

Audiencia Provincial de Barcelona, Auto 892/2023 de 11 Dic. 2023, Rec. 908/2023

Ponente: Amo Sánchez, José Manuel del.

Nº de Auto: 892/2023

Nº de Recurso: 908/2023

Jurisdicción: PENAL

ECLI: ES:APB:2023:13467A

5 min

El Juzgado de Instrucción es el competente para conocer de un delito de violencia de género en el que el fallecido, siendo biológicamente hombre, se sentía mujer

COMPETENCIA JUDICIAL. Del Juzgado de Instrucción para conocer de un delito de violencia de género en que el fallecido, siendo hombre, se sentía mujer. Concepto de sexo sentido. 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. Sin embargo, la rectificación registral de la mención de sexo tiene carácter constitutivo, y no meramente declarativo lo que implica que sólo a partir de la rectificación es cuando se pueden ejercer los derechos inherentes a la nueva condición. 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 prevalencia del sexo sentido debe prevalecer ante la administración pública prestacional o asistencial, pero no en el ámbito penal. La AP Barcelona estima el recurso de apelación interpuesto contra el auto que acordó la inhibición de la causa al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, y mantiene la competencia del Juzgado de Instrucción núm. 26 de Barcelona.

TEXTO

AUDIENCIA PROVINCIAL

BARCELONA

Sección Sexta

ROLLO núm. 908/2023-V

CAUSA: JURADO núm. 1/2023

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN núm. 26-Barcelona

AUTO

Tribunal

D. José Manuel del Amo Sánchez

D^a. Paula Ramon Vidal

D^a. Laura Gómez Lavado

En Barcelona, a once de diciembre de dos mil veintitrés.

HECHOS

PRIMERO.- En la causa anotada al margen, en fecha 16 de noviembre de 2023 se dictó auto en el que se acordaba *desestimar el recurso de reforma interpuesto por la defensa del investigado Ismael contra el auto de 2 de noviembre de 2023, por el que se dispuso la inhibición de la causa al Juzgado de Violencia sobre la mujer.*

SEGUNDO.- Con carácter subsidiario se interpuso recurso de apelación, que fue admitido.

El Ministerio Fiscal se opuso por informe fechado el 16 de noviembre.

Tras estos trámites se elevó testimonio a esta Sala, en la que ha dado lugar al presente rollo que se ha registrado con el núm. 908/2023.

TERCERO.- Es ponente el magistrado José Manuel del Amo Sánchez, que expresa el parecer del tribunal.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- *Combate el recurrente la inhibición acordada por la instructora a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer de Barcelona. Se fundamenta el recurso en la condición de varón del fallecido. Frente a esta tesis, 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 cuestión planteada es ciertamente compleja. Dice el [artículo 87.er.1, a\) de la Ley Orgánica del Poder Judicial \(LA LEY 1694/1985\)](#) al fijar la *competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer*: " *Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán, en el orden penal, de conformidad en todo caso con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LA LEY 1/1882), de los siguientes supuestos:*

a) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, contra el honor o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género".

Con el redactado de las primeras leyes que fijaron las particularidades de la violencia de género, Leyes Orgánicas 11/2003 (LA LEY 1490/2003) y 1/2004 (LA LEY 1692/2004), 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 sólo 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.

La cuestión no puede resolverse sólo con las normas penales o con la norma competencial transcrita. Los preceptos penales se refieren a la esposa o a la mujer y no se han incluido de forma expresa a las personas trans que han adoptado la condición de mujer.

Invoca el Ministerio Fiscal diferentes normas que, a su juicio, justifican la inhibición. Consideramos que resulta decisiva para abordar la cuestión la [Ley 4/2023, de 28 de febrero \(LA LEY 2336/2023\)](#), para la *igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.*

En concreto, vamos a referirnos a sus artículos 44.3 y 46 de la citada ley. Dice el artículo 44.3: *" 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".

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.

Dice la norma: " 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 \(LA LEY 1692/2004\)](#)".

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*.

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 definitiva, el recurso se estima.

SEGUNDO.- Se declaran de oficio las costas causadas.

VISTOS los preceptos legales citados y los demás de aplicación.

La Sala RESUELVE:

ESTIMAMOS EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por Ismael contra el auto de 16 de noviembre de 2023, por el que se acordaba desestimar el recurso de reforma contra el auto de 2 de noviembre de 2023, por el que se acordó la inhibición de la causa, y, en consecuencia, **REVOCAMOS** ambas resoluciones *y mantenemos la competencia del Juzgado de Instrucción* núm. 26 de Barcelona.

Se declaran de oficio las costas causadas.

Notifíquese a las partes, haciéndoles saber que contra la presente resolución no cabe recurso ordinario alguno, y dedúzcase testimonio de la misma, que se remitirá al Juzgado de Instrucción antes indicado, para su conocimiento y demás efectos.

Así lo resuelven y firman el Sr. Magistrado y las Sras. Magistradas de la Sala; de lo que doy fe.