

## DERECHO PENAL

Personas transgénero y violencia de género

**Gerard MOLINA FEBRERO**

Inspector de la Policía Nacional

Imaginemos a una mujer transgénero que no haya procedido a la rectificación registral relativa al sexo y que sea víctima de actos violentos por parte de su pareja de sexo y género masculino, **¿entraría dentro del ámbito de protección de la violencia de género?**

La cuestión no resulta baladí desde un punto de vista jurídico operativo, ya que, si se exige la rectificación registral de la mención relativa al sexo para poder considerarla como mujer para quedar dentro del ámbito de protección de la "violencia de género", estaremos dejando fuera de ese ámbito, en todo caso, a las mujeres transgénero de nacionalidad extranjera, ya que estas no van a tener la posibilidad de acceder al Registro Civil español para proceder a la rectificación registral. Además, estas mujeres transgénero de nacionalidad extranjera, en el caso de que estuvieran en situación irregular, quedarían también privadas del acceso a su regularización por vía excepcional por razones de violencia de género.

Como vemos, la cuestión es muy importante desde un punto de vista jurídico operativo y tras la entrada en vigor de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, *para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI*, esta cuestión no está exenta de polémica.

La Fiscalía General del Estado en su Circular 6/2011, de 2 de noviembre, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal*, ya se había pronunciado sobre este particular, señalando que la Circular 4/2005 al delimitar el ámbito de aplicación de la LO 1/2004, entendía incluido en el apartado 1 del artículo 153 a las **"parejas de distinto sexo formadas por transexuales reconocidos legalmente si el agresor es el varón y la víctima la mujer"**.

A este respecto, la Fiscalía recordaba que la Ley 3/2007 de 15 de marzo, *reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas* (hoy derogada por la Ley 4/2023), eliminaba los requisitos que se exigían por parte de los tribunales, al suprimir el requisito de la cirugía de reasignación sexual, consistente en procesos quirúrgicos a los que las mujeres y los varones transexuales se sometían para armonizar su sexo anatómico con su identidad.

En la mencionada Circular, la Fiscalía se plantea la cuestión con relación a aquellas mujeres transexuales que no han llevado a cabo la rectificación registral del cambio de sexo en el Registro Civil, y, por lo tanto, si esa ausencia de asiento registral deriva en que las mujeres transexuales que sufran o hayan podido sufrir violencia de género se vean privadas de su condición de víctima desde el punto de vista del artículo 1 de la LO 1/2004, o, si por el contrario, se les incluye bajo la protección de la tutela penal y competencial de la citada Ley, en la que despliegan todos sus efectos los derechos y medidas asistenciales previstas en el mismo texto legal.

La Fiscalía concluye que: **"Aun cuando la mujer transexual no haya acudido al Registro Civil para rectificar el asiento relativo a su sexo, si se acredita su condición de mujer a través de los informes médico forenses e informes psicológicos por su identificación permanente con el sexo femenino, estas mujeres transexuales, nacionales y extranjeras, pueden ser consideradas como víctimas de violencia de género"**.

Sobre esta cuestión hemos de tener en cuenta que el artículo 44.3 de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, señala que el **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, es decir que la ley trans ni exige informes médicos o psicológicos ni exige cirugía de reasignación sexual para poder ejercitar el derecho a la rectificación registral.

Por lo tanto, **¿entraría en contradicción el artículo 44.3 con el criterio de la Fiscalía que exige que, en los casos en los que no se haya acudido al Registro Civil a rectificar el asiento, la acreditación de su condición de mujer se deberá acreditar por medio de los informes médico forenses e informes psicológicos para poder ser consideradas víctimas de violencia de género?**

A nuestro juicio, y salvo cambio de criterio por parte de la Fiscalía, el que no sean necesarios informes médicos o psicológicos para la rectificación registral de la mención relativa al sexo en el Registro Civil no se opone al hecho de que, en el caso de la falta de rectificación registral que acreditaría la condición de mujer de la persona transgénero víctima de un acto de violencia se deba acreditar por otros medios como son los informes médicos. Es decir, en el caso de que la mujer transgénero haya rectificado la mención relativa a su sexo en el Registro Civil dicha modificación acreditará su condición de mujer y, en el caso de que no haya ejercitado su derecho, su condición deberá ser acreditada por otros medios como lo son los informes médico forenses.

Hemos de tener en cuenta que en un procedimiento penal de este tipo no solo están en juego los derechos de las víctimas transgénero, sino que también lo están los de la persona enjuiciada, por lo que la condición de mujer debe quedar suficientemente acreditada, ya que, de su acreditación o no va a depender que se le imponga al autor una pena mayor o menor; que la instrucción de la causa sea competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer o del juzgado de instrucción; que la víctima pueda acceder o no a la regularización excepcional en casos de ser una mujer trans extranjera en situación irregular; que se deban de activar o no los protocolos de protección policial en el ámbito de la violencia de género; que los órganos judiciales puedan acordar, en el caso de imposición de medidas de alejamiento, la utilización de instrumentos de tecnología adecuada para controlar el cumplimiento de las medidas de alejamiento impuestas con carácter cautelar en los procedimientos que se sigan por violencia de género; que una amenaza leve sin armas o instrumentos peligrosos sea delito menos grave o sea considerado leve y un largo etcétera.

Por lo tanto, a nuestro juicio, el criterio expuesto por la Fiscalía es el más lógico y el que garantiza con mayor acierto los derechos en juego de todas las partes de un procedimiento penal de este tipo. El criterio de la Fiscalía da preeminencia al sexo sentido frente al sexo registrado.

A pesar de lo anterior, el AAP Barcelona, Secc. 100, Nº 892/2023, de 11 de diciembre, niega la inhibición de un juzgado de instrucción al Juzgado de Violencia sobre la Mujer ante la falta de cambio registral de la mención relativa al sexo de una mujer transgénero que resultó fallecida. La defensa del acusado en su recurso alegaba la condición de varón al no existir cambio registral. El Ministerio Fiscal, que fue quien pidió la inhibición, argumenta que el sexo sentido por la víctima determina la competencia objetiva de dichos juzgados.

La Audiencia de Barcelona da razón a la defensa del acusado y se la quita al Ministerio Fiscal. En su auto, recuerda la Audiencia de Barcelona que *con el redactado de las primeras leyes que fijaron las particularidades de la violencia de género, Leyes Orgánicas 11/2003 y 1/2004, la cuestión no admitía dudas. Las personas transexuales quedaban fuera de la normativa. Y la razón no era otra que el estado de la legislación de la época no se orientaba, como ocurre con la vigente, a dar preeminencia al sexo sentido.*

***A partir de este concepto del sexo sentido, vinculado no solo a las personas transexuales, pero sobre todo en su caso, surge la cuestión de si las personas de sexo biológico masculino que se sienten mujeres pueden ser sujeto pasivo del delito conforme a las normas penales que combaten la lacra de la violencia de género. Esta es la cuestión que se suscita en el recurso frente a la tesis de la instructora, que ha hecho suya la posición del Ministerio Fiscal.***

Continúa la Audiencia barcelonesa, con referencia al artículo 44.3 (antes expuesto), señalando que *con este artículo el legislador ha querido dar preeminencia al sexo sentido sin sujetar el cambio registral de sexo a informes médicos o psicológicos o al inicio de terapias o tratamientos hormonales para adquirir los rasgos físicos propios del sexo sentido.*

***Si sólo nos quedamos en este precepto estimamos que sería factible optar por dar preeminencia al sexo sentido para afirmar la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Sin embargo, la lectura del artículo 46, en sus tres primeros apartados, nos lleva a otra respuesta.***

El artículo 46 de la Ley 4/2023 dice que:

"1. La resolución que acuerde la rectificación de la mención registral del sexo **tendrá efectos constitutivos a partir de su inscripción en el Registro Civil.**

2. **La rectificación registral permitirá a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición.**

3. **La rectificación de la mención registral relativa al sexo y, en su caso, el cambio de nombre, no alterarán el régimen jurídico que, con anterioridad a la inscripción del cambio registral, fuera aplicable a la persona a los efectos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género".**

Pues bien, una vez analizado los tres primeros apartados de este artículo 46, la Audiencia señala que **la atribución a la rectificación de la mención de sexo de un carácter constitutivo se erige en un primer obstáculo. Si el legislador hubiese otorgado carácter declarativo, también se favorecería una interpretación por la que el sexo sentido justificase la competencia de los referidos juzgados especializados. Pero no ha sido así y, además, el apartado 2 subraya que es a partir de la rectificación cuando se pueden ejercer los derechos inherentes a la nueva condición. No hay duda así de ese carácter constitutivo.**

Finalmente, resulta decisivo el apartado 3. **De la norma se infiere sin esfuerzo que sólo desde la rectificación se aplica o deja de aplicarse el régimen de protección frente a la violencia de género y, en su consecuencia, la asunción o no de la competencia por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.**

La Audiencia concluye que:

**Inferimos que el legislador ha actuado con prudencia para evitar el fraude de ley que se podría generar a partir de cambios de sexo para evitar la aplicación de la norma penal u otros fines contrarios a las normas. Pero es lo cierto que no ha dado una respuesta específica para el supuesto que aquí se suscita: El de aquellas personas que sintiéndose mujeres son víctimas de delito sin haber rectificado el sexo en el Registro Civil.**

**Por descontado, no albergamos ninguna duda que la víctima se consideraba una mujer y que tenía todo el derecho a ser tratada como tal y por el nombre Marcelina, que ella había elegido. Así se presentaba ante cualesquiera personas y organismos. Sin embargo, a la vista de los preceptos citados no podemos optar por atribuir la competencia a los juzgados especializados.**

**Como se infiere de lo que acabamos de exponer, no compartimos los argumentos expuestos en el recurso, en los que se ignora el estado de nuestra legislación. Pero la prevalencia del sexo sentido, que seguramente debe prevalecer ante la administración pública prestacional o asistencial, aquí no puede imponerse sobre el obstáculo legal que supone el artículo 46 de la ley citada.**

En el mismo sentido, el AAP Barcelona, Secc. 2ª, Nº 898/2023, de 15 de noviembre, en el que se resuelve la cuestión de competencia negativa suscitada entre un juzgado de instrucción y un Juzgado de Violencia sobre la Mujer al declararse ambos incompetentes. **En el caso tratado la denunciante era una mujer transgénero sometida a tratamiento hormonal y con una situación estable de transexualidad, pero que no había procedido al cambio de sexo en el Registro.** El Ministerio Fiscal informa en favor de atribuir la competencia a favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Sin embargo, la Audiencia de Barcelona vuelve a quitarle la razón en base a los siguientes argumentos:

*Consideramos pues, que, en este caso, y sin perjuicio de la documentación médica que acredita el sometimiento de la denunciante a tratamiento hormonal desde enero de 2020 y una situación estable de transexualidad (f. 66), **sigue siendo un varón, situación, en todo caso, no resuelta, administrativamente, puesto que sigue constando como tal como se aprecia en su documentación, sin que conste se hubiere iniciado trámite alguno para la rectificación registral exigible, que, aun cuando se lleve a efecto, no alteraría el régimen jurídico que le era de aplicación, en el momento de perpetración de los hechos, objeto de denuncia.***

*Y siendo esto así, entendemos que, a favor del reo, no puede hacerse ninguna interpretación extensiva y **considerar a la denunciante, varón, a efectos legales, no siéndole de aplicación, en consecuencia, las previsiones de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, por lo que a la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se refiere.***

La Audiencia barcelonesa atribuyó en esta ocasión también la competencia para instruir al juzgado de instrucción.

Como podemos observar, el Ministerio Fiscal sigue manteniendo la preeminencia del sexo sentido a la hora de considerar a las mujeres transgénero como mujeres con independencia del cambio registral, considerando que serían beneficiarias de la protección reforzada al estar dentro del ámbito de protección de la violencia de género. Sin embargo, se vislumbra un nuevo posicionamiento de nuestros órganos judiciales en los que parece que va a resultar determinante, en el procedimiento penal, el cambio registral de la mención relativa al sexo para que puedan ser consideradas mujeres, de manera que, si no lo hay al momento de suceder los hechos, las mujeres transgénero seguirán siendo varones a los efectos penales.

Desde un punto de vista policial operativo el optar por uno u otro criterio podría parecer que no tiene relevancia, pero, en realidad, sí la tiene. Veamos el siguiente ejemplo:

Imaginemos que debemos acudir a una llamada en el que una mujer transgénero ha sido agredida por su pareja varón, sufriendo unas lesiones que tan solo requieren una primera asistencia facultativa. La detención sería posible en ambos casos, ya que si seguimos el criterio de la Fiscalía los hechos serían constitutivos, al menos, de un delito menos grave de lesiones en el ámbito de la violencia de género (153.1 CP); si optamos por el criterio de la Audiencia Provincial de Barcelona y de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer que se inhiben en favor de los juzgados de instrucción en estos casos, también sería posible la detención al encontrarnos ante un delito menos grave de lesiones en el ámbito de la violencia doméstica (153.2 CP).

**Pero, ¿qué sucedería si lo que se hubiera producido fueran una amenazas de carácter leve sin utilización de armas o instrumentos peligrosos?** Lo que sucedería es que si el agente actuante opta por el criterio de la Fiscalía podría proceder a la detención del autor por la comisión de un delito menos grave de amenazas leves en el ámbito de la violencia de género (171.4 CP) y, en el caso de optar por el criterio de la Audiencia Provincial de Barcelona y de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer que se inhiben en favor de los juzgados de instrucción en estos casos, la detención tan solo sería procedente en los casos previstos en el artículo 495 LECrim., ya que nos encontraríamos ante un delito leve de amenazas leves en el ámbito de la violencia doméstica (171.7 CP).

**Y, ¿qué sucedería si fueran unas coacciones de carácter leve?** Nos encontraríamos en el mismo caso analizado en el párrafo anterior, si la consideramos mujer sería posible la detención del autor por la comisión de un delito menos grave de coacciones leves en el ámbito de la violencia de género (172.2 CP) y si la consideramos varón los hechos serían constitutivos de un delito leve de coacciones leves en el ámbito de la violencia doméstica (172.3 CP).

Pero los problemas operativos no acaban aquí, ya que su consideración como hombre o mujer, tiene importantes efectos en otras normas o protocolos de actuación, ya que si la víctima es considerada mujer se deberá realizar la valoración policial de riesgo (VPR) y activar el caso en la Sistema VIOGEN, en pro de garantizar su protección a través de las medidas policiales asociadas a los niveles de riesgo resultantes; realizar *a posteriori* las Valoraciones Policiales de Evolución del Riesgo (VPER) con la implementación de las medidas policiales de protección resultantes; se deberá, en función de esa consideración, informar a la víctima extranjera en situación irregular de la posibilidad de regularizar

su situación en territorio nacional por vía excepcional por razón de ser víctima de violencia de género y un largo etcétera.

Como conclusión a todo lo expuesto, entendemos que sería oportuno que el legislador optara por modificar aquellos aspectos de la legislación penal y procesal que permitieran garantizar que las víctimas que sean mujeres transgénero estén protegidas en el sentido que defiende la Fiscalía (criterio este que permitiría incluir dentro del ámbito de protección a las mujeres transgénero extranjeras), lo cual supondría una mayor seguridad jurídica para todos los operadores jurídicos que intervienen en este tipo de situaciones, entre los que se encuentran los agentes policiales como primeros intervinientes.

Por último, y aunque en el artículo nos hemos centrado en la condición de mujer o no de la víctima, igual problema se nos plantearía en el caso de que el autor fuera un hombre transgénero y la víctima una mujer, ya que de la consideración del autor como hombre o mujer dependería que los hechos por él cometidos fueran delitos menos graves o leves y que se incluyeran dentro del ámbito de protección de la violencia de género o de la violencia doméstica.

Descubre estas y otras cuestiones operativas en nuestros dos volúmenes del manual de SEGURIDAD CIUDADANA.

