclaman el principio de no discriminación como uno de los principales valores comunitarios. Por su parte, el artículo 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) habilita al Consejo para adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. El artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea prohíbe la discriminación por razón de orientación sexual.

En cuanto al Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha señalado que la prohibición de discriminación contemplada en el artículo 14 "comprende cuestiones relacionadas con la identidad de género y ha instado a que se garantice el cambio registral del sexo sin el requisito previo de sufrir procedimientos médicos tales como una operación de reasignación sexual o una terapia hormonal".

En fin, en el ámbito nacional, el artículo 14 de la Constitución Española proclama el derecho a la igualdad de trato y prohíbe la discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. El artículo 10 reconoce la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social y el artículo 9.2 obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, así como a remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.

El Tribunal Constitucional ha declarado que el derecho al cambio registral de la mención al sexo se fundamenta en el principio de libre desarrollo de la personalidad. Así, la exposición de motivos cita el fundamento jurídico cuarto de la Sentencia 99/2019, de 18 de julio, donde el Tribunal declaró que "con ello está permitiendo a la persona adoptar decisiones con eficacia jurídica sobre su identidad. La propia identidad, dentro de la cual se inscriben aspectos como el nombre y el sexo, es una cualidad principal de la persona humana. Establecer la propia identidad no es un acto más de la persona, sino una decisión vital, en el sentido que coloca al sujeto en posición de poder desenvolver su propia personalidad". Dicha sentencia declaró inconstitucional el artículo 1.1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, por prohibir la rectificación registral a las personas menores de edad con "suficiente madurez" que se encontraran en una "situación estable de transexualidad". En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo, en sentencia 685/2019, de 17 de diciembre.

Con esta base normativa y gracias al impulso del movimiento LGTBI, destaca la exposición de motivos que en los últimos años se han sucedido varios avances legales en España. Se mencionan la Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, de modificación del Código Penal; la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social; la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo; la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas (que permitió a las personas transexuales, mayores de edad y de nacionalidad española, modificar la mención

registral de su sexo sin necesidad de un procedimiento quirúrgico de reasignación de sexo y sin procedimiento judicial previo, aunque con un diagnóstico de disforia de género). Esta última ley modificó, además, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, para reconocer por primera vez la doble maternidad en el seno de matrimonios de mujeres.

Otros avances se han producido en ámbitos concretos, como en las Fuerzas Armadas y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado; las instituciones penitenciarias (se menciona la instrucción 7/2006 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, sobre integración penitenciaria de personas transexuales); el Sistema Nacional de Salud (donde los tratamientos hormonales y quirúrgicos para las personas trans se han incorporado a la cartera de servicios comunes y a la cartera de servicios complementaria de algunas comunidades autónomas); o la educación (en aspectos básicos del currículo de las distintas etapas educativas en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación). También las comunidades autónomas, en sus ámbitos competenciales, han aprobado leyes para la igualdad y no discriminación de las personas LGTBI.

A pesar de estos avances, la exposición de motivos destaca que la Ley proyectada supone un salto cualitativo en la protección de los derechos de las personas LGTBI y en la lucha contra la discriminación que todavía sufren. Señala que, según datos de la Agencia Europea de Derechos Fundamentales (FRA) correspondientes al año 2020, en España, el 42 % de las personas LGTBI se habían sentido discriminadas y el 8 % habían sido atacadas en los últimos 5 años. Añade que, a menudo, esa discriminación se traslada a las aulas, "dado que más de la mitad de las personas menores LGTBI sufre acoso escolar, según datos aportados por la Federación Estatal de Lesbianas, Gais, Transexuales y Bisexuales (FELGTB)".

En cuanto a las personas trans, la parte expositiva de la norma ofrece los siguientes datos: "el 63% de las personas trans encuestadas en España manifiestan haberse sentido discriminadas en los últimos 12 meses. En algunos ámbitos, como el laboral, la discriminación es especialmente elevada: el 34 % aseguran haber sido discriminadas en este ámbito. También preocupa la discriminación en ámbitos como el acceso a la salud y los servicios sociales (el 39 % explica que han sido discriminadas por el personal sanitario o de los servicios sociales) o el educativo (el 37 % afirma que ha sufrido discriminación en el ámbito escolar)". Estos problemas se acentúan en el ámbito laboral. Así, se afirma que "[l]as personas trans también presentan mayores dificultades para acceder al empleo (un 42 % de las personas trans encuestadas afirman haber sufrido discriminación estando en búsqueda activa de empleo) y mayores tasas de desempleo: a falta de datos oficiales, la Universidad de Málaga publicó en 2012 un estudio que apuntaba que la tasa de paro

de las personas trans era de más del 37 % -frente al 26 % nacional en ese año-, aunque el mismo informe advertía de que la situación podría ser más grave. Una de cada tres personas encuestadas vivía con menos de 600 euros al mes y casi la mitad (un 48 %) había ejercido la prostitución". Por último, la discriminación se manifiesta también en agresiones físicas, ya que "el 15 % de las personas trans encuestadas han sufrido ataques físicos o sexuales en los últimos años".

A continuación, la exposición de motivos describe la estructura y contenido de la ley y resume algunas de sus principales novedades. Por último, justifica la adecuación a los principios de buena regulación del artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Así, destaca que la iniciativa cumple con los principios de necesidad y eficacia, en la medida en que promueve la igualdad real y efectiva de las personas trans y los derechos de las personas LGTBI. Tiene rango de ley porque desarrolla el artículo 14 de la Constitución Española (artículo 53.1 de la norma fundamental) y modifica diversas normas de rango legal (artículo 9.3 de la Constitución Española). Respeta el principio de proporcionalidad en cuanto establece la regulación indispensable para atender los fines señalados. Garantiza el principio de seguridad jurídica por ajustarse al ordenamiento nacional, autonómico, de la Unión Europea e internacional y desarrollar un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre. Cumple el principio de transparencia, por haber garantizado la publicidad de los documentos propios del proceso de elaboración de la norma y haber promovido la participación de los interesados a través de los trámites de consulta previa y audiencia e información públicas. Finalmente, garantiza el principio de eficiencia al no introducir nuevas cargas administrativas y velar por la racionalización en la gestión de los recursos públicos.

## Segundo. - La memoria del análisis de impacto normativo

El anteproyecto de Ley se acompaña de una memoria del análisis de impacto normativo, fechada el 3 de junio de 2022, que aborda la explicación detallada de los siguientes aspectos de la norma:

### a. Oportunidad de la propuesta y objetivos

Después del correspondiente resumen ejecutivo, la memoria analiza la oportunidad de la propuesta en términos muy similares a los de la exposición de motivos. Destaca que la Ley proyectada "aspira a reconocer la diversidad afectiva, sexual, de género y familiar, como factor enriquecedor de nuestras sociedades" y, para ello, "establece unos principios de actuación de los poderes públicos, regula derechos y deberes de las personas físicas y jurídicas, tanto públicas como privadas, y prevé medidas específicas destinadas a la

prevención, corrección y eliminación, en los sectores público y privado, de toda forma de discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales, así como al fomento de la participación de las personas LGTBI en todos los ámbitos de la vida social y a la superación de los estereotipos que afectan negativamente a la percepción social de estas personas". En particular, se pretende superar la "histórica invisibilidad, estigmatización y falta de reconocimiento de los derechos de las personas LGTBI", para lo cual procura atender y respetar "todas las identidades posibles" y, en especial, la situación de vulnerabilidad de las personas LGTBI migrantes, las personas LGTBI con discapacidad, las que residen en entornos rurales o "las que sufren discriminación múltiple o interseccional, como las mujeres trans". La regulación proyectada abarca todas las etapas vitales de las personas LGTBI e incide especialmente en las situaciones que requieren mecanismos adicionales de protección, como las que afectan a menores y jóvenes, migrantes y personas de edad avanzada. También -dice la memoria- presta "especial atención a las personas intersexuales, históricamente invisibilizadas y cuyos derechos se han visto sistemáticamente vulnerados".

La memoria explica que la ley parte de un enfoque integral e incluye medidas para eliminar la discriminación en todos los ámbitos de la vida social, tanto desde la prevención (medidas de sensibilización y formación) como desde la protección y reparación de las víctimas. Establece un sistema mínimo de protección uniforme en todo el territorio del Estado, "que supere la fragmentación del modelo actual", sin perjuicio de que las comunidades autónomas puedan aprobar una normativa más garantista en el ejercicio de sus competencias.

Los principales objetivos de la Ley proyectada -que está incluida en el Plan Anual Normativo de 2022- son los siguientes:

- \* "Reconocer el derecho a la igualdad real y efectiva de las personas trans y garantizar los derechos de las personas LGTBI".
- \* Establecer los principios rectores de la actuación de los poderes públicos, la organización administrativa y las políticas públicas para promover la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI y personas trans.
- \* Establecer los mecanismos para la "protección efectiva y reparación frente a la discriminación y la violencia por LGTBIfobia".
- \* Proteger los derechos de personas LGTBI en situaciones especiales (minoría de edad, discapacidad, extranjería, mayores, ámbito rural e intersexualidad).

\* Establecer un régimen de infracciones y sanciones en el ámbito de la igualdad de trato y no discriminación por orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales.

#### b. Análisis de alternativas

Como alternativa a la ley se consideraron dos opciones. La primera, modificar diversos textos legales en todos aquellos aspectos que afecten a la discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales. Esta opción fue descartada por considerar los ministerios proponentes que es preferible aprobar una norma única, de enfoque integral. De esta manera -dice la memoria- se evita la dispersión normativa y se otorga mayor visibilidad y relevancia a un colectivo históricamente discriminado.

La segunda opción era aprobar por separado dos anteproyectos de ley: uno relativo a la garantía de los derechos y de la igualdad efectiva de las personas LGTBI y el otro de garantía de los derechos de las personas trans. Esta opción se descartó por razones de economía procesal, sin perjuicio de que la norma proyectada conserve esa doble vertiente de la regulación.

En cuanto a las "decisiones materiales del prelegislador" que han sido cuestionadas a lo largo del expediente, la memoria las justifica en los siguientes términos:

(i) Se mantiene la prohibición de las terapias de conversión, incluso con el consentimiento voluntario por personas adultas. Aunque esta prohibición absoluta ha sido cuestionada en su informe por el Consejo General del Poder Judicial, se argumenta que "las recomendaciones de las organizaciones internacionales más relevantes instan a los Estados a prohibir este tipo de prácticas por considerarlas graves vulneraciones de los derechos humanos e incluso una forma de tortura o trato degradante e inhumano. Así se afirma en el informe específico elaborado por el experto independiente de la ONU sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, Víctor Madrigal-Borloz, en 2020, que cita a España como país referente por su prohibición en normas autonómicas. Y, siendo así, no cabe otorgar relevancia jurídica al consentimiento del interesado".

(ii) En cuanto a la regulación del cambio registral de la mención de sexo, la memoria reconoce que es el aspecto de la ley que ha suscitado mayor debate. La ausencia de todo requisito médico o probatorio para solicitar el cambio de sexo se justifica porque en la nueva clasificación internacional de enfermedades, revisada por la OMS, la transexualidad ha dejado de ser considerada como una enfermedad psicológica. A ello se añade que la jurisprudencia española prohíbe exigir una previa cirugía de reasignación de sexo

para modificar la mención registral (se citan las sentencias del Tribunal Supremo 929/2007, 158/2008, 182/2008, 183/2008, 731/2008 y 465/2009, entre otras). En esta misma línea, se admite también la reversibilidad del cambio, sin más condiciones que el transcurso de seis meses desde la modificación y la obtención de aprobación judicial mediante expediente de jurisdicción voluntaria.

Frente al argumento de que la regulación proyectada puede amparar conductas fraudulentas, la memoria invoca los artículos 6 y 7 del Código Civil en relación con la simulación, el fraude de ley, la buena fe y la prohibición de abuso del Derecho. A estos principios generales se añaden las previsiones de la ley proyectada, que introduce "una regla específica en los apartados 3 y 4 de su artículo 41, sobre efectos de la modificación registral, que se traduce, por un lado, en la inalterabilidad tanto de derechos como de obligaciones derivados de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, y, por otro, en la aplicabilidad a las mujeres trans de las medidas de acción positiva derivadas de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, con efectos solo tras la modificación registral y no retroactivamente, así como al mantenimiento de los derechos patrimoniales generados al amparo de esta ley antes de la modificación registral, en el caso de hombres trans. Es decir, se prevén garantías y protección específica para evitar eventuales abusos en lo que respecta a la normativa promulgada específicamente para la protección de las mujeres". Estas previsiones, unidas a los anteriores principios generales, garantizan, según la memoria, que la regulación proyectada no será "generadora de situación de discriminación, tampoco indirecta, de las mujeres cis [en referencia a las mujeres "cisgénero"]".

(iii) Otro aspecto controvertido ha sido la aplicación de la ley en el ámbito del deporte. La memoria indica que la norma proyectada "se limita a establecer principios generales de actuación que fomenten el respeto a la diversidad e impidan la discriminación por razón de orientación sexual, identidad sexual, expresión de género o características sexuales". Las reglas específicas que rigen en las competiciones deportivas permanecen inalteradas y de ahí que no pueda concluirse que "de la mera promoción, por parte de los poderes públicos, de la no discriminación del colectivo LGTBI en el deporte y de la prohibición de los actos de LGTBIfobia se deriven consecuencias negativas o discriminatorias para las mujeres cis".

(iv) Respecto a la modificación de diversas leyes sectoriales, se incorporan dos novedades importantes: la primera, la concesión de legitimación activa a partidos, sindicatos y asociaciones que tengan entre sus fines la defensa del colectivo LGTBI en procedimientos judiciales y administrativos; la segunda, la inclusión de criterios de adjudicación o cláusulas especiales de ejecución de los contratos administrativos basados en la no discriminación del colectivo (cuando guarden relación con el objeto del contrato). Frente a las dudas

expresadas por el Consejo General del Poder Judicial, que considera que estas medidas podrían generar situaciones de discriminación indirecta de otros colectivos -destacadamente, las mujeres-, la memoria argumenta que la ley circunscribe su ámbito de aplicación a la igualdad de las personas LGTBI y no puede proyectarse sobre las relaciones de igualdad entre mujeres y hombres. Sin embargo, considera que la norma marca el camino para futuras modificaciones legales y destaca que muchas recomendaciones internacionales defienden la adopción de medidas temporales frente a situaciones de discriminación para acelerar la igualdad efectiva de colectivos discriminados, sin que ello suponga discriminar a otros (se citan la "recomendación general número 32 del Comité CERD o la recomendación número 25 del Comité CEDAW").

(v) Finalmente, la memoria se detiene en justificar la regulación de la modificación de la mención registral del sexo en el caso de los menores de edad. Comienza por explicar que la norma proyectada ha optado por establecer tres tramos de edad: para menores de entre 16 y 18 años se establece la libre modificación, en las mismas condiciones que las personas adultas; los menores de entre 14 y 16 años pueden modificar la mención registral por sí mismos, si bien con asistencia de sus representantes legales; finalmente, los menores de entre 12 y 14 años pueden modificarla mediante aprobación judicial obtenida vía expediente de jurisdicción voluntaria.

Esta opción normativa se fundamenta en la "jurisprudencia nacional e internacional" sobre la materia. Se citan al respecto las conclusiones del informe sobre derechos humanos e identidad de género del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, de 29 de julio de 2009, para destacar la situación a la que se enfrentan los menores transgénero en los ámbitos familiar y escolar, así como la necesidad de promover el acceso a la información, apoyo y tratamiento. En el ámbito nacional, la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio, declaró inconstitucional la Ley 3/2007, de 22 de marzo, en cuanto prohibía modificar la mención registral del sexo a los menores de edad "con suficiente madurez" que se encontraran "en situación estable de transexualidad". Por su parte, el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), en sentencia 685/2019, de 17 de diciembre, declaró -con base en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo- que debe facilitarse el cambio de la mención de sexo a las personas transexuales mediante procedimientos rápidos y eficaces, a fin de proteger su intimidad y dignidad.

Según la memoria, la opción de "condicionar el cambio de sexo registral de mayores de 14 años a la obtención de aprobación judicial mediante expediente de jurisdicción voluntaria no parece que sea un procedimiento "rápido y eficaz". De hecho, implicaría un retraso y una problematización que podría afectar a la salud, la integridad psicológica y el bienestar de esas personas. Si se optara por esa vía

no se estaría teniendo en cuenta la madurez de cada menor o su situación". Por otro lado -continúa-, los tramos de edad se han fijado en atención al nivel de madurez de los menores y "una vez estudiadas las propuestas de las asociaciones especializadas, quienes, en ocasiones, reclamaban la libre modificación de la mención registral de todas las personas menores de edad, lo que demuestra que la decisión del prelegislador es una opción proporcionada y equilibrada que ha sido debidamente ponderada".

La opción propuesta protegería así el interés superior del menor, como imponen, entre otros, el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 y los artículos 2 y 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Además, resultaría coherente con el resto del ordenamiento jurídico:

\* En primer lugar, "los 16 años están contemplados como mayoría de edad" tanto en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica ("para tomar decisiones fundamentales para la salud") y en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto 2/2015, de 23 de octubre (como edad mínima para trabajar). Por otro lado, a los 14 años es obligatorio disponer del Documento Nacional de Identidad. No es coherente -dice la memoria- "que una persona pueda tomar decisiones importantes sobre su salud y su autonomía personal pero no pueda hacerlo para autodefinir su identidad de género". Insiste en que "retrasar la coherencia entre la identidad sexual vivida y mostrada socialmente y la documentación necesaria para el acceso a múltiples espacios de la vida pública puede ser enormemente dañino para la salud de estas personas".

\* En segundo lugar, se dice que la mayor parte de las comunidades autónomas han optado por la autodeterminación de género de los menores de edad en sus legislaciones de protección de derechos de las personas trans. Sin embargo, la modificación de los documentos autonómicos (como los del ámbito sanitario o educativo) se encuentra con la dificultad de que no existe una regulación nacional, regulación que ha sido demandada en numerosas ocasiones.

\* En tercer lugar, la decisión se apoya en la necesidad de proteger a las personas trans frente al acoso en la etapa educativa. La memoria cita las conclusiones del informe de la Comisión Europea Legal gender recognition in the EU: The journeys of trans people towards full equality (junio 2020), que concluye que la edad de mayor experiencia de acoso es entre los 11 y los 18 años. También el estudio Jóvenes trans en el sistema educativo elaborado por la FELGTB en 2019 concluye que un 58 % de las personas trans entre

los 16 y los 24 años ha sufrido algún tipo de transfobia en la etapa escolar.

\* Finalmente, la opción normativa se apoya en otros documentos de ámbito internacional. Se citan los siguientes: (i) la observación general n.º 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (que concluye que "los transgénero, los transexuales o los intersexo son víctimas frecuentes de graves violaciones de los derechos humanos, como el acoso en las escuelas o en el lugar de trabajo"); (ii) el comentario general n.º 3 del Comité contra la Tortura (que declara básico el principio de no discriminación y llama a los Estados partes a cerciorarse de que se pueda recurrir fácilmente a la justicia y a los mecanismos de reparación); (iii) la observación general n.º 15 del Comité sobre los Derechos del Niño (que prohíbe discriminar, entre otros, por razones de orientación sexual e identidad de género); (iv) la Resolución 2048 (2015) del Parlamento Europeo sobre "Discriminación contra las personas transgénero en Europa" (que insta a los Estados parte a "desarrollar procedimientos rápidos, transparentes y accesibles, basados en la autodeterminación, para cambiar el nombre y el sexo registrado de las personas transgénero (...) independientemente de su edad"); y (v) la "Estrategia para la igualdad de las personas LGTIQ 2020-2025" de la Comisión Europea (que recomienda a los Estados miembros adoptar procedimientos de reconocimiento legal del género basados en la autodeterminación, sin restricciones de edad).

#### c. Contenido de la propuesta, análisis jurídico y tramitación

Seguidamente, la memoria analiza pormenorizadamente el contenido de la propuesta y describe sus principales novedades.

- En el título preliminar se precisan el objeto y el ámbito de aplicación de la ley, se incluye un catálogo de definiciones, se fijan los principios de actuación de los poderes públicos y se regulan derechos y deberes de las personas físicas y jurídicas, tanto públicas como privadas.

- El título I está dedicado a la acción de los poderes públicos y contempla medidas de promoción, divulgación y sensibilización. Regula el Consejo de Participación de las personas LGTBI (como órgano de participación ciudadana) y la Estrategia Estatal para la Igualdad de Trato y No Discriminación de las Personas LGTBI (de periodicidad cuatrienal, que corresponde aprobar al Consejo de Ministros). También incluye mandatos de promoción específicos en ámbitos como el administrativo (especialmente en materia de documentación y formularios); laboral; salud (destaca la prohibición de cualquier método, programa o terapia de aversión, conversión o contracondicionamiento, incluso con el consentimiento de los

interesados); educación; cultura y ocio; deporte; publicidad; familia, infancia y juventud; acción exterior y protección internacional (en especial, se garantiza el derecho de asilo a las personas perseguidas por orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales).

- El título II desarrolla las medidas para la promoción real y efectiva de las personas trans. Destaca la nueva regulación del procedimiento de rectificación registral de la mención relativa al sexo, que permite a cualquier persona de nacionalidad española y mayor de diecisésis años solicitar el cambio ante el Registro Civil. Las personas menores de diecisésis años y mayores de catorce podrán presentar la solicitud por sí mismas, pero asistidas por sus representantes legales. La inscripción en el registro tendrá carácter constitutivo, pero se permite revertir la rectificación de la mención registral una vez transcurridos seis meses. Los menores, hayan iniciado o no el procedimiento de rectificación de la mención relativa al sexo, tendrán derecho a obtener la inscripción registral del cambio de nombre por razones de desconformidad con el sexo mencionado en su inscripción de nacimiento. Las Administraciones públicas, las entidades privadas y cualquier persona natural o jurídica con la que se relacionen, tendrán que expedir todos los documentos de conformidad con el nombre que aparezca inscrito por la rectificación registral.

- El título III desarrolla los "mecanismos para la protección efectiva y la reparación frente a la discriminación y la violencia por LGTBIofobia". Destacan la ampliación de la legitimación activa en los procedimientos en los que la Administración deba pronunciarse sobre una situación de discriminación por las causas previstas en la ley; la nulidad de las cláusulas contractuales discriminatorias o que vulneren cualquier derecho fundamental o la inversión de la carga de la prueba en los procedimientos administrativos cuando la persona interesada alegue discriminación. También se garantiza el derecho al asesoramiento jurídico de las personas LGTBI y se regulan medidas específicas de asistencia y protección frente a la violencia. Se desarrollan previsiones específicas en situaciones especiales (menores de edad, discapacidad o dependencia, mayores, extranjería, ámbito rural y personas intersexuales). En fin, se recoge como novedad la posibilidad de que la mención del sexo figure en blanco en la inscripción de nacimiento por el plazo máximo de un año.

- El título IV desarrolla el régimen de infracciones y sanciones "que garantizan las condiciones básicas en materia de igualdad de trato y no discriminación".

- En cuanto a la parte final, las disposiciones adicionales se refieren a la actualización periódica del importe de las sanciones y a

la legislación aplicable en materia de Registro Civil y competiciones deportivas.

Las disposiciones transitorias contienen reglas temporales aplicables a los procedimientos administrativos, judiciales y registrales iniciados antes de la entrada en vigor de la ley.

La disposición derogatoria abroga cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en esta ley y, expresamente, la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

Por último, en las disposiciones finales se modifican otras normas para adaptarlas a las novedades recogidas en el articulado de la ley, se determinan los títulos competenciales a cuyo amparo se dicta la Ley proyectada (disposición final novena), se introducen habilitaciones a la potestad reglamentaria y se fija como fecha de entrada en vigor de la ley, el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (disposición final vigésimo segunda). Entre las reformas proyectadas destacan las siguientes:

\* Modificación del Código Civil para adecuar sus términos a la "diversidad de modelos familiares que reconoce nuestro ordenamiento jurídico", de modo que se sustituyen las referencias al padre y la madre por la de "progenitores"; las referencias al "marido", por la de "cónyuge no gestante" y las referencias a la madre, por la de "progenitor gestante".

\* Reforma de la legislación registral para regular el procedimiento de rectificación de la mención de sexo a lo dispuesto en la ley y se solventan los problemas que en la actualidad existen para reconocer la filiación en caso de parejas de mujeres lesbianas que no hayan contraído matrimonio.

\* Modificación de la legislación laboral y de empleo público para reconocer a las personas trans gestantes y otorgar protección a las personas que sufren violencia intragénero.

En el análisis jurídico, la memoria comienza por justificar el rango de la norma proyectada. Destaca que la ley "profundiza en el desarrollo del contenido del artículo 14 de la Constitución Española", en cuya cláusula de cierre ("cualquier otra condición o circunstancia personal o social") el Tribunal Constitucional ha incluido la prohibición de discriminación por causa de orientación sexual e identidad de género (STC 176/2008, de 22 de diciembre, F. J. 4). Al mismo tiempo, da cumplimiento al mandato de promoción de la igualdad material del artículo 9.2 de la Constitución Española y se fundamenta en la dignidad de la persona que proclama el artículo 10.1, de la misma. Por ello, en coherencia con la reserva de ley que establece el artículo 53.1 de la Constitución Española, la norma proyectada tiene

rango legal. A ello se añade la modificación de diversas leyes vigentes, que requiere una norma de idéntico rango por exigencias del principio de jerarquía normativa (artículo 9.3 de la Constitución Española).

En cuanto al contenido de la norma proyectada, se analiza su conformidad con los ordenamientos internacional e interno. En el plano internacional, el principio de igualdad y no discriminación es un principio jurídico universal recogido, entre otros, por los artículos 1 y 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. También el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea prohíbe toda discriminación y menciona expresamente la orientación sexual. Las principales organizaciones internacionales (ONU, Consejo de Europa y UE) han aprobado resoluciones y recomendaciones que invitan a los Estados miembros a adoptar medidas que luchen contra la discriminación por razón de "orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales".

En el ámbito de la UE se aprobaron, en el año 2000, dos directivas "que sentaron las bases del derecho antidiscriminatorio en la Unión Europea": la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (en el ámbito del empleo y acceso al bienestar social, seguridad social, bienes y servicios), y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (que pretende luchar contra las discriminaciones basadas en la religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual en el ámbito laboral). Ambas fueron transpuestas al ordenamiento jurídico español mediante la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que estableció un marco general para combatir la discriminación por el origen racial o étnico, abordó la definición legal de discriminación -directa e indirecta- y modernizó la regulación de la igualdad de trato y no discriminación en el trabajo.

Sin embargo -continúa la memoria-, es necesario aprobar una norma específica que promueva la igualdad por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género y características sexuales, ya que en este ámbito existe "[u]na discriminación que opera de forma específica" y demanda mecanismos concretos de prevención y erradicación. La norma proyectada, en tanto regulación unitaria, "evita la dispersión normativa, cumple las directrices de técnica normativa y permite aunar y concentrar en un único cuerpo legal las distintas políticas públicas y garantías de la igualdad real y efectiva de las personas trans y de los derechos de las personas LGTBI, modificando en consonancia las disposiciones necesarias". Por lo demás, ya se ha dicho que se prevé la derogación de la Ley 3/2007, de 15 de marzo (para suprimir el requisito de presentación de

informes médicos para proceder al cambio de la mención registral del sexo) y la entrada en vigor de la ley proyectada el día siguiente al de su publicación en el BOE (la inmediatez se justifica "por la imperiosa necesidad de garantizar y proteger los derechos del colectivo LGTBI").

Seguidamente, la memoria analiza la adecuación de la Ley proyectada al orden constitucional de distribución de competencias. Señala que la norma se sustenta en los títulos competenciales establecidos en el artículo 149.1 de la Constitución Española, reglas 1.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup>, 3.<sup>a</sup>, 5.<sup>a</sup>, 6.<sup>a</sup>, 7.<sup>a</sup>, 8.<sup>a</sup>, 16.<sup>a</sup>, 17.<sup>a</sup>, 18.<sup>a</sup>, 27.<sup>a</sup> y 30.<sup>a</sup>. Añade que la garantía de respeto a las competencias autonómicas se ha asegurado a través su participación en el procedimiento de elaboración de la norma.

En cuanto a la tramitación del expediente normativo, se resumen los principales hitos (consulta previa, audiencia e información públicas, informes recabados) y se enumeran algunas de las alegaciones formuladas. Su contenido se desarrolla y analiza in extenso en los anexos de la memoria.

#### d. Análisis de impactos

La memoria no prevé un impacto significativo de la norma en la actividad económica, si bien espera que su efecto indirecto sea positivo, ya que "numerosos estudios han puesto de manifiesto que la inclusión, tolerancia y diversidad de las sociedades contribuye positivamente en el crecimiento económico". A este respecto, cita las conclusiones del informe de la OCDE "Over the Rainbow? The Road to LGBTI Inclusion" (junio de 2020) según el cual "la discriminación contra las personas LGTBI obstaculiza el desarrollo económico a través de una amplia gama de canales. Por ejemplo, provoca una menor inversión en capital humano debido al acoso LGTBIfóbico en la escuela, así como un menor rendimiento de la inversión educativa en el mercado laboral. Además, la discriminación por LGTBIfobia también repercute negativamente en la producción económica al excluir a las personas LGTBI con talento del mercado laboral y perjudicar su salud mental y física, y por ende su productividad". En este mismo sentido:

"El estudio The relationship between LGBT inclusion and economic development, elaborado por Badgett, Waaldijk and Rodgers en 2019, analiza la relación entre el Índice Global de Reconocimiento Legal de la Orientación Homosexual (GILRHO) y el desarrollo económico en 132 países, desde 1966 hasta 2011. El GILRHO se basa en ocho categorías de derechos legales que incluyen la mayoría de los avances legales importantes que los países han adoptado para fortalecer los derechos de las personas LGB: (1) legalidad de los actos homosexuales consentidos entre adultos; (2) límites de edad

iguales para actos homosexuales y heterosexuales consentidos; (3) prohibición legal explícita de la discriminación por orientación sexual en el empleo; (4) prohibición legal explícita de la discriminación por orientación sexual en el acceso a bienes y servicios; (5) reconocimiento legal de la convivencia no registrada de parejas del mismo sexo; (6) posibilidad de inscripción en el registro de parejas de hecho para parejas del mismo sexo; (7) posibilidad de adopción por un segundo parent o en conjunto por parejas del mismo sexo; y (8) opción legal de matrimonio para parejas del mismo sexo. El estudio encuentra que un punto adicional en la escala GILRHO está asociado con un aumento en el PIB real per cápita de aproximadamente 2.000 dólares".

Al margen de este efecto indirecto, no se prevén otros impactos ni en la competencia, ni en la unidad de mercado, ni en la competitividad.

En cuanto a las cargas administrativas, estima la memoria que se reducirán gracias a la supresión de la exigencia de presentación de informes (informe de diagnóstico de disforia de género e informe de tratamiento médico), cuyo coste se estima en 200 euros. En este punto la memoria hace un análisis detallado del número de rectificaciones de la mención registral del sexo solicitadas desde 2007 (con un desglose anual, desagregado por sexos) y concluye que la progresión ha ido en aumento, si bien con tendencia variable. Con base en el estudio de estos datos, se alcanza la conclusión siguiente:

"[H]aciendo un cálculo aproximado, y tomando en cuenta como último dato definitivo las 763 personas que solicitaron el cambio registral en 2019, si el aumento anual fuese de un 20% tanto en 2020 como en 2021 (tendencia de los últimos 4 años), y sumamos un 10% desde 2021 (si dividimos el 40% de aumento esperado entre los primeros 4 años de vigencia de la norma, que puede considerarse un periodo razonable para que esta se consolide a nivel social), podemos estimar que aproximadamente unas 1.000 personas solicitarían, en 2022, la rectificación registral del sexo.

Así, el ahorro anual provocado por la eliminación de cargas administrativas asciende a:  $1.000 \times 200 = 200.000$ \*".

Por lo que respecta a la incidencia en los ingresos y gastos públicos, se diferencian las medidas que no tendrán impacto presupuestario (como las de promoción en el ámbito laboral) de aquellas otras que, a pesar de representar un coste, serán atendidas con los "medios presupuestarios, técnicos y humanos actualmente existentes". Entre las últimas, destacan los siguientes datos relevantes:

\* Los gastos de los estudios e investigaciones previstos en la ley se calculan orientativamente por referencia al coste de elaboración de

la Encuesta Nacional de Salud a la Población Gitana en 2022. De ahí "se estima un coste de 172.090 euros para la realización de una Encuesta Nacional de Salud de la Población LGTBI con cargo a la aplicación presupuestaria 2607.313B.22706". Según la memoria, esta encuesta la realizarán los empleados públicos como parte de sus funciones sin que ello implique ningún coste adicional.

\* En cuanto a las campañas de sensibilización contra la discriminación de las personas LGTBI en el deporte, el Ministerio de Cultura y Deporte prevé su financiación "con cargo a las aplicaciones presupuestarias 24.106.336A.227.06 (estudios y trabajos técnicos) y 24.106.336A.227.99 (otros) del presupuesto de gastos del Consejo Superior de Deportes, y su importe estimado a fecha actual asciende a 10.000 €". También en este caso se prevé la suficiencia del crédito presupuestario para financiar las actuaciones.

\* Los tratamientos de reproducción humana asistida (RHA) que se incluyen en el marco de la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud pueden también ser asumidos con el presupuesto vigente, según datos del Ministerio de Sanidad remitidos al Ministerio de Igualdad. En concreto, se estima que el coste de "facilitar al colectivo de mujeres lesbianas y mujeres sin pareja los tratamientos de RHA en el marco de la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud supondría en un año alrededor de 3.245.367 euros" (estimación basada en datos de encuestas del Instituto Nacional de Estadística, el Registro Nacional de Actividad de 2016, el Registro de la Sociedad Española de Fertilidad, así como en la Orden SSI/2204/2014, de 24 de noviembre, por la que se actualizan los anexos I, II y III del Real Decreto 1207/2006, de 20 de octubre, por el que se regula la gestión del Fondo de cohesión sanitaria). La memoria calcula que un total de 10.646 mujeres (4.691 mujeres lesbianas y 5.955 mujeres heterosexuales sin pareja) podrán optar a estas técnicas de reproducción en el marco de la cartera común de servicios como consecuencia de la norma, de las cuales el 80 % acudirá al sector público (8.516 mujeres). Un 20 % (1.703 mujeres) acudirá a tratamiento el primer año de entrada en vigor de la norma, de las cuales 1.022 se someterán a inseminación artificial y 681 a técnicas de fecundación in vitro. Gran parte de este gasto será asumido por las comunidades autónomas, que ya financian estos tratamientos como prestación complementaria (según manifestaron en la reunión de la Comisión de Prestaciones, Aseguramiento y Financiación de 13 de julio de 2018). Por ello, "el impacto real de la norma sería de unos 123.272 euros anuales, que pueden ser asumidos con los créditos presupuestarios actuales". Finalmente, se insiste en que la medida cuenta con el consenso de las administraciones afectadas y que, según han informado las comunidades autónomas y mutualidades de funcionarios, "estos

tratamientos ya se vienen facilitando y hay una escasa demanda de los mismos".

\* Las campañas de concienciación en el ámbito laboral para la integración sociolaboral de las personas trans, "se financiarán con cargo a las aplicaciones presupuestarias 19101.000X.40000 y 19101.000X.40001 del presupuesto de gastos del Ministerio de Trabajo y Economía Social (créditos del Servicio Público de Empleo Estatal para "oportunidades de empleo y fomento de la contratación"" y "oportunidades de empleo y formación"""). Estas partidas cuentan con una dotación de 3.317.830 €. Tomando como referencia la campaña realizada por la Dirección General de Diversidad Sexual y Derechos LGTBI del Ministerio de Igualdad presupuestada para 2021, se estima que la realización de tal campaña supondrá un coste de 1.000.000 €". También en este punto se considera suficiente el crédito consignado en el presupuesto.

En total, la memoria calcula que el impacto presupuestario de la ley proyectada ascenderá a 1.305.362 euros.

El impacto por razón de género se prevé positivo, ya que "los poderes públicos prestarán particular atención a los casos en los que, de manera simultánea o cumulativa, puedan concurrir, además de la orientación e identidad sexual, la expresión de género o las características sexuales, otros factores de discriminación, tales como el sexo".

Como objetivos específicos de la norma en este ámbito se mencionan los tres siguientes:

(i) "Acabar con la discriminación interseccional o múltiple que sufren las mujeres lesbianas, trans, bisexuales e intersexuales, en todos los ámbitos de la vida". En este punto la memoria explica que "las mujeres lesbianas, trans, bisexuales e intersexuales (en adelante, mujeres LTBI) sufren discriminación interseccional o múltiple: a la discriminación machista por ser mujeres, se une la discriminación por LGTBIfobia provocada por su orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales. Por eso, la lucha contra la LGTBIfobia beneficiará a las mujeres LBTI". La segunda Encuesta LGTBI elaborada por la Agencia Europea de Derechos Fundamentales en 2019 refleja que el 45 % de las mujeres lesbianas se habían sentido discriminadas frente al 37 % de los hombres gais.

(ii) Permitir la doble filiación en el caso de parejas de mujeres lesbianas no casadas, en el mismo régimen que para las parejas heterosexuales (para lo cual se modifica la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil).

(iii) Fomentar la inserción laboral de las mujeres lesbianas, trans, bisexuales e intersexuales. En este punto, la memoria aporta los siguientes datos:

"Según el informe "Situación de las mujeres lesbianas, bisexuales y trans en el sector privado", publicado en 2020 por la Federación Estatal de Lesbianas, Gais, Trans y Bisexuales (FELGTB), sólo el 37 % de las mujeres que han respondido la encuesta son visibles en el entorno de trabajo. Además, la mitad de las mujeres encuestadas han sufrido acoso laboral.

La situación laboral es especialmente grave para las mujeres trans: según la mencionada encuesta de la Agencia Europea de Derechos Fundamentales, en España el 17 % de las mujeres trans encuestadas se encuentra en situación de desempleo, frente al 10 % de los hombres trans. El 66 % de las mujeres trans se han sentido discriminadas en los últimos 12 meses en el empleo o buscando un empleo, mientras que en el caso de los hombres trans, el porcentaje se reduce hasta el 50 %.

Según el estudio "Identificación de los factores de inserción laboral de las personas trans. Exploración del caso de la ciudad de Barcelona", de Gerard Coll-Planas y Miquel Missé, las investigaciones revisadas coinciden en que las mujeres trans tienen más probabilidades de experimentar acoso, pérdida de confianza por parte de sus empleadores, descenso en la jerarquía laboral, reducción de la retribución y despido.

Como consecuencia de esta elevada exclusión laboral, numerosas mujeres trans se ven frecuentemente obligadas a ejercer la prostitución. Según el estudio "Transexualidad en España: análisis de la realidad social y factores psicosociales asociados", elaborado por profesores de la Universidad de Málaga, el 41,2 % de las personas encuestadas han ejercido en algún momento la prostitución, tratándose en la práctica totalidad de los casos de mujeres trans. Este dato pone de manifiesto la extrema vulnerabilidad socio-laboral de las mujeres trans.

Además, esto les provoca un triple estigma: por ser personas trans, por ser mujeres, y por ejercer la prostitución, lo que a su vez incide negativamente en la percepción social del colectivo transexual femenino, basada en estereotipos y dificultando aún más su inserción socio-laboral, en un círculo vicioso de difícil escapatoria.

Por todo ello, en el capítulo destinado a las medidas en el ámbito laboral, además del mandato genérico dirigido a las Administraciones Públicas para que promuevan la igualdad de las personas LGTBI en el ámbito laboral, se prevé que, mediante la negociación colectiva, puedan establecerse medidas destinadas a garantizar la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las

condiciones de trabajo de las personas LGTBI, así como medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las personas LGTBI, y especialmente de mujeres trans, al empleo".

También el impacto en la infancia y la adolescencia se prevé positivo. En primer lugar, por razón de la situación de especial vulnerabilidad en que se encuentran los menores y adolescentes LGTBI. La memoria cita las conclusiones de un estudio sobre salud mental de la juventud LGTBI elaborado por "The Trevor Project" en Estados Unidos, donde se concluye que el 39 % de las personas jóvenes LGTBI encuestadas ha considerado seriamente el suicidio en el último año. Además, del sondeo "Jóvenes y Diversidad Sexual", elaborado por el INJUVE en colaboración con el CIS en 2011, resulta que "aún persisten conductas homófobas entre las personas jóvenes en España, en un rango que va desde la violencia psicológica "leve" hasta las agresiones físicas directas. Así, más de 3 de cada 4 jóvenes, casi un 80% de las personas encuestadas, dicen haber presenciado comentarios negativos, burlas, imitaciones o insultos a personas LGTB; un 40% ha sido testigo de conductas de aislamiento social, exclusión o alejamiento de las amistades por motivo de la orientación sexual; y un 20% ha presenciado amenazas y formas "leves" de violencia - llegando al 6% quienes dicen haber sido testigos de verdaderas palizas a personas LGTBI. Entre quienes, en el marco de esta encuesta, han declarado una orientación homosexual, un 44% de los varones y un 22% de las mujeres dicen haberse sentido discriminados/as en algún momento".

En segundo lugar, la norma busca luchar contra la discriminación en el ámbito educativo, donde las consecuencias para los menores son especialmente graves. Aquí la memoria cita el estudio "Acoso escolar homofóbico y riesgo de suicidio en adolescentes y jóvenes LGB, elaborado por la Federación Estatal de Lesbianas, Gais, Trans y Bisexuales (FELGTB) y COGAM en 2012" que concluye que el acoso escolar homofóbico lleva al 43 % de quienes lo sufren a plantearse el suicidio. En el 90 % de los casos el acoso proviene de compañeros varones y en el 11 % del profesorado. Se indica que el acoso "con frecuencia no es abordado por el centro (el 42% dice no haber recibido ayuda) ni por sus familias, a las que el 82% no informa de su situación. Las víctimas sienten humillación (63%), impotencia (60%), rabia (59%), tristeza (59%), incomprendimiento (57%), soledad (53%), vulnerabilidad y aislamiento (50%). Todos estos sentimientos pueden derivar en la desesperanza (66%), uno de los indicativos mayores de riesgo de suicidio". Un 17 % llega a atentar contra su vida, dato que "multiplica entre 3 y 5 veces los niveles de riesgo de suicidio del conjunto de la población adolescente".

En coherencia con lo anterior, se estima que el impacto será positivo en el ámbito familiar, puesto que "permitirá a familias diversas, que no responden necesariamente al modelo predominante

y hasta hace poco único de familia, encontrar pleno reconocimiento y amparo jurídico". Aunque el ordenamiento vigente ya reconoce diferentes modelos, la memoria indica que las familias LGTBI todavía deben enfrentar dificultades prácticas que la ley pretende erradicar.

Por otro lado, a pesar de admitir que la institución familiar juega un importante papel en la protección de sus miembros, se afirma que "en ocasiones la familia puede convertirse en un entorno poco acogedor frente a opciones sexuales no normativas". El estudio del INJUVE anteriormente mencionado indica que "un 51% de jóvenes cree que, si un padre español "típico" tuviera un hijo gay o una hija lesbiana, la relación entre ambos cambiaría, y un 14% piensa que esto conduciría a la ruptura total de la relación. Aunque puestos en el caso de la propia familia las cifras de comprensión y apoyo proyectados crecen significativamente, hay que poner de relieve que un 9% de los jóvenes continúan pensando que, en el caso de ser homosexuales, la relación con su padre se rompería totalmente". Además, según el "informe de 2018 del Observatorio contra el Odio, el 7 % de las víctimas de violencia por LGTBIofobia son agredidas por personas de su propia familia". En este sentido, se incorporan diversas medidas de protección de las personas LGTBI que sufren violencia en el ámbito familiar e intragénero.

Otros impactos positivos se prevén en el ámbito social y en la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad o en situación de dependencia. Con respecto a lo primero -impacto social-, se destaca el impacto positivo para el conjunto de la sociedad y, en particular, la relación entre desigualdad y exclusión social:

"La lucha contra la discriminación por LGTBIofobia contribuirá a mejorar la calidad de vida y la inclusión social de todas las personas LGTBI. Según el Observatorio para el Análisis y Visibilidad de la Exclusión Social de la Universidad Rey Juan Carlos, la principal causa de sinhogarismo de las personas LGTBI es la expulsión de sus hogares. Este dato demuestra que la relación directa entre discriminación y exclusión social.

Según el informe de la OCDE "Miradas a la sociedad", en España la población LGTB visible tiene un 7% menos de posibilidades de acceder al mercado laboral que la heterosexual, cobra un 4% menos, tiene más dificultades para llegar a puestos directivos y el 37% afirma haber sentido discriminación en su entorno de trabajo. Por eso, uno de los ámbitos más relevantes que regula la ley es el ámbito laboral".

En determinados ámbitos sociales el impacto será mayor. Así sucede en relación con las situaciones de especial vulnerabilidad como el de las personas LGTBI extranjeras que se encuentran en

situación irregular (y por tanto gozan de menor protección); los mayores LGTBI (según un estudio de la FELGTB en 2020 los síntomas de depresión afectaban al 30 % de las personas encuestadas -el triple de la población general- y un 39 % había tenido pensamientos suicidas) o en los entornos rurales (donde la ausencia de anonimato deriva muchas veces en estigmatización y emigración forzosa a grandes ciudades).

En materia de igualdad de oportunidades, la memoria insiste en que la ley adopta un enfoque interseccional o múltiple: reconoce a las personas LGTBI con discapacidad o en situación de dependencia como un grupo social específico merecedor de especial protección, "al ser un sector al que históricamente se le ha negado la sexualidad y que sigue en situación de tutela y dependencia de instancias ajenas". En este punto, la memoria recoge las alegaciones del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) para destacar que "la sexualidad de las personas con discapacidad no ha sido tomada en cuenta por las instancias de decisión y atención, debido a la infantilización perpetua que se impone a las personas con discapacidad, y a los prejuicios que consideran que sus deseos están exacerbados". De acuerdo con sus reclamaciones, la ley se basa en la autodeterminación, la igualdad ante la ley, y un enfoque de acompañamiento y apoyo (no de tutela).

Por último, se descarta la evaluación *ex post* de la norma por su naturaleza y contenido, si bien se destaca que habrá una evaluación a través de la Estrategia Estatal para la Igualdad de Trato y No Discriminación de las personas LGTBI y la Estrategia Estatal para la inclusión social de las personas trans.

#### Tercero.- Expediente remitido

En el expediente remitido a este Consejo de Estado constan los siguientes documentos principales:

##### a. Trámite de consulta previa

La memoria del análisis de impacto normativo indica que inicialmente se celebraron dos trámites de consulta previa en relación con sendas iniciativas legislativas: una en materia de igualdad de las personas LGTBI (el 26 de junio de 2020) y otra en materia de igualdad de las personas trans (el 30 de noviembre de 2020). Ni el resultado de este trámite ni las aportaciones recibidas han sido incorporadas al expediente remitido al Consejo de Estado, si bien el anexo I de la memoria resume su contenido y da cuenta de la elevada participación ciudadana que registraron ambas iniciativas.

##### b. Trámite de audiencia e información pública

De acuerdo con la memoria, las primeras versiones del anteproyecto de Ley y de la memoria, fechadas el 23 de junio de 2021, fueron sometidas a trámite de audiencia e información pública.

En el expediente remitido al Consejo de Estado constan las alegaciones presentadas por las siguientes entidades: Asociación EUFORIA; Krisol Pro Derechos Humanos Intersex; Comité Reivindicativo y Cultural de Lesbianas (CRECUL); Unión General de Trabajadoras y Trabajadores (UGT); Federación Estatal de Lesbianas, Gays, Trans y Bisexuales (FELGTB) (en propuesta conjunta con Fundación Triángulo; Chrysallis, Asociación de Familias de Menores Trans; UGT; Asociación Deportiva Ibérica LGTBI+; CESIDA, Coordinadora estatal de VIH y SIDA); Transgender Europe (TGEU); Asociación Española contra las Terapias de Conversión ("No Es Terapia"); HOGAR SÍ y Provienda; Confederación Social Independiente FETICO y Comisiones Obreras (CCOO).

Entre las diversas alegaciones recibidas en esta fase, algunas se repitieron en varios escritos. La mayoría se centraba en aspectos como la modificación registral de la mención de sexo en los menores de edad; la unificación en un único texto legal de la protección jurídica a los colectivos LGTBI y trans; la autodeterminación de género, el transgenerismo y el uso del término "trans"; la inclusión de personas no binarias; la colisión de la norma con la legislación sobre violencia de género; la interseccionalidad y la relación de la norma proyectada con la legislación antidiscriminatoria por razón de género (cuotas de discriminación positiva); la aplicación de la ley en ámbitos como el deporte, la educación o el empleo; los menores intersexuales y la práctica de reasignación genital; la prohibición de terapias de conversión; la reforma de la legislación sobre reproducción asistida y sobre el Registro Civil o el uso de los términos "progenitor gestante" y "progenitor no gestante".

#### c. Participación de las comunidades autónomas

Constan en el expediente las observaciones remitidas por las siguientes comunidades autónomas: Illes Balears (Institut Balear de la Dona); Comunidad de Madrid; Gobierno de Aragón; Generalitat de Cataluña (Departament d'Igualtat i Feminismes y Consell Nacional LGTBI de Catalunya); Gobierno Vasco; Junta de Andalucía y Xunta de Galicia.

Muchas comunidades hacían referencia a la legislación autonómica de protección del colectivo LGTBI y celebraban la aprobación de una ley estatal que fijara un umbral mínimo de protección a nivel nacional. En varios escritos se planteaban problemas generales como la inclusión de las personas no binarias, la colisión con la legislación de género o el uso del término "trans". En otros, se ponían de relieve problemas concretos como el tratamiento legal de la mención

registral en el caso de menores intersexuales -después del primer año de vida- o el régimen de modificación de la mención registral de nombre y sexo. En fin, muchos informes, sugerían mejoras en ámbitos como la inversión de la carga de la prueba o el acceso a la oferta de empleo público.

#### d. Informes de los ministerios

Se han incorporado los informes elaborados por los ministerios de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación; Sanidad; Cultura y Deporte; Inclusión, Seguridad Social y Migraciones (Secretaría de Estado de Migraciones y Secretaría General de Objetivos y Políticas de Inclusión y Previsión Social); Ciencia e Innovación; Transición Ecológica y Reto Demográfico; Transportes, Movilidad y Agenda Urbana; Derechos Sociales y Agenda 2030; Defensa; Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática; Trabajo y Economía Social; Educación y Formación Profesional; Asuntos Económicos y Transformación Digital (Secretaría General Técnica e Instituto Nacional de Estadística); Agricultura, Pesca y Alimentación; Universidades; Interior; Política Territorial; Consumo; Hacienda y Función Pública.

En muchos de ellos no se hacían observaciones o estas se limitaban a aspectos formales o de redacción. Otros incluían propuestas de mejora u objeciones a la regulación de aspectos como protección internacional y extranjería, personas transexuales y atención sanitaria, formación del profesorado, empleo público, estadística, protección contra el ciberacoso, ámbito penitenciario o régimen fiscal. En varios se formulaban observaciones terminológicas y se objetaban aspectos concretos del régimen sancionador.

#### e. Informe de la Agencia Española de Protección de Datos

La Agencia Española de Protección de Datos ha informado favorablemente el texto de la Ley proyectada, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, y al artículo 5.3.b) del Estatuto de la Agencia, aprobado por Real Decreto 389/2021, de 1 de junio. Advierte, sin embargo, de que, al margen de las remisiones expresas que se hacen a la normativa de protección de datos en ámbitos concretos (por ejemplo, el estadístico), cualquier tratamiento de datos personales debe cumplir esta normativa.

#### f. Informe competencial del Ministerio de Política Territorial

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26.5 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, la Dirección General de Régimen Autonómico y Local del Ministerio de Política Territorial ha emitido un informe para analizar la adecuación del anteproyecto de Ley al orden

constitucional de distribución de competencias. Como título prevalente se invoca el artículo 149.1.1 de la Constitución Española. Además, el informe analiza los términos de la Sentencia 99/2019 del Tribunal Constitucional y formula observaciones a la disposición final novena, respecto a la necesidad de mencionar los títulos competenciales que amparan determinadas medidas previstas en la ley.

#### g. Informe de la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 26.9 de la Ley del Gobierno, el proyecto ha sido informado por la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa, dependiente del Ministerio de Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática. El informe formula una serie de consideraciones generales (en relación con la sede normativa de algunos preceptos y la estructura de la ley) y múltiples observaciones concretas al articulado, a la parte final y a la memoria del análisis de impacto normativo.

#### h. Dictamen del Consejo Económico y Social

Al amparo del artículo séptimo de la Ley 21/1991, de 17 de junio, por la que se crea el Consejo Económico y Social, el anteproyecto ha sido informado por este órgano. El dictamen valora positivamente la norma proyectada, si bien advierte que algunos de sus preceptos pudieran resultar excesivamente programáticos y carentes de virtualidad práctica. Lamenta que no se haya dado participación a las organizaciones sindicales y empresariales en el proceso de elaboración de la norma y considera que esta carencia se refleja en la regulación de los aspectos laborales del anteproyecto. Por lo demás, advierte de la posible colisión con otras normas antidiscriminatorias del ordenamiento jurídico y formula observaciones concretas en relación con determinados aspectos del anteproyecto (legitimación activa en procedimientos de tutela de víctimas de discriminación, sanción administrativa de conductas discriminatorias en el ámbito de la contratación pública y permisos laborales para las "personas trans gestantes").

#### i. Informe del Consejo de Participación LGTBI

El informe incluye consideraciones terminológicas (en especial, en cuanto al uso del "término paraguas trans" y a la relación entre los conceptos "identidad sexual" e "identidad de género") y formula diversas observaciones a la estructura de la norma, a su ámbito de aplicación, a las definiciones, a los deberes de las Administraciones públicas, a la participación ciudadana y a las estrategias nacionales. En particular, se detiene a examinar las políticas sectoriales y las previsiones de la ley en los ámbitos laboral, educativo, de asistencia sanitaria, acción exterior, extranjería, protección internacional, menores y colectivos vulnerables, entre otros. Finalmente, sin

perjuicio de una valoración positiva de la norma, se lamenta que no se haya aprovechado la oportunidad para regular la identidad no binaria.

#### j. Informe del Consejo General del Poder Judicial

De acuerdo con el artículo 561 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el proyecto ha sido informado por el Consejo General del Poder Judicial. El informe formula, en primer lugar, una serie de consideraciones generales sobre la prohibición de discriminación por razón de sexo, identidad sexual y orientación sexual ex artículo 14 de la Constitución Española; el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la Constitución Española); la autodeterminación de las personas transgénero (con cita de la jurisprudencia del TEDH al amparo del artículo 8 del CEDH) y el derecho fundamental a la intimidad personal (artículo 18.1 de la Constitución Española). Sobre el carácter transversal de la ley, advierte de posibles solapamientos con otras normas y sobre el riesgo de provocar una excesiva atomización del ordenamiento, con el reconocimiento de estatutos jurídicos particulares que establezcan un régimen de derechos y deberes distinto al del resto de la ciudadanía. Respecto de esto último, considera que la norma proyectada podría generar situaciones de discriminación indirecta con respecto a otros colectivos que son objeto de protección reforzada, como destacadamente las mujeres. En fin, dentro de las consideraciones generales se invita a reflexionar sobre el rango de la ley -en concreto, si determinados preceptos debieran tener rango de ley orgánica- y sobre la salvaguarda del principio constitucional de seguridad jurídica -en aspectos como el matrimonio entre personas transexuales, la fijación del estado civil o la clarificación de derechos tras la rectificación registral de la mención de sexo-.

A continuación, el Consejo General del Poder Judicial formula diversas consideraciones sobre el articulado de la ley y sobre la parte final. En particular, se examina en detalle la rectificación registral de la mención de sexo a la luz de la jurisprudencia del TEDH, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo; se examina el Derecho comparado y los precedentes legales en España y se formulan observaciones a la regulación proyectada, especialmente en relación con los menores de edad.

#### k. Informe del Consejo Fiscal

Solicitado informe al Consejo Fiscal, el fiscal jefe de la Secretaría General Técnica de la Fiscalía General del Estado comunicó al Ministerio de Igualdad que no se preveía la posibilidad de que el Pleno del Consejo Fiscal se reuniera para informar el proyecto dentro del plazo previsto, por lo que, al amparo del artículo 561.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, solicitaba que se tuviera por cumplido el

trámite y continuara la tramitación del expediente normativo, sin perjuicio de la ulterior remisión del informe para su posible consideración en la tramitación parlamentaria.

#### I. Aprobación previa del Ministerio de Hacienda

Después de dos informes con observaciones, el 2 de junio de 2022 el Ministerio de Hacienda otorgó la aprobación previa al anteproyecto, de acuerdo con el artículo 26.5 de la Ley del Gobierno.

#### m. Informes de los ministerios proponentes

Finalmente, al amparo del artículo 26.5 de la Ley del Gobierno, el 3 de junio de 2022 han emitido un informe las secretarías generales técnicas de los Ministerios de Justicia (con varias observaciones al anteproyecto y a la memoria) y de Igualdad (sin observaciones).

#### Cuarto. - Remisión del expediente al Consejo de Estado

Ya en este Consejo de Estado el expediente, se recibieron los siguientes documentos:

a.- Escrito de la Asociación Española de Feministas Socialistas (FEMES), que manifiesta su oposición al anteproyecto. Considera que la ley confunde deliberadamente transexualidad con transgenerismo y oculta el sexo tras el género, lo que resulta en perjuicio de los derechos de los transexuales, el colectivo LGTBI y las mujeres. Reclama una mayor claridad conceptual para garantizar la seguridad jurídica ("en Derecho, determinar el supuesto de hecho decide la respuesta jurídica") y solicita que el cambio registral de la mención de sexo se circunscriba a las personas transexuales (no al conjunto de la población), sujeto a requisitos concretos de prueba (cita al respecto la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019 y la CIE de la OMS).

Recuerda que la definición de género, según el Convenio de Estambul, es cultural y afirma que el sexo es biología ("no es sentido ni fluido") y es objeto de protección constitucional. Por ello, entiende que la norma es inconstitucional en la medida en que genera inseguridad jurídica, atenta contra la estabilidad del estado civil y contra el orden público; limita la capacidad de obrar de personas mayores de edad (por la prohibición de terapias de conversión consentidas); no protege el interés superior del menor; vulnera derechos fundamentales como la libertad de expresión o la libertad de cátedra; interfiere en el ámbito de la educación y la crianza y genera indefensión (por su fuerte contenido sancionador, que se proyecta sobre relaciones entre particulares). En fin, considera que la ley atenta contra los derechos de las mujeres, invisibiliza la violencia machista, es discriminatoria contra la mujer (especialmente en ámbitos como el deporte) y dificulta la lucha contra la brecha de género (entre otros, en el ámbito laboral).

b.- Asimismo, mediante oficios de 7 y 8 de junio de 2022, se incorporaron al expediente los anexos a la memoria, junto a los escritos presentados en trámite de audiencia por las siguientes entidades: Asociación de Mujeres en el Deporte (AMDP); Themis, Asociación de Mujeres Juristas y Consejo General del Trabajo Social. Todos ellos se oponían a la ley proyectada y criticaban aspectos como el transgenerismo y a la libre determinación del género; la regulación del cambio regstral de la mención de sexo, carente de todo requisito probatorio; la desprotección de los menores; la discriminación de las mujeres en ámbitos como el deporte y el régimen sancionador.

c.- El 15 de junio de 2022, se recibió un escrito de alegaciones de la Agrupación de Madres de Adolescentes y Niñas con Disforia Acelerada (AMANDA). En su escrito, la citada agrupación hacía diversas observaciones críticas al anteproyecto; en particular, sobre los siguientes aspectos: a) en lo que hace a la modificación regstral del sexo, se estima que lo correcto es que solo se prevea para mayores de edad y excepcionalmente en menores, previa valoración judicial de su interés superior y con autorización de los progenitores; b) los tratamientos médicos deben preverse para los mayores de edad y solo excepcionalmente para los menores, con las mismas condiciones que en el caso anterior; c) consideraba necesaria la distinción entre las terapias exploratorias y las terapias de conversión; d) a juicio de la agrupación, la búsqueda de atención exploratoria y no afirmación a priori del autodiagnóstico del menor no debe considerarse como indicador de riesgo de maltrato por parte de los progenitores; e) proponía incluir la atención a la denominada disforia de género de inicio rápido de conformidad con la evidencia científica, y también al "colectivo de destransicionadores y destransicionadoras"; f) se plantea la participación de colectivos profesionales y expertos de la medicina, la psicología y la psicopedagogía en el diseño de políticas e impartición de formación, especialmente en los ámbitos sanitario y educativo.

Y, en tal estado de tramitación, el expediente fue remitido al Consejo de Estado para dictamen.

Ya en el Consejo de Estado el expediente, mediante acuerdo de Consejo de Ministros de 21 de junio de 2022, se declaró la urgencia de la consulta, solicitando la emisión del dictamen no más tarde del 24 de junio de 2022.

#### I.- OBJETO DE CONSULTA

Se refiere la consulta al anteproyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

A tenor de la Orden de remisión, la consulta al Consejo de Estado se hace "En virtud de lo dispuesto en el artículo 25.1 de la Ley

Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado". Este precepto tiene el siguiente tenor:

"Artículo veinticinco.

1. El Consejo de Estado, sea en Pleno o en Comisión Permanente, puede ser oído en cualquier asunto en que, sin ser obligatoria la consulta, el Presidente del Gobierno o cualquier Ministro lo estime conveniente.

2. El Consejo de Estado en Pleno dictaminará en aquellos asuntos en que, aunque estuvieran atribuidos a la competencia de la Comisión Permanente, así lo solicitare el Presidente del Gobierno o lo acuerde el Presidente del Consejo".

Se estima, pues, que la consulta tiene carácter potestativo y no preceptivo. Por ello, y porque la orden de remisión no solicita el dictamen del Pleno, estima el Consejo de Estado que la competencia para la emisión corresponde a la Comisión Permanente.

## II.- COMPETENCIA DEL ESTADO

El Consejo de Estado coincide con lo dicho en el informe de la Dirección General de Régimen Autonómico y Local acerca de la competencia que tiene el Estado para dictar la norma.

A este respecto, la disposición final décimo novena, corregida a raíz del referido informe, dice lo siguiente:

"Disposición final décimo novena. Título competencial.

La presente ley se dicta al amparo de las competencias exclusivas atribuidas al Estado por los títulos competenciales recogidos en los artículos 149.1.1.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup>, 3.<sup>a</sup>, 5.<sup>a</sup>, 6.<sup>a</sup>, 7.<sup>a</sup>, 8.<sup>a</sup>, 16.<sup>a</sup>, 17.<sup>a</sup>, 18.<sup>a</sup>, 27.<sup>a</sup> y 30.<sup>a</sup> de la Constitución Española, en cuanto atribuyen al Estado competencias exclusivas para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales; extranjería; relaciones internacionales; Administración de Justicia; legislación penal, penitenciaria y procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas; legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas; legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan; bases y coordinación general de la sanidad; legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas; bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo

caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas, el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas, legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas; normas básicas del régimen de prensa, radio y televisión y, en general, de todos los medios de comunicación social, sin perjuicio de las facultades que en su desarrollo y ejecución correspondan a las Comunidades Autónomas; regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia.

Las disposiciones finales por las que se modifican otras normas de ámbito estatal se dictan al amparo de los mismos preceptos en que el Estado basó su competencia cuando las dictó".

Resulta pertinente la cita del artículo 149.1.1 de la Constitución Española. Este artículo se refiere a la competencia del Estado para la "regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales". Como se expondrá posteriormente, el anteproyecto se vincula de forma directa con varios preceptos constitucionales: el artículo 9.2, el 10.1, el 14 y el 18. El Tribunal Constitucional ha establecido de forma expresa la vinculación de la exigencia de eliminar la discriminación a las personas LGTBI con los artículos 10 y 14 de la Constitución Española, en términos que luego se verán.

Con todo, también se sigue de la jurisprudencia constitucional la exigencia de interpretar dicho título competencial de forma estricta, de manera que no cualquier relación de una regulación con los derechos que la Constitución Española reconoce pueda dar lugar a la invocación de dicho precepto (el artículo 149.1.1); así se ha manifestado, por ejemplo, la STC 239/1997 (F. J. 10), a la que también se refiere el citado informe. En análogo sentido cabe citar el dictamen número 803/2006, de 14 de junio, sobre el entonces anteproyecto de Ley Orgánica de Igualdad entre Mujeres y Hombres (que citaba otros anteriores: dictámenes números 1.579/2005 y 336/2006), en el que se hacía referencia a la cobertura que el artículo 149.1.1.<sup>a</sup> brinda a regulaciones transversales como la ahora abordada.

Por ello, resulta asimismo pertinente la larga cita de títulos competenciales recogidos en el artículo 149.1 de la Constitución Española que hace la disposición final transcrita, y que resultan de aplicación en cada uno de los concretos ámbitos materiales a los que se refieren dichos títulos. Esta multitud de títulos es consecuencia del

carácter transversal de la ley, al que también se hará referencia más adelante.

No obstante, en la memoria convendría hacer un análisis más detallado de estas cuestiones, poniendo en relación los títulos invocados con los artículos de la ley.

En definitiva, sin perjuicio de la consideración realizada en el párrafo anterior, ninguna objeción merece la norma en lo que hace a la competencia del Estado para dictar la norma y a los concretos títulos competenciales que cita la disposición final decimonovena.

### III.- RANGO DE LA DISPOSICIÓN

Estima el Consejo de Estado que el rango de la norma es adecuado.

En efecto, por una parte, resulta patente la necesidad de aprobar una norma de rango legal, dado el contenido de la regulación y habida cuenta de que tiene por objeto modificar otras normas del mismo rango, sin modificar ninguna ley orgánica a diferencia de otros anteproyectos que ha examinado el Consejo de Estado, como fue el caso del anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual (dictamen número 393/2021, de 10 de junio).

Por lo demás, también coincide el parecer del Consejo de Estado con el del departamento, al considerar que la regulación no debe tener carácter de ley orgánica. A este respecto, el artículo 81 de la Constitución Española establece "son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (...)" . En la interpretación de este artículo, la jurisprudencia constitucional ha advertido de la necesidad de llevar a cabo su interpretación "de modo restrictivo y excepcional en cuanto excepcional es también la exigencia de mayoría absoluta y no la simple para su votación y decisión parlamentaria" (STC 160/1987 y STC 127/1994). Por ello, dice la STC citada en último lugar:

"(...) no sólo las materias objeto de la reserva de Ley Orgánica sino también la expresión "desarrollo" que la Constitución emplea para delimitar en este extremo el objeto de las Leyes Orgánicas ha de recibir una interpretación restrictiva. Así, tal expresión se refiere al desarrollo "directo" de los derechos fundamentales (STC 6/1982, fundamento jurídico 6º), puesto que el instrumento de la Ley Orgánica "no puede extremarse" hasta el punto "de convertir el ordenamiento jurídico entero en una mayoría de Leyes Orgánicas, ya que es difícil concebir una norma que no tenga una conexión, al menos remota, con un derecho fundamental", habida cuenta, además, de que el instrumento de la Ley Orgánica "convierte a las Cortes en constituyente permanente" (Ibidem)".

El anteproyecto consultado no aborda el desarrollo en sentido estricto de ningún derecho fundamental, con el alcance que da a este concepto la jurisprudencia reseñada, sino que lo que regula son las condiciones de su ejercicio. Es cierto que, como se expondrá con detalle en el apartado V de las consideraciones -en particular, en los puntos A y B-, el anteproyecto se vincula con el principio de autodeterminación de género, recogido en la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019; sin embargo, las consecuencias que resultan del alcance que se da a dicho principio, y su incidencia en particular en relación con otros aspectos regulados en leyes ordinarias -como el relativo, por ejemplo, a la modificación registral, regulado en una ley no orgánica, la Ley 3/2007-, no son susceptibles de entenderse como el "desarrollo en sentido estricto" de un derecho fundamental, con el alcance que da a esta expresión la sentencia extractada. Y, por lo demás, este ha sido también el criterio seguido, no solo en el caso de la citada Ley 3/2007, sino también, más recientemente, por el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, antes citado, en el que, como se desprende del dictamen número 393/2021, de 10 de junio, el carácter de ley orgánica no resultaba de la regulación de dicha materia, sino de la circunstancia de que algunos de sus preceptos modificaban artículos que sí tenían el carácter de ley orgánica.

En definitiva, pues, el análisis del anteproyecto a la luz de estas consideraciones permite concluir, a juicio del Consejo de Estado, que el rango de la norma es el adecuado, sin necesidad de dotar del carácter de orgánico a ninguno de los preceptos que en él se recogen ni, desde luego, a la ley en su conjunto.

#### IV.- TRAMITACIÓN DE LA NORMA

En lo que hace a la tramitación de la norma, procede hacer algunas consideraciones.

Como primera cuestión, en relación con la urgencia con la que se ha acordado la consulta, considera el Consejo de Estado que, dada la complejidad del anteproyecto y de las cuestiones que plantea, hubiera sido adecuado contar con un tiempo mayor para la emisión del dictamen, lo que hubiera permitido además recabar el dictamen del Pleno en lugar de la Comisión Permanente, cuya intervención hubiera enriquecido sin duda tanto el debate como el dictamen que, en definitiva, se emite.

Según se señala en la memoria, el propósito inicial fue elaborar dos leyes diferenciadas, una que regulara con carácter general todos los aspectos comunes relativos a la garantía de la igualdad efectiva y los derechos de todas las personas LGTBI y otra referida a los aspectos específicos que requiere la garantía de los derechos de las

personas trans. Sin embargo, posteriormente se decidió incluir en un único texto normativo toda la regulación.

En todo caso, se ha llevado a cabo el trámite de consulta previa en relación con cada uno de los dos anteproyectos inicialmente redactados, conforme a lo previsto en el artículo 26.2 de la Ley del Gobierno y en el artículo 131 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; dentro de dicho trámite se recibieron múltiples observaciones que no constan en el expediente -como hubiera sido adecuado-; no obstante, la memoria recoge un resumen de dicho trámite y uno de sus anexos analiza algunas de las aportaciones realizadas.

Posteriormente, una vez elaborado el primer texto, la memoria señala que se llevó a cabo el trámite de audiencia y participación pública. En relación con dicho trámite, sin embargo, deben señalarse dos cosas:

- En primer lugar, del expediente no resulta cómo se ha llevado a cabo dicho trámite. Así, en efecto, si la memoria señala cómo se practicó la consulta previa, mediante consultas anunciadas en la página web del departamento, en lo que hace al trámite de audiencia, lo único que se dice es que "se sustanció el trámite de audiencia e información pública entre el 26 de julio de 2021 y el 16 de agosto de 2021". También ha de reseñarse que alguna organización, cuyo escrito de alegaciones se ha incorporado al expediente (si bien no en el momento inicial, sino con posterioridad), manifiesta que "el plazo se ha abierto en pleno periodo estival, sin ningún tipo de publicidad ni mención en las redes sociales del Gobierno, nota de prensa ni publicación en web oficial".

- En segundo lugar, aunque la memoria hace referencia a que se habían recibido muchas alegaciones (más de 6.700 correos), únicamente se han incluido en el expediente poco más de una decena de escritos de organizaciones, la mayor parte -aunque no todos- en sentido análogo en sus consideraciones acerca de la ley; posteriormente, mediante oficios de 7 y 8 de junio, fueron completadas con otros tres escritos. No resulta del expediente cuáles han sido los criterios para seleccionar los escritos que se han mandado. Debe señalarse, a este respecto, que si bien es cierto que se señala en la memoria que se presentaron más de 6.700 aportaciones, también se indica que menos del 2 % (esto es, menos de 132) procedían de organizaciones. Por lo demás, aunque la memoria adjunta un anexo de valoración de las observaciones, solo hace referencia a las efectuadas por unas pocas organizaciones, en relación con las cuales se limita a señalar si se han aceptado o no, sin explicar las razones para ello.

Ya en el Consejo de Estado el expediente, se han recibido varios escritos de alegaciones, no incorporados inicialmente, y han presentado escrito las dos entidades a que se hace referencia en el antecedente cuarto del presente dictamen.

En tales condiciones, el Consejo de Estado no puede pronunciarse acerca de si el trámite se ha llevado a cabo en condiciones adecuadas, dada la existencia de consideraciones críticas al respecto que el expediente no aclara; y también ha tenido un acceso limitado a las manifestaciones realizadas en el trámite de audiencia que, ciertamente, condiciona las posibilidades de conocer las distintas opiniones presentadas y, desde luego, resta efectos a la información pública, que, en la tramitación de la norma constituye hoy una exigencia fundamental -vinculada, en última instancia, con el artículo 105 de la Constitución Española-. Dada la urgencia de la consulta, habida cuenta de que la norma será objeto de tramitación parlamentaria, se ha considerado que no era adecuada su devolución para que fuera completado, sin perjuicio de que deba recalcar la necesidad de cumplir escrupulosamente las reglas de remisión de las consultas, con el fin de permitir al Consejo de Estado un conocimiento más amplio de las principales cuestiones suscitadas durante la tramitación.

No obstante lo anterior, debe llamar la atención el Consejo de Estado sobre la necesidad de remitir los expedientes completos, dejando reflejo adecuado de la tramitación llevada a cabo, de forma que permita conocer de forma suficiente el contenido de los distintos trámites que han jalonado el procedimiento.

Consta que se ha consultado a las comunidades autónomas. Han sido muchas las comunidades autónomas que han presentado observaciones, que han sido reseñadas, de forma acaso excesivamente sucinta, en los anexos de la memoria.

El proyecto ha sido consultado a los distintos departamentos, y se ha recabado el informe de diversos órganos y organismos, entre los cuales cabe citar, en particular, la Agencia Española de Protección de Datos, el Instituto Nacional de Estadística, el Consejo Económico y Social (ex artículo 7.1.1.1.a) de la Ley 21/1991, de 17 de junio, por la que se crea el Consejo Económico y Social) y el Consejo General del Poder Judicial (artículo 561.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial). En relación con Consejo Fiscal (artículo 14.4.j) de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal), se recabó su informe, habiéndose reiterado dicha petición, sin que se haya llegado a emitir, por lo que se ha continuado la tramitación; cabe lamentar la ausencia de este informe, dada la importancia que en el anteproyecto tienen las cuestiones que afectan, entre otros, al interés superior del menor. Se incluye el informe la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa,

a algunas de cuyas observaciones se hará referencia posteriormente, y de la Dirección General de Régimen Autonómico y Local, en los términos que han sido ya adelantados en el apartado II anterior. En fin, resultaba también preceptiva y se ha producido la intervención del Consejo de Participación de las Personas lesbianas, gais, trans, bisexuales e intersexuales (LGTBI), creado por Orden IGD/577/2020, de 24 de junio, y cuya regulación se incorpora ahora al anteproyecto, y cuyas observaciones se incluyen asimismo en el expediente.

Por último, cabe hacer referencia a la aprobación previa de la ministra de Hacienda y Función Pública, y el informe de las secretarías generales técnicas de los departamentos coproponentes (Ministerio de Igualdad y Ministerio de Justicia). Por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Igualdad se ha manifestado la conformidad de dicho departamento con el anteproyecto, para su elevación al Consejo de Estado. Llama la atención, sin embargo, el informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, que, como se ha dicho, es coproponente, y en el cual se hacen observaciones al texto, algunas de gran relevancia como luego se verá -como la que se refiere, por ejemplo, al artículo 17, en relación con la prohibición de terapias de conversión-. Lo correcto hubiera sido que, antes de remitir la consulta al Consejo de Estado, se hubiera cerrado el texto del anteproyecto, lo que exigía un pronunciamiento del Ministerio de Igualdad sobre tales observaciones y un acuerdo final sobre el texto que el expediente no refleja. No obstante, dado que sí que se ha incorporado un escrito de dicho departamento manifestando la conformidad del citado departamento para consultar al Consejo de Estado (en escrito de la misma fecha que el informe, de 3 de junio de 2022), se estima que no existe obstáculo para la emisión del dictamen.

Por otra parte, es preciso llamar la atención acerca de algunas observaciones y consideraciones realizadas por algunos de los departamentos que, sin embargo, no se han cerrado en la tramitación o, cuanto menos, no hay reflejo suficiente de ello en el expediente.

Así, en particular, resulta particularmente relevante la conclusión recogida en el informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Hacienda y Función Pública, en el que, a la vista del impacto presupuestario de la norma, se señalaba lo siguiente:

"Como conclusión de los expuesto (...) no es posible un pronunciamiento completo desde un punto de vista presupuestario al faltar datos sobre la estimación de costes, sobre cómo se financiarán dichos costes, o sobre los órganos u organismos afectados por las medidas que suponen incremento presupuestario (...)"

Estima el Consejo de Estado que de forma previa a la elevación de un anteproyecto al Consejo de Ministros -y también a la remisión al

Consejo de Estado- deben quedar claramente resueltos aquellos aspectos que resultan fundamentales no solo para la aprobación, sino también para la aplicación posterior de la ley, como son los presupuestarios. Se llama la atención, por lo tanto, acerca de la necesidad de resolver estos aspectos y de evitar la realización de la consulta cuando el texto puede estar sujeto a cambios derivados de aspectos tan relevantes como el expuesto.

En relación con las cuestiones señaladas, y en particular con las relativas al informe del Ministerio de Justicia y del Ministerio de Hacienda y Función Pública, considera el Consejo de Estado que debe llamar la atención sobre la exigencia de completar la tramitación de forma previa a la solicitud de la consulta, con el fin de permitir contar con un texto cerrado.

En el expediente se incluye la correspondiente memoria expresiva de los fines perseguidos y en la que, entre otros aspectos, se han considerado las principales alternativas, no solo de técnica regulatoria, sino también sustantivas o de regulación; también se valoran los impactos del anteproyecto en el ámbito económico y social, con particular referencia al impacto por razón de género, en la infancia y adolescencia y en la familia.

No obstante, se echa en falta en la memoria, en línea con la observación realizada por el Ministerio de Hacienda y Función Pública, una evaluación más acabada de los importantes impactos económicos y, sobre todo, presupuestarios que va a tener el anteproyecto, impactos que resultan patentes a partir del relevante contenido del anteproyecto. Igualmente, resulta necesario que se cuente con los recursos necesarios para la aplicación efectiva de la Ley.

Por otra parte, cabe destacar que la memoria, si bien no prevé la evaluación ex post de la norma, sí que recuerda que, conforme a lo dispuesto en el propio anteproyecto (artículo 10), se llevará a cabo una evaluación de la Estrategia Estatal para la Igualdad de Trato y No Discriminación de las personas LGTBI. No obstante, se estima que sería conveniente someter a evaluación ex post algunos de los contenidos de la norma, que pueden tener consecuencias relevantes y han dado lugar a importantes evaluaciones en el Derecho comparado, como es el caso de las reglas recogidas en el artículo 19 en relación con la atención sanitaria integral a personas intersexuales, en particular en lo que hace a los menores de edad. A este respecto, cabe constatar, en efecto, que algunos de los aspectos de la norma, como es, en particular, el del artículo citado, ha dado lugar a importantes evaluaciones en otros países europeos (como es el caso de Finlandia), dando lugar en algunos casos a la reconsideración de algunas de las normas o protocolos aplicados en dicho ámbito.

## V.- MARCO NORMATIVO Y PRINCIPALES DECISIONES ADOPTADAS. VALORACIÓN GENERAL DE LA NORMA

### A. Objetivo primordial; prevención y erradicación de la discriminación de las personas LGTBI

La finalidad principal del anteproyecto consultado, según señala su artículo 1.1, es "garantizar y promover el derecho a la igualdad real y efectiva" de las personas LGTBI. Para ello parte de un enfoque integral que recoge medidas destinadas a prevenir y eliminar la discriminación en los ámbitos más relevantes y en el marco de una denominada Estrategia Estatal para la Igualdad de Trato y No discriminación de las Personas LGTBI.

La referida finalidad se conecta con diversos preceptos constitucionales, entre los cuales destaca la mención en la memoria y en la exposición de motivos a los artículos 14, 9.2 y 10 de la Constitución Española. Así, en efecto, afecta al derecho a la igualdad en su vertiente formal, pero de forma más específica a la cláusula antidiscriminatoria que prohíbe toda forma de discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social; y en su faceta material que, de acuerdo con el artículo 9.2 de la Constitución Española, obliga a promover "las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas", removiendo "los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social". También se hace referencia al artículo 10.1 de la Constitución Española, que establece la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y de la paz social.

La vinculación del fin del anteproyecto con estos preceptos constitucionales resulta, en efecto, de la jurisprudencia constitucional. Como ya señalaba la STC 41/2006 de 13 de febrero (F. J. 3), la referencia concreta a una lista de motivos o causas de discriminación en el artículo 14 no puede entenderse como una lista cerrada de supuestos sino como la expresión de "una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en situaciones no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de las personas que reconoce el art. 10.1 CE". Y siguiendo la pauta del TEDH y del Tribunal de Justicia de la Unión, se declara que la orientación sexual de la víctima es una circunstancia que puede subsumirse en la cláusula "cualquier otra condición o circunstancia personal o social", en tanto comparte el fundamento de la tutela específica de grupos vulnerables a la discriminación "por los profundos prejuicios

arraigados normativamente y socialmente contra esa minoría" (F. J. 3)

En la misma línea argumental la STC 176/2008, de 22 diciembre (F. J. 7) reitera que resultaría discriminatoria "la adopción de una decisión judicial consistente en suprimir, suspender o limitar el derecho de comunicación de los padres con sus hijos menores con fundamento, de forma principal o exclusiva, en la transexualidad del padre o de la madre".

Más recientemente, la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio, se ha referido a la vinculación de la definición de la propia identidad sexual con el principio constitucional que garantiza el libre desarrollo de la persona (artículo 10.1 CE) y con el derecho fundamental a la intimidad personal (artículo 18.1 CE). En dicha sentencia, sobre la que luego habrá que volver, estimó la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el artículo 1.1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, declarándolo inconstitucional en cuanto exigía la mayoría de edad para poder solicitar la rectificación sin tener en cuenta a los menores de edad con "suficiente madurez" y que se encuentran en una "situación estable de transexualidad".

También la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha fundado esta exigencia de protección y exclusión de la discriminación, con el derecho al libre desarrollo de la personalidad de conformidad con el artículo 10.1 de la Constitución Española. A este respecto, cabe citar la sentencia de 17 de diciembre de 2019 (sentencia 685/2019), que hacía un amplio repaso de la jurisprudencia del TEDH y del TS sobre la materia, y conectaba los derechos en este ámbito con el principio de respeto a la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE) y el derecho a la intimidad (artículo 18.1 CE).

En el mismo sentido, cabe referirse a la jurisprudencia del TEDH, de la que cabe citar, entre otras muchas, la sentencia de 10 de marzo de 2015 (asunto Y.Y. c. Turquía) y la sentencia de 6 de abril de 2017 (as. A.P. Garçon y Nicot contra Francia). En particular, en esta última declaró que el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, relativo al derecho al respeto a la vida privada y familiar, incluye la identidad de género y la orientación sexual como elementos esenciales, por lo que la definición de la propia identidad sexual se configura como uno de los aspectos esenciales básicos del derecho reconocido en dicho precepto.

Otros organismos internacionales han adoptado medidas o recomendaciones dirigidas a proteger a las personas trans y LGTBI. Así, en el ámbito de las Naciones Unidas, el Consejo de Derechos

Humanos ha dictado diversas resoluciones, citadas en la exposición de motivos; además, cabe destacar el informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de 4 de mayo de 2015, sobre "Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género" (informe A/HRC/29/23), en el que, entre otras cosas, se insta a los Estados a adoptar medidas dirigidas a evitar la discriminación.

En fin, dentro de este ámbito cabe también hacer referencia al Derecho de la Unión Europea. Resulta relevante recordar, en este sentido, el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que establece la prohibición de toda discriminación, en particular, por motivo de la orientación sexual. En el mismo sentido, el artículo 19 del TFUE habilita al Consejo para "adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual". En lo que hace a la jurisprudencia, el TJUE ha hecho aplicación del principio de no discriminación en este ámbito, como resulta de la sentencia de 26 de junio de 2018 MB v Secretary of State for Work and Pensions (as. C-451/16, para. 29), en la que declaró que la normativa nacional que supedita la obtención de una pensión estatal de jubilación por una persona que haya cambiado de sexo al requisito de la anulación del matrimonio eventualmente celebrado antes del cambio de sexo, constituía una discriminación directa prohibida por la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social; en dicha sentencia señaló el Tribunal que, "aunque el Derecho de la Unión no afecta a la competencia de los Estados miembros en el ámbito del estado civil de las personas y del reconocimiento jurídico del cambio de sexo de una persona, los Estados miembros deben respetar el Derecho de la Unión al ejercer esta competencia, especialmente las disposiciones relativas al principio de no discriminación (...)".

También en el Derecho de la UE resulta relevante citar la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que pretende luchar contra las discriminaciones basadas en la religión o convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual en el ámbito del empleo, cuya incorporación se llevó a cabo a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Con esta norma, se establece un marco legal general para combatir la discriminación.

En la misma línea, cabe citar otras normas anteriores que han incidido en materias vinculadas a las que ahora son objeto de regulación, y a las que también se hace referencia en la exposición de

motivos, entre las cuales han tenido una importancia singular la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, y la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

Resulta de lo anterior, pues, que los fines perseguidos por el anteproyecto en lo que hace a la eliminación de la discriminación y garantizar y promover la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI, es claramente coherente con los principios de igualdad formal y material y de protección de la dignidad de la persona, y con el marco constitucional, europeo e internacional.

Conviene tener en cuenta, en todo caso, que entre los preceptos constitucionales que tienen proyección sobre este ámbito, además de los ya citados, también juega un papel relevante el derecho fundamental a la intimidad personal (artículo 18.1 CE), conforme ha señalado el Consejo General del Poder Judicial en su informe y resulta del marco jurídico constitucional e internacional expuesto. Si bien esta incidencia no puede estimarse que sea constitutiva de un desarrollo en sentido estricto de estos preceptos, con la significación que ello tiene en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y no requiere por ello que la Ley se apruebe con el carácter de ley orgánica, sí que supone una potencial afectación de algunas de las materias reguladas en la ley en aspectos vinculados de forma estrecha con aquellos derechos y, en particular, con el de intimidad; así lo ha destacado, por lo demás, la jurisprudencia nacional e internacional y por algunos documentos internacionales. Así, entre los aspectos de la ley especialmente conectados con el artículo 18 CE, cabe citar, a título de ejemplo, el artículo 7.3, sobre el tratamiento de los datos personales. Se sugiere, por ello, considerar la oportunidad de hacer una referencia a dicho artículo 18 en la exposición de motivos y la memoria, junto a la que ya se hace a los referidos artículos 10 y 14.

#### B. Previsiones específicas para las personas trans. Rectificación registral y principio de autodeterminación de género

Más allá de las previsiones comunes en relación con las personas LGTBI, el Título II del anteproyecto se ciñe a las previsiones específicas respecto a las personas trans, destacando lo que es novedad importante del anteproyecto, una nueva regulación de la rectificación registral del sexo. La Ley 3/2007, de 1 de marzo, que regula actualmente esta modificación quedaría derogada. Aunque expresamente no se recoge ni en el articulado ni en la memoria, la nueva regulación se sustenta, igual que en la Ley de 2007, en el principio de "autodeterminación de género" si bien dotando de mayor fuerza a la validez de la decisión personal de registrar el cambio de

sexo, sin necesidad de certificados o testimonios de terceras personas, salvo en los casos de menores de 14 años.

En cuanto al anteproyecto consultado, el principio de autodefinición subyace en varios preceptos de la ley. El concepto de "identidad sexual", recogido en el artículo 3.8, se define como la "vivencia interna e individual del sexo tal y como cada persona la siente y autodefine, pudiendo o no corresponder con el sexo asignado al nacer". La rectificación registral de la mención de sexo deja de condicionarse a la presentación de un certificado médico con diagnóstico de "disforia de género", como aval de la declaración de la persona afectada, alejando la idea de la necesidad de certificación o de testimonio de corroboración de la voluntad individual, salvo en caso de menores de 14 años. Se maximiza así el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad conforme a las propias circunstancias relativas a la identidad sexual, y la exclusión de injerencias ante una decisión que afecta al ámbito de la privacidad, a la vez que tiene consecuencias jurídicas asociadas al significado del registro.

La nueva regulación elimina asimismo el requisito todavía en vigor, de haberse sometido, por un periodo de dos años como mínimo, a "tratamiento médico para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado" (artículo 39.2). La exclusión de este requisito permite posponer en su caso, decisiones de naturaleza médica de consecuencias indudables, o excluirlas, o en todo caso contar con periodos de tiempo para la reflexión sobre la conveniencia o no de tales decisiones que únicamente competen a la privacidad y la decisión de la persona implicada.

Transcurridos seis meses desde la rectificación registral se puede recuperar la mención de sexo que figuraba inicialmente (artículo 42).

El reconocimiento a las personas trans del derecho a poder rectificar el sexo registrado ante la disonancia psicológica que caracteriza estas situaciones, se ha vinculado, como ya hemos hecho referencia, con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la Constitución Española), así como con el derecho a la vida privada y a la intimidad personal (artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y artículo 18 CE), sin que esta vinculación, por las consideraciones ya realizadas en el apartado III anterior, deban llevar a calificar la Ley como ley orgánica, al no tratarse propiamente de un "desarrollo en sentido estricto" de estos derechos fundamentales.

En lo que respecta al Derecho internacional, todavía no hay un reconocimiento expreso del derecho a la autodeterminación de género en los principales tratados de derechos humanos. Sin embargo, como relevante instrumento de soft law cabe mencionar los llamados Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación

internacional de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual e Identidad de Género, que fueron adoptados en 2007 en esta ciudad indonesia por un grupo de expertos en derechos humanos. El principio tercero proclama que:

"La orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de la autodeterminación, la dignidad y la libertad. 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. Ninguna condición, como el matrimonio o la maternidad o paternidad, podrá ser invocada como tal con el fin de impedir el reconocimiento legal de la identidad de género de una persona. Ninguna persona será sometida a presiones para ocultar, suprimir o negar su orientación sexual o identidad de género".

El reconocimiento del derecho a la autodeterminación del sexo ha sido, en buena medida, una conquista de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Bajo su impulso, la identidad sexual se ha perfilado como "uno de los aspectos más íntimos de la vida privada" (sentencia de 12 de junio de 2003, asunto Van Kück c. Alemania), de modo que los poderes públicos están obligados no solo a respetarla -prohibición de injerencia- sino a garantizar su reconocimiento a través de medidas positivas (para una síntesis de la abundante jurisprudencia del tribunal sobre la materia puede verse la reciente sentencia de 19 de enero de 2021, asunto X e Y c. Rumanía).

Si en un primer momento se consideró que los Estados miembros gozaban de amplia discrecionalidad para regular el cambio de sexo (sentencias de 17 de octubre de 1986, asunto Rees c. Reino Unido y 27 de septiembre de 1990, Cossey c. Reino Unido), desde 2002 el tribunal ha vinculado la identidad sexual con la tutela de los derechos humanos y muy especialmente con la identidad personal y el derecho a la vida privada, protegidas al amparo del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (sentencias de 11 de julio de 2002, asuntos Christine Goodwin c. Reino Unido e I. c. Reino Unido). Aun cuando los Estados conservan cierto margen de apreciación para regular la modificación registral de la mención de sexo, los requisitos que impongan no podrán ser desproporcionados (asunto Van Kück c. Alemania, citado; sentencia de 8 de enero de 2009, asunto Schlumpf c. Suiza y sentencia de 10 de marzo de 2015, asunto Y.Y. c. Turquía).

De manera especial, el tribunal ha considerado que no se puede exigir que la persona transexual se someta a una operación de reasignación de sexo (sentencia de 6 de abril de 2017, asuntos A.P., Garçon y Nicot c. Francia, cuya doctrina han confirmado

posteriormente las sentencias de 11 de octubre de 2018, asunto S.V. c. Italia; 17 de enero de 2019, asunto X c. Antigua República yugoslava de Macedonia y 9 de julio de 2020, asunto Y.T. c. Bulgaria).

Los ordenamientos de nuestro entorno han reconocido, de distinta manera, el principio de autodeterminación de género. En la actualidad, el derecho a la libre autodeterminación de género está reconocido en Dinamarca, Irlanda, Islandia, Luxemburgo, Malta y Noruega (cfr. la anteriormente citada sentencia del TEDH en el asunto X e Y c. Rumanía, que también hace referencia a la legislación autonómica en España). En la mayoría de países se exige, sin embargo, acreditar la estabilidad en la situación de transexualidad o la existencia de un diagnóstico de discordancia entre el sexo sentido y el manifestado externamente (el informe del Consejo General del Poder Judicial analiza los casos de Alemania, Bélgica, Italia y Portugal).

En España, la aprobación de la Ley 3/2007 de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, marcó un hito en el reconocimiento de este derecho al suprimir la exigencia de cirugía de reasignación de sexo y condicionar el cambio registral a la existencia de un diagnóstico de disforia de género y un tratamiento médico (que, sin embargo, puede ser omitido en ciertos casos). Junto a esta ley, es obligado hacer referencia a los avances en la legislación autonómica en materia de protección de los derechos LGTBI y autodeterminación de género.

En coherencia con la nueva regulación legal y a la vista de la evolución en la doctrina del TEDH (así como de otros ordenamientos de nuestro entorno), la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo dio un giro para declarar "la prevalencia de los factores psico-sociales en la determinación del sexo" sobre los puramente físicos y reconocer el derecho a "la identidad sexual como expresión de la identidad personal, que es un bien de la personalidad" (sentencia 929/2007, de 17 de septiembre, cuya doctrina fue reiterada en las posteriores sentencias 158/2008, de 28 de febrero; 182/2008, de 6 de marzo; 183/2008, de 6 de marzo; 731/2008, de 18 de julio, o 465/2009, de 22 de junio).

Por su parte, el Tribunal Constitucional se refirió a las personas transexuales en la Sentencia 176/2008, de 22 de diciembre, como aquellas que, "perteneciendo a un sexo por su configuración cromosómica y morfológica, se siente[n] y actúa[n] como miembro del otro sexo". La tantas veces citada Sentencia 99/2019, vinculó el derecho a la autodeterminación del sexo con el libre desarrollo de la personalidad y el derecho fundamental a la intimidad personal (F. J. 4):

"La propia identidad, dentro de la cual se inscriben aspectos como el nombre y el sexo, es una cualidad principal de la persona humana. Establecer la propia identidad no es un acto más de la persona, sino una decisión vital, en el sentido que coloca al sujeto en posición de poder desenvolver su propia personalidad. (...).

[L]a falta de equivalencia entre el sexo atribuido al nacer, que es el que accede originariamente al registro civil, y el que un individuo percibe como suyo es una de esas circunstancias particularmente relevantes que la persona tiene derecho a proteger del conocimiento ajeno. Ello se debe a que esa reserva constituye un medio eficaz de que aparezca como único y verdadero sexo el segundo de ellos -el percibido por el sujeto- y, en consecuencia, no transcienda al conocimiento público su condición de transexual.

Se desprende de todo lo anterior que la norma impugnada también afecta a la intimidad personal ex art. 18.1 CE, a lo que debe añadirse que se trata de una profunda intromisión en ese derecho fundamental ya que se refiere a una circunstancia relativa al círculo más interno de la persona".

De cuanto se ha expuesto resulta que el principio a la autodeterminación del sexo está reconocido en España como una manifestación del derecho fundamental a la intimidad y a la vida privada y vinculado al libre desarrollo de la personalidad. Importa destacar que lo que el anteproyecto aborda no es su desarrollo en sentido estricto, sino las condiciones que permiten su ejercicio en lo que afecta al ámbito concreto de su reflejo registral.

De entre las alternativas consideradas, el prelegislador ha optado por garantizar al solicitante la máxima libertad para modificar la mención registral del sexo, en los términos que se verán en el análisis del articulado (Título II, capítulo I del anteproyecto), sin que corresponda al Consejo de Estado considerar cuestiones de oportunidad ajenas a la legalidad que habrán de ser debatidas en la ulterior tramitación parlamentaria de la norma.

La memoria señala que la regulación proyectada no afecta a otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. En primer lugar, considera que se limita a promover la igualdad real y efectiva de las personas trans y LGTBI y no afecta a las relaciones de igualdad entre hombres y mujeres (sin perjuicio de lo cual invita a tomarla como referencia para futuras modificaciones legales). En segundo lugar, argumenta que la adopción de medidas temporales para acelerar la igualdad efectiva de colectivos discriminados no supone discriminar a otros (en apoyo de este argumento cita la recomendación general n.º 32 del Comité CERD -Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial- o la recomendación n.º 25 del Comité CEDAW -Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer-). En tercer lugar, en

distintos momentos rechaza exigir cualquier requisito probatorio de la situación de transexualidad por considerar que ello supondría adoptar una visión "patologizante", contraria a la nueva Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE) adoptada por la OMS en 2018.

Partiendo de que el principio de autodeterminación de género debe moverse dentro de los límites que impone el respeto a los restantes bienes jurídicos protegidos (entre otras muchas, SSTC 73/1982, 110/1984, 151/1997, 134/99), en el estudio del articulado se valorará el cumplimiento de la necesaria ponderación.

#### C.- Principio de igualdad y discriminación positiva

En su informe, el Consejo General del Poder Judicial ha llamado la atención sobre un aspecto general de la ley que tiene una importancia general, y que procede, por ello, examinar antes de pasar a analizar el articulado. Dice así el informe:

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

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

30.- De este modo, resultando constitucionalmente legítima la finalidad de garantizar y promover el derecho a la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI y de sus familias, resultaría sumamente conveniente, teniendo en cuenta estas consideraciones, reflexionar acerca del cumplimiento de "la triple condición de (i) adecuación de la medida al objetivo propuesto (juicio de idoneidad); (ii) necesidad de la medida para alcanzar su objetivo, sin que sea posible su logro a través de otra más moderada con igual eficacia (juicio de necesidad) y (iii) ponderación de la medida por derivarse de

ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)", (por todas, STC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 5, ECLI:ES:TC:2019:64). Juicio de proporcionalidad que, como más adelante se verá, es especialmente relevante cuando se trata de establecer el régimen jurídico de la modificación de la mención registral relativa al sexo de las personas".

En relación con estas cuestiones, y al tratar, como aquí se hace, el problema desde una perspectiva general que requerirá luego concreción en relación con algunos aspectos concretos de la regulación, procede partir de la jurisprudencia constitucional sobre la posibilidad de introducir diferencias de trato que puedan conducir a supuestos de discriminación positiva. A este respecto, cabe tomar como punto de partida lo que se decía en el dictamen número 393/2021, de 10 de junio, en el que se señalaba lo siguiente en relación con el enfoque de género que adoptaba el entonces anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, que decía lo siguiente:

"Desarrollando esas premisas, el Tribunal Constitucional ha sentado que no serán contrarios al citado artículo 14 los tratos diferenciados a favor de las mujeres con el fin de corregir desigualdades de partida, de eliminar situaciones discriminatorias, de conseguir resultados igualadores y de paliar la discriminación sufrida por el conjunto social de las mujeres (STC 229/1992) mediante un derecho desigual "igualitario" lo que, ante prácticas sociales discriminatorias, constitucionalmente es exigible del Estado social para asegurar la efectividad de la igualdad entre los sexos (STC 128/1987)".

Así, en efecto, la STC 128/1987, de 16 de julio, afirmó que la diferencia de trato puede venir justificada precisamente por la necesidad de garantizar que la igualdad sea real y efectiva; decía así:

"7. No obstante, no puede deducirse sin más de estas apreciaciones que toda desigualdad de trato que beneficie a un grupo o categoría que venga definido (entre otros factores concurrentes) por el sexo resultará vulneradora del artículo constitucional citado. Sin duda, la presencia de ese elemento diferenciador debe llevar a un más cuidadoso análisis de las causas subyacentes en la diferenciación, al tratarse de una característica expresamente excluida como causa de discriminación por la disposición constitucional; pero ello no debe hacer olvidar que, por un lado, y como reiteradamente ha indicado este Tribunal, no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad, sino aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hecho injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados, y por otro, que, como este mismo Tribunal ha sostenido, el tratamiento

diverso de situaciones distintas "puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (art. 1), a cuyo efecto atribuye además a los Poderes Públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva" (STC 34/1981, de 10 de noviembre, fundamento jurídico 3.º; doctrina reiterada, entre otras, en la STC 3/1983, de 25 de enero, fundamento jurídico 3.º). La actuación de los Poderes Públicos para remediar, así, la situación de determinados grupos sociales definidos, entre otras características, por el sexo (y, cabe afirmar, en la inmensa mayoría de las veces, por la condición femenina) y colocados en posiciones de innegable desventaja en el ámbito laboral, por razones que resultan de tradiciones y hábitos profundamente arraigados en la sociedad y difícilmente eliminables, no puede considerarse vulneradora del principio de igualdad, aun cuando establezca para ellos un trato más favorable, pues se trata de dar tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas".

Resulta de lo anterior, pues, que cuando una norma establece un trato diferenciado a favor de un colectivo -como puede ocurrir en un caso de discriminación positiva-, la medida puede estar justificada en cuanto dicha diferencia de trato persiga precisamente el fin legítimo de evitar situaciones discriminatorias preexistentes. Por ello, en estos casos, el examen requiere hacer un juicio de proporcionalidad, conforme a lo que ya señalaba la STC 222/1992, a saber:

"6. Una doctrina constante de este Tribunal -tan reiterada que su cita es ya ociosa- viene estableciendo que los condicionamientos y límites que, en virtud del principio de igualdad, pesan sobre el legislador se cifran en una triple exigencia, pues las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse, además, en términos no inconsistentes con tal finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas".

Las anteriores consideraciones permiten, pues, recapitular acerca de las condiciones que deben cumplirse para que una diferencia de trato esté justificada y sea conforme con el principio de igualdad:

- En primer lugar, es preciso que la diferencia de trato responda a un "fin discernible y legítimo", que en este caso se vincula con la exigencia de garantizar la igualdad real de aquellas personas pertenecientes a los colectivos LGTBI.

- Segundo, es necesario, además, que las medidas sean coherentes con dicho fin, esto es, que se justifiquen precisamente por el logro de dicha igualdad.

- Y, tercero, la medida debe ser proporcionada al referido fin (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

A partir del análisis de estas circunstancias deberán analizarse los distintos supuestos en los cuales el anteproyecto recoge diferencias de trato que pudieran ser calificadas como discriminaciones positivas.

En todo caso, y por su carácter general, procede analizar el artículo 3.5, que define el término "medidas de acción positiva". Lo hace así: "diferencias de trato orientadas a prevenir, eliminar y, en su caso, compensar cualquier forma de discriminación en su dimensión colectiva o social. Tales medidas serán aplicables mientras subsistan las situaciones de discriminación que las justifican y habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con los medios para su desarrollo y los objetivos que persigan". Como resulta, pues, de su tenor, dicha definición se adecua a los tres requisitos o criterios expuestos. Sin perjuicio de ello, el análisis en cada caso se hará al examinar el articulado.

#### D. Técnica normativa: Sobre el enfoque transversal del anteproyecto

El anteproyecto sometido a consulta parte, como expone la memoria del análisis de impacto normativo, de un enfoque integral, incluyendo medidas destinadas a prevenir y eliminar la discriminación en todos los ámbitos de la vida social, y estableciendo "un sistema mínimo de protección frente a la discriminación por razón de orientación e identidad sexual" en todo el territorio del Estado. Para ello incluye normas de distinto alcance, que van desde el establecimiento de los criterios y líneas de actuación de los poderes públicos en distintos ámbitos, hasta el reconocimiento de derechos y la regulación de mecanismos de protección.

En la memoria del análisis de impacto normativo, al explicar las alternativas que se han considerado, se justifica la opción que se ha asumido al articular la reforma en una única norma; dice así el apartado 1.3 de dicho documento:

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

De esta forma, se evita la posible dispersión normativa que provocaría la regulación de esta materia en un amplio número de normas. Además, se visibiliza en mayor medida y se da relevancia al sujeto político históricamente discriminado, el colectivo LGTBI. En definitiva, se respetan en mayor medida los principios de buena regulación contemplados en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Ello sin perjuicio de la necesidad de modificar las leyes sectoriales que sean precisas para adecuar nuestro ordenamiento jurídico a lo dispuesto en esta ley de ley. Estas modificaciones se abordan en las disposiciones finales de la norma".

Este criterio asumido por la Ley suscita algunas observaciones al Consejo de Estado.

Con carácter general, se comparte el criterio, que resulta en última instancia del principio de seguridad jurídica, y que como establece el artículo 129.4 de la Ley 39/2015, exige que la iniciativa normativa se ejerza de forma que genere "un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión". Es claro, desde esta perspectiva, que la integración en una única norma de todas las disposiciones reguladoras de una materia resulta una condición deseable para lograr dicho marco normativo.

El problema se plantea, sin embargo, cuando la regulación procede de una Ley transversal, como es la que ahora se somete a consulta, que afecta a diversos ámbitos o sectores del ordenamiento jurídico. En estos casos, la opción que se presenta al legislador consiste en elegir entre incluir en la norma transversal todos los aspectos de la regulación, por más que afecten a cada uno de los ámbitos materiales (como es el caso de la sanidad, la educación o el mercado laboral, entre otros muchos), o, por el contrario, en incluir en cada una de las normas sectoriales las modificaciones pertinentes, con el fin de facilitar el conocimiento y comprensión de la Ley por aquellos profesionales o ciudadanos que, sin tener formación jurídica específica, desarrollan su actuación en un ámbito sectorial concreto (como la educación o la sanidad) y que, en muchas ocasiones, solo acceden a la norma sectorial correspondiente.

Cada una de las dos opciones que la alternativa presenta tiene ventajas e inconvenientes. A favor de la opción adoptada, esgrime la memoria, además del argumento de que evita la dispersión normativa, que "visibiliza en mayor medida y se da más relevancia al sujeto político", esto es, el colectivo LGTBI. A juicio del Consejo de Estado, es dudoso que la incorporación de todas las disposiciones en una única norma sea una forma de dar mayor visibilidad y relevancia a dicho colectivo, pues el mismo efecto se produce, se diría, cuando la articulación de la reforma no se limita a llevar a la aprobación de

una única disposición, sino que cala, por así decirlo, en el conjunto del ordenamiento jurídico, mediante la modificación de múltiples disposiciones normativas que se articula, eso sí, a través de un único instrumento normativo.

En todo caso, el criterio principal en este punto, aquel que puede ser aducido por los defensores de una y otra opción, consiste en evitar la dispersión normativa y, cuando no sea posible, en limitar los efectos no deseados de dicha dispersión, facilitando el "conocimiento y comprensión" de las leyes y del Derecho aplicable por sus destinatarios. Se plantea, por ello, en qué caso la dispersión normativa produce efectos más adversos para la seguridad jurídica: cuando se opta por incluir toda la regulación en la norma transversal (el anteproyecto consultado) o cuando se lleva a cabo la incorporación de las correspondientes reglas en cada una de las normas sectoriales afectadas por la necesidad de proteger y evitar la discriminación de aquel colectivo.

A juicio del Consejo de Estado, procede diferenciar dos tipos de reglas.

En un primer grupo, cabe incluir aquellas normas que son susceptibles de afectar directamente a los ciudadanos o profesionales que desarrollan su actividad en ámbitos sectoriales concretos, generando derechos u obligaciones que deben conocer y cumplir. En este caso, estima el Consejo de Estado que la solución más respetuosa con el principio de seguridad jurídica consiste en integrar dichas reglas en la regulación sectorial correspondiente. De esta manera se garantiza que los colectivos de dichos sectores -piénsese, por ejemplo, en los profesionales de la salud o de la educación que no sean juristas- tengan un conocimiento directo y fácil del ordenamiento que le es aplicable, dado que en la práctica los profesionales y los ciudadanos que actúan en determinados ámbitos tienen un conocimiento jurídico más intenso de dicha normativa sectorial y más difuso de aquella otra normativa no directamente relacionada con dicha actividad. Es cierto que estos colectivos, sobre todo cuando son operadores jurídicos, deben también conocer todas aquellas otras disposiciones que les afectan, como ocurre con las numerosas leyes transversales; pero no lo es menos que de la forma expuesta se facilita el "conocimiento y comprensión" de dichas normas, en los términos previstos en el artículo 129.4 de la Ley 39/2015. Por ello, en relación con estas normas que afectan a ámbitos sectoriales y que son susceptibles de generar derechos y obligaciones para los agentes de dichos sectores, resulta más respetuoso con el principio de seguridad jurídica su inclusión en la regulación sectorial correspondiente. Todo ello, por supuesto, sin perjuicio de las referencias cruzadas que a dicha regulación pueda recogerse en el anteproyecto, que pueden tener la virtualidad de facilitar la comprensión del marco jurídico aplicable.

Distinto es el caso, sin embargo, de aquellas normas -numerosas en el anteproyecto- que recogen reglas dirigidas a establecer las "líneas de actuación" de los poderes públicos o que ordenan las Administraciones públicas la adopción de ciertas medidas en ámbitos sectoriales concretos. En estos casos, los destinatarios principales de las medidas son las propias Administraciones públicas, y solo indirectamente, a través de la implementación de tales medidas por los poderes públicos, los ciudadanos. En estos casos, se estima que puede estar justificado que sea el anteproyecto sometido a consulta el que recoja dichas reglas, sin perjuicio de nuevo de la conveniencia de que se opere una modificación en la regulación sectorial que se remita al anteproyecto, siempre en aras de facilitar la comprensión del régimen aplicable en cada caso.

Por lo demás, no cabe ignorar que, en buena medida, el anteproyecto sigue en términos generales estos criterios, cuando en su parte final introduce múltiples modificaciones normativas en normas de rango de ley. No obstante, a la vista de lo anterior se harán algunas observaciones al analizar el articulado.

#### E. Técnica normativa: sobre la articulación del anteproyecto

Tal y como se ha indicado, inicialmente se llevó a cabo la tramitación de dos anteproyectos de Ley, uno relativo a las personas LGTBI y otro específico para las personas trans. Sin embargo, posteriormente se decidió incluir ambos textos en un único anteproyecto que es el que se ha remitido para consulta.

A este respecto, la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa ha puesto de manifiesto que esta opción ha tenido algún reflejo en la estructura de la norma que convendría corregir. En efecto, junto a las reglas generales aplicables a todas las personas LGTBI -incluidas las trans- en el título I, el título II incorpora algunas reglas específicas aplicables solo a las personas trans. Es el caso de las reglas relativas a la rectificación registral de la mención relativa al sexo (capítulo I), que son específicas para dicho colectivo; pero, junto a ellas, el capítulo II se refiere a aspectos relativos a las políticas públicas dirigidas a promover la igualdad real de las personas trans, que se solapan, en buena medida, con las reglas recogidas con un fin análogo para todas las personas LGTBI en el título I.

Por ello, sería adecuado, en línea con la observación realizada por dicho órgano, reconsiderar la estructura con el fin de simplificarla, de manera que se incluyan en el capítulo II del título II en relación con las personas trans solo aquellas normas relativas a las políticas públicas que son diferentes o específicas de este colectivo, debiendo estarse, en cuanto al resto, a lo dispuesto en el título I que, como se ha indicado, se refiere a todas las personas LGTBI, incluidas las personas trans.

## VI.- OBSERVACIONES PARTICULARES AL ANTEPROYECTO

### Título del anteproyecto

El título del anteproyecto no se corresponde ni con su estructura ni con su lógica interna. Lo adecuado sería invertir los términos, de modo que en el título se hiciera referencia en primer lugar a las "personas LGTBI" y luego a las "personas trans".

### Exposición de motivos

Tanto en la exposición de motivos del anteproyecto (apartado I) como en la memoria, cada vez que se cite una estadística es preciso indicar, además de la fuente, el conjunto de la población que se toma como referencia para calcular los porcentajes que se señalan en cada caso. En esta línea resulta particularmente útil el informe emitido por el Consejo Económico y Social.

Por otro lado, la referencia que se hace a la Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, de modificación del Código Penal, es imprecisa. Ciertamente, la agravante de racismo y xenofobia, al igual que los delitos de provocación al odio y de conductas discriminatorias en la denegación de servicios, se introdujeron por primera vez por la citada Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, en aplicación del Convenio internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 21 de diciembre de 1965, pero fue con la aprobación del Código Penal por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, cuando se amplió a la discriminación por la "orientación sexual de víctima".

El apartado III de la exposición de motivos se refiere a los principios de buena regulación recogidos en el artículo 129 de la Ley 39/2015. A juicio del Consejo de Estado, sin embargo, el tratamiento que se hace de este tema es excesivamente formal, y requiere un desarrollo mayor, habida cuenta de la importante afectación a dichos principios que resulta de la regulación proyectada.

### Título preliminar

#### Artículo 3.1. Concepto de "discriminación directa"

Este artículo recoge la definición de distintos términos. Entre ellos, se incluye el de "discriminación directa" en los siguientes términos:

"1. Discriminación directa: situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su orientación sexual, identidad sexual, expresión de género o características sexuales, de manera menos favorable que otra en situación comparable".

De conformidad con esta definición, pues, se produce una discriminación directa cuando una persona "pudiera ser tratada" de

manera menos favorable, aunque no lo haya sido y finalmente no lo sea. La estructura de la definición es la misma que la recogida en el artículo 6.1 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que tiene el siguiente tenor:

"Artículo 6. Discriminación directa e indirecta.

1. Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable".

A su vez, este tenor trae causa de lo previsto en el artículo 2 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).

Por consiguiente, el Consejo de Estado no formula observación a esta definición. No obstante, como se hará a lo largo del dictamen, procede analizar cuidadosamente si los efectos jurídicos concretos y sancionadores que se vinculan a la "discriminación directa" en el resto del articulado deben limitarse en algunos supuestos a aquellos casos en los que exista una discriminación actual, y no meramente una situación en la que "pudiera producirse" (como es el caso, por ejemplo, de las normas sancionadoras). Sobre esta cuestión, se harán luego algunas observaciones, a las que procede remitirse ahora.

**Artículo 3.9. Concepto de "expresión de género"**

En esta definición, sobra la palabra "de" al final de la frase.

**Artículo 3.10. Concepto de "persona trans"**

Uno de los conceptos centrales en la Ley es el de "persona trans". En el párrafo 6 de su exposición de motivos, la Ley proyectada lo identifica con el de personas transexuales. Más adelante, en su artículo 3, apartado 10, la Ley define a la persona trans en estos términos:

"10. Persona trans: persona cuya identidad sexual no se corresponde con el sexo asignado al nacer".

Y en el apartado 8 de ese mismo artículo 3, se define la identidad sexual como la "vivencia interna e individual del sexo tal y como cada persona la siente y autodefine, pudiendo o no corresponder con el sexo asignado al nacer".

El uso del término "persona trans" se ha generalizado en el ámbito internacional, entre las instituciones y los organismos de defensa de los derechos humanos, para designar y abarcar las diversas

manifestaciones de la identidad sexual o de género. El término trans englobaría la multiplicidad de definiciones utilizadas en relación con las personas transexuales o transgénero, como lo pone de relieve el Experto Independiente del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre protección contra la violencia y discriminación por orientación sexual o identidad de género (Naciones Unidas, A/76/152, párrafo 5, pg.4)-. En la misma línea, las instituciones europeas, tal y como se refleja en el Informe de la Red Europea de Expertos Legales en Igualdad de Género y No Discriminación, de la Comisión Europea, que utiliza el mismo término y que, en su definición, describe la variedad de realidades que engloba.

También en el ámbito nacional, las leyes autonómicas recogen el término "trans", así la Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid, en su artículo 2, párrafo 2 define "trans", como "toda aquella persona que se identifica con un género diferente o que expresa su identidad de género de manera diferente al género que le asignaron al nacer. A los efectos de esta Ley y sin prejuzgar otras acepciones sociales el término trans ampara múltiples formas de expresión de la identidad de género o subcategorías como transexuales, transgénero, travestis, variantes de género, queer o personas de género diferenciado, así como a quienes definen su género como "otro" o describen su identidad en sus propias palabras". Igualmente, la Ley 4/2018 de 19 de abril, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su artículo 1, define trans como "toda aquella persona que se identifica con un género diferente o que expresa su identidad de género de manera diferente al género que le asignaron al nacer".

La definición de "persona trans" recogida en la Ley proyectada responde al principio de autodefinición, que inspira la regulación propuesta.

Se opta por un modelo de reconocimiento legal de la identidad de género, que se articula en torno a un procedimiento para la rectificación registral de la mención relativa al sexo, que no está condicionada, tal y como se establece expresamente en el apartado 3 del artículo 39, "a la previa exhibición de informe médico o psicológico relativo a la disconformidad con el sexo mencionado en la inscripción de nacimiento, ni a la previa modificación de la apariencia o función corporal de la persona a través de procedimientos médicos, quirúrgicos o de otra índole".

Esta definición amplia de la persona trans y del modelo de reconocimiento legal de la identidad sexual, se pueden conectar con la despatologización de la situación de las personas trans. En el documento CIE-11 de la Organización Mundial de la Salud, se excluyó

la transexualidad de las enfermedades mentales, para contemplar la discordancia de género dentro del grupo de condiciones relacionadas con la salud sexual.

Algunas de las alegaciones a la Ley proyectada se han referido a que la CIE-11 caracteriza la "discordancia de género como una marcada y persistente discordancia entre el género experimentado de la persona y el sexo asignado" y a que añade que "las variaciones en el comportamiento de género y las preferencias no constituyen por sí solas, la base para asignar los diagnósticos en este grupo". Así, por ejemplo, la Comunidad Autónoma de Illes Balears, ha recordado que en la definición del CIE-11, "el comportamiento y las preferencias de género por sí solas no son una base para asignar el diagnóstico". Otras comunidades autónomas, como Galicia, han criticado la equiparación entre "personas transexuales" y "personas trans". También el Informe del Ministerio de Ciencia e Innovación, destaca que, a su juicio, "las personas transexuales requieren ese apoyo de los servicios de salud, mientras que las personas consideradas trans o no binarias no lo necesitan".

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la nueva categoría de la CIE-11 está orientada exclusivamente a facilitar el acceso de las personas tras a los tratamientos médicos o quirúrgicos, si así lo demandan, pero no debe servir para establecer una diferenciación entre personas trans en relación con su acceso al reconocimiento legal de su identidad sexual o de género.

No obstante, junto a este concepto amplio de "persona trans", es lo cierto que existe también un concepto más restringido, vinculado normalmente a la expresión "persona transexual", que no se extiende a la identidad entendida, en palabras del artículo 3.10, como "vivencia interna e individual del sexo tal y como cada persona la siente y autodefine, pudiendo o no corresponder con el sexo asignado al nacer", sino que tiene el alcance que le da el CIE-11 de la OMS, como "una marcada y persistente discordancia entre el género experimentado de la persona y el sexo asignado", respecto de la cual, dice el mismo documento, "las variaciones en el comportamiento de género y las preferencias no constituyen por sí solas la base para asignar los diagnósticos en este grupo"<sup>1</sup>. Se considera, en relación con este aspecto, que sería adecuado incluir también este concepto más restringido ("persona transexual"), junto al más amplio de "persona trans"; ello se justifica por cuanto las necesidades de protección en relación con aquel colectivo ("persona transexual" con diagnóstico de discordancia de género) pueden ser más intensas que en aquellos casos en los que la inclusión dentro del concepto "persona trans" se vincula a la autodefinición que hace la persona de su identidad sexual distinta, sin requerir el correspondiente diagnóstico.

### Artículo 3. Concepto de Familia LGTBI

Este artículo define en su apartado 11 el concepto de Familia LGTBI en los siguientes términos:

"11. Familia LGTBI: aquella en la que uno o más de sus integrantes son personas LGTBI, englobándose dentro de ellas las familias homoparentales, es decir, las compuestas por personas lesbianas, gais o bisexuales con descendientes menores de edad que se encuentran de forma estable bajo guardia, tutela o patria potestad, o con descendientes mayores de edad con discapacidad a cargo".

Aunque se diría que con ello se quiere dar un estatus particular a estas familias, en línea con los fines de eliminación de las discriminaciones que persigue el anteproyecto, es lo cierto que la expresión solo se utiliza para atribuir un efecto jurídico concreto a dicha definición en el artículo 31, que dice así:

"Artículo 31. Personas menores de edad en familias LGTBI.

1. Se fomentará el respeto y la protección, así como la no discriminación, de las personas menores de edad que vivan en el seno de una familia LGTBI, en defensa del interés superior del menor, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.2.d) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

Por ello, se sugiere que en la definición se explice que la consagración del concepto responde a esa concreta finalidad de protección y eliminación de toda discriminación, y se cite en particular el artículo 31.

### Título I. Actuación de los poderes públicos

#### Artículo 11. Contratación administrativa

Este artículo contempla un mandato a las Administraciones públicas en los siguientes términos:

"Artículo 11. Contratación administrativa.

Las Administraciones Pùblicas, en el ámbito de sus competencias y de acuerdo con la legislación en materia de contratación pública, incorporarán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares condiciones especiales de ejecución o criterios de adjudicación dirigidos a la promoción de la igualdad de trato y no discriminación por razón de orientación sexual, identidad sexual, expresión de género y características sexuales, siempre que exista vinculación con el objeto del contrato".

En relación con este artículo, respecto del cual se han hecho algunas observaciones por distintos órganos, se plantean algunas cuestiones.

En primer lugar, como señala el referido órgano, la regla contenida en este artículo debe introducirse en la normativa sectorial correspondiente (la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público), en línea con la observación antes hecha en el apartado V.D de este dictamen.

En segundo lugar, suscita dudas la expresión que contempla la Ley, que hace de la incorporación de este tipo de cláusulas un mandato, lo cual podría interpretarse en el sentido de que, en caso de que no se incorporen tales condiciones, el contrato podría ser anulable, lo que es susceptible de generar una indeseada litigiosidad. La redacción actual, que recoge dicha incorporación como un mandato, vino a sustituir a otra expresión anterior que recogía la misma regla, pero en términos puramente potestativos ("podrán incorporar", decía), y que fue objetada por algún órgano, que propuso elevar la fuerza normativa de la regla. A juicio del Consejo de Estado, podría establecerse una redacción, que, sin llegar a contemplar un auténtico mandato, con los problemas ya señalados, diera más fuerza normativa a dicha posibilidad, utilizando para ello expresiones como "procurarán incorporar" u otra semejante.

Por otra parte, también se ha suscitado alguna consideración acerca la circunstancia de que la aplicación de esta medida pueda tener efectos de discriminación positiva, habiendo formulado al respecto alguna consideración crítica el Consejo General del Poder Judicial. Considera el Consejo de Estado que, en la medida en que la introducción de "condiciones especiales de ejecución o criterios de adjudicación" se dirigen directamente a la promoción de la igualdad de trato y no discriminación, y se exige la vinculación con el objeto del contrato, la regulación legal cumple las condiciones de proporcionalidad ya señaladas en el apartado V.C, todo ello sin perjuicio de que la aplicación práctica deba respetar, igualmente y como no puede ser de otra manera, dicho principio. Por ello, no se objeta por la indicada razón el tenor del precepto.

#### Sección 4.<sup>a</sup> del capítulo II del título I (artículos 16 a 19)

En relación con algunos de los artículos recogidos en esta sección, se ha señalado la conveniencia de operar los correspondientes cambios en la legislación sectorial. En particular, se ha afirmado que puede existir un posible solapamiento entre lo dispuesto en los artículos 16 a 19 del anteproyecto y lo previsto en el artículo 18 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que contempla las actuaciones que deberán desarrollar las Administraciones públicas a través de sus sistemas de salud.

A este respecto, de conformidad con los criterios más arriba expuestos (apartado V.D), el Consejo de Estado estima que el contenido de dichos artículos tiene su sede adecuada en el anteproyecto, si bien podría ser conveniente incluir en el citado artículo de la Ley 14/1986 una remisión a la ley cuyo anteproyecto ahora se consulta. En efecto, las reglas recogidas en los artículos 16 y 18 se refieren fundamentalmente a principios de actuación que han de seguir las Administraciones públicas, que son sus destinatarios directos -sin perjuicio, evidentemente, de la afectación más allá de dicho ámbito-; por ello, conforme a los criterios ya expuestos es adecuado que sea el anteproyecto el que incorpore dicha regulación. Por otra parte, las reglas de los artículos 17 (prohibición de las terapias de conversión) y 19 (atención sanitaria integral a personas intersexuales), si bien son susceptibles afectar a la esfera de obligaciones de los profesionales de la salud, tienen como destinatarios directos e inmediatos, y suponen un nivel más intenso de afectación, a las personas LGTBI, por lo que su sede natural debe estar en el anteproyecto consultado. Todo ello, se insiste, sin perjuicio de la conveniencia de incluir en la ley sectorial -la citada Ley General de Sanidad- una referencia a este régimen. Y sin perjuicio también de las observaciones que seguidamente se harán a algunos artículos de la sección.

#### Artículo 17. Prohibición de terapias de conversión

Este artículo dispone:

"Artículo 17. Prohibición de terapias de conversión.

Se prohíbe la práctica de métodos, programas y terapias de aversión, conversión o contracondicionamiento, en cualquier forma, destinados a modificar la orientación o identidad sexual o la expresión de género de las personas, incluso si cuentan con el consentimiento de la persona interesada o de su representante legal".

Este precepto ha sido objetado en su redacción tanto por el CGPJ como luego por el Ministerio de Justicia.

Las observaciones realizadas por el Consejo General del Poder Judicial manifestaban su discrepancia con la irrelevancia que se da al consentimiento de la persona en el caso de mayores de edad, habida cuenta, además, de que la conducta prevista en el precepto se califica como infracción muy grave. Dice, al respecto, lo siguiente:

"51.- De manera categórica hemos de afirmar que la privación de los efectos del consentimiento que recoge el anteproyecto resulta sumamente cuestionable por cuanto constituye una injustificada restricción de la capacidad de obrar de las personas y ello aun cuando cabría plantearse la legitimidad de la irrelevancia del consentimiento de las personas menores de edad. Por ello, encontrándonos ante la

prestación de un consentimiento libre de una persona mayor de edad, como manifestación del libre arbitrio de la persona -"manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente", en palabras del Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española-, no puede reputarse como legítima la previsión de privación de los efectos del consentimiento".

También pone de manifiesto el citado informe la falta de claridad del precepto, que menciona términos (como el "contracondicionamiento") que no son de fácil interpretación.

Estima el Consejo de Estado que la expresión que se utiliza ("práctica de métodos, programas y terapias de aversión, conversión o contracondicionamiento, en cualquier forma, destinados a modificar la orientación o identidad sexual o la expresión de género") es excesivamente vaga, y debe ser objeto de un mayor acotamiento, para evitar que a su amparo puedan perseguirse conductas que carezcan de relevancia a efectos punitivos o sancionadores, y que, sin embargo, en una expresión excesivamente genérica como la empleada pudieran incluirse dentro de su ámbito.

En segundo lugar, en el caso de los adultos debe darse relevancia a su consentimiento, evitando la prohibición en estos casos y la consideración de la correspondiente falta en el artículo 77, pues, como señala el CGPJ, y reitera luego el Ministerio de Justicia, "resulta sumamente cuestionable por cuanto constituye una injustificada restricción de la capacidad de obrar de las personas".

También el Parlamento Europeo ha dado la bienvenida a las iniciativas que prohíben estas terapias, que contribuyen a la patologización de las identidades trans. (P8\_TA(2018) 0056, European Parliament Resolution of 1 March 2018 on the situation of fundamental rights in the EU in 2016 (2017/2125(INI), párrafo 65.

#### Artículo 19. Atención sanitaria integral a personas intersexuales

El apartado 2 de este artículo establece lo siguiente:

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

3. Las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, impulsarán protocolos de actuación en materia de intersexualidad que garanticen, en la medida de lo posible, la participación de las personas menores de edad en el proceso de adopción de decisiones, así como la prestación de asesoramiento y

apoyo, incluido el psicológico, a personas menores de edad intersexuales y sus familias.

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

Con este precepto la Ley proyectada pone fin a una situación de desprotección de los menores intersexuales en España. En algunas comunidades autónomas se prohíben las prácticas de modificación genital en bebés recién nacidos, en un momento en el que se desconoce cuál es la identidad real de la persona intersexual recién nacida. Así se recoge por ejemplo en el artículo 15 de la Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid. Es también el tenor del artículo 15 de la Ley 47/2018, de 19 de abril, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad Autónoma de Aragón: "El sistema sanitario público de Aragón velará por la erradicación de las prácticas de modificación genital en bebés recién nacidos, atendiendo únicamente a criterios quirúrgicos y en un momento en el que se desconoce cuál es la identidad real de la persona intersexual recién nacida. Todo ello, con la salvedad de los criterios médicos basados en la protección de la salud de la persona recién nacida".

Estas prácticas no están prohibidas, sin embargo, en todas las comunidades autónomas, y en todo caso la protección que se brinda está circunscrita a los bebés recién nacidos. Existe la necesidad de poner fin a esta situación, en línea con lo que se requiere desde organismos internacionales de protección contra los derechos humanos. Así, el Comité para los Derechos del Niño ha expresado su preocupación por las intervenciones quirúrgicas y otros procedimientos médicos innecesarios a los que se pueden ver sometidos los niños intersexuales antes de que puedan dar su consentimiento informado (CRC/C/NPL/CO/3-5, párrafo 41). También el Comité contra la Tortura ha manifestado su preocupación en reiteradas ocasiones sobre el sometimiento de los niños intersexuales a operaciones innecesarias y a veces irreversibles, sin su consentimiento informado: véase por ejemplo: CAT/C/FRA/CO/7, de 4 de mayo de 2016; CAT/CE/DNK/CO/6-7, 30 de noviembre de 2015. Y el Relator Especial contra la Tortura, Sr. ...., en un informe de 2013 consideró que las cirugías "normalizadoras" efectuadas sin el consentimiento informado del menor podían considerarse trato inhumano y degradante (A/HRC/22/53, párrafo 77, página. 18). El Experto Independiente sobre Violencia y Discriminación por Orientación Sexual e Identidad de Género, también ha establecido

que considera que las cirugías correctoras son una forma de violencia de género y que pueden ser consideradas como tortura o tratamiento cruel, humano y degradante (A/HRC/50/27, párrafo 26). La Relatora Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, también ha declarado que "Aunque durante la infancia (y más tarde en la edad adulta) las personas intersexuales pueden tener múltiples problemas, el más acuciante es la práctica actual de la mutilación genital intersexual, que constituye una notable violación de los derechos humanos y que debe cesar" (A/HRC/50/28, párrafo 59).

Se puede decir que la Ley proyectada se ajusta a las recomendaciones de los organismos internacionales de protección de los derechos fundamentales.

En Europa, algunos países también han promulgado leyes en este sentido. Malta fue el primer país europeo que promulgó una ley prohibiendo cualquier tratamiento o cirugía en menores intersexuales sin su consentimiento y estableciendo expresamente que las "consideraciones sociales" no podían justificar estos tratamientos. El artículo 5 de la ley portuguesa establece que "salvo en situaciones de comprobado riesgo para su salud, los tratamientos y las intervenciones quirúrgicas, farmacológicas o de otra naturaleza que impliquen modificaciones corporales o de las características sexuales de personas menores intersexuales, no deben ser realizados hasta el momento en que se manifieste su identidad de género". En 2020 y 2021, respectivamente, Islandia y Alemania han aprobado leyes también en esta línea. En Alemania se prohíben las cirugías innecesarias y se requiere autorización judicial para poder llevar a cabo las que se consideren necesarias. En Islandia también se prohíben las cirugías innecesarias e irreversibles sin el consentimiento del menor.

La Ley proyectada garantiza la protección no solo de los recién nacidos, sino de los menores hasta los 12 años de edad. A partir de ese momento, solo se permitirán previo consentimiento informado del menor, cuando haya alcanzado la madurez necesaria. La norma está en línea con lo requerido por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa que en la resolución 1291/2017, "Promoting the human rights of and eliminating discrimination against intersex people", establece que se deben prohibir las cirugías normalizadoras, la esterilización y cualquier otro tratamiento practicado en niños intersexuales, sin su consentimiento informado y que se debe garantizar que, excepto en los casos en que la vida del niño está en peligro, cualquier tratamiento que persiga alterar las características sexuales del niño, incluyendo sus gónadas, genitales u órganos sexuales internos, se difiera hasta el momento en que el niño sea capaz de participar en la decisión, basado en el derecho a la autodeterminación y en el principio del consentimiento informado.

Aunque hay posiciones desde las que se sostiene que se debe arbitrar una prohibición de la cirugía en menores sin matices, lo cierto es que las normas aprobadas en Europa, optan por la prohibición salvo en los casos de consentimiento informado del menor. Se puede decir que la Ley proyectada, opta por el modelo de la prohibición definida de manera más amplia en el caso de los menores de 12 años y por una remisión al consentimiento informado del menor suficientemente maduro, a partir de los 12 años.

No obstante, estima el Consejo de Estado que, en el caso de los menores entre 12 y 18 años, debe tenerse presente el principio de precaución. Por ello, cualquier tratamiento que pueda tener carácter irreversible, debiera contar, además de con el consentimiento en los términos ahora previstos, con un informe médico, de forma análoga a lo que se exige para los menores de 12 años. De esta manera, se depararía la adecuada protección a los menores, combinando adecuadamente el principio de autodeterminación de género con las exigencias que resultan del principio de precaución, particularmente intensas en el caso de los tratamientos a los menores que puedan tener carácter irreversible.

#### Sección 5.<sup>a</sup> del capítulo II del título I (artículos 20 a 24)

En relación con estos artículos se han suscitado dudas análogas a las antes vistas en relación con la Sección 4.<sup>a</sup>. El criterio, en este caso, debe ser el mismo expuesto entonces. En efecto, es adecuado que sea el anteproyecto consultado el que recoja estas reglas, dado que en estos artículos lo que se contempla son básicamente mandatos y criterios de actuación de las Administraciones públicas. Todo ello, de nuevo, sin perjuicio de que se pudiera recoger en la legislación sectorial la correspondiente remisión a este régimen, para facilitar la comprensión del marco jurídico aplicable. Por otra parte, en el artículo 20 que inicia la sección, sería conveniente la cita, junto a la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, la referencia al artículo 27 de la Constitución Española.

#### Artículo 26. Deporte, actividad física y educación deportiva

Este artículo contempla diversas medidas en el ámbito deportivo dirigidas a garantizar el pleno respeto al principio de igualdad de trato y no discriminación por orientación sexual, identidad sexual, expresión de género y características sexuales.

Una de cuestiones que más se ha debatido en el trámite de audiencia e información pública y en los informes emitidos es el relativo al juego del principio de igualdad en relación, en particular, con la participación de las mujeres transexuales en el ámbito deportivo de la categoría femenina, pues se ha señalado que podría generar desigualdad con las mujeres que no tienen tal condición. Debe tenerse en cuenta, en este sentido, que conforme a la definición

de "persona trans" que hace el anteproyecto, tal condición resulta de la autodeterminación que hace la propia persona, sin necesidad de diagnóstico ni de situación de estabilidad.

En este sentido se ha manifestado en su informe el CGPJ, haciendo referencia a los efectos discriminatorios que pueden producirse, que se pueden ver agravados a partir de los efectos de las resoluciones de modificación de la mención registral relativa al sexo. También algunas de las entidades que han participado en el trámite de información pública, han planteado críticas en análogo sentido, [como el Comité Reivindicativo y Cultural de Lesbianas (CRECUL) o la Asociación para Mujeres en el Deporte Profesional (AMDP)]. Otras entidades, por el contrario, han sugerido ir más allá del anteproyecto, manifestando la necesidad de incluir una previsión que garantice la participación de las personas en las pruebas deportivas, profesionales o no "atendiendo a su identidad sexual manifestada" (Comunidad Autónoma de Andalucía).

Ciertamente, el anteproyecto consultado no es el lugar idóneo para regular de una forma acabada dicha cuestión que, por lo demás, cuenta con normas particulares procedentes muchas veces de instancias no nacionales (como el COI o las federaciones internacionales).

Así, en efecto, cabe citar, en particular, al documento "Consenso sobre Reasignación de Sexo" del COI de 2015 ("IOC Consensus Meeting on Sex Reassignment and Hyperandrogenism"), que recoge determinadas recomendaciones sobre la participación de las mujeres transexuales, haciendo referencia, entre otros criterios, al nivel de testosterona. También el "Reglamento sobre la Elegibilidad para la Clasificación Femenina de Atletas con Diferencias de Desarrollo Sexual" de 2018 ("Eligibility Regulations for the Female Classification -Athletes with Differences of Sex Development"), de la Asociación Internacional de Federaciones de Atletismo, recoge reglas al respecto, que responden en buena medida a una situación previa en la que había tenido que pronunciarse el Tribunal Arbitral del Deporte [por ejemplo, As. 2014/A/3759, "Dutee Chand v. Athletics Federation of India (AFI) & The International Association of Athletics Federations (IAAF)"].

De lo anterior cabe sacar dos conclusiones. Primero, que los organismos internacionales parten de que la participación de las mujeres transgénero en la práctica deportiva femenina es susceptible en determinados casos de producir efectos negativos sobre la igualdad, al generar una ventaja competitiva muy significativa, con evidencias científicas. Y segundo, que estos organismos internacionales, no siempre públicos, han establecido normas y reglas para la práctica deportiva que tratan de corregir estos problemas y a

las que aquellos deportistas españoles que quieran participar deberán sujetarse.

Puesto en relación lo anterior con el artículo que se analiza, cabe señalar en primer lugar que el anteproyecto de Ley consultado no es el lugar idóneo para un tratamiento completo del tema. Sin embargo, tampoco resulta adecuado un silencio sobre la cuestión en este artículo específicamente referido a la eliminación de la discriminación en la práctica deportiva, que pueda generar dudas interpretativas y una litigiosidad susceptible, además, de producir efectos contrarios a los que resultan de las reglas internacionales o supranacionales que rigen la práctica deportiva. Por ello, el Consejo de Estado estima que resulta necesario que el artículo 26 se haga eco de esta cuestión, más allá de lo establecido en la disposición adicional tercera, remitiéndose a las normas o reglas aplicables en la práctica deportiva que tengan por objeto evitar ventajas competitivas que puedan ser consideradas contrarias al principio de igualdad.

**Sección 7.<sup>a</sup> del capítulo II del título I. "Medidas en el ámbito de la publicidad, los medios de comunicación social e internet"**

En el título de esta sección debiera eliminarse la referencia a la publicidad. En efecto, si bien tenía sentido en la versión anterior, en la cual el artículo 27 recogía una regla sobre la publicidad ilícita, a efectos de lo previsto en el artículo 3.a) de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, en la redacción final del anteproyecto se ha suprimido dicha referencia, posiblemente ante las observaciones realizadas en algunos informes acerca de la conveniencia de que dicha materia se introdujera directamente en la ley citada (como las efectuadas por el Ministerio de Hacienda y Función Pública y el Consejo General del Poder Judicial). Se propone, por ello, suprimir dicha referencia tanto en el título de la sección como en el del artículo 27.

**Artículo 27. Igualdad de trato y no discriminación en la publicidad y en los medios de comunicación social**

Dice el apartado 2 de este artículo lo siguiente:

**"Artículo 27**

2. Los poderes públicos, en el ámbito de sus competencias, fomentarán, en los medios de comunicación de titularidad pública y en los que perciban subvenciones o fondos públicos, la sensibilización y el respeto a la diversidad en materia de orientación sexual, identidad sexual, expresión de género y características sexuales, y eliminarán los contenidos que puedan incitar al odio, la discriminación o la violencia contra las personas LGTBI o sus familiares".

La expresión de este artículo no es correcta.

Así, en primer lugar, como ha puesto de manifiesto la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa, la expresión "perciban subvenciones o fondos públicos" puede plantear dudas interpretativas, que debieran ser despejadas, en relación con aquellas entidades que hayan celebrado contratos con las Administraciones públicas, pues, aun siendo receptoras de fondos públicos en virtud de la relación contractual, se diría que no deben formar parte del ámbito de aplicación del artículo.

Mayores reparos suscita el último inciso que otorga a las Administraciones públicas -al menos en su dicción literal-potestad para eliminar los contenidos "que puedan incitar al odio, la discriminación o la violencia contra las personas LGTBI o sus familiares". Las Administraciones públicas no tienen, ni pueden tener, tal potestad en relación con los medios de comunicación social, pues supondría otorgarles un poder de decisión sobre los contenidos que pueden emitir los medios de comunicación -incluso privados, como se ha visto-. Por otra parte, como recuerda la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa, la regla en otros casos semejantes, como el artículo 6 de la Ley 34/1988, de General de Publicidad, es que las Administraciones públicas podrán ejercer las acciones judiciales que sean necesarias. En análogo sentido, deben tenerse en cuenta las soluciones previstas en el proyecto de Ley General Audiovisual, cuyo anteproyecto fue consultado a este Consejo de Estado y que está actualmente en tramitación como proyecto de Ley en las Cortes Generales (el texto está publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 17 de diciembre de 2021), el cual contempla la posibilidad de adoptar medidas provisionales en el caso de tramitación de un procedimiento sancionador.

Se considera necesario, por ello, suprimir el último inciso, que podría ser modificado por otro que pudiera tener un tenor semejante al siguiente: decir: "adoptarán las medidas para la eliminación de los contenidos..." (el resto igual).

Esta observación, en lo que hace a la supresión del último inciso del apartado 2 del artículo 27, tiene carácter esencial, a los efectos del artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado.

#### Artículo 31. Personas menores de edad en familias LGTBI

Este artículo se refiere en su apartado 2 a la exigencia de respetar el principio de no discriminación por orientación sexual, identidad sexual, expresión de género y características sexuales en la valoración de la idoneidad o adecuación en los procesos de adopción y acogimiento. El CGPJ, en su informe, ha planteado la conveniencia de introducir también en este apartado una referencia a la necesidad de compatibilizar la exigencia de que no haya discriminación con la protección del interés superior del menor, principio que, de acuerdo

con el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, es el que debe ser considerado como primordial "en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado" (artículo 2).

Si bien la aplicación de dicho criterio, como interés "primordial" en el citado artículo, resulta del propio tenor de la ley orgánica, sería conveniente recoger una referencia en el apartado 2 del proyectado artículo 31.

#### Artículo 35. Acción exterior

El apartado 4 de este artículo establece lo siguiente:

"Artículo 35. Acción exterior.

4. Las oficinas consulares españolas podrán celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo, siempre que al menos uno de los contrayentes sea español".

En relación con este precepto, el informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Hacienda y Función Pública hizo una observación, proponiendo incluir la referencia a la exigencia de que "las leyes del Estado receptor del cónsul no se opongan a la celebración del matrimonio en su territorio". Lo justificaba así:

"El motivo de la adición parte de la Resolución-circular de 29 de julio de 2005, de la DGRN, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo que concluyó que los cónsules españoles deben abstenerse, por falta de competencia, de autorizar matrimonios entre personas del mismo sexo en caso de que se opongan a ello las leyes del Estado receptor. Y ello como consecuencia de la limitación impuesta por el artículo 5f) del Convenio de Viena de 24 de abril de 1963 sobre Relaciones Consulares, que impide que las funciones consulares se ejerzan en oposición a las leyes y reglamentos del Estado receptor, lo que sujeta a las representaciones consulares españolas en el extranjero a un deber de respeto y no vulneración del ordenamiento jurídico del país de acogida".

Comparte el Consejo de Estado dicho parecer, y estima que procede reconsiderar este aspecto, exigiendo que en todo caso la actuación de las oficinas consulares se atenga a las normas vigentes en el Estado receptor.

#### Artículo 37. Protección internacional

Este artículo recoge algunas disposiciones particulares sobre el régimen de protección internacional en relación con las personas LGTBI. Varios órganos administrativos que han intervenido en la tramitación, como la Secretaría de Estado de Migraciones y la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa, han señalado la conveniencia

de incluir en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, las reglas recogidas en este artículo.

El Consejo de Estado comparte dicho criterio, conforme a las consideraciones generales antes efectuadas. A este respecto, deben tenerse presente dos circunstancias. Primero, que dicha Ley 12/2009 incluye un título específico relativo a los menores y otras personas vulnerables, en la que tendría su sede natural la regulación contenida en este artículo 37. Por otra parte, no cabe desconocer que la disposición adicional duodécima ya incorpora una modificación de dicha ley, por lo que nada obstaría que se aprovechara dicha disposición para incluir en aquella ley -podría ser como artículo 49- las reglas recogidas en dicho precepto. Ello podría hacerse sin perjuicio de incluir en el anteproyecto una disposición general que se remitiera, en lo que hace a la protección internacional de las personas LGTBI a lo previsto en la citada Ley 12/2009, con el fin de garantizar el tratamiento no discriminatorio, lo que permitiría cohonestar la mejor técnica normativa con el carácter integral de la Ley.

## Título II. Medidas para la igualdad real y efectiva de las personas trans

El título II establece un conjunto de medidas encaminadas a lograr la igualdad real y efectiva de las personas trans. En la medida en que el anteproyecto tiene por objeto la garantía y promoción del derecho a la igualdad real y efectiva de todo el colectivo LGTBI y de sus familias (artículo 1.1) y que, a tal efecto, delimita los principios de actuación de los poderes públicos en este ámbito (título I) y prevé una serie de medidas específicas para la prevención y reparación de toda forma de discriminación y violencia de las personas lesbianas, gais, trans, bisexuales e intersexuales (título III), desde el punto de vista de la técnica normativa sería aconsejable que el título II quedase sistemáticamente ubicado tras el título III, por ir referido a un grupo concreto del colectivo LGTBI.

### Capítulo I: Rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas y adecuación documental

El capítulo I del título II se ocupa del procedimiento a través del que se podrá solicitar la rectificación de la mención relativa al sexo de las personas en el Registro Civil y de sus efectos, partiendo de la premisa de que "[e]stablecer la propia identidad -incluida la identidad sexual- (...) es una decisión vital (...) que coloca al sujeto en posición de poder desenvolver su propia personalidad" (Sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio, F. J. 4) y de que, por lo tanto, "elementos como la identidad de género, el nombre, la orientación y la vida sexual están comprendidos en la esfera personal protegida por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos"

(sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Van Kück c. Alemania, de 12 de junio de 2003, § 69; Y.Y. c. Turquía, de 10 de junio de 2010, § 56; y A.P. Garçon y Nicot c. Francia, de 6 de abril de 2017, § 92, entre otras).

Como se ha explicado detenidamente en la consideración V.B) del presente dictamen, la transexualidad ha dejado de ser considerada una patología para convertirse en una manifestación del derecho a la autodeterminación, conectada con el libre desarrollo de la personalidad y con el derecho a la intimidad personal. Todos los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno han reconocido a la persona física cierto margen de libertad para definir su propia identidad sexual y para lograr su reflejo documental, promoviendo la rectificación de la mención relativa al sexo que figure en los registros públicos por medio del cauce procedural oportuno.

En nuestro país, en la actualidad, la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, faculta a los mayores de edad con capacidad suficiente para ello (artículo 1.1) y a los menores de edad con suficiente madurez que se encuentren en una situación estable de transexualidad (la tantas veces citada Sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio) a solicitar la rectificación de la mención registral relativa al sexo. Para ello, los promotores del expediente tienen que presentar un informe médico o psicológico clínico que les diagnostique disforia de género y acreditar que han sido tratados médica y durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes del sexo reclamado (artículo 4.1); dicho tratamiento no tendrá que comportar necesariamente una cirugía de reasignación sexual, ni será un requisito para obtener la rectificación registral cuando razones de salud o de edad, debidamente probadas mediante certificación médica, imposibiliten su seguimiento (artículo 4.2).

El anteproyecto sometido a consulta introduce modificaciones sustantivas en el régimen jurídico vigente al ampliar la legitimación para instar el procedimiento de rectificación registral (artículo 38), no exigir estabilidad en la situación de transexualidad ni prueba alguna de la discordancia de género del sujeto que ha promovido tal expediente (artículo 39.3) y declarar la reversibilidad de la rectificación registral en el sentido de que cualquier persona podrá recuperar la mención relativa al sexo que figuraba en el Registro Civil con anterioridad a su rectificación (artículo 42).

Estas tres novedades normativas que vertebran el régimen jurídico de la rectificación de la mención registral relativa al sexo propuesto por la autoridad consultante, deberán ser examinadas teniendo en cuenta que cualquier consideración ajena a la legalidad -entendida como doble canon de constitucionalidad y de convencionalidad en el

presente caso- debe ser descartada, desde el momento en que no es propio de la función de este Consejo valorar la oportunidad, en términos políticos, de una reforma legislativa planteada por el Gobierno. Para ello, se va a tener presente la interrelación entre los tres elementos que conforman el sistema, que han de ser valorados de manera conjunta para garantizar la coherencia de todo y la proporcionalidad de cada una de sus partes, así como la congruencia de la reforma normativa con el resto del ordenamiento jurídico. Todo ello sin perjuicio de las observaciones que se harán, con posterioridad, al resto del articulado que conforma el título II.

#### Artículo 38. Legitimación para instar el procedimiento de rectificación registral

El artículo 38 reconoce legitimación para promover este procedimiento a los españoles mayores de dieciséis años, por sí mismos; a los menores entre catorce y dieciséis años, asistidos por sus representantes legales; y a las personas con discapacidad, con las medidas de apoyo que, en su caso, precisen. La posibilidad de que los menores de edad puedan promover el procedimiento de rectificación registral ha sido muy debatida durante la tramitación del expediente.

El Consejo LGTBI y, acogiendo las demandas de ciertas entidades representativas del sector, comunidades autónomas como Andalucía o Cataluña han defendido que los menores entre doce y catorce años poseen la madurez necesaria para instar la rectificación de la mención registral relativa al sexo por el procedimiento previsto en el capítulo I del título II -en la regulación proyectada, deben acudir a un expediente de jurisdicción voluntaria en el que el juez comprobará "su voluntad estable de modificar la inscripción registral y (...) su madurez suficiente para comprender y evaluar de forma razonable e independiente las consecuencias de su decisión" (artículo 26 quíiques.1 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, introducido por la disposición final decimocuarta del anteproyecto)- y que los menores de doce años pueden tener "una identidad de género consolidada" a la que se debería dar reflejo registral, articulando los procedimientos de rectificación oportunos.

Por su parte, el Consejo General del Poder Judicial ha señalado que la adecuada ponderación de los bienes jurídicos protegidos en liza -los derechos al libre desarrollo de la personalidad, la integridad moral y la intimidad personal de los menores de edad, de un lado, y la obligación de los poderes públicos de ofrecerles protección ex artículo 39.4 de la Constitución Española, de otro- aconseja canalizar la rectificación de la mención registral relativa al sexo de todos los menores de edad, sin distinción, a través del procedimiento de aprobación judicial creado por la disposición final decimocuarta del anteproyecto.

La última versión de la memoria explica la fundamentación del criterio asumido por la autoridad consultante en los siguientes términos: "[c]ondicionar el cambio de sexo registral de mayores de 14 años a la obtención de aprobación judicial (...) no parece que sea un procedimiento "rápido y eficaz". (...) Si se optara por esta vía, no se estaría teniendo en cuenta la madurez de cada menor o su situación. Se considera más apropiada la solución de recurrir a unos tramos de edad que sirvan como indicador apropiado de la madurez del menor (...) [y que] han sido decididos una vez estudiadas las propuestas de las asociaciones especializadas (...) Es importante destacar (...) que los 16 años están contemplados como mayoría de edad tanto en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (...) [como en] el artículo 6.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto 2/2015, de 23 de octubre (...) [Y que 14 años] es la edad obligatoria para disponer de Documento Nacional de Identidad".

El Consejo de Estado no comparte esta apreciación de que el expediente de jurisdicción voluntaria para la aprobación judicial de la rectificación de la mención registral relativa al sexo de los menores de edad -en la actualidad, contemplado para los menores de entre doce y catorce años- no sea un procedimiento "rápido, accesible y transparente" en el sentido requerido por la resolución 2048 de la Asamblea del Consejo de Europa, de 22 de abril de 2015, tal y como esta ha sido interpretada por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (véanse, por todas, las sentencias X. c. Antigua República Yugoslava de Macedonia, de 17 de enero de 2019, e Y. T. c. Bulgaria, de 9 de julio de 2020).

Si así fuera, dicho expediente no tendría cabida en nuestro ordenamiento jurídico -ni siquiera para los menores de entre doce y catorce años-, en la medida en que es jurisprudencia constitucional reiterada (sentada, entre otras, en las sentencias 141/2000, de 29 de mayo, F. J. 5, y 154/2002, de 18 de julio, F. J. 9) que "los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales (...) sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia (...) cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar".

Por lo tanto, en principio, sería perfectamente legítimo extender el ámbito subjetivo de aplicación del expediente de aprobación judicial de la rectificación registral a todos los menores de edad, al igual que sería perfectamente legítimo canalizar tal pretensión de rectificación registral por un procedimiento distinto, siempre que el mismo fuese

rápido, accesible y transparente y estuviese dotado de las garantías pertinentes. Y ello porque el legislador posee una libertad de configuración que no encuentra más límites que la Constitución Española, cuyo texto debe servir de guía para resolver esta cuestión.

El artículo 39.4 de nuestra Carta Magna declara que "[l]os niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos". Entre ellos, cabe destacar, por su condición de norma de cabecera del grupo normativo relativo a esta materia, la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, cuyo artículo 3.1 ordena que "[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño".

En cumplimiento de esta obligación -asumida por el Reino de España al ratificar el mencionado convenio internacional-, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, configura su interés superior como principio inspirador de toda actuación de los poderes públicos y de los agentes privados que le afecte, que debe primar "sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir" y que hace necesario interpretar las limitaciones impuestas a su capacidad de obrar "de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en [su] interés superior" (artículo 2.1); y añade que "el menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal familiar o social, (...) en función de su edad y madurez" (artículo 9.1).

A tenor de la Observación General n.º 12 del Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, que la Sala de lo Civil de nuestro Tribunal Supremo ha acogido (entre otras, en la sentencia de 17 de diciembre de 2019, Recurso 1583/2015), por madurez ha de entenderse la capacidad del niño para comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado y para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente, lo que el artículo 9.2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor presume que se producirá cuando el menor tenga doce años cumplidos.

Así, la rigidez inicial del binomio mayoría de edad-minoría de edad, que en otro tiempo vertebrara el régimen de la capacidad de obrar, ha quedado en cierto modo diluida, al haber ido reconociendo la jurisprudencia y el legislador un campo de actuación cada vez mayor a los menores de edad, en función de sus condiciones de madurez y

en atención a su interés superior. Según nuestro Tribunal Constitucional, este interés impide adoptar decisiones apriorísticas, ya que la valoración de lo que resulta más beneficioso para el menor ha de atender especialmente a las circunstancias concretas del caso (así, entre otras, las sentencias 178/2020, F. J. 3, y 81/2021, de 19 de abril, F. J. 2). En el mismo sentido, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha advertido que el interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado que no aparece definido a priori, sino que precisa de concreción en cada caso (sentencia de 27 de octubre de 2014, Recurso 2762/2013, F. J. 8) y que en dicha tarea de concreción el operador jurídico tendrá que tomar en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios y recogidos en las reglas legales y en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales (sentencia de 6 de febrero de 2014, Recurso 245/2012, F. J. 5).

Por ello, no parece acertada la afirmación de la memoria según la cual si se "condiciona[se] el cambio de sexo registral de mayores de 14 años a la obtención de aprobación judicial (...) no se estaría teniendo en cuenta la madurez de cada menor o su situación". Al contrario, la flexibilidad con la que se ha concebido el mencionado expediente de jurisdicción voluntaria -en el que, como se ha señalado, el juez comprobará, entre otros extremos, la madurez del menor para comprender y evaluar las consecuencias de su decisión- hacen que dicho procedimiento de aprobación judicial constituya un cauce procedural especialmente idóneo para valorar las circunstancias de cada caso concreto y, de esta forma, velar por el interés superior del menor, tal y como ha sido interpretado por nuestra jurisprudencia y doctrina constitucional.

Máxime en un contexto normativo de máxima elasticidad en el que la rectificación de la mención registral relativa al sexo no tiene que basarse en un diagnóstico médico o psicológico de disforia de género (artículo 39.3 del anteproyecto) y puede ser revertida libremente, sin más límites que el transcurso del plazo de seis meses (artículo 42 del anteproyecto); y en el que, correlativamente, la intervención judicial se convierte en una garantía fundamental para el menor de edad que expresa su deseo de transitar de un sexo a otro y que no por ello, deja de ser merecedor de la protección que le brinda el artículo 39 de la Constitución Española. En este marco, debería Podría valorarse si, con el sistema propuesto, se va a favorecer que se tomen decisiones precipitadas, no asentadas en una situación estable de transexualidad, lo que, a la postre, podría terminar repercutiendo de forma negativa en el libre desarrollo de la personalidad del sujeto, tal y como han puesto de manifiesto algunas entidades en el trámite de audiencia ante el Consejo de Estado.

No cabe obviar que la normativa sobre esta cuestión vigente en otros países de nuestro entorno -sintetizada en el apartado

V.B).a).IV, párrafos 121 a 132, del informe del Consejo General del Poder Judicial- no suele reconocer a los menores de edad legitimación para promover la rectificación de la mención registral relativa al sexo y, cuando lo hace, incluye cautelas tales como la exigencia de que hayan cumplido diecisésis años y posean suficiente discernimiento (Bélgica y Portugal), cuenten con un certificado médico de disforia de género (Noruega) o articulen su solicitud vía jurisdiccional (Irlanda y Malta).

En definitiva, parece que el expediente de jurisdicción voluntaria constituye el cauce procedural más idóneo para canalizar el derecho de los menores de edad a instar la rectificación de la mención registral relativa al sexo.

**Artículo 39.3. La supresión del presupuesto de presentar un informe médico o psicológico que acredite la disforia de género del solicitante**

El artículo 39.3 aclara que "[e]l ejercicio del derecho a la rectificación registral de la mención relativa al sexo en ningún caso podrá estar condicionado a la previa exhibición de informe médico o psicológico relativo a la disconformidad con el sexo mencionado en la inscripción de nacimiento, ni a la previa modificación de la apariencia o función corporal de la persona a través de procedimientos médicos, quirúrgicos o de otra índole". En su última versión, la memora justifica este cambio normativo en los siguientes términos: "son las recomendaciones internacionales de la propia Organización Mundial de la Salud las que apuntan a la imposibilidad de exigir tratamiento médico o certificado psicológico que acredite la situación de transexualidad, en tanto que la transexualidad no es una enfermedad psicológica (...). Se trata de un paso más, en coherencia (...) con la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal, que ya señaló la imposibilidad de exigir cirugías de reasignación de sexo como condición sine qua non en el procedimiento de modificación registral de la mención del sexo".

En efecto, en la actualidad, la transexualidad es concebida como una manifestación del derecho a la autodeterminación, conectada con el libre desarrollo de la personalidad y con el derecho a la intimidad personal. Por razón de tal conexión, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (entre otras, en las sentencias de 17 de septiembre de 2007, Recurso 1506/2003, y de 22 de junio de 2009, Recurso 465/2009) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (ente otras, en las sentencias S.V. c. Italia, de 11 de octubre de 2018, e Y. T. c. Bulgaria, de 9 de julio de 2020) han rechazado que se pueda condicionar la rectificación de la inscripción registral referida al sexo de una persona a su sometimiento previo a una cirugía de reasignación sexual.

Ahora bien, ninguno de estos órganos jurisdiccionales ha considerado que la exigencia de un diagnóstico médico o psicológico de la disforia de género vulnere los derechos fundamentales de la persona; es más, la legislación de la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno y, entre nosotros, la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas -cuya constitucionalidad fue validada, en este aspecto, por la Sentencia 99/2019, de 18 de julio-, lo configuran como un presupuesto para el ejercicio del citado derecho a la rectificación registral, en consonancia con lo dispuesto por el legislador en relación con otros hechos inscribibles en el Registro Civil -piénsese, por ejemplo, en el nacimiento o la defunción de la persona, cuya inscripción precisa la presentación de parte facultativo o certificado médico (artículos 44.3 y 62.2 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil)-.

Tampoco es cierto que la reciente despatologización de la transexualidad requiera la conversión del cambio de sexo sobre la base de una decisión libérrima de la persona, no sujeta a condicionante alguno, que es lo que parece desprenderse de la memoria. La Clasificación Internacional de Enfermedades de la Organización Mundial de la Salud (CIE-11) se refiere a la "discordancia de género" en el capítulo relativo a las "condiciones relativas a la salud sexual" y la caracteriza como "una marcada y persistente discordancia entre el género experimentado de la persona y el sexo asignado", añadiendo que "las variaciones en el comportamiento de género y las preferencias no constituyen por sí solas la base para asignar los diagnósticos en este grupo".

En este contexto, no parece necesario ni proporcionado desvincular la rectificación registral de la mención relativa al sexo de todo elemento probatorio que acredite, de un modo u otro, cierta estabilidad en la identidad sexual libremente definida por la persona. La exigencia de tal informe médico o psicológico constituiría una garantía para el solicitante que debería ser mantenida en aras de la protección de la persona que libremente decide transitar de un sexo a otro.

#### Artículo 42. La reversibilidad de la rectificación registral

El artículo 42 dispone que la rectificación de la mención registral relativa al sexo es reversible, transcurrido el plazo de seis meses desde la práctica de la inscripción correspondiente en el Registro Civil. En versiones anteriores, el anteproyecto requería, además, la obtención de aprobación judicial en el seno de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, pero este presupuesto ha sido eliminado a petición del Ministerio de Justicia. El nuevo régimen, sin embargo, no está claro, ya que la disposición final decimocuarta regula el expediente de jurisdicción voluntaria para la reversión de la

modificación y la memoria se refiere todavía a la exigencia de autorización judicial.

Comunidades autónomas como Galicia y la Comunidad de Madrid han defendido la conveniencia de introducir ciertas limitaciones a la reversibilidad del cambio registral de sexo, en aras del principio de seguridad jurídica, que precisa de cierta estabilidad.

La última versión de la memoria simplemente afirma que esta decisión legislativa entraña con la decisión de suprimir la exigencia de acreditar la disforia de género y responde a las mismas causas que aquella; y añade que la "nueva regulación de carácter despatologizador no resulta incompatible (...), antes bien ha de coherirse, con la aplicación de los principios generales del derecho (...) como son la buena fe, la prohibición de fraude de ley (...) [y] del abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo".

Es cierto que el sexo, tradicionalmente considerado un estado civil de la persona, tiene una influencia cada vez menor en el tráfico jurídico, no solo ya porque el artículo 14 de la Constitución Española prohíba toda discriminación por razón del mismo, sino también porque las reformas legislativas que se han ido sucediendo en los últimos años le han quitado la relevancia que tuviera en otro tiempo al equiparar la posición jurídica del hombre y la mujer -piénsese, a título meramente ejemplificativo, en la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, o en la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios-.

Pero no es menos cierto que, como se ha destacado en la consideración V.B) del presente dictamen, el sexo sigue teniendo importancia a ciertos efectos y que el cambio de sexo, como acto inscribible en el Registro Civil ex artículo 4.4.º de la Ley del Registro Civil, se halla afecto a los principios de orden público y de indisponibilidad que rigen esta materia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1814 del Código civil, si bien con una intensidad menor que la que resulta predictable de otros hechos y actos inscribibles como la nacionalidad o la filiación.

Ello supone que, en abstracto, cabría asumir la reversibilidad de la rectificación registral de la mención relativa al sexo; pero que, en concreto, este proceso debería estar sujeto a una serie de condicionantes que asegurasen cierta estabilidad en la definición de la identidad sexual de la persona.

No cabe obviar que comunidades autónomas como Illes Balears y algunas entidades han citado diversas investigaciones científicas que han puesto de relieve que la persistencia de la discordancia de género

en los niños y adolescentes es menor que en los adultos, alertando sobre las consecuencias de flexibilizar el sistema en exceso.

Ello no quiere decir que la constancia registral del sexo tenga que permanecer invariable a lo largo del tiempo: en la medida en que se admite su rectificación sobre la base de la libre determinación sexual de la persona, se debería posibilitar la reversión de esta decisión. Pero tal reversión ha de estar sometida a una serie de cautelas que garanticen una adecuada protección de otros bienes jurídicos concurrentes y el debido respeto a los principios de seguridad jurídica y de orden público, que, como se ha apuntado, precisan cierta estabilidad en la definición de la identidad sexual del sujeto. En aplicación del principio de proporcionalidad que ha de guiar toda regulación que afecte a la esfera jurídica de los ciudadanos, las cautelas establecidas con la finalidad descrita deben ser más contundentes cuanto mayor sea el margen de discrecionalidad que se confiera a la persona para instar la rectificación registral; y así, como mínimo, parece necesario requerir el transcurso de cierto periodo de tiempo entre la rectificación registral y su reversión -siendo el plazo de seis meses propuesto por la autoridad consultante insuficiente a estos efectos, al menos si se mantienen inalterados los demás elementos del sistema- e imponer un límite cuantitativo -número de veces que una persona podrá instar- a la rectificación de la mención registral relativa al sexo y su reversibilidad. Este límite cuantitativo debería modularse, además, atendiendo a la edad del promotor del procedimiento, puesto que no parece razonable equiparar la situación del menor de edad -cuya identidad sexual está en proceso de construcción y puede, por consiguiente, ser objeto de alteración- a la del mayor de edad.

#### Artículo 39. Procedimiento para la rectificación registral de la mención relativa al sexo

El artículo 39 se ocupa del procedimiento registral a través del que se articula la rectificación de la mención relativa al sexo. Su redacción resulta, en ocasiones, oscura y debiera ser objeto de mejora para que toda persona interesada en promoverlo pudiera conocer el iter procedimental que debe seguir para ello. Del tenor literal de dicho precepto parece desprenderse que sus principales hitos son los siguientes: (i.) presentación de una solicitud de iniciación del procedimiento; (ii.) citación de la persona legitimada para que comparezca ante el Registro Civil; (iii.) comunicación del régimen jurídico aplicable a la rectificación y del derecho de reversión del promotor del procedimiento; (iv.) entrega de un formulario con la solicitud de rectificación; (v.) ratificación de la solicitud inicial; (vi.) y resolución del procedimiento. Si ello es así, debería aclararse con mayor rigor para que todo interesado en promover la rectificación de la mención registral de su mención relativa al sexo pudiese conocer, con exactitud, los trámites a seguir a tal efecto.

En particular, la advertencia de que el solicitante comparecerá "ante la persona encargada de cualquier Oficina del Registro Civil, a su elección, de la que haya obtenido cita previa" (apartado 4) resulta innecesaria, dado que el apartado 2 aclara que la solicitud se podrá presentar "ante la persona encargada de cualquier Oficina del Registro Civil" y que del propio apartado 4 se desprende que "[r]ecibida la solicitud [el encargado elegido por el solicitante lo] citará (...) para que comparezca [ante él]".

Los apartados 7 y 8 tienen un contenido similar, por lo que han de ser refundidos en un solo apartado y puestos en relación con el apartado 9 -tanto el apartado 7 como el apartado 9 hablan de reiteración de la solicitud, lo que puede plantear problemas interpretativos-, dado que la solicitud es hasta entonces inexistente. En dicho apartado, se debería fijar, asimismo, un periodo mínimo de reflexión, en línea con lo sugerido por la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa y por comunidades autónomas como Andalucía o Baleares y con lo requerido en nuestro ordenamiento jurídico en otros ámbitos sectoriales -por ejemplo, en el artículo 14 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo-; y carece de sentido la expresión "aseverando la persistencia de su decisión", que resulta consustancial a la acción de ratificar.

En el apartado 10, a menos que se asuma la observación formulada al artículo 39.3, carece de sentido la expresión "previa comprobación de la documentación obrante en el expediente", desde el momento en que ya no se exige la presentación de un informe médico o psicológico de disforia de género ni ningún otro elemento probatorio (apartado 3); y quizás sería conveniente recordar que el silencio administrativo tendrá efectos negativos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 88.2 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

#### Artículo 41. Efectos de la rectificación registral

El artículo 41 concreta los efectos de la rectificación registral. Su apartado 4 parece referirse exclusivamente a aquellos supuestos en los que una persona transita del sexo masculino al femenino, lo que, de ser así, debería hacerse constar expresamente para evitar ulteriores problemas aplicativos.

#### Artículos 43 y 46. Cambio de nombre en el Registro Civil de personas menores de edad y adecuación de sus documentos a este cambio

El artículo 43 señala que las personas trans menores de edad podrán obtener la inscripción registral del cambio de nombre por razones de identidad sexual, con independencia de que hayan iniciado o no el procedimiento de rectificación registral, siempre que cumplan

los requisitos contemplados en la Ley del Registro Civil. Aun cuando ello carezca de efectos al contener este precepto una mera remisión a la normativa aplicable, se desconocen las razones por las que va dirigido exclusivamente a los menores de edad, con exclusión de los mayores de dieciocho años. Idéntica observación cabe efectuar al artículo 46, que lleva por título "[a]decuación de documentos al cambio de nombre en el Registro Civil de personas menores de edad y principio de no discriminación".

#### Artículo 45. Adecuación de los documentos expedidos a las personas extranjeras

El artículo 45 regula la adecuación de los documentos expedidos a las personas extranjeras. En su apartado 1, alude a la posibilidad de que la representación consular de España en el país de origen del extranjero emita un informe sobre la imposibilidad, de iure o de facto, de lograr la rectificación registral de la mención relativa al sexo. En su último informe, el Ministerio de Justicia ha propuesto suprimir este inciso "por no resultar eficaz ni operativo" e imponer a las oficinas consulares una función que no les es propia y que excede de su ámbito territorial de actuación.

Este Consejo no comparte las razones esgrimidas por dicho departamento, ni en lo relativo a la falta de utilidad del informe de la oficina consular, ni en lo referido a la falta de idoneidad de tal unidad para informar sobre la situación en la que viven las personas transexuales en el país al que se extiende su competencia, pero estima que sería aconsejable eliminar su preceptividad, limitándose el precepto a enunciar la posibilidad de que el órgano competente solicite el mencionado informe cuando las circunstancias del caso así lo requieran.

Se llama la atención sobre la necesidad de considerar con especial atención las observaciones realizadas a este capítulo, y en particular las relativas a los artículos 38, 39.3 y 42.

#### Capítulo II. Políticas públicas para promover la igualdad real y efectiva de las personas trans

El capítulo II del título II recoge una serie de mandatos dirigidos a los poderes públicos cuyo objeto es lograr la igualdad real y efectiva de las personas trans mediante la definición y ejecución de ciertas políticas públicas. Como se ha puesto de manifiesto en la consideración V.E) del presente dictamen, la unificación de los dos anteproyectos de ley que el Ministerio de Igualdad originariamente pensaba tramitar de manera separada -uno general, relativo a todo el colectivo LGTBI, y otro específico, referido a las personas trans- ha provocado un cierto solapamiento entre el capítulo II del título I y el capítulo II del título II que debiera ser evitado.

Para ello, en línea con lo sugerido por la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa, sería conveniente que se eliminases del capítulo II del título II aquellas previsiones que entroncan con las políticas públicas que persiguen la promoción de la igualdad real y efectiva de todo el colectivo LGTBI y que, por este motivo, ya están contempladas en el capítulo II del título I, manteniendo en esta sede, única y exclusivamente, aquellas políticas públicas que única y exclusivamente se dirigen a las personas trans por razón de su singular posición dentro del colectivo LTGBI.

### Título III Protección efectiva y reparación frente a la discriminación y la violencia por LGTBIofobia

El título III establece un conjunto de medidas para la protección efectiva y la reparación de los daños sufridos como consecuencia de la discriminación y la violencia por LGTBIofobia, siendo esta "toda actitud, conducta o discurso de rechazo, repudio, prejuicio, discriminación o intolerancia hacia las personas LGTBI por el hecho de serlo, o ser percibidas como tales" (artículo 3.12).

En el capítulo I enumera una serie de medidas generales; en el capítulo II se refiere a las medidas específicas "frente a la violencia basada en la LGTBIofobia"; y en el capítulo III se ocupa de las personas en situaciones especiales. Comoquiera que el capítulo I engloba medidas transversales, aplicables a los supuestos de discriminación y de violencia (artículo 57) y medidas exclusivamente centradas en las conductas discriminatorias (artículos 58 a 63) y comoquiera que las medidas de los capítulos I y II van dirigidas a todo el colectivo LGTBI, por contraposición con las medidas del capítulo III, cuyos destinatarios son ciertos grupos de personas que se hallan en situaciones que requieren una especial atención, por razones de técnica normativa sería recomendable que los preceptos de los capítulos I y II quedasen integrados en un solo capítulo, relativo a las medidas generales de protección y reparación frente a la violencia y la discriminación por LGTBIofobia.

#### Capítulo I. Medidas generales de protección y reparación

La lectura de los artículos 57 a 63 del anteproyecto sugiere las siguientes observaciones:

##### Artículo 57. Medidas de protección frente a la discriminación y la violencia

El artículo 57 recoge un mandato dirigido a la Administración y una obligación impuesta al empresario con un contenido similar: articular los medios necesarios para prevenir y detectar situaciones de discriminación -y, en su caso, de violencia- por LGTBIofobia y lograr su cese inmediato. Dadas las consecuencias que el prelegislador anuda al incumplimiento de esta obligación por parte de los

empleadores o prestadores de bienes y servicios -el nacimiento de la responsabilidad extracontractual del artículo 62-, siguiendo los criterios generales que se han expuesto en la consideración V.D) del presente dictamen, el apartado 3 del artículo 57 y, por conexión, el apartado 2 del artículo 62, deberían estar sistemáticamente ubicados en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, cuyo articulado debería ser reformado a través de una disposición final.

En otro orden de ideas, parece existir cierto solapamiento entre el apartado 2 del artículo 57 y el apartado 1 del artículo 58, que ordena la "inco[ación] del correspondiente procedimiento administrativo, en el que se podrán acordar las medidas necesarias para investigar las circunstancias del caso y adoptar las medidas oportunas y proporcionadas para su eliminación", cuando una autoridad pública tenga noticia de la existencia de una conducta discriminatoria o, si carece de competencia para ello, la comunicación de los hechos que la han originado a la Administración competente, para que actúe como proceda.

Si ambos preceptos aluden a la misma realidad, tendrían que quedar refundidos en un solo artículo. Si, por el contrario, el artículo 58 se refiere a la iniciación de un procedimiento sancionador o disciplinario, esta regla sería innecesaria, por derivar del título IV del anteproyecto y del título VII del texto refundido de la Ley del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, e incompleta, por tener que pasar la Administración el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal cuando las infracciones pudieran ser constitutivas de ilícito penal.

Sea como fuere, en la medida en que comparten objeto, sería preferible que las previsiones de los apartados 1 y 2 del artículo 57 y de los apartados 1 y 2 del artículo 58 fuesen incorporadas a un solo precepto, referido a las medidas de protección frente a la discriminación y la violencia en el ámbito de la Administración. En su defecto, el título de los artículos 57 y 58 tendría que ser modificado para que cumpliera la finalidad identificativa que le es propia, ya que ni todas las medidas de protección del artículo 57 operan frente a la violencia -sino exclusivamente las que adopte la Administración, sin que aparentemente concurra una razón que lo justifique-, ni la regla del artículo 58.2 constituye una manifestación de la actuación administrativa contra la discriminación.

#### Artículo 59. Nulidad de los actos y negocios jurídicos discriminatorios

Bajo el título "[n]ulidad de los actos y negocios jurídicos discriminatorios", el artículo 59 decreta la nulidad de pleno derecho y

la subsiguiente integración del contrato en el que existan cláusulas que vulneren el derecho a la no discriminación por razón de la identidad u orientación sexual, expresión de género o características sexuales. De este modo, utiliza indistintamente tres conceptos que se hallan perfectamente deslindados en la dogmática jurídica.

Por definición, en los actos jurídicos en sentido estricto, la voluntad del sujeto se dirige a su realización, pero no interviene en la delimitación de sus efectos, que vienen determinados por la ley, de suerte que no caben cláusulas discriminatorias en ellos. El establecimiento de un clausulado que concrete los derechos y obligaciones de las partes es propio de los negocios jurídicos, de los que el contrato constituye una de sus manifestaciones. Por lo tanto, para maximizar la eficacia del artículo 59, sería aconsejable que en su redacción se suprimiese el adjetivo "contractuales" con el que se califica a las cláusulas que constituyen su objeto, así como la regla de la integración, que solamente resulta aplicable a los contratos y que ya deriva del propio artículo 1258 del Código civil. En su defecto, se debería acomodar el título al contenido del precepto. Y, en todo caso, habría que eliminar toda mención a los actos jurídicos, que, como se ha apuntado, carecen de clausulado.

#### Artículo 60. Legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación

El artículo 60 está integrado por un solo apartado, por lo que no procede su numeración.

#### Artículo 61. Reglas relativas a la carga de la prueba

El artículo 61 regula la inversión de la carga de la prueba de una manera que el Consejo General del Poder Judicial ha afirmado que "responde adecuadamente a las exigencias del marco normativo europeo y se acompaña de forma coherente de las correspondientes modificaciones [de las leyes procesales]": no se trata, en puridad, de "una genuina "inversión" de la carga de la prueba, sino [de] un reparto de dicha carga y una traslación a la parte demandada de algunos de los elementos que atañen a la misma".

Estas reglas son proporcionadas y acordes al principio de seguridad jurídica y merecen, por ello, una valoración positiva. Sobre todo teniendo en cuenta que su recto entendimiento no haría necesario incorporar las discriminaciones potenciales en el concepto de discriminación directa -con las consecuencias adversas que se ha destacado que ello conlleva-, desde el momento en que la aportación de indicios fundados sobre una discriminación real -una conducta ya materializada que "pudiera ser" considerada discriminatoria- obligaría al autor de la conducta presuntamente discriminatoria a ofrecer una justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

## Artículo 62. Atribución de responsabilidad patrimonial y reparación del daño

El artículo 62 se refiere a la indemnización que tiene derecho a percibir toda persona que sea discriminada por razón de su condición sexual y a la restitución de la víctima a la situación anterior. Se trata de dos mecanismos que tienen por finalidad la reparación del daño causado a la persona discriminada y que, por ello, en puridad, derivan del principio general del neminem laedere, positivizado en el artículo 1902 del Código civil, y, en principio, serían compatibles con la responsabilidad administrativa, disciplinaria o penal que, en su caso, correspondiera al infractor.

De acuerdo con una reiterada jurisprudencia, el nacimiento de la responsabilidad aquiliana requiere la concurrencia de tres presupuestos: que haya tenido lugar una acción u omisión ilícita y antijurídica que sea imputable a su autor, que el reclamante haya sufrido un daño cierto y que entre el hecho imputado y el daño soportado medie una relación de causalidad. Acreditado el primer presupuesto -la conducta discriminatoria del sujeto-, se presumirá que la víctima ha sufrido un daño moral como consecuencia de ello.

Esta presunción está redactada en términos similares a empleados por el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y, como ha aclarado la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en relación con dicho precepto (véase, por todas, la sentencia de 9 de septiembre de 2021, Recurso 2462/2020, F. J. 4), no es susceptible de prueba en contrario, lo que no exime al juzgador de la obligación de cuantificar el daño moral por el que la víctima tiene derecho a ser indemnizada, atendiendo a las circunstancias de cada caso.

Constituye, en definitiva, una regla que no es desconocida en nuestro ordenamiento jurídico y que, al vincular la concreción de la indemnización que la víctima recibirá a la ponderación de los elementos que definen la mayor o menor efectividad de un daño psíquico o espiritual que parece razonable asumir que haya producido en tales circunstancias, supera el triple test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto al que se ha hecho referencia en la consideración anterior del presente dictamen.

No obstante, la extensión de esta responsabilidad -y de las reglas especiales relativas a su prueba- a los empresarios que no hayan adoptado las medidas organizativas necesarias para evitar la discriminación (apartado 2) debería incorporarse al texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores por los motivos señalados con anterioridad.

### Capítulo III. Protección de los derechos de personas LGTBI en situaciones especiales

El capítulo III del título III contempla medidas especiales para la protección de las personas lesbianas, gais, transexuales e intersexuales en las que concurren determinadas circunstancias que aconsejan que sean dotadas de un tratamiento jurídico particular. Como ha puesto de manifiesto el Consejo General del Poder Judicial, se trata de medidas que, en numerosas ocasiones, ya forman parte de nuestro ordenamiento jurídico y que, por este motivo, resultan innecesarias: tal es el caso, por ejemplo, del mandato de que la negativa a respetar la orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales de un menor de edad por su entorno familiar sea tenido en cuenta a efectos de valorar una situación de riesgo, que está recogida en el artículo 66.4 del anteproyecto y en el artículo 17.2.f).2.º de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

En buena técnica normativa, este tipo de reiteraciones deberían ser evitadas. Si, a pesar de ello, la autoridad consultante estimase oportuno mantener tal dualidad normativa, cabe advertir que las reglas repetidas tendrán que ser interpretadas atendiendo al contexto normativo del que han sido extraídas; y así, por ejemplo, la eventual reticencia de los padres a aceptar la condición sexual de sus hijos deberá tener en cuenta las consecuencias jurídicas que ello comportaría -la elaboración y puesta en marcha de un proyecto de intervención social y educativo- y el interés superior del menor que ha de presidir todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como en el ámbito privado.

### Título IV. Infracciones y sanciones

El título IV diseña el régimen sancionador que en último término garantizará el respeto al principio de igualdad y no discriminación por razón de identidad u orientación sexual, expresión de género o características sexuales. Al igual que sucedía con las medidas de prevención, corrección y reparación previstas en el título II, aunque en sí mismo considerado no merezca un reproche genérico, al ser conectado con el concepto de discriminación que sirve de base para la definición de las conductas infractoras que motivarán el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, puede conculcar el principio de seguridad jurídica que preside nuestro Estado de Derecho y el principio de legalidad penal y sancionadora administrativa que el artículo 25.1 de la Constitución Española consagra.

Cabe recordar, en este sentido, que, a tenor de una reiterada jurisprudencia constitucional (sentada, entre otras, en las sentencias 111/1993, de 25 de marzo, F. J. 6, y 14/2021, de 28 de enero, F. J. 2) el principio de legalidad penal y sancionadora administrativa

comprende al menos, tres exigencias: "la existencia de una ley (lex scripta), que la ley sea anterior al hecho sancionado (lex prævia) y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (lex certa)".

La garantía constitucional de certeza requiere, en el plano normativo, que la conducta sancionable esté suficientemente determinada a priori (véanse, por todas, las sentencias 184/2003, de 23 de octubre, F. J. 7, y 42/2022, de 21 de marzo, F. J. 3) y, en el plano aplicativo, que la norma sea objeto de una aplicación razonable (véanse, por todas, las sentencias 146/2015, de 25 de junio, F. J. 2, y 133/2021, de 24 de junio, F. J. 6). Por consiguiente, el artículo 25.1 de la Constitución Española impone al legislador el deber de promulgar "normas concretas, precisas, claras e inteligibles, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones" (sentencias 185/2014, de 6 de noviembre, F. J. 8, y 91/2021, de 22 de abril, F. J. 11, entre otras).

Cuando el artículo 75 del anteproyecto tipifica como infracción administrativa ciertas conductas que tienen como causa o efecto la producción de discriminación directa, vulnera la garantía de certeza jurídica aneja al principio de legalidad en el ámbito administrativo sancionador, puesto que, de conformidad con el artículo 3.1 del anteproyecto, es discriminado quien "pudiera ser tratad[o]" de manera menos favorable que otra persona en situación comparable, en atención a su orientación o identidad sexual, expresión de género o características sexuales, esto es, cualquier persona que pertenezca al colectivo LGTBI.

De acuerdo con la regulación proyectada, sería infracción administrativa, por ejemplo, la realización de un acto del que eventualmente pudiera resultar discriminada una persona gay, lesbiana, transexual o intersexual (artículo 75.3.b) o la convocatoria de una actividad recreativa cuyo objeto pudiera determinar que tal persona se sintiera discriminada (artículo 75.4.f). Ello introduciría una amplitud en la definición de los tipos administrativos y un correlativo subjetivismo en su apreciación que conculcaría las garantías que el constituyente ha establecido para evitar el ejercicio arbitrario del ius puniendi del Estado.

En los términos en los que está redactado, el título IV del anteproyecto no podría ser aprobado. Sería necesario, reformular el catálogo de infracciones que el artículo 75 recoge para hacer efectivos los principios de legalidad penal y de seguridad jurídica.

Esta observación en lo que hace al artículo 75 tiene carácter esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 130.3 del Reglamento

Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio.

Como complemento de lo anterior, la autoridad consultante debería revisar la redacción del artículo 75 para eliminar cualquier inconcreción que pudiese hacer peligrar la garantía de certeza del artículo 25.1 de la Constitución Española -expresiones como "[c]ualquier represalia o trato adverso", "atender o asistir de manera efectiva" o "métodos, programas o acciones de aversión, conversión o contracondicionamiento" implican tal grado de indeterminación que podría favorecer la aplicación irrazonable de la norma- y para asegurar la debida proporcionalidad entre la gravedad de las conductas tipificadas como infracciones y las sanciones, pecuniarias y accesorias, que el artículo 76 vincula a su comisión.

Al margen de lo anterior, los artículos 72 a 77 del anteproyecto sugieren las siguientes observaciones:

#### Artículo 72. Objeto y ámbito de aplicación de este título

El artículo 72 delimita la posición del régimen sancionador diseñado en el título IV en el marco de nuestro ordenamiento jurídico, especificando su relación con otros regímenes de naturaleza sancionadora, concretamente, con los regímenes particulares que, en su caso, definan las comunidades autónomas en el ejercicio de sus competencias, con el régimen sancionador aplicable en el orden social, con el régimen disciplinario al que están sujetos los empleados públicos y con el Derecho penal.

En versiones anteriores, la norma contenía algunas reglas específicamente aplicables a los empresarios y a los empleados públicos, con las dificultades de encaje que ello conllevaba a la vista del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el orden social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, y en el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre. La supresión de tales especialidades y la remisión, en bloque, de estas cuestiones a las mencionadas normas sectoriales merece una valoración muy positiva. Sin embargo, desde un punto de vista estrictamente formal, sería conveniente sustituir la expresión "se regirá" por otra similar para evitar la redundancia "[e]l régimen disciplinario (...) se regirá".

Originariamente, el anteproyecto recogía unos criterios de interrelación entre el régimen sancionador estatal y los regímenes sancionadores autonómicos que, como informaron la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa y el Consejo General del Poder Judicial, daban lugar a serios problemas interpretativos. La eliminación de tales criterios también merece una valoración muy positiva: la regulación proyectada tiene la consideración de normativa

básica estatal que podrá ser objeto de desarrollo legislativo en sede autonómica, siendo de aplicación, en todo caso, lo dispuesto en las Leyes del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de Régimen Jurídico del Sector Público.

No obstante, en buena técnica normativa, sería preciso que el primer párrafo del apartado 2 del artículo 73 fuese incorporado al apartado 1 del artículo 72, con el que comparte objeto, y que se suprimiese de su tenor literal toda mención a los procedimientos del orden social, que, como el propio prelegislador reconoce, se rigen por su normativa específica. Esta declaración general haría completamente innecesaria y reiterativa, además, la previsión del apartado 3 del artículo 77, que tendría que ser eliminada.

#### Artículo 73. Procedimiento y competencia

El artículo 73 incluye una serie de criterios para la identificación de la Administración territorial competente, para instruir el procedimiento e imponer la sanción y eventual medida accesoria que proceda, así como de la autoridad competente en su seno. Su redacción resulta confusa por varios motivos:

a.) No distingue con claridad los dos planos competenciales en los que opera -el de la Administración territorial competente y el de la autoridad administrativa competente dentro de dicha organización-, al referirse a la competencia de los municipios en el apartado 4 y guardar silencio sobre la misma en el apartado 1.

b.) No precisa con rigor la competencia territorial de las comunidades autónomas -que cabe entender definida de forma negativa, por contraposición con la competencia estatal, en el apartado 1- y de los municipios -que se basa en unos criterios que inevitablemente van a desembocar en solapamiento competencial, ya que los espacios públicos municipales y los bienes de titularidad local a los que alude el apartado 4 se localizan en el ámbito territorial de competencia de una comunidad autónoma determinada-.

Ello podría conculcar el principio de legalidad en el ámbito penal y administrativo sancionador, al que una reiterada jurisprudencia constitucional (sentada, entre otras, en las sentencias 2/2003, de 16 de enero, F. J. 3, y 47/2022, de 24 de marzo, F. J. 8) ha vinculado el principio del non bis in ídem, que veda la imposición de penas o sanciones en los casos en los que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento. Aun cuando este principio general esté positivizado en el artículo 72.2 del anteproyecto y en el artículo 31 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, la aplicación de los criterios de distribución territorial de competencias que se acaban de exponer podría favorecer su vulneración, al determinar la concurrencia competencial de dos Administraciones territoriales sobre un mismo espacio físico. Resulta necesario, en consecuencia, que el

prelegislador delimita mejor la competencia de las comunidades autónomas y de los municipios en este ámbito sectorial, evitando, en la medida de lo posible, la concurrencia competencial.

c.) Pese a su título, el artículo 73 solamente incorpora tres reglas procedimentales que, o bien constituyen el reflejo procedural de los criterios de distribución competencial que acoge -como ocurre con la obligación de la Administración General del Estado de recabar el informe de las comunidades autónomas afectadas o con la obligación de las comunidades autónomas de poner el hecho en conocimiento de la autoridad administrativa que resulte competente (regla que debería ser predictable de toda Administración, y no exclusivamente de la autonómica)-, o bien derivan de la legislación básica estatal en materia de procedimiento sancionador que resulta directamente aplicable -como sucede con la aclaración de que el procedimiento se iniciará siempre de oficio-.

En este contexto, para facilitar la comprensión del texto normativo, sería recomendable que se sustituyese el inciso "[e]l procedimiento se iniciará siempre de oficio" por la expresión "[e]n el ámbito de la Administración General del Estado", que introduce mejor el contenido del segundo párrafo del apartado 2 -el primer párrafo debería ser trasladado al artículo 72 por las razones esgrimidas con anterioridad-, y que se reformulase su título para hacer mención exclusiva a la "[c]ompetencia".

### Artículo 75. Infracciones

El artículo 75 tipifica las infracciones en materia de igualdad y no discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales. A la observación general sobre la garantía de certeza inherente al artículo 25.1 de la Constitución Española que se ha efectuado previamente, cabe añadir lo siguiente:

(a.) En puridad, las infracciones no se pueden clasificar en función de la "entidad del derecho afectado", dado que este siempre es el mismo.

(b.) La amplitud con la que el apartado 4.i) define el tipo de victimización secundaria podría determinar que conductas, que carecen de una entidad suficiente para ser consideradas infracciones muy graves, fuesen clasificadas como tales, lo que haría preciso que este concepto fuese matizado por la autoridad consultante. En todo caso, el sustantivo "revivencia" no es reconocido por la Real Academia Española, por lo que sería oportuno sustituirlo por otra expresión de uso común en nuestra lengua.

(c.) La previsión del apartado 5 plantea dos tipos de problemas: por una parte, desde el punto de vista técnico, no es correcto hablar del incremento del grado del tipo infractor -por definición, se gradúan

las penas o sanciones, y no los delitos o infracciones-, lo que haría recomendable, o bien que el prelegislador utilice otra terminología para referirse a esta cuestión, o bien que la regulase en el artículo 76 con ocasión de la graduación de la sanción; por otra parte, su aplicación automática podría dar lugar a resultados desproporcionados, ya que el colectivo que el prelegislador desea proteger a través de este régimen sancionador con frecuencia es víctima de discriminación múltiple. Todo lo cual aconseja incorporar la discriminación múltiple al catálogo de circunstancias que permiten graduar la sanción que cabe imponer al infractor en atención a las circunstancias de cada caso concreto (artículo 76.4).

#### Artículo 76. Sanciones y criterios de graduación

El artículo 76 recoge un catálogo de sanciones que combina las sanciones pecuniarias principales con otras sanciones o medidas accesorias. En relación con estas últimas, ha sostenido el Consejo General del Poder Judicial, citando el dictamen del Consejo de Estado sobre el expediente número 297/2018, de 24 de mayo, que la prohibición de acceder a ayudas públicas y de contratar con los entes del sector público durante un año, si la infracción es grave, y de tres años, si es muy grave, debe quedar constreñida al ámbito material en el que se ha cometido la infracción.

Este Alto Cuerpo Consultivo comparte tal parecer y entiende que ambas prohibiciones cobran pleno sentido cuando son enmarcadas en la realidad socio-económica de la que se ocupa el anteproyecto: cuando la ayuda o el contrato al que aspire el infractor tenga una finalidad completamente diferente a aquella que ha sido objeto de sanción, no parece razonable impedir su obtención. En cualquier caso, la expresión "denegación" debería ser eliminada del apartado 3.a), en la medida en que las subvenciones no concedidas todavía están afectas a la prohibición del apartado 3.b).

Además, al margen de lo anterior, cabe destacar que, en puridad, solo existe reincidencia cuando la persona responsable de la infracción "ha sido sancionada antes de la comisión de la infracción (...)" (apartado 4.c). Y que la "trascendencia social" es un concepto jurídico excesivamente indeterminado cuya aplicación puede resultar problemática y que, por ello, sería conveniente precisarlo de algún modo (apartado 4.d).

#### Parte final

Disposición adicional primera. Actualización de la cuantía de las sanciones

La disposición adicional primera tiene el siguiente tenor literal:

"Las cuantías de las sanciones podrán ser revisadas y actualizadas periódicamente por el Gobierno mediante real decreto, a propuesta

del Ministerio de Igualdad, teniendo en cuenta la evolución del Índice de Precios de Consumo".

La posibilidad de actualizar reglamentariamente las multas mediante real decreto aprobado por el Gobierno ha sido respaldada por este Consejo de Estado en otras ocasiones (puede citarse el reciente dictamen 901/2021, de 27 de enero de 2022). Sin embargo, a fin de evitar una excesiva amplitud en la habilitación al Gobierno, se sugiere suprimir la referencia a la "revisión" de las cuantías, de modo que la norma se limite a prever que las cuantías podrán ser actualizadas de acuerdo con la evolución del Índice de Precios al Consumo.

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

La disposición adicional segunda contiene una regla especial de aplicación normativa para la tramitación de los expedientes de rectificación registral de la mención de sexo. Dice lo siguiente:

"No son de aplicación en el expediente para la rectificación de la mención registral del sexo:

- a) La regla primera del artículo 97 de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil.
- b) El párrafo segundo del artículo 218 y los párrafos tercero y cuarto del artículo 349 del Reglamento del Registro Civil, aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958".

A juicio del Consejo de Estado esta disposición carece de sentido y debiera suprimirse. El artículo 97 de la Ley de 8 de junio de 1957 está derogado, en virtud de la disposición derogatoria de la Ley 20/2011, del Registro Civil. Es cierto que la Ley de 2011 dejó vigentes algunos preceptos de la Ley de 1957 con carácter transitorio, pero tales preceptos se refieren exclusivamente a los libros de familia expedidos antes de la entrada en vigor de la nueva ley (disposición transitoria tercera de la Ley 20/2011), a la extensión y práctica de asientos hasta que se desarrollen las correspondientes aplicaciones informáticas (disposición transitoria cuarta de la Ley 20/2011) y a la publicidad formal del Registro Civil no digitalizado (disposición transitoria quinta de la Ley 20/2011).

Además de estar derogada, la regla que la disposición adicional primera pretende inaplicar se refiere a la legitimación activa para promover o ser parte en los expedientes gubernativos. Hoy esta regulación está contenida en el artículo 42 de la Ley 20/2011 del Registro Civil, que dispone:

"1. Están obligados a promover sin demora la inscripción:

- 1º. Los designados en cada caso por la ley.
- 2º. Aquellos a quienes se refiere el hecho inscribible, sus herederos o representantes legales.
- 3º. El Ministerio Fiscal en el ejercicio de sus funciones con arreglo a las previsiones de esta Ley.

2. Las autoridades y funcionarios no comprendidos en el número anterior, a quienes consten por razón de sus cargos los hechos no inscritos, están obligados a comunicarlos al Ministerio Fiscal".

Si lo que se pretende es establecer una especialidad en la legitimación activa para promover el expediente de cambio de sexo en el Registro Civil, lo correcto es introducir la modificación que corresponda en la Ley 20/2011, del Registro Civil.

**Disposición adicional tercera. Prácticas, eventos y competiciones deportivas**

La disposición adicional tercera remite a "la normativa específica aplicable, nacional, autonómica e internacional" la regulación de las prácticas, eventos y competiciones deportivas. Como se ha señalado en la observación al artículo 26, esta remisión debe considerarse acertada y prudente, en la medida en que la separación por sexos en la práctica deportiva y, muy especialmente, en el deporte de élite está sujeta a normas que evolucionan al compás del consenso médico y del impulso de los organismos internacionales.

Con todo, dado que se trata de una materia que ha suscitado debate durante la tramitación del expediente, se reitera aquí la sugerencia de trasladar esta disposición al artículo 26 del anteproyecto.

Por lo demás, y en línea con lo observado por la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa, parece oportuno limitar la remisión al ámbito de competición en el deporte federado y no a cualquier práctica, evento o competición deportiva.

**Disposición final primera. Modificación del Código Civil**

Las modificaciones que esta disposición introduce en el Código Civil son terminológicas, de modo que las referencias al padre y a la madre se sustituyen por las expresiones "progenitor no gestante" y "progenitor gestante". Sin embargo, como ha destacado el Consejo General en su informe, estas modificaciones, además de terminológicas, son conceptuales, en la medida en que pretenden acomodar el lenguaje del Código Civil a la realidad de la filiación que resulta de personas del mismo sexo.

Desde esta perspectiva, la nueva terminología es correcta cuando se emplea para hacer referencia conjuntamente al padre y a la

madre, por ejemplo, en los artículos 132 (que legitima para el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación "a cualquiera de los dos progenitores"), 163 (cuando los progenitores tengan un interés opuesto al de sus hijos) o 170 (privación de la patria potestad de cualquiera de los progenitores).

La expresión "progenitor no gestante" se introduce en sustitución del término "padre" con la finalidad de abarcar los supuestos en los que los progenitores no sean solo un hombre y una mujer sino dos mujeres. Desde esta perspectiva su uso no plantea problemas, por ejemplo, en el artículo 124 (relativo a la eficacia del reconocimiento del menor), aunque puede resultar más cuestionable en artículos como el 137, que tiene por objeto la impugnación de la paternidad (por lo demás, en el apartado 2 de este artículo se mantiene la referencia a la "paternidad biológica").

En cambio, parece al Consejo de Estado que la expresión "progenitor gestante" debiera reconsiderarse cuando se aplica a la madre porque aquí su uso no se acomoda exactamente a la realidad. De un lado, como han manifestado muchas en asociaciones durante el expediente, es preciso reconocer que progenitor gestante será siempre la madre, con independencia de quién sea el otro progenitor -hombre o mujer- o incluso de que este sea desconocido (cabe traer aquí a colación la máxima paulina según la cual mater semper certa est). De otro, aunque es cierto que la nueva terminología se inserta únicamente en regulación sobre filiación, tampoco cabe desconocer que la maternidad es un concepto que trasciende el hecho puramente biológico de la gestación. De ahí que sea protegida por la Constitución Española, cuyo artículo 39 contiene una garantía institucional al obligar a los poderes públicos a asegurar "la protección integral (...) de las madres, cualquiera que sea su estado civil". Por todo ello, considera el Consejo de Estado que debiera evitarse el uso del término "progenitor gestante" y mantener la referencia a la madre en los artículos del Código Civil que regulan la filiación.

Con idéntico argumento, se sugiere reconsiderar la expresión "cónyuge supérstite gestante" en la nueva redacción que se da al artículo 958 bis del Código Civil, así como las referencias a la "persona trans gestante" en la disposición final decimotercera.

#### Disposiciones finales cuarta, quinta y sexta

En coherencia con las previsiones del artículo 60, las disposiciones finales cuarta, quinta y sexta modifican la legislación procesal contencioso-administrativa, civil y social para reconocer legitimación activa a "los partidos políticos, las organizaciones sindicales, las organizaciones empresariales, las asociaciones profesionales de personas trabajadoras autónomas, las asociaciones de personas consumidoras y usuarias y las asociaciones y organizaciones

legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersexuales o de sus familias" para intervenir - con el consentimiento y autorización de los afectados- en los procesos judiciales en defensa de los derechos e intereses de las víctimas de discriminación por orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales.

A ello se añade la legitimación activa para intervenir en la defensa de los intereses difusos:

"Cuando las personas afectadas sean una pluralidad indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a los organismos públicos con competencia en la materia, a los partidos políticos, las organizaciones sindicales, las organizaciones empresariales, las asociaciones profesionales de personas trabajadoras autónomas, las asociaciones de personas consumidoras y usuarias y las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersexuales o de sus familias".

De acuerdo con lo informado por el Consejo General del Poder Judicial, entiende el Consejo de Estado que esta legitimación pudiera resultar excesivamente amplia. Si bien se comprende que la norma responde a la loable finalidad de asegurar la máxima protección a las personas que sufren discriminación, no cabe desconocer que una legitimación tan extensa pudiera afectar negativamente a los intereses del colectivo protegido dado el riesgo de que se desvirtúe el ejercicio de la acción y se obstaculice el normal desarrollo del proceso.

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

Respecto a la modificación de la Ley de Jurisdicción voluntaria, procede reiterar las consideraciones formuladas en relación con la modificación de la mención registral de sexo de los menores de edad, así como en relación con la reversión de la modificación.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, por mayoría, es de dictamen:

Que, una vez tenidas en cuenta las observaciones de carácter esencial hechas a los artículos 27.2 y 75, y consideradas las restantes, en especial, las relativas a los artículos 38, 39.3 y 42, puede elevarse al Consejo de Ministros, para su aprobación, como proyecto de Ley el anteproyecto sometido a consulta".

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Madrid, 23 de junio de 2022

LA SECRETARIA GENERAL,

LA PRESIDENTA,

EXCMA. SRA. MINISTRA DE IGUALDAD.

1 <https://icd.who.int/browse11/l-m/es> - /http%3a%2f%2fid.who.int%2fid%2fentity%2f411470068 (consultado en 9 de junio de 2022).