

RESPUESTAS JURÍDICAS A CONCEPTOS
CONTROVERTIDOS: TRANSEXUALIDAD, CAMBIO DE SEXO
E INTERSEXUALIDAD, ABLACIÓN Y CIRCUNCISIÓN*

*LEGAL RESPONSES TO CONTROVERSIAL CONCEPTS:
TRANSEXUALITY, SEX CHANGE AND INTERSEXUALITY,
EXCISION AND CIRCUMCISION*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12, febrero 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 512-335

* Este trabajo de investigación se enmarca dentro del Programa Postdoctoral "Juan de la Cierva Formación 2017" del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, al que la autora está adscrita. Igualmente, para la redacción de este artículo se ha contado con la ayuda (con Ref. N° IT1066-16) concedida por el Departamento de Educación del Gobierno Vasco para apoyar las actividades de Grupos de Investigación del Sistema Universitario Vasco y con la ayuda de la Universidad del País Vasco para la movilidad y difusión de los resultados de investigación (convocatoria 2019).

Elena ATIENZA
MACÍAS

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de septiembre de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 12 de diciembre de 2019

RESUMEN: De acuerdo con la normativa que rige en nuestro país en la actualidad (en concreto 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) toda persona de nacionalidad española, mayor de edad y con capacidad suficiente para ello, puede solicitar la rectificación de la mención registral del sexo. Una novedad importante respecto del requisito de mayoría de edad acaeció en julio pasado: el Tribunal Constitucional en Sentencia 99/2019 de 18 de julio de 2019, consideraba inconstitucional que el precepto cuestionado (art. 1.1 de la Ley 3/2007) no permita cambiar el sexo registral (y, consiguientemente, el nombre) a los menores de edad, que, no obstante, tengan “suficiente madurez” y se encuentren en una “situación estable de transexualidad”, por entender que dicha prohibición supone una injerencia desproporcionada en su derecho a la intimidad y es contraria al principio que les garantiza un espacio de libertad en la conformación de su identidad, máxime, por tratarse de una norma automática y que no contempla régimen intermedio alguno –por ejemplo, cambio de nombre, pero no de sexo– para las situaciones de transición.

Este simpar posicionamiento jurisprudencial no sirve de pretexto, más que justificado, para abordar una serie de conceptos parientes o afines objeto de una sempiterna controversia.

PALABRAS CLAVE: Persona y personalidad; Registro civil; rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas; transexualidad; libre desarrollo de la personalidad; derecho a la intimidad personal.

ABSTRACT: *In accordance with the regulations currently in force in our country (specifically article 1.1 of Law 3/2007, of 15 March, regulating the rectification of the mention of the sex of persons in the register), any person of Spanish nationality, of legal age and with sufficient capacity to do so, may request the rectification of the mention of the sex in the register. An important novelty regarding the requirement of legal age occurred last July: The Constitutional Court in Ruling 99/2019 of July 18, 2019, considered unconstitutional that the provision in question (art. 1.1. of Law 3/2007) does not allow minors who are “sufficiently mature” and are in a “stable situation of transsexuality” to change their sex on the register (and, consequently, their name), on the grounds that this prohibition represents a disproportionate interference with their right to privacy and is contrary to the principle that guarantees them an area of freedom in shaping their identity, especially since it is an automatic rule that does not provide for any intermediate regime - for example, a change of name, but not of sex - for situations of transition.*

This unique case law is only justified as a pretext for dealing with a series of related or similar concepts that are the subject of constant controversy.

KEY WORDS: *Person and personality; Civil registry; rectification of the mention relating to the sex of persons; transsexuality; free development of personality, Right to personal privacy.*

SUMARIO.- PARTE PRIMERA: TRANSEXUALIDAD, CAMBIO DE SEXO E INTERSEXUALIDAD.- I. INTRODUCCIÓN.- II. DEFINICIÓN Y CONCEPTO.- I. Orígenes y precisiones terminológicas.- 2. Distinción entre figuras afines.- A) Transexualidad e intersexualidad.- B) Transexualidad, homosexualidad y travestismo.- C) Transexualidad y cirugía de reasignación sexual.- III. APROXIMACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA MÉDICA.- IV. APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO.- I. Posición jurisprudencial: Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Tribunal Supremo español.- 2. Respuesta de la legislación española.- A) Regulación a nivel estatal. a) La Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.- b) La elaboración de una Ley integral de la transexualidad. Especial referencia a la cobertura de la asistencia sanitaria.- B) Regulación en el ámbito autonómico. Algunos casos emblemáticos: Navarra y País Vasco.- PARTE SEGUNDA: ABLACIÓN Y CIRCUNCISIÓN.- I. DEFINICIÓN Y CONCEPTO.- I. Orígenes y precisiones terminológicas.- 2. Distinción entre figuras afines.- 3. Tipología.- II. APROXIMACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA MÉDICA.- III. APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO. - I. Normativa internacional.- 2. Normativa nacional.

PARTE PRIMERA: TRANSEXUALIDAD, CAMBIO DE SEXO E INTERSEXUALIDAD.

I. INTRODUCCIÓN.

El estudio de la transexualidad requiere una aproximación interdisciplinar que contemple no sólo la vertiente del Derecho —en especial, la dimensión de los derechos humanos— sino que ha de ser completada con la aportación de otras disciplinas como la Medicina, Psicología, Sociología, Ética, Filosofía, sin olvidar que ha sido objeto de intensos debates desde la Política, con los consecuentes vaivenes jurídicos que esta materia viene experimentando.

Constituye un verdadero hito la aprobación de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas (en adelante, Ley 3/2007) y más si cabe el encuadramiento de este tema en el seno del artículo 10.1 de la Constitución Española que proclama la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad —y de forma implícita el reconocimiento de un controvertido “derecho a la identidad sexual”—, resultando trascendental, en lo que a este análisis concierne, la supresión del presupuesto de la cirugía de

• Elena Atienza Macías

Investigadora Postdoctoral “Juan de la Cierva” del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades. Departamento de Derecho Público. G.I. Cátedra de Derecho y Genoma Humano. Universidad del País Vasco. Correo electrónico: elena.atienza@ehu.es

reasignación sexual como requisito inexcusable para la modificación registral, que venía exigiéndose por vía jurisprudencial (a través de sentencias de los Tribunales)¹.

La ventaja más reseñable de esta ley es que no exige intervención quirúrgica para que se produzca el cambio de nombre. Sin embargo, tiene los inconvenientes de que obliga a seguir tratamiento hormonal durante 2 años (con el consiguiente riesgo de esterilización) y que hace necesario para aplicarla un diagnóstico psiquiátrico, denominado “disforia de género”. Se trata además de una ley esencialmente de derecho civil —limitada al ámbito del Registro Civil— que no responde a todas las demandas de los colectivos afectados, actualmente encaminadas a una Ley de identidad de género integral o multidisciplinar que regule la transexualidad en todas sus vertientes, entre ellas, la relativa a la asistencia sanitaria. A este último aspecto sí han atendido Comunidades Autónomas como Navarra y País Vasco, a las que, por ello, les dedicamos una especial atención en esta lección.

II. DEFINICIÓN Y CONCEPTO.

I. Orígenes y precisiones terminológicas.

La transexualidad no es propiamente una realidad reciente (lo que es relativamente reciente es su tratamiento quirúrgico gracias a los progresos de la Medicina), existiendo desde muy antiguo y en diferentes culturas, si bien es en nuestra época cuando ha adquirido una acusada entidad social y científica. La primera definición data de 1953 y fue acuñada por H. BENJAMIN como “el deseo irreversible de pertenecer al sexo contrario al genéticamente establecido y asumir el correspondiente rol y de recurrir, si es necesario, a un tratamiento hormonal y quirúrgico encaminado a corregir esta discordancia entre la mente y el cuerpo”².

La terminología empleada para designar el fenómeno a examen no es uniforme y ello se refleja en el propio texto de la Ley 3/2007: por una parte, la Exposición de Motivos de esta ley habla de “transexualidad” y de “cambio de la identidad de género”, por otra parte, el artículo 4 de “diagnóstico de disforia de género” y de “tratamientos médicos para acomodar las características físicas a las correspondientes al sexo reclamado” o de “cirugía de reasignación sexual” mientras que la Disposición final segunda de casos de “disforia de género”. Con todo, “transexualidad” es el término por el que hemos optado no sólo porque resulta el más extendido sino porque es precisamente, el defendido por la propia

-
- 1 Sobre el particular véase la monografía de BUSTOS MORENO, Y.B.: *La transexualidad (De acuerdo a la Ley 3/2007, de 15 de marzo)*, Dykinson, Madrid, 2008.
 - 2 Con su obra *The Transsexual Phenomenon* (The Julian Press Publishers, New York) inaugura en 1966 los estudios médicos sobre esta materia y fruto de ello surgiría el conocido como “Síndrome de Harry Benjamin” respecto de la transexualidad a la que seguiría la constitución de la *Harry Benjamin International Gender Dysphoria Assotiation* (HBIGDA). Cfr. BENJAMIN, H.: *The Transsexual Phenomenon*, The Julian Press Publishers, New York, 1966.

comunidad transexual y por psicólogos. En la misma línea, “transexualismo” es la expresión mantenida, en la actualmente vigente, 10ª edición de la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-10, en su acrónimo) publicada por la Organización Mundial de la Salud (OMS), que se ocupa, a nivel internacional, para fines estadísticos relacionados con morbilidad y mortalidad. Se trata de un sistema diseñado para promover la comparación internacional de la recolección, procesamiento, clasificación y presentación de estas estadísticas y, en definitiva, compartir y comparar información sanitaria.

Con todo, la idea que subyace se refiere al transexual como una persona cuya identidad sexual o de género es contraria a su sexo biológico, en definitiva, su identidad sexual se encuentra en conflicto con su anatomía. Se trataría del *síndrome* psicosexual sufrido por quien presenta una discordancia entre el sexo que psicológicamente siente como propio y el que anatómica y registralmente le corresponde por sus órganos, lo que le hace recurrir a un tratamiento médico-quirúrgico para corregir aquella discordancia, procurando posteriormente que su nueva realidad se vea reflejada en el Registro Civil.

2. Distinción entre figuras afines.

A) *Transexualidad e intersexualidad.*

El diagnóstico diferencial debe hacerse, en primer lugar, con la intersexualidad. Se considera intersexual la persona que no puede ser identificada biológicamente de modo inequívoco como perteneciente al género femenino o masculino sobre la base de la existencia de particularidades cromosómicas, hormonales y/o anatómicas. En este sentido, el individuo presenta una ambigüedad sexual que *suele* expresarse a través de la presencia simultánea de órganos sexuales femeninos y masculinos, es decir, concurren elementos biológicos y fisiológicos de ambos sexos. Esta última afirmación, no es, obviamente, un patrón general. De hecho, en su concepción clásica, los “hermafroditas” (definidos más abajo) son lo que incorporan ambos sexos íntegramente; en los intersexuales, la coexistencia de índices de ambos sexos varía en cada caso. Se trata de una variación cromosómica originada durante el desarrollo gonadal en la etapa prenatal temprana, forjando una insuficiente diferenciación gonadal y genital.³ La condición intersexual procede de la concurrencia de subfactores ligados al sexo que no se alinean de manera integral con uno de los dos sexos (índices cromosómico, gonadal, morfológico interno y externo, hormonal, fenotípico y —también— sexo de asignación y de crianza e identidad sexual).

3 DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F.: “Problemas legales en el tratamiento médico de la disforia de género en menores de edad”, *ADOLESCERE, Revista de Formación Continuada de la Sociedad Española de Medicina de la Adolescencia*, Volumen VI, 2018, pp. 32-38.

El término “intersexual” pretende reemplazar las denominaciones más antiguas, tales como hermafrodita que puede suponer un sesgo discriminatorio. La palabra sexualidad deja abierta la cuestión de si se relaciona con un tercer sexo o si el sexo de la persona simplemente no ha sido o no puede ser determinado. Difiere del hermafroditismo, aunque a veces es utilizado como un sinónimo ya que, en su concepción clásica, los hermafroditas incorporan ambos sexos íntegramente y en los intersexuales, como señalábamos antes, la concurrencia de índices de ambos sexos varía en cada caso⁴.

Difiere asimismo del transexual en que éste es un individuo que sí tiene un sexo biológico inequívoco, pero siente que pertenece psicológicamente al otro sexo, por lo que a menudo opta por someterse a intervenciones médicas para alinear su cuerpo con su identidad sexual. Es por ello que la condición de transexual reviste mayor complejidad, ya que genera incluso más rechazo social que la intersexualidad al no poderse recurrir a razones meramente fisiológicas — como sí puede hacerse en la intersexualidad — que justifiquen esta discordancia.

En cuanto a la regulación en España, la inscripción de nacimiento debe realizarse en el plazo de 8 días, en virtud del artículo 42 de la Ley de 8 de junio de 1957 del Registro Civil (en adelante, LRC). En relación con los intersexuales, el artículo 93.2 LRC establece que cabe rectificar la inscripción mediante expediente gubernativo (sin tener que recurrir a los tribunales) en caso de «indicación equivocada del sexo cuando igualmente no haya duda sobre la identidad del nacido por las demás circunstancias» (en caso, por tanto, de inscripción no coincidente con el sexo asignado después). Este supuesto aparece desde 1957 y se completó con «la mención registral relativa al sexo de las personas en los casos de disforia de género» (esto es, los transexuales), con la reforma de la Ley 3/2007. Por tanto, los estados intersexuales son considerados, en relación con el sistema de acceso al Registro Civil, como errores originarios, rectificables mediante expediente gubernativo. Esta puntualización es útil para deslindar transexuales e intersexuales: si los primeros pretenden cambiar su sexo inscrito, los segundos pretenden corregirlo.

En cuanto a la jurisprudencia, nuestros Tribunales españoles se han referido a la diferencia entre transexualidad e intersexualidad en el contexto del debate acerca de la cobertura asistencial con cargo al Sistema Público de Salud de las operaciones de reasignación en los estados intersexuales, manifestando que, mientras el transexualismo se caracteriza por la identificación con el sexo opuesto, con convicción de pertenecer a él y deseo de cambio de sexo morfológico, la intersexualidad es un estado en el que el individuo muestra caracteres sexuales de

4 Cfr. LAUROBA LACASA, E.: “Las personas intersexuales y el derecho: Posibles respuestas jurídicas para un colectivo invisible”, *Derecho privado y Constitución*, núm. 32, 2018, pp. 11-54.

ambos sexos, como consecuencia de la configuración de sus cromosomas (véase las sentencias SSTSJ Madrid 23 de septiembre de 2005, Ar. 2005/2900) y País Vasco de 21 de junio de 200, Ar 2005/2428).

B) Transexualidad, homosexualidad y travestismo.

Al igual que ha venido aconteciendo en otros ámbitos, en la esfera jurídica ha existido comúnmente una confusión entre sexo, género y orientación sexual. De esta forma la transexualidad no se reconocía jurídicamente y se equiparaba a la homosexualidad. La persona homosexual, en cambio, se encuentra bien instalada en su género y sin atisbo de duda respecto a su identidad sexual, siendo precisamente a raíz de su despenalización en 1979 cuando podemos comenzar a hablar de la regulación de cuestiones relativas a la transexualidad de forma independiente.

Por su parte, en el travestismo no se siente aversión al propio sexo anatómico, encontrando el sujeto en el fetichismo del vestido medio de satisfacer la libido, pero sin que quepa duda de su identidad sexual.

C) Transexualidad y cirugía de reasignación sexual.

Habitualmente también se identifican los conceptos transexualidad y cirugía de reasignación sexual (o CRS) constituyendo este tratamiento médico-quirúrgico el cauce del que se vale el transexual para adecuar el sexo anatómico o biológico que le ha dado la naturaleza al que realmente vive y siente o psicosocial. Por tanto, desde el punto de vista médico la cirugía de reasignación sexual consistiría en procesos quirúrgicos que las mujeres y los hombres transexuales llevan a cabo para, en efecto, armonizar su sexo anatómico con su identidad sexual. Puede centrarse en los genitales —denominada cirugía de reconstrucción o reasignación genital— y en la que se pueden distinguir operaciones como la vaginoplastia, la metadoioplastia o la faloplastia. Asimismo, existen operaciones feminizantes o masculinizantes de caracteres sexuales no genitales, como puede ser una mastectomía o una cirugía facial.

La primera cirugía de este tipo que se dio a conocer a la luz pública fue la realizada en Copenhague a George (posteriormente Christine) JORGENSEN el 3 de diciembre de 1952. Este hecho avivó un intenso y polémico debate jurídico en torno a la admisibilidad o penalización de esta práctica médica. En España es clave el año 1983: el legislador despenaliza expresamente esta intervención (no constituiría delito), subsumida hasta esa fecha dentro del delito de lesiones (estas operaciones que modificaban el sexo anatómico quedaban encuadradas dentro de la llamada castración). El nuevo Código Penal —modificado por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo— mantiene esta misma tónica despenalizadora incluyendo en su

artículo 156, párrafo 1º la llamada cirugía transexual como uno de los supuestos en que el “consentimiento válido, libre, consciente y expresamente emitido” del paciente mayor de edad y capaz exime al facultativo de responsabilidad penal en el delito de lesiones.

III. APROXIMACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA MÉDICA.

Desde 1980, la transexualidad ha estado catalogada como un trastorno mental, figurando aun actualmente como tal, dentro de uno de los manuales internacionales de enfermedades de mayor alcance, esto es, la antes aludida 10ª edición de la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-10) de la OMS. Y con el término “Trastorno de Identidad de Género” se recogía, hasta 2013, en la 4ª edición del Manual diagnóstico y estadístico de enfermedades mentales o DSM-IV-R de la Asociación Norteamericana de Psiquiatría (versión ya derogada tras la publicación por dicha asociación de la 5ª edición del Manual diagnóstico y estadístico de enfermedades mentales o DSM-V, que es la edición en vigor desde el 18 de mayo del 2013).

Como consecuencia de dicha catalogación, existe un diagnóstico médico adosado a la disociación entre el sexo biológico y el género socialmente atribuido, conocido en psiquiatría, como “disforia de género” que, a grandes rasgos, hace referencia a la ansiedad asociada al conflicto entre la identidad sexual y el sexo asignado. De ello se hace eco la Ley 3/2007, que exige precisamente un informe diagnóstico de disforia de género como uno de sus presupuestos.

En los últimos años es cada vez mayor el número de expertos e investigadores de prestigio que defienden la descatalogación de la transexualidad como enfermedad mental. Entre las razones que son esgrimidas en favor de su despatologización (que no desmedicalización, pues como veremos la asistencia sanitaria integral es una de las reivindicaciones históricas de este colectivo no en base a una enfermedad sino a un llamémosle “malestar clínico significativo”) se alude a que este hecho colaboraría a erradicar la estigmatización que supone para la población transexual el ser calificada de “enferma”, presupuesto que acrecienta el rechazo social y la transfobia generalizada, y por otra parte, con tal desclasificación se pasaría del actual régimen de autorización, que implica el cumplimiento de unos protocolos de tratamiento (tales como el referido informe diagnóstico y tratamiento médico) a un régimen de autonomía informada.

Reflejo de estas demandas supone la publicación por la OMS de una nueva edición de su manual de enfermedades (el CIE-11, aprobado el 18 de junio de

2018)⁵ que entrará en vigor el 1 de enero de 2022 para sustituir a la vigente desde 1990 (el CIE-10). La nueva edición de esta guía de enfermedades reemplaza el término “transexualismo” por el de “incongruencia de género”, definido como condición relacionada con la salud sexual de una persona, en lugar de como un trastorno mental y de comportamiento. No solo cambia el nombre y la situación en el manual (en el capítulo de “condiciones relativas a la salud sexual”), también la definición. Hasta ahora, el CIE-10 calificaba la transexualidad como “un deseo de vivir y ser aceptado como miembro del sexo opuesto, por lo general acompañado de malestar o desacuerdo con el sexo anatómico, y de deseo de someterse a tratamiento quirúrgico u hormonal para hacer que el propio cuerpo concuerde lo más posible con el sexo preferido”. Ahora la definición –para adultos y adolescentes– será: “Una incongruencia marcada y persistente entre el género experimentado del individuo y el sexo asignado, que a menudo conduce a un deseo de ‘transición’ para vivir y ser aceptado como una persona del género experimentado a través del tratamiento hormonal, la cirugía u otras prestaciones sanitarias para alinear el cuerpo, tanto como se desee y en la medida de lo posible, con el género experimentado. El diagnóstico no puede asignarse antes del inicio de la pubertad. El comportamiento y las preferencias de género por sí solas no son una base para asignar el diagnóstico”.

La modificación que se ha efectuado es un logro para el colectivo transexual, que pide seguir avanzando en la despatologización total de la transexualidad. Esto implicaría que no fuera denominada y definida como “una incongruencia”, sino como una expresión de la diversidad humana.

Con todo, la transexualidad ya no estaría catalogada como un trastorno mental en los manuales internacionales de enfermedades de mayor alcance: en la Clasificación internacional de enfermedades de la OMS (a partir de 2022 con el CIE-11) cuya nueva edición reemplaza el término “transexualismo” por el de “incongruencia de género”, definido como condición relacionada con la salud sexual de una persona, en lugar de como un trastorno mental y de comportamiento y lo sitúa en el manual dentro del capítulo de “condiciones relativas a la salud sexual” frente a su ubicación como trastorno mental. Igualmente, la transexualidad queda excluida en el vigente Manual diagnóstico y estadístico de enfermedades mentales de la Asociación Norteamericana de Psiquiatría o DSM-V de la lista de trastornos mentales (o “Trastorno de Identidad de Género”, tal y como se denominaba en la anterior edición, DSM-IV-R) y se recoge con el término por el de “disforia de género”.

5 Cfr. ROBLES GARCÍA, R., AYUSO-MATEOS, J.L.: “CIE-11 y la despatologización de la condición transgénero”, *Revista de psiquiatría y salud mental*, Elsevier, núm. 2, vol. 12, 2019, pp. 65-67.

IV. APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO.

El punto de partida lo situamos en la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 1989, sobre la discriminación de los transexuales y particularmente en la Recomendación relativa a la condición de los transexuales que, ese mismo año, aprobaba la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en la que instaba al Comité de Ministros a elaborar un documento invitando a los Estados miembros a regular legislativamente los casos de transexualismo irreversible.

Al hilo de ello, las soluciones jurídicas de los Estados de la Unión Europea han sido dispares: algunos han ofrecido, en efecto, una respuesta legal a la transexualidad, otros se han movido en el ámbito puramente administrativo o tan sólo en el jurisprudencial. Suecia abrió camino mediante la Ley de 21 de abril de 1972 sobre determinación del sexo en casos establecidos. Le siguió Alemania con la Ley de 10 de septiembre de 1980 sobre el cambio de nombre y sobre la determinación de la pertenencia sexual en casos particulares. La Ley italiana núm. 164 de 14 de abril de 1982, "Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso". La Ley holandesa de 24 de abril de 1985. Con posterioridad, se fueron publicando sucesivas leyes en países tales como Turquía con la Ley de 12 de mayo de 1988, Dinamarca con la Ley de 1 de octubre de 1989 y Noruega y su Ley de 1 de agosto de 1993.

En España con la aprobación de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas se cubre el vacío legal en que se encontraba la transexualidad —que se iba salvando por vía de la jurisprudencia, en cierta medida contradictoria y oscilante— eliminando incertidumbres y aportando un mayor grado de seguridad jurídica.

I. Posición jurisprudencial: Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Tribunal Supremo español.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se ha pronunciado en significativas sentencias en torno a esta problemática, radicando el *quid* de la cuestión en los artículos 8, 12 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), referidos al Derecho al respeto de la vida privada y familiar; Derecho a contraer matrimonio y prohibición de discriminación, respectivamente.

En un principio la tendencia del TEDH fue poco proclive a las consecuencias jurídicas de la transexualidad. Este panorama cambia a partir de la emblemática sentencia de 25 de marzo de 1992 (Sentencia Lyne Botella contra Francia), en la que se condena al Estado francés por no reconocer el sexo psicosocial del demandante y considerar esta negativa un atentado al artículo 8 CEDH. Aunque

hubo de esperar a las trascendentales Sentencias I. y contra Reino Unido y Christine Goodwin contra Reino Unido dictadas con idéntica fecha, el 11 de julio de 2002, para hablar de un verdadero cambio de criterio. En ambas, se produjo la condena al Reino Unido por violar el derecho de los transexuales a la vida privada, a formar una familia y a contraer matrimonio conforme a su identidad sexual (artículos 8 y 12 del CEDH) ahora bien, una vez se había llevado a cabo la intervención quirúrgica.

Haciéndose eco de la jurisprudencia emanada del TEDH, el Tribunal Supremo español mantenía una posición firme respecto de exigir la cirugía de reasignación sexual —*conditio sine qua non* del cambio— para acceder al cambio de sexo y consecuentemente de nombre (Entre las sentencias del Supremo más significativas destacamos: STS de 2 de julio de 1987, STS 15 de julio de 1988, STS 3 de marzo de 1989 y STS de 19 de abril de 1991). Esta posición, tras la aprobación de la Ley 3/2007, es modificada en una sentencia clave, STS de 17 de septiembre de 2007, que, en concordancia con dicha norma, exime del requisito de la cirugía de reasignación sexual.

2. Respuesta de la legislación española.

A) Regulación a nivel estatal.

a) La Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

- Justificación y objeto.

La respuesta legal española a la transexualidad se hace descansar en derechos fundamentales reconocidos en el artículo 10 CE en la medida en que la propia ley señala que se trata de una realidad social que requiere una respuesta del legislador, para que la inicial asignación registral del sexo y del nombre propio puedan ser modificadas con el fin de garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de las personas cuya identidad de género no se corresponde con el sexo con el que inicialmente fueron inscritas. Este punto resulta crucial. Desde largo vienen reclamando los colectivos transexuales un derecho a la identidad sexual y esta ley parece reconocer, si bien de forma implícita, ese derecho a la identidad sexual o derecho a la identidad de género.

La Ley 3/2007 tiene por objeto regular los requisitos necesarios para acceder al cambio de la inscripción relativa al sexo de una persona en el Registro civil, cuando dicha inscripción no se corresponde con su verdadera identidad de género; contempla, igualmente, el cambio del nombre propio para que no resulte discordante con el sexo reclamado. La rectificación registral del sexo y el cambio

del nombre se dirigen a constatar como un hecho cierto el cambio ya producido de la identidad de género, de manera que queden garantizadas la seguridad jurídica y las exigencias del interés general. A tal efecto, dicho cambio de identidad habrá de acreditarse debidamente, y la rectificación registral se llevará a cabo de acuerdo con la regulación de los expedientes gubernativos del Registro civil (por ello, se reforma mediante esta Ley el artículo 54 de la Ley del Registro Civil, de 8 de junio de 1957).

- Presupuestos para la rectificación registral de la mención del sexo.

1. Diagnóstico de disforia de género. La acreditación del cumplimiento de este requisito se puede realizar mediante informe de médico o psicólogo clínico (la ley no exige que el diagnóstico de disforia de género lo emitan dos especialistas, simultánea o sucesivamente, sino que declara la alternatividad “médico o psicólogo clínico”) en el que se hará referencia:

a. A la existencia de disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante o sexo psicosocial, así como la estabilidad y persistencia de esta disonancia.

b. A la ausencia de trastornos de la personalidad que pudieran influir, de forma determinante, en la existencia de la disonancia indicada.

2. Tratamiento médico durante al menos 2 años. Dicho tratamiento está encaminado a acomodar las características físicas del sujeto en cuestión a las correspondientes al sexo reclamado. La acreditación del cumplimiento de este requisito se efectuará mediante informe, prefiriendo la ley que sea del médico que haya dirigido el tratamiento o, en su defecto, de un médico forense especializado.

La expresión legal “que (la persona) haya sido tratada médicamente” debe ser referida al tratamiento hormonal, si hemos de hacer caso al contexto médico —semejante tratamiento ofrece una continuidad temporal de la que carece una intervención quirúrgica— y normativo del precepto. Dicho tratamiento, según la Ley 3/2007, habrá de ser dispensado al menos durante 2 años para acomodar las características físicas a las que corresponden al sexo reclamado. En este sentido, la comunidad científica y médica internacional parece estar de acuerdo con un plazo como éste. Así, los especialistas en la materia afirman que los primeros efectos hormonales se empiezan a percibir entre la sexta y octava semana, completándose los cambios, aproximadamente, entre 6 y 24 meses.

Resulta fundamental el artículo 4.2 de la Ley 3/2007, que deja patente que “no será necesario para la concesión de la rectificación registral de la mención del sexo de una persona que el tratamiento médico haya incluido cirugía de reasignación

sexual". El hecho de que no se exija cirugía de reasignación sexual, constituye uno de los aspectos más significativos de la Ley española —y un cambio de enfoque respecto del criterio mantenido por el Tribunal Supremo español— que responde a una de las reclamaciones históricas del colectivo transexual.

Ahora bien, a pesar de no ser necesaria legalmente la cirugía de reasignación sexual, algunos transexuales deciden someterse a este tipo de cirugía y para ello se debe contar con el informe diagnóstico favorable, llevar un tiempo desde el inicio del tratamiento hormonal (previo), la mayoría de edad y la petición expresa y firmada de la persona demandante. En este contexto de tratamiento de hormonación y cirugía cobra especial relieve el derecho de información y la adecuada prestación del consentimiento informado prestado para ambos tratamientos por escrito, de forma expresa e individualizada, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 8 de 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.

Además, cabe señalar que los tratamientos médicos no son tampoco requisito necesario cuando concurren razones de salud o edad que imposibiliten su seguimiento y se aporte certificación médica de tal circunstancia. Cabe destacar, por tanto, cómo la Ley, además de eliminar el requisito que exigían los Tribunales de la cirugía de reasignación sexual, permite también excepcionar como requisito el tratamiento de acomodación física⁶.

- Procedimiento.

De acuerdo con el actual tenor literal de la Ley 3/2007 (artículo 1.1.), toda persona de nacionalidad española, *mayor de edad* y con capacidad suficiente para ello, puede solicitar la rectificación de la mención registral del sexo.

Hemos de subrayar una novedad importante respecto del requisito de mayoría de edad. El Tribunal Constitucional, Sentencia 99/2019 de 18 de julio de 2019, ha considerado inconstitucional que el artículo cuestionado (art. 1.1. de la Ley 3/2007) no permita cambiar el sexo registral (y, consiguientemente, el nombre) a los menores de edad, que, no obstante, tengan "suficiente madurez" y se encuentren en una "situación estable de transexualidad", por entender que dicha prohibición supone una injerencia desproporcionada en su derecho a la intimidad y es contraria al principio que les garantiza un espacio de libertad en la conformación de su identidad, máxime, por tratarse de una norma automática y

6 Advierte RUBIO TORRANO, E.: "Cambio de sexo" (jurídico), en AA.VV.: *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética* (ed. C.M. ROMEO CASABONA), Comares, Granada, 2011, p. 320 que esta posición "amplia y permisiva facilitadora del cambio registral de sexo puede conducir a una situación extrema y es que, si no ha habido cirugía de reasignación sexual ni tratamiento hormonal, bien pudiera suceder que no resultaran evidentes los cambios morfológicos que fundamentan la rectificación registral".

que no contempla régimen intermedio alguno –por ejemplo, cambio de nombre, pero no de sexo– para las situaciones de transición.

De esta forma hemos de entender⁷ que, tras esta sentencia del Constitucional, los menores de edad (en los que concurren los requisitos del art. 4 de la Ley 3/2007), con “suficiente madurez” y que se encuentren en una “situación estable de transexualidad”, podrán, por sí solos (sin necesidad de asistencia de sus representantes legales), pedir el cambio registral de sexo y el consiguiente cambio de nombre, debiendo, apreciarse la concurrencia de estos requisitos si bien caso por caso⁸.

En la actualidad, la Ley 3/2007, de 15 de marzo, permite la rectificación registral de la mención del sexo (y, por consiguiente, de nombre) a través de un expediente gubernativo, que se tramitará ante el Registro Civil del domicilio del solicitante⁹. Se ha producido un cambio ciertamente significativo respecto de la situación anterior en la que se había consolidado la vía judicial del proceso declarativo ordinario para la rectificación registral. En este sentido, tanto la Dirección General de los Registros y del Notariado como el Tribunal Supremo habían considerado la

7 Compartimos el atinado criterio de DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Transexualidad, minoría de edad, cambio de sexo y cambio de nombre” *Tribuna, Instituto de Derecho Iberoamericano*, octubre 2019, disponible en: <https://idibe.org/tribuna/transexualidad-minoria-edad-cambio-sexo-cambio-nombre/>

8 En efecto, el pasado 17 de diciembre de 2019, el Tribunal Supremo (Sala 1ª Pleno) núm. 685/2019 (rec. nº 1583/2015), tras dicha sentencia del Constitucional que avala que los menores transexuales “con suficiente madurez” puedan pedir un cambio de género, ha remitido a la Audiencia de Huesca el caso de un menor que comenzó la batalla legal en esta órbita, con el fin de que evalúe si se dan las circunstancias para permitirle llevar a cabo su propósito. En la mencionada sentencia del pasado mes de diciembre, la Sala de lo Civil del alto tribunal aplica la doctrina del Tribunal Constitucional, que considera inconstitucional el precepto de la Ley Reguladora de la Rectificación de la Mención Relativa al Sexo de las Personas de 2007 que impide a los menores y a sus progenitores instar la modificación de la referencia al sexo en el Registro. Es el caso de “Patrick”, un joven de ya casi 18 años de Benasque (Huesca) que nació con órganos sexuales femeninos y fue inscrito como mujer en el registro. Hace cinco años que acudió a los tribunales ante la negativa de permitirle cambiar de género. Con este reciente pronunciamiento el Tribunal Supremo admite su recurso contra la sentencia de la Audiencia de Huesca y obliga a este tribunal a que escuche al menor para comprobar si se cumplen los requisitos establecidos por el Constitucional para permitirle cambiar su género, esto es, que tenga “suficiente madurez” y que “se encuentre en una situación estable de transexualidad”. De ser así, el Supremo indica que su minoría de edad “no le priva de legitimación para solicitar la rectificación de la mención registral” y añade que “no haber estado sometido a tratamiento durante al menos dos años antes de la presentación de la demanda no le impide obtener la rectificación solicitada”. El Tribunal requiere que la Audiencia oiga al menor (en este caso concreto, Patrick) ya que, para contemplar su madurez y situación estable de transexualidad, no son suficientes las manifestaciones que sus padres han plasmado en varios escritos. Establece, asimismo, que la tramitación del caso por parte de la Audiencia sea de carácter “preferente”. Tras examinar el caso del menor (Patrick), el Supremo planteaba, como anunciábamos, una cuestión de inconstitucionalidad de la norma que fue la que dio paso al Constitucional a que dictase la sentencia (Sentencia 685/2019, de 17 de diciembre) que ahora aplica el alto tribunal. En ella, el Supremo detalla el caso de Patrick, que desde los tres años asumió “el rol genérico masculino” y estuvo totalmente adaptado al mismo: “Desde que era muy pequeño, manifestó sentirse varón y prefirió usar un nombre masculino”. Tras hacer un recorrido por la jurisprudencia que se remonta a los años 80, la Sala explica que “los menores no son ajenos a la problemática de las personas transexuales”. En ellos, -subraya el Tribunal- a los problemas que atañen los que son inherentes a la etapa de la infancia y la adolescencia. Se pronunciaba al respecto, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “El TS posibilita el cambio de sexo del menor de edad con suficiente madurez en situación estable de transexualidad” *Tribuna, Instituto de Derecho Iberoamericano*, diciembre 2019, disponible en: <https://idibe.org/noticias-legales/ts-posibilita-cambio-sexo-del-menor-edad-suficiente-madurez-situacion-estable-transexualidad/>

9 ALVENTOSA DEL RÍO, J.: “Menores transexuales. Su protección jurídica en la Constitución y legislación española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 107, 2016, pp. 153-186.

sentencia judicial como el cauce procesal adecuado para rectificar la inscripción registral de sexo del transexual. Frente a ello, La Ley 3/2007 se remite a la vía del expediente gubernativo que permite la rectificación sin necesidad de sentencia judicial firme.

En definitiva, la labor del legislador es encomiable por cuanto aborda la principal reivindicación de los colectivos directamente afectados, a saber, el reconocimiento legal de la rectificación registral de la mención del dato del sexo y del nombre propio del transexual, e igualmente significativo es que prescinda del requerimiento de la cirugía de reasignación sexual y que acuda al cauce del expediente gubernativo, desjudicialización por tanto el proceso.

C) La elaboración de una Ley integral de la transexualidad. Especial referencia a la cobertura de la asistencia sanitaria.

Hemos de dejar sentado que el legislador español, desde un principio, rechazó la opción legislativa de elaborar una ley integral sobre identidad de género. Así, la Ley 3/2007 es una norma que afecta, fundamentalmente, a cuestiones de derecho civil relativas a la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. En realidad, no se trata de una verdadera ley integral sobre la identidad de género.

Esta ley modifica la mención registral relativa al sexo de la persona, y, a través de esta modificación, se introduce una regulación sobre la identidad de la persona. Pero la identidad de la persona va mucho más allá de la mera rectificación registral. De esta forma se podría haber regulado de forma expresa una serie de cuestiones que se derivan del reconocimiento de la identidad de género: así, entre otras, la existencia de un derecho a la propia identidad sexual y de género, la atención integral de la salud de las personas transexuales, los incentivos a la investigación en el área de la transexualidad, las campañas y acciones de lucha contra la transfobia, la creación de un servicio de asesoramiento jurídico y de apoyo psicológico y social a los familiares y allegados de la persona transexual, y el diseño de una política de discriminación positiva en el empleo y en otros ámbitos jurídicos y sociales. Así, las asociaciones de transexuales vienen reivindicando la aprobación de una efectiva ley integral del derecho de identidad sexual o de género que contemple, no sólo ese aspecto de la rectificación registral, sino que incluya medidas en todos esos ámbitos y, con especial énfasis en el ámbito sanitario.

En cuanto a los aspectos sanitarios, partimos en este punto del artículo 43.1 CE que reconoce el derecho a la protección de la salud. Se entiende que la salud no sólo se define en no padecer enfermedad, sino más genéricamente, en el disfrute de un bienestar general, psíquico mental y social, que ayude a un pleno desarrollo personal. En este contexto hay que incardinar la necesidad de

tratamiento médico de las personas transexuales. En otro caso, se caería en una paradoja, en la medida en que los colectivos afectados solicitan la asistencia sanitaria integral (especialmente que se incluya la cirugía de reasignación sexual dentro del Sistema Nacional de Salud) pero por otro lado abogan por la despatologización de la transexualidad (siendo característica común de los transexuales, en cuanto pacientes, su negativa a ser tildados de enfermos). Por tanto, la argumentación más plausible sería el encuadramiento de la transexualidad dentro de la salud en sentido amplio, entendida ésta como aspiración a un bienestar integral.

En efecto, el Sistema Nacional de Salud no incluye actualmente en su cobertura sanitaria el tratamiento integral de reasignación de sexo.

En consonancia con la mencionada Resolución de 12 de septiembre de 1989, del Parlamento Europeo, en que se instaba a los estados miembros a posibilitar el acceso de las personas transexuales a una asistencia sanitaria integral, algunos países ofrecen esta cobertura tales como Holanda, Suecia, Noruega y Reino Unido.

Ante esta carencia de legislación en España, algunas Comunidades Autónomas han decidido asumir la protección sanitaria por su cuenta. En este sentido, Andalucía fue la Comunidad Autónoma que abrió camino, aprobando su parlamento en febrero de 1999 la prestación sanitaria a personas transexuales en el Sistema Sanitario Público Andaluz. Es de destacar que, en ese mismo año, la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía creó una Unidad de Trastornos de Identidad de Género en el Hospital Universitario Carlos Haya de Málaga, centro de referencia a nivel nacional ya que atiende a pacientes transexuales procedentes de otras Comunidades Autónomas. También en ese año Madrid y Cataluña iniciaron atención especializada en salud mental y endocrinología, si bien no incluirían intervenciones y reconocimiento oficial hasta 2007 y 2008, respectivamente. Es destacable a su vez que la Comunidad de Madrid puso en marcha en 2007 una Unidad Multidisciplinar de Atención de los Trastornos de Identidad de Género. Por su parte, el País Vasco incorporaba en 2008 la cirugía genitoplástica.

En definitiva, se trata de un asunto complejo y ampliamente discutido, constituyendo uno de sus principales escollos el elevado coste que suponen los tratamientos clínicos de reasignación sexual. Por ello, la asistencia sanitaria integral de ámbito público constituye una de las reivindicaciones históricas de la comunidad transexual. En un primer momento, se reclamó su inclusión a través de una Ley integral de identidad de género que resolviera no sólo cuestiones civiles, sino también de política social y sanitaria tanto en la proposición de ley de 2000 como en la tramitación parlamentaria de la Ley 3/2007. Desterrada la idea de una ley integral de género que aborde, entre otras, estas cuestiones sanitarias, los esfuerzos actuales se centran en la inclusión de la prestación en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud.

B) Regulación en el ámbito autonómico. Algunos casos emblemáticos: Navarra y País Vasco.

Por una parte, destacó la Comunidad Foral de Navarra —con La Ley Foral 12/2009, de 19 de noviembre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de los derechos de las personas transexuales— quien fue pionera en el tratamiento de la identidad de género y de la transexualidad de una forma integral y desde la óptica de los derechos humanos. De tal forma, se decantaba por una ley multidisciplinar que respondiese a las necesidades sanitarias —junto con las psicológicas y sociales— del colectivo transexual y a tal fin creó una cobertura sanitaria amplia canalizada en el sistema sanitario público de Navarra, que incluyese la formación de profesionales de la asistencia sanitaria y la edición de una guía clínica, así como la promoción de la investigación sobre la transexualidad.

Sin duda, esta ley supuso un gran avance en Navarra, pero resultó, con los años insuficiente y en 2017 esta ley quedó derogada por una norma más amplia, Ley Foral 8/2017, de 19 de junio, para la igualdad social de las personas LGTBI+ (personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales). Destaca su título III, específico para las personas transexuales, transgénero e intersexuales, dada la carencia de derechos que han sufrido históricamente. La ley foral no solo reconoce la voluntad de la persona a cambiar el sexo legal por el que es conocido, a todos los efectos, sino también la necesidad íntima de las personas transexuales, cuando así se expresa libremente, de recibir el tratamiento médico adecuado que les aproxime lo más posible en lo físico al sexo asumido. En este sentido, la atención integral a la salud de las personas transexuales incluye todo un conjunto de procedimientos definidos desde la psicología y la medicina para que la persona transexual pueda adecuar los caracteres sexuales secundarios y primarios, según cada caso, a su identidad de género, partiendo de la base obvia de que existe una diversidad de comportamientos y respuestas entre las propias personas transexuales.

A esta iniciativa le siguió la Comunidad Autónoma del País Vasco, que junto con Navarra abrieron camino en la regulación de la transexualidad de forma específica. Su normativa, aún en vigor, la Ley 14/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales. Siguiendo la estela de su predecesora prevé —al igual que en Navarra— la creación de una unidad de referencia en materia de transexualidad dentro de Servicio Vasco de Salud (Osakidetza) integrada por personal profesional de la atención médica, de enfermería, psicológica, psicoterapéutica y sexológica. Paralelamente, se recoge la creación de una guía clínica para la atención de las personas transexuales, con el objetivo de articular el suficiente consenso profesional en los campos afectados. Es reseñable que se prevé que el Servicio

Vasco de Salud proporcione —en el marco de las prestaciones gratuitas de la sanidad pública— los diagnósticos, los tratamientos hormonales y también las intervenciones plástico-quirúrgicas.

En la actualidad, otras comunidades autónomas como Andalucía y la Comunidad de Madrid cuentan cada una con dos leyes diferenciadas, una específica para las personas transexuales y otra para todo el colectivo LGTBI+. Por otra parte, Canarias y la Comunidad Valenciana tienen leyes solo para las personas transexuales, mientras que Aragón, Islas Baleares, Catalunya, Extremadura, Galicia y Murcia han aprobado legislación que se refiere de forma conjunta a la comunidad LGTBI+.

PARTE SEGUNDA: ABLACIÓN Y CIRCUNCISIÓN.

I. DEFINICIÓN Y CONCEPTO.

I. Orígenes y precisiones terminológicas.

La mutilación genital femenina -también denominada ablación- consiste básicamente en la extirpación o corte de parte o partes de los genitales externos de las mujeres, siendo las razones que se esgrimen para la perpetración de estas prácticas la religión, la costumbre y la tradición y la identidad sexual.

En 1990, con ocasión de la III Conferencia del Comité Inter-Africano sobre las prácticas tradicionales que afectan a la salud de las mujeres y los niños, se adoptó la expresión “mutilación genital femenina”, y se invitó a los Estados a abandonar otros términos como “circuncisión femenina” y “escisión” (muy común en África), por llevar a confusión y no describir toda la variedad de prácticas existentes.

Igualmente, la Organización Mundial de la Salud recomendó a la Organización de las Naciones Unidas que adoptara esa terminología, y desde entonces es la que suele ser utilizada en el contexto internacional. En efecto, la definición más reciente es la que ofrece la OMS en el pasado mes de enero de 2018, entendiendo por mutilación genital femenina todos los procedimientos consistentes en la resección parcial o total de los genitales externos femeninos, así como otras lesiones de los órganos genitales femeninos por motivos no médicos¹⁰.

2. Distinción entre figuras afines.

En efecto, se usan varias expresiones para describir la ablación o mutilación genital femenina como “circuncisión femenina” o “escisión” pero no todas tienen

¹⁰ Cfr. la obra monográfica de HERMIDA DEL LLANO, C.: *La mutilación genital femenina*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

el mismo sentido ni las mismas connotaciones e implicaciones, y por lo tanto conviene hacer algunas aclaraciones.

Por un lado, con respecto al término “escisión” cabe indicar que este concepto no puede ser equivalente al de “mutilación genital femenina” o “ablación”, en tanto que no engloba todas las variantes de esta práctica. La escisión es únicamente una de las modalidades de mutilación genital femenina existentes en la actualidad, pero no la única ni la más grave.

Por otro lado, también en ocasiones se consideran equiparables la circuncisión femenina y masculina, en la medida que ambos supuestos conllevan la extirpación de partes anatómicas de niñas y niños sanos. Sin embargo, el uso de “circuncisión femenina” para referirse a la mutilación genital femenina resulta incorrecto en tanto que sugiere que el procedimiento llevado a cabo es similar al empleado en la circuncisión masculina, cuando en realidad, en el caso de las mujeres y niñas se invade mucho más su cuerpo y resulta mucho más peligrosa.

Por su parte, la circuncisión masculina se refiere a la extirpación o amputación del prepucio del pene, lo que deja al descubierto el glande. También es conocida como Fimosectomía, es una de las intervenciones quirúrgicas hechas con más frecuencia en la infancia y probablemente una de las más antiguas, practicada con carácter ritual por las más primitivas tribus y por antiguas religiones como el judaísmo y el islamismo. Otros factores determinantes comunes de la circuncisión masculina son la etnia, la percepción de salud sexual y beneficios, y el deseo de ajustarse a las normas socioculturales. La circuncisión masculina es común en muchos países de África y es casi universal en el Norte de África y la mayor parte de África occidental.

Por todo ello, la ONU ha indicado que, desde una percepción basada en defensa de la salud y los derechos humanos de la mujer, el concepto que describe mejor este fenómeno es el de “mutilación genital femenina”, dado que la palabra “mutilación” acentúa la gravedad de esta práctica, dejando entrever la violación de derechos humanos fundamentales en las mujeres y niñas que la sufren.

3. Tipología.

Dentro del amplio concepto de mutilación genital femenina, podemos diferenciar distintas clases de intervención, que abarcan desde la ablación del prepucio del clítoris hasta la grave circuncisión faraónica o infibulación. En la actualidad, existen discrepancias entre los distintos autores dado que no todos distinguen las mismas graduaciones dentro de este fenómeno¹³. Siendo conscientes de ello, haremos referencia a la clasificación proporcionada por la OMS, por ser la respaldada por

la doctrina mayoritaria. En este sentido, la mutilación genital femenina se clasifica en cuatro tipos principales¹¹:

Tipo 1 - Este procedimiento, denominado a menudo clitoridectomía: resección parcial o total del clítoris (órgano pequeño, sensible y eréctil de los genitales femeninos) y, en casos muy infrecuentes, solo del prepucio (pliegue de piel que rodea el clítoris).

Tipo 2 - Este procedimiento, denominado a menudo escisión, consiste en la resección parcial o total del clítoris y los labios menores (pliegues internos de la vulva), con o sin escisión de los labios mayores (pliegues cutáneos externos de la vulva).

Tipo 3 - Este procedimiento, denominado a menudo infibulación, consiste en el estrechamiento de la abertura vaginal, que se sella procediendo a cortar y recolocar los labios menores o mayores, a veces cosiéndolos, con o sin resección del clítoris (clitoridectomía).

Tipo 4 - Todos los demás procedimientos lesivos de los genitales externos con fines no médicos, tales como la perforación, incisión, raspado o cauterización de la zona genital.

Por desinfibulación se designa la técnica consistente en practicar un corte para abrir la abertura vaginal sellada de una mujer previamente sometida a infibulación, lo que suele ser necesario para mejorar su estado de salud y bienestar y para hacer posible el coito o facilitar el parto.

II. APROXIMACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA MÉDICA.

En este apartado se abordan las consecuencias físicas y psicológicas de la práctica de la mutilación genital femenina.

La falta de transparencia que envuelve esta práctica obstaculiza la obtención de datos sobre las consecuencias que genera en la salud de las mujeres. Lo que es indudable es que afecta negativamente a la mujer, tanto a nivel físico como psicológico.

En primer lugar, en cuanto a los efectos físicos, la mutilación genital femenina puede provocar la muerte. En el momento de la intervención acarrea un gran dolor (ya que se practica normalmente sin utilizar anestesia) así como conmoción,

¹¹ Cf. FERNÁNDEZ DE CASTRO, P., PORTAL MARTÍNEZ, E., SERRANO GARCÍA, J.M.: *La mutilación genital femenina en España. Contexto, protección e intervención para su eliminación*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 20-21.

hemorragias y daños en los órganos que rodean el clítoris y los labios. Una vez practicada, la mujer puede experimentar retención de orina e infecciones graves. Por otro lado, el uso del mismo instrumento para realizar mutilaciones colectivas sin proceso previo de desinfección puede propagar el VIH. Muy habitualmente, las niñas padecen infecciones crónicas, hemorragias intermitentes, abscesos y pequeños tumores benignos del nervio que producen malestar y dolor extremo.

Las consecuencias de la ablación también quedan patentes durante el parto, momento en el que la herida (ya cicatrizada) puede desgarrarse. Obviamente, los efectos se agravan en el caso de la infibulación, en cuyo caso es necesario practicar un corte a la mujer en la zona genital para permitir la salida del bebé. En consecuencia, cuando la mujer no es asistida durante el alumbramiento, puede experimentar desgarros perineales u obstrucción al parto. Además, debe tenerse en cuenta que, tras el parto, se le vuelve a practicar a la mujer la infibulación (lo que se conoce como reinfibulación) y, las constantes incisiones y suturas de la zona genital tras cada parto pueden acarrear la formación de un fuerte tejido cicatrizal.

Paralelamente, la mutilación genital femenina conlleva efectos negativos en el libre desarrollo y en el disfrute de la sexualidad. La primera relación sexual se convierte en una experiencia sumamente dolorosa para la mujer, especialmente en el caso de las infibuladas. Además, en algunos casos, el dolor perdura en las sucesivas relaciones sexuales. Por otra parte, al ser el clítoris un órgano vinculado a la consecución del placer sexual y de los orgasmos, su mutilación parcial o total conlleva consecuencias negativas en la satisfacción sexual de las mujeres.

Por último, cabe indicar que junto con los efectos físicos y sobre la sexualidad, encontramos aquellos de carácter psicológico, ya que la mutilación genital femenina puede provocar ansiedad, depresión y psicosis. En ocasiones las mujeres presentan traumas derivados de la intervención o sufren síndromes de ansiedad crónica asociada a cualquier actividad vinculada a la zona genital y depresión ante la preocupación de la situación de sus órganos sexuales o el miedo a la infertilidad en la medida en que entre los efectos físicos que acarrea pueden causar la infertilidad.

III. APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO.

I. Normativa internacional.

La mutilación genital femenina constituye una de las categorías más graves de violencia contra la mujer y se encuentra prohibida a nivel internacional en la medida en que vulnera los derechos humanos y en especial, la proscripción de discriminación por razón de sexo, el derecho a la salud y los derechos del niño.

Son numerosos los mecanismos legales con los que cuenta la comunidad internacional para la defensa de los derechos humanos. En este ámbito destacamos la Declaración Universal de Derechos Humanos, que tomando como base el reconocimiento de los derechos fundamentales declara que “nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”. También hay que señalar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, junto con la Conferencia Internacional de la ONU sobre Población y Desarrollo, cuyos textos tratan el derecho al disfrute de la salud y el bienestar físico y mental y acentúan la promoción de una política pública educativa de los países afectados.

Como consecuencia de esos instrumentos, la comunidad internacional ha ido construyendo un consenso sobre el reconocimiento de distintas violaciones de derechos humanos de las que son víctimas las mujeres. Así nace la Convención de Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979. Y tomando como punto de partida la Convención se crea el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, órgano particularmente relevante en esta materia ya que adoptará la Recomendación General n.º 14 (1990) que recomienda que los Estados parte adopten medidas apropiadas y eficaces encaminadas a erradicar la práctica de la mutilación genital femenina. Con posterioridad, la Recomendación General n.º 24 (1999) de la Convención enfatiza que algunas prácticas culturales o tradicionales, como la mutilación genital de la mujer, conllevan también un elevado riesgo de muerte y discapacidad, y recomienda que los Estados parte garanticen leyes que prohíban la mutilación genital femenina.

2. Normativa nacional.

El Legislador español, incorporó de forma explícita a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, como delito autónomo y específico, la mutilación genital o ablación siendo recogida tal conducta en el artículo 149 párrafo 2 del Código Penal. Previamente esta conducta se incluía dentro del delito de lesiones “genérico”. El delito de mutilación que se prevé en dicho artículo 149.2 del CP y aunque no haga una referencia expresa al sexo del sujeto pasivo, debe entenderse que éste será la mujer, sin que pueda tener encaje en él la circuncisión masculina. Tampoco alude a ningún motivo especial para realizar su conducta. Por tanto, podrá aplicarse, aunque no se lleve a cabo por razones culturales.

BIBLIOGRAFÍA.

ALVENTOSA DEL RÍO, J.: "Menores transexuales. Su protección jurídica en la Constitución y legislación española", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 107, 2016.

BENJAMIN, H.: *The Transsexual Phenomenon*, The Julian Press Publishers, New York, 1966.

BUSTOS MORENO, Y.B.: *La transexualidad (De acuerdo a la Ley 3/2007, de 15 de marzo)*, Dykinson, Madrid, 2008.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "El TS posibilita el cambio de sexo del menor de edad con suficiente madurez en situación estable de transexualidad" *Tribuna, Instituto de Derecho Iberoamericano*, diciembre 2019, disponible en: <https://idibe.org/noticias-legales/ts-posibilita-cambio-sexo-del-menor-edad-suficiente-madurez-situacion-estable-transexualidad/>

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Transexualidad, minoría de edad, cambio de sexo y cambio de nombre" *Tribuna, Instituto de Derecho Iberoamericano*, octubre 2019, disponible en: <https://idibe.org/tribuna/transexualidad-minoria-edad-cambio-sexo-cambio-nombre/>

DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F.: "Problemas legales en el tratamiento médico de la disforia de género en menores de edad", *ADOLESCERE, Revista de Formación Continuada de la Sociedad Española de Medicina de la Adolescencia*, vol. VI, 2018.

FERNÁNDEZ DE CASTRO, P., PORTAL MARTÍNEZ, E., SERRANO GARCÍA, J.M.: *La mutilación genital femenina en España. Contexto, protección e intervención para su eliminación*, Dykinson, Madrid, 2018.

HERMIDA DEL LLANO, C.: *La mutilación genital femenina*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

LAUROBA LACASA, E.: "Las personas intersexuales y el derecho: Posibles respuestas jurídicas para un colectivo invisible", *Derecho privado y Constitución*, Número 32, 2018.

ROBLES GARCÍA, R., AYUSO-MATEOS, J.L.: "CIE-II y la despatologización de la condición transgénero", *Revista de psiquiatría y salud mental*, Elsevier, núm. 2, vol. 12, 2019.

RUBIO TORRANO, E.: "Cambio de sexo" (jurídico), en AA.VV.: *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética* (ed. C.M. ROMEO CASABONA), Comares, Granada, 2011.

