La consulta plantea la posibilidad de introducir en las bases de datos la variable “género” en sustitución de “sexo”, y que esta variable incorpore tres posibles opciones de respuesta: a) hombre, b) mujer y c) otras identidades.

I

De acuerdo con la consulta planteada, la misma se realiza en el marco de lo regulado en el artículo 20 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y el artículo 7 de la Ley de las Illes Balears 11/2016, de 28 de julio, de igualdad de mujeres y hombres y del Plan de Igualdad municipal 2017-2021, aprobado en la sesión del pleno de Palma de 21 de diciembre de 2017.

Se trata por consiguiente, de dar cumplimiento al mandato contenido en los citados preceptos legales de garantizar la integración de modo efectivo de la perspectiva de género en la actividad ordinaria de los poderes públicos incluyendo sistemáticamente la variable de sexo en las estadísticas, encuestas y recogida de datos que lleven a cabo, actuación que, conforme a lo señalado en el artículo 7 de la Ley 11/2016, deberá ajustarse, entre otros al siguiente principio:

“Conseguir la eficacia en la incorporación de la perspectiva de género, por lo que se incluirá la variable «sexo» en todos los datos estadísticos, encuestas y registros autonómicos, con la finalidad de posibilitar un mejor conocimiento de las diferencias en los valores, los roles, las situaciones, las condiciones, las aspiraciones y las necesidades de mujeres y hombres, y la influencia de estos indicadores en la realidad que se analiza”.

Como puede observarse, la citada normativa se refiere exclusivamente a la variable “sexo” diferenciando exclusivamente entre mujeres y hombres.

Por el contrario, la consulta remitida, haciendo referencia a la Ley 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia, propone sustituirla

por la variable “género” incluyendo tres opciones de respuesta: a) hombre, b) mujer y c) otras identidades.

De acuerdo con los escuetos términos de la consulta, dicha variable se introduciría en las bases de datos, pero sin especificar en qué bases de datos, y la aportación de la información no sería de carácter obligatorio y así se indicaría en los sistemas de recogida de datos.

Por otro lado, no se especifica en la consulta los supuestos que deberían integrarse en la opción “otras identidades”, si bien por la referencia que se hace a la Ley 8/2016 habría de entender incluidos los supuestos regulados en la misma: personas lesbianas, gays, trans (transexuales y transgéneros), bisexuales e intersexuales.

Partiendo de lo anterior, hay que destacar que si bien existen iniciativas a nivel internacional que proponen abandonar el modelo binario, tal y como se ha realizado en algunos países, especialmente los miembros del Foro Asia Pacífico de Derechos Humanos, pudiendo citar al efecto el documento del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa sobre “Derechos humanos y personas intersexuales” de abril de 2015, e incluso en Alemania el Tribunal Constitucional, en una sentencia del año 2017 instaba al reconocimiento en el registro civil de dicho tercer género, estando en estos momentos en tramitación el correspondiente proyecto de ley, sin embargo la normativa española mantiene, al igual que la mayoría de los países europeos, el modelo binario.

Así se recoge en la Constitución española, señalando en su artículo 32 que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”. Y el Código Civil dispone en su artículo 44 lo siguiente:

“El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código.

El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”.

Y en este mismo sentido la clasificación binaria se mantiene en el artículo 170 del Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil, así como en las leyes citadas al principio de este informe, entre otras, sin perjuicio de las distintas iniciativas llevadas a cabo para evitar cualquier tipo de discriminación, como la Ley

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

Por lo tanto, la propuesta realizada en la consulta carece en nuestro ordenamiento jurídico del necesario soporte legal en el que ha de fundamentarse la actuación de las Administraciones Públicas.

II

Desde la perspectiva de la protección de datos de carácter personal, única respecto de la que corresponde pronunciarse a esta Agencia, los datos relativos a la vida sexual y a la orientación sexual son “datos sensibles” incluidos dentro de las categorías especiales de datos a la que se refiere el artículo 9 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos, RGPD).

De acuerdo con el citado precepto, la regla general es la prohibición de tratamiento de dichos datos, salvo que concurra alguna de las excepciones que establece en su apartado 2.

A juicio de esta Agencia, la excepción prevista en la letra j), por ser el tratamiento necesario con fines estadísticos, no resulta de aplicación, ya que la misma requiere que esté previsto en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado, y la normativa anteriormente citada únicamente contempla la variable “sexo”.

Por otro lado, dado que como señala la consulta la aportación de la información tendría carácter voluntario, indicándose así en los sistemas de recogida de datos, podría plantearse la justificación del tratamiento sobre la base del consentimiento expreso de los interesados al concurrir la circunstancia de la letra a) del citado artículo 9.2 RGPD: “el interesado dio su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados, excepto cuando el Derecho de la Unión o de los Estados

miembros establezca que la prohibición mencionada en el apartado 1 no puede ser levantada por el interesado".

No obstante, haciendo uso de esa habilitación, el artículo 9 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales ha dispuesto lo siguiente:

"1. A los efectos del artículo 9.2.a) del Reglamento (UE) 2016/679, a fin de evitar situaciones discriminatorias, el solo consentimiento del afectado no bastará para levantar la prohibición del tratamiento de datos cuya finalidad principal sea identificar su ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no impedirá el tratamiento de dichos datos al amparo de los restantes supuestos contemplados en el artículo 9.2 del Reglamento (UE) 2016/679, cuando así proceda".

Por consiguiente, dicho tratamiento tampoco podría realizarse sobre la base del consentimiento del afectado, careciendo, como ya se ha afirmado, del necesario soporte legal.

Dicha cautela encuentra su fundamentación, tal y como señala el precepto transcrito, en evitar situaciones discriminatorias, como las que podrían producirse al existir un registro público en el que constase la orientación sexual de las personas. Además, implicaría el tratamiento a gran escala de categorías especiales de datos, lo que requeriría la realización de una Evaluación de impacto relativa a la protección de datos conforme al artículo 35.3.b) del RGPD, salvo que la evaluación se realizara en la tramitación de la Ley que autorizara dicho tratamiento, debiendo dicha Ley establecer todas las cautelas y garantías necesarias para evitar cualquier uso indebido de dicha información y garantizar la seguridad de los datos.

Por consiguiente, la posibilidad de introducir en las bases de datos la variable "género" en sustitución de "sexo", y que esta variable incorpore tres posibles opciones de respuesta: a) hombre, b) mujer y c) otras identidades, carece en nuestro ordenamiento jurídico del necesario fundamento legal.

No obstante, podría realizarse el tratamiento de anonimizada, es decir, cuando se trate de información obtenida de manera anónima que no guarde

relación con una persona física identificada o identificable, ya que en estos casos no sería aplicable el RGPD.