



Informe sobre ANTEPROYECTO DE LEY INTEGRAL DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA IDENTIDAD Y EXPRESIÓN DE GÉNERO EN LA COMUNITAT VALENCIANA.

Con fecha 4 de julio de 2016 se envía a esta Abogacía el citado anteproyecto, solicitando informe, que se desea se emitido con la máxima premura.

De acuerdo con lo establecido en la Ley 10/2005, de 9 de diciembre de la Generalitat de Asistencia Jurídica a la Generalitat, el Decreto 84/2006, de 16 de junio, del Consell por el que se aprueba el Reglamento de la Abogacía General de la Generalitat, el Decreto 24/2009, de 13 de febrero del Consell, y la Ley 5/1983, de 30 de diciembre, del Consell, se emite el siguiente

INFORME

Primero.- Resulta preceptivo el informe de esta Abogacía, y también el futuro Dictamen del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, según dispone la Ley 10/1994, de 19 de diciembre, de La Generalitat, por la cual se creó.

Segundo.- El anteproyecto de Ley remitido para informe tiene por objeto establecer un marco normativo adecuado para garantizar el derecho de autodeterminación de género de las personas que manifiesten una identidad de género sentida diferente a la asignada en el momento del nacimiento, así lo proclama su artículo primero.

La disposición proyectada basa la posibilidad de su dictado en, como acertadamente apunta su parte expositiva, que el Estatut d'Autonomia de la Comunitat Valenciana contempla, en el Título II relativo a los derechos de los valencianos y valencianas, obligaciones para la Generalitat de defender y promover el adecuado ejercicio de los derechos y deberes fundamentales de su



GENERALITAT VALENCIANA
PRESIDÈNCIA
Advocacia General de la Generalitat

ciudadanía, y le atribuye, como concretas competencias a esgrimir contempladas en el Título IV del Estatut y que sirven de concreto fundamento a la norma en elaboración las de organización administrativa y de los servicios públicos; la protección y tutela de los menores, servicios sociales según el art. 49.1.24ª del Estatut d'Autonomia, regulación, administración y gestión de la enseñanza según el art. 53, y la sanidad sobre la base de los artículos 49.1.11ª y esencialmente el 54 del Estatut d'Autonomia de la Comunitat Valenciana.

Así pues, la norma regulará aspectos comprensivos de todas y cada una de estas materias sobre la base de la idea, tanto unificadora como finalista de la norma, del reconocimiento integral del derecho a la identidad y expresión de género para procurar garantizar el derecho de autodeterminación de género de las personas que manifiesten una identidad de género sentida diferente a la asignada en el momento del nacimiento, utilizando para ello un planteamiento de atención integral en las diversas materias que afectan a la situación de las personas trans.

Y ello debe hacerse -tal y como también acertadamente dice la Exposición de Motivos- sin necesidad de interferir en las competencias estatales o de otras administraciones, entro lo cual expresamente se refiere a que no define cuáles son los presupuestos para el cambio de nombre o sexo registral en el registro civil -que se contienen en la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, dictada al amparo del 149.1.8ª de la Constitución-, pues conceptúa sus propios ámbitos de actuación basándose en las necesidades de atención de las personas trans y en las manifestaciones de sus ciudadanos sobre un principio de libre manifestación de su condición y de la necesidad de amparo en la ley.

Como luego se dirá respecto a algún concreto punto del anteproyecto, la técnica normativa utilizada, mediante la que se aborda una concreta problemática de todo punto merecedora de atención, pero introduciendo nuevas posibilidades normativas referidas a varias materias singulares con su propia entidad y regulación pero sin modificación expresa de los específicos aspectos contenidos en las correspondientes regulaciones sectoriales para adaptarlos a la regulación pretendida, puede ocasionar algunas discordancias o confusiones.

Tercero.- Respecto a la estructura y contenido de la disposición proyectada, consta ésta de cincuenta y cinco artículos estructurados en cinco Títulos: Disposiciones Generales, Derechos, Tratamiento administrativo de la identidad de género, Atención y medidas en favor de las personas trans, Medidas de tutela administrativa, Infracciones y sanciones, dos Disposiciones Adicionales, una Transitoria, una Derogatoria, y dos Finales; considerándose que, en lo esencial, se adecua a las previsiones formales del Decreto 24/2009, de 13 de



GENERALITAT VALENCIANA
PRESIDÈNCIA
Advocacia General de la Generalitat

febrero, del Consell, sobre la forma, la estructura y el procedimiento de elaboración de los proyectos normativos de la Generalitat.

Cuarto.- Veamos ya su concreto contenido, centrándonos en aquello sobre lo cual se observa alguna conveniencia de precisión, entendiéndolo que nada se objeta al resto del articulado examinado:

Respecto al art. 9, referente a la documentación administrativa, y en concreto el 9.2 y 9.3.d), debe señalarse que esta regulación propuesta de la documentación administrativa a proporcionar, acorde a la identidad de género sentida por cada persona, pudiera producir confusión respecto a lo relativo a organización de la atención sanitaria, al no concordar exactamente con la regulación del SIP contenida en los artículos 17 a 19 de la Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud de la Comunitat Valenciana, en relación con la TSI regulada por el Real Decreto 183/2004, de 30 de enero, por el que se regula la tarjeta sanitaria individual.

En todo caso, el SIP es el documento administrativo que proporciona la correcta identificación y registro de todos los pacientes y usuarios del Sistema Valenciano de Salud. Debiera precisarse cuándo y cómo se producirán los oportunos cambios en un SIP, o si se va a utilizar otro documento y no el SIP.

Respecto al art 14.2.a) la redacción propuesta de la configuración de la previsión del derecho de acceso de las personas trans a los tratamientos de la cartera de servicios de forma libre y "*gratuita*" dificulta la delimitación con la competencia estatal sobre las bases en materia de sanidad (art. 149.1.16 CE) que, según interpreta el Tribunal Constitucional incluye la competencia para determinar la financiación de las prestaciones de la cartera de servicios.

Respecto a este título competencial, y en relación con los artículos 49.1.11ª y esencialmente el 54 del Estatut d'Autonomia de la Comunitat Valenciana, no desconoce esta Abogacía que puede resultar una tarea ardua y problemática el deslinde y delimitación de las atribuciones competenciales entre el Estado y las comunidades autónomas, en este caso la Comunitat Valenciana, en esta materia. Así, puede no resultar tarea fácil la delimitación entre el Estado y las comunidades autónomas en aquello enmarcado bajo el 149.1.16 de la Constitución como "*bases y coordinación general de la sanidad*", pero lo cierto es que el Tribunal Constitucional esto dijo, de forma clarificadora de las relaciones de distribución competencial entre el sistema normativo sanitario estatal y los autonómicos, en su Fundamento Jurídico Quinto, de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de junio de 2012:



GENERALITAT VALENCIANA
PRESIDÈNCIA
Advocacia General de la Generalitat

“Constatamos también entonces que, en materia de sanidad, «la Constitución no sólo atribuye al Estado una facultad, sino que le exige que preserve la existencia de un sistema normativo sanitario nacional con una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español, eso sí, sin perjuicio, bien de las normas que sobre la materia puedan dictar las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivas competencias... dirigidas, en su caso, a una mejora en su ámbito territorial de ese mínimo común denominador establecido por el Estado, bien de las propias competencias de gestión o de financiación que sobre la materia tengan conforme a la Constitución y a los Estatutos. Y se lo exige cuando en el art. 149.1.16 CE le atribuye las bases en materia de 'sanidad', para asegurar -como se ha dicho- el establecimiento de un mínimo igualitario de vigencia y aplicación en todo el territorio nacional en orden al disfrute de las prestaciones sanitarias, que proporcione unos derechos comunes a todos los ciudadanos» (mismo FJ 7), doctrina que ha sido reiterada recientemente, en la supra citada STC 22/2012, de 16 de febrero, FJ 3.

.....
Pues bien, en aplicación de la doctrina supra recogida, cabe concluir que la decisión acerca de quiénes deban ser beneficiarios de las prestaciones sanitarias y cuáles sean dichas prestaciones, pertenece indudablemente al núcleo de lo básico, pues define los ámbitos subjetivo y objetivo de la propia materia. En efecto, la definición de quiénes pueden considerarse asegurados y en consecuencia tener acceso al Sistema Nacional de Salud, así como las concretas prestaciones sanitarias que deben ser garantizadas a todos ellos, por integrarse en la «cartera común», permite establecer un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, el acceso a la sanidad por parte de todos los ciudadanos incluidos en el ámbito subjetivo de la norma, con independencia de su lugar de residencia. Vinculado con ello, forma lógicamente también parte del ámbito de lo básico la concreta definición de las diferentes modalidades de prestaciones sanitarias comunes (básicas, suplementarias o de servicios accesorios). Además, también por aplicación de nuestra doctrina (SSTC 98/2004, de 25 de mayo; y 22/2012, de 16 de febrero, FJ 3) cabe considerar como básica la definición del sistema de financiación de la sanidad, lo que incluye tanto la garantía general de financiación pública como, dentro de esta garantía, los supuestos en los que algunas prestaciones comunes que no son básicas (las «suplementarias» y de «servicios accesorios») pueden estar sujetas a una financiación adicional con cargo al usuario del servicio (tasa o «copago»). En efecto, la definición de la modalidad de financiación aplicable a las diferentes prestaciones sanitarias, y en qué supuestos procede el pago de aportaciones por sus destinatarios, tiene una incidencia central en la forma de prestación del propio servicio, constituyendo así también un elemento nuclear del propio ámbito objetivo de las prestaciones sanitarias, que en consecuencia debe ser regulado de manera uniforme, por garantizar el mínimo común de prestaciones sanitarias cubierto por financiación pública en todo el territorio nacional.



GENERALITAT VALENCIANA
PRESIDÈNCIA
Advocacia General de la Generalitat

.....”

Esto es, la “*gratuidad*” de los tratamientos -no sólo de las personas trans sino de todas- es algo que cuya delimitación competencialmente compete al Estado.

Ello, aparte de la indeterminación de la acepción “*tratamientos*”.

En el Sistema Nacional de Salud se engloban tanto actividades asistenciales de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación -cartera común básica-, como otras cuya provisión se realiza mediante dispensación ambulatoria y están sujetas a aportación del usuario, lo cual incluye la prestación farmacéutica, ortoprotésica y con productos dietéticos -cartera común suplementaria.

Al respecto, si la norma proyectada pretende que se comprenda la prestación farmacéutica dentro de la acepción “*tratamientos*” a continuación de la acepción “*gratuita*”, ello no es posible. El artículo 94 bis de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios, establece con carácter básico los porcentajes de aportación de los usuarios y sus beneficiarios en la prestación farmacéutica ambulatoria.

Y no sólo es que tenga carácter básico, es que se dicta al amparo del artículo 149.1.17ª de la Constitución, que otorga al Estado la competencia exclusiva en materia de régimen económico de la Seguridad Social, respecto a lo que la Comunitat Valencian tiene únicamente competencias de mera gestión, al amparo del artículo 54.2 de nuestro Estatuto de Autonomía.

Siendo materia comprendida dentro del título competencial “régimen económico de la Seguridad Social”, esta Comunidad Autónoma -las otras tampoco- no puede variar la regulación que de los porcentajes de aportación efectúa la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios.

En todo caso, pudiera precisarse y delimitarse qué significa, en términos de atención sanitaria, la acepción “*tratamientos*”.

Por último, respecto a este art. 14.2.a), debiera concretarse qué debe entenderse por acceso “*libre*” a tratamientos. Los pacientes y personas usuarias de la Sanidad tienen derecho a reclamar asistencia sanitaria y a que se les proporcione esta asistencia en condiciones de igualdad efectiva de acceso, pero las funciones de las profesiones sanitarias están regladas y es a los médicos a quien corresponde la decisión de realizar actos médicos.

También, debe precisarse el significado del acceso a tratamientos “*que les*”



GENERALITAT VALENCIANA
PRESIDÈNCIA
Advocacia General de la Generalitat

fuera de aplicación y no les estuvieran contraindicados”, pues parece correcto que un proceso de asistencia sanitaria “*contraindicado*” no deba llevarse a cabo jamás.

Debe decirse que ya en el expediente consta, respecto a este concreto artículo 14.2.a), la oportuna alegación de la D.G. de Asistencia Sanitaria de la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública.

Respecto al resto de apartados de este art. 14.2, se juzgan favorablemente, como especificación de los derechos de los usuarios y pacientes del Sistema Valenciano de Salud ya expuestos en los arts. 40 y sigs. de la Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud de la Comunitat Valenciana, debiendo verse también 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.

El art. 14.3.a) no es exactamente una prestación propia de inclusión en la cartera de servicios, pudiera variarse su encuadramiento sistemático en la norma. El paciente es el titular del derecho a la información, pero esto no es propiamente una prestación.

Y respecto al resto del 14.3, la Cartera de Servicios del Sistema Valenciano de Salud se regula en el art. 9 de la repetida Ley 10/2014; y debe tenerse claro que la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Salud se establece y regula en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, articulándose en las tres modalidades siguientes: común básica de servicios asistenciales, común suplementaria y común de servicios accesorios, pudiendo las comunidades autónomas, en el ámbito de sus competencias, aprobar sus respectivas carteras de servicios que incluirán, cuando menos, la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud en sus modalidades básica de servicios asistenciales, suplementaria y de servicios accesorios, garantizándose a todos los usuarios del mismo, a lo cual se refiere el artículo 8 quinquies de tal Ley, al regular la cartera de servicios complementaria de las Comunidades Autónomas, estableciendo que las comunidades autónomas deberán destinar los recursos económicos necesarios para asegurar la financiación de la cartera común de servicios, siendo preceptiva, para la aprobación de la cartera de servicios complementaria de una comunidad autónoma, la garantía previa de suficiencia financiera de la misma en el marco del cumplimiento de los criterios de estabilidad presupuestaria y que las comunidades autónomas asumirán, con cargo a sus propios presupuestos, todos los costes de aplicación de la cartera de servicios complementaria a las personas que tengan la condición de asegurado o



GENERALITAT VALENCIANA
PRESIDÈNCIA
Advocacia General de la Generalitat

de beneficiario del mismo.

Esto es, en la actualidad, la Cartera de Servicios del Sistema Valenciano de Salud es la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Salud, cuyo detalle se establece en el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el cual se establece la Cartera de Servicios Comunes del SNS y el procedimiento para su actualización, y la aprobación de servicios o prestaciones complementarios como cartera de servicios complementaria debe seguir y respetar las previsiones de dicho artículo 8 quinquies de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

Esta puntualización ya la efectúa también la Dir. Gral. de Presupuestos de la Conselleria de Hacienda y Modelo Económico, quien informa favorablemente el anteproyecto con fecha 5 de julio de 2016, pero advirtiendo que todas las actuaciones previstas respecto a tención sanitaria deben ajustarse a las previsiones de dicha Ley 16/2003, de 28 de mayo.

Dicho todo esto, no se dispone en el expediente de elementos para valorar si el contenido del art. 14.3 ya está incluido en la actual cartera de servicios o no.

En el art 15.2.b) pudiera sustituirse la alusión a "*quienes posean la tutela de la persona trans*" por la de sus "representantes legales"

En el 15.3, ya que se establece una limitación legal al ejercicio de la patria potestad debiera concretarse a quién se le otorga legitimación para recurrir la decisión de los padres (y, por tanto, quién debe ponderar el interés superior del menor).

En todo caso, y también por lo dispuesto en el siguiente apartado 15.4, los límites del consentimiento informado y consentimiento por representación se regulan en el art. 9 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.

Respecto al art. 22.2, ya relativo a las medidas en el ámbito de la educación y referido al contenido de los proyectos educativos de centro, viene posibilitado por el art 121 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, según el cual los centros establecerán sus proyectos educativos, pero en el marco de lo establecido por las Administraciones educativas. Deberá, eso sí, acometerse las oportunas variaciones de desarrollo reglamentario, como la del



GENERALITAT VALENCIANA
PRESIDÈNCIA
Advocacia General de la Generalitat

art. 102.2 del Decreto 234/1997; de 2 de septiembre, del Gobierno Valenciano, por el que se aprobó el Reglamento orgánico y funcional de los institutos de educación secundaria, o el 88.2 del Decreto 233/1997, de 2 de septiembre, del Gobierno Valenciano, por el que se aprobó el Reglamento Orgánico y Funcional de las Escuelas de Educación Infantil y de los Colegios de Educación Primaria.

Respecto al art. 45, relativo al concepto de persona interesada, se regula esto con carácter básico en el actual art. 31 de la Ley 30/1992 y en el de próxima entrada en vigor art. 4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

La razón de su incorporación a la norma es conferir expresamente a los efectos de la futura Ley la condición de interesados a asociaciones, entidades y organizaciones representativas de colectivos de personas trans y de defensa de los derechos humanos, utilizando la posibilidad prevista en los arts. 31.2 y 4.2 de las citadas normas.

Lo que no acaba de quedar claro es la dicción del art. 46.1, relativo a la inversión de la carga de la prueba según el cual cuando la persona interesada aporte hechos o indicios razonables, fundamentados y probados por cualquier medio de prueba admitido en derecho, de haber sufrido discriminación por razón de identidad o expresión de género, corresponde a aquél a quien se atribuye la conducta discriminatoria, la aportación de justificación probada, objetiva y razonable de las medidas adoptadas.

Por una parte, si los hechos o indicios razonables están "*fundamentados y probados por cualquier medio de prueba*" -según las reglas de necesaria observancia del art. 80 y 81 de la Ley 30/1992, se entiende- ya no hay inversión de la carga de la prueba porque los hechos están probados, y por otra, se entiende y comparte que a quien ha efectuado la conducta discriminatoria se le obligue a justificar probada, objetiva y razonablemente las medidas, pero esta justificación probada se supone que será de las medidas correctoras o reparadoras de la conducta discriminatoria, lo cual debiera especificarse y, en todo caso, no queda claro que tiene que ver esto con el concepto de inversión de carga de la prueba si, como se ha dicho, los hechos -discriminatorios- están probados por cualquier medio de prueba.

En todo caso, pudiera precisarse la redacción del art. 46.1 según lo que se pretenda, pareciendo que debe clarificarse lo esencial, que es la justificación de las medidas correctoras o reparadoras de la conducta discriminatoria probada según .



GENERALITAT VALENCIANA
PRESIDÈNCIA
Advocacia General de la Generalitat

El art 46.2 es innecesario y supone una clara extralimitación competencial. No puede legislarse sobre procesos penales, y ya existe el art. 137 de la Ley 30/1992, y en general la normativa básica sobre el ejercicio de la potestad sancionadora.

A la vista de todo lo expuesto, en conclusión, con las matizaciones, advertencias efectuadas, y con las salvedades debidas a las necesidades de corrección expuestas; a los efectos del artículo 44 del Decreto 24/2009, de 13 de febrero, se informa favorablemente el anteproyecto remitido.

Valencia, 6 de julio de 2016
El Abogado de la Generalitat



