

| ARTÍCULO

## Los derechos de las personas LGBTI: ¿hacia un derecho a la orientación sexual y la identidad de género?

### The rights of LGBTI people: moving towards a right to sexual orientation and gender identity?

José Martínez de Pisón Cavero  
Área de Filosofía del Derecho  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de la Rioja

Fecha de recepción 30/12/2019 | De aceptación: 28/02/2020 | De publicación: 15/06/2020

#### RESUMEN

Este trabajo tiene por objeto un estudio de los derechos de las minorías sexuales en el marco del sistema internacional de derechos humanos. Ni la Declaración Universal de Derechos Humanos, ni los tratados posteriores contemplan un derecho específico que reconozca y asegure una vida digna para el colectivo de personas LGBTI. Este artículo reivindica “un derecho a la orientación sexual y la identidad de género” que proteja la especial situación de estas personas en el mundo. Para ello, se estudia y analiza la labor del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas y se hace referencia a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

#### PALABRAS CLAVE

derechos personas LGBTI, orientación sexual, identidad de género, minorías sexuales, Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Consejo de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos

#### ABSTRACT

This work addresses the rights of sexual minorities within the framework of the international human rights system. Neither the Universal Declaration of Human Rights nor subsequent treaties contain a specific right that recognizes and ensures a decent life for members of the LGBTI community. This article argues “a right to sexual orientation and gender identity” is needed in order to protect the special situation of these people in the world. With that aim, the work of the United Nations High Commissioner for Human Rights and the United Nations Human Rights Council is studied and analyzed and reference is made to the jurisprudential doctrine of the European Court of Human Rights.

#### KEY WORDS

LGBTI people rights, sexual orientation, gender identity, sexual minorities, United Nations High Commissioner for Human Rights, Human Rights Council, European Court of Human Rights

**Sumario.** 1.- Breve introducción. 2.- Estado de la situación: los informes ILGA de *Homofobia de Estado*. 3.- Hacia los Principios de Yogyakarta. 4.- Las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos (CDH) relativas a la orientación sexual y la identidad de género. 5.- El Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) y los derechos de las personas LGBTI. 6.- Vías de protección de los derechos de las personas LGBTI. 7.- ¿Hacia un derecho a la orientación sexual y la identidad de género? 8.- Bibliografía.

## 1. Breve introducción.

La *Declaración Universal de Derechos Humanos* (DUDH), de 1948, proclama en su artículo 1 que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y que, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. Como ha sido ampliamente comentado, esta importante afirmación está inspirada en la primera frase de *El Contrato Social* de J. J. Rousseau, así como en los ideales de la revolución francesa y de la Ilustración. Desde entonces, los valores de libertad, igualdad y fraternidad, de dignidad y de igual estatus de derechos para todos los seres humanos, constituyen uno de los más importantes pilares de una “ética racional”, como afirmara hace tiempo Antonio Cassese, o, parafraseando a John Rawls, deberían suponer unos “mínimos criterios de justicia para todos”<sup>1</sup>.

Sin embargo, la realidad no es así. No hay nada más que echar un vistazo a nuestro alrededor para darnos cuenta de la enorme distancia entre las palabras y los hechos. Los mismos informes de Naciones Unidas, cuyo objetivo precisamente es la salvaguarda de los derechos reconocidos en la DUDH y en los documentos internacionales suscritos bajo su paraguas, muestran las dificultades en el cumplimiento de sus previsiones, de que no todos los seres humanos que habitan el planeta, son y nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

Esta circunstancia pone en cuestión no sólo el orden internacional creado para evitar la inhumanidad de un conflicto a escala mundial, sino las mismas bases conceptuales y filosóficas sobre las que se asienta. Como ya afirmara Judith Butler, en su introducción a *Deshacer el género*, una parte del problema reside en el mismo concepto de lo “humano” que es consustancial a los derechos. Butler

<sup>1</sup> El diplomático y especialista en derechos humanos, A. Cassese, hace tiempo que defendió el papel de los derechos humanos “como un nuevo *ethos*, como una importantísimo *preceptística humanitaria y laica*” y concluyó afirmando que “los derechos humanos constituyen el moderno intento de introducir la razón en la historia del mundo”. CASSESE, A.; *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, trad. de A. Pentimalli y B. Rivera, Barcelona, Ariel, 1991, p. 228, cursiva en el original.

puso de manifiesto que la atribución de lo “humano” es socialmente relativa y que eso tiene trágicas consecuencias: la de ser ciudadano o no serlo, la de tener derechos o no tenerlos, la de tener una vida viable o no, la de ser humano o medio humano, en suma.

Este enfoque tiene una importante repercusión en el conjunto de ciudadanos sobre cuyos derechos trata este trabajo. Los informes y las investigaciones Socio-jurídicas muestran a las personas LGBTI como uno de los colectivos más vulnerables desde la perspectiva de los derechos<sup>2</sup>. En algunos casos, incluso, como sujetos invisibilizados ante las actitudes de odio y de ostracismo social, de criminalización y violencia. De ahí que este calificativo de “no humano”, de situación transfronteriza, de sujeto sin derechos, etc., según Butler, sea claramente atribuible a las personas LGBTI y se debe a que, siguiendo a M. Foucault, el reconocimiento de lo humano, de su estatus y de sus derechos es una cuestión de “poder”. Es una cuestión de normas y de personas que niegan lo humano a quienes son humanos a pesar de serlo y de tener un proyecto de vida, aunque sea diferente a los planes normalizados. De ahí la importancia de reivindicar ese “igual estatus de derechos” para todos y, por qué no, un derecho a la orientación sexual y la identidad de género que proteja los derechos del colectivo LGBTI en su variedad y complejidad<sup>3</sup>.

Este trabajo tiene por objeto el estudio y el análisis socio-jurídico de los derechos de las personas LGBTI en el sistema internacional de derechos humanos<sup>4</sup>. Se es bien consciente de que la cuestión no

<sup>2</sup> En este trabajo se utiliza el acrónimo LGBTI para referirse al colectivo de personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales, salvo que sea una referencia a un texto en cuyo caso se copia el original. Se es consciente de que el problema de cada colectivo y de cada persona es mucho más complicado que unas letras que pueden no significar nada. Como afirma I. Álvarez, “se observa una ampliación del alcance de estos derechos, que se manifiesta en la cantidad de siglas que enumera. Es importante hacer notar que, en su origen, la expresión englobaba a la comunidad de personas lesbianas, gays, transexuales y bisexuales (LGTB). Pero a medida que ha ido pasando el tiempo, a medida que la diversidad ha ido tomando cuerpo, y a medida que se ha profundizado y desarrollado su mundo y sus peculiaridades, el acrónimo no ha hecho sino crecer, lo cual implica ciertos disensos a la hora de referirse a eso colectivos. El que suele ser más leído es LGTBI (Lesbianas, Gays, Transexuales, Bisexuales e Intersexuales). Pero también se ha visto LGTBIQ (Lesbianas, Gays, Transexuales, Bisexuales, Intersexuales y Queers) y su versión evolucionada e inclusiva en forma de LGTBIQ+. También se ha visto el LGTBQIA+, con la A en pleno discusión... También se ha leído LGBQTIIA...”. I. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “La organización de Naciones Unidas y los derechos de las personas LGTBI: nuevos avances y desafíos de siempre”, en F. J. MATIA PORTILLA, A. ELVIRA PERALES y A. ARROYO GIL, *La protección de los derechos fundamentales de personas LGTBI*, Valencia, tirant lo Blanch, 2019, p. 25.

<sup>3</sup> BUTLER, J., *Deshacer el género*, trad. de P. Soley-Beltrán, Barcelona, Paidós, 2016, pp. 14-15.

<sup>4</sup> Como afirma D. Montero, cuando se habla de los derechos LGBTI se hace referencia “a la necesidad de encontrar un reconocimiento legal y social a nuestra dignidad individual y colectiva, a la imprescindible eliminación de legislaciones restrictivas de derechos. Esto incluye un catálogo de reivindicaciones (legislativas pero también de implementación de políticas, sociales y hasta judiciales) que en unos países es más largo que en otros, y en unos casos tiene mayores urgencias que en otros (desde la necesaria salvaguarda primaria del derecho a la vida al reconocimiento a nuestra afectividad y a las formas en la institucionalizarnos)”. MONTERO GONZÁLEZ, D.; “Derechos humanos y derechos LGTB desde una perspectiva internacional”, 2007, 1, <https://www.fundacionhenrydunant.org/images/stories/biblioteca/derechos-personas-LGBTI/Microsoft%20Word%20-%20DERECHOS%20HUMANOS%20Y%20DERECHOS%20LGTB%20desde%20una%20perspectiva%20internacional.doc.pdf>

es pacífica. De que, con buenas razones, existe una clara diferencia entre quienes, por un lado, apoyan que, con la lucha y reivindicación de sus derechos, se trata tan sólo de exigir a los poderes públicos, a los organismos internacionales y a los actores sociales el reconocimiento y la implementación de los derechos fundamentales ya recogidos en la DUDH, en los tratados internacionales o en las constituciones nacionales. No se trata, según esta posición, de pedir, de “rogar” el establecimiento de un “derecho especial” para las personas LGBTI, sino, única y exclusivamente, de que se cumplan los imperativos jurídicos ya previstos, de que funcionen las garantías legales e institucionales para que se ejerciten, ejecuten y materialicen los derechos de todos, incluida la comunidad LGBTI, en condiciones de igualdad<sup>5</sup>. La idea y la defensa de la universalidad de los derechos refuerza y potencia esta importante reclamación.

Pero, como ha escrito la profesora Monereo Atienza, a pesar de las afirmaciones de la DUDH y de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), “la realidad es que la orientación y la identidad sexual ni siquiera se nombran expresamente como causas directas de discriminación, y quedan englobadas en la cláusula abierta que establece discriminación por otras razones de diversa índole. Esto conlleva que constantemente en cualquier tema o ámbito sea necesaria la justificación de su inclusión, alegando la igual dignidad y derechos de todas las personas en su conjunto y, así pues, también de los miembros del grupo LGBTI en concreto. De ello se deduce que el principio de soberanía nacional en la apreciación del margen en los derechos sigue desafortunadamente presente”<sup>6</sup>.

En la lucha por los derechos de las personas LGBTI es constatable esta dualidad en el enfoque de sus exigencias de reconocimiento. Personalmente, mi simpatía está del lado de quienes defienden el principio de universalidad de los derechos humanos, pero para todos los individuos, incluidos los

---

<sup>5</sup> Entre otros, la Alta Comisionada para Derechos Humanos (ACNUDH), Navi Pillay, ha sido bien clara en la defensa de esta idea: “La protección de las personas sobre la base de su orientación sexual e identidad de género no exige la creación de nuevos derechos ni que se concedan derechos especiales a las personas LGBT. En realidad, solo es necesario que se cumpla la garantía aplicable universalmente de no discriminación en el goce de todos los derechos...” Y en la conclusión al documento de 2012 aún apunta algo más: “Como se señaló a lo largo de los capítulos que anteceden, la protección las personas LGBT contra la violencia y la intimidación no exige la creación de una nueva serie de derechos específicos para ellas ni el establecimiento de nuevos estándares internacionales de derechos humanos... Las obligaciones que incumben a los Estados de proteger contra las violaciones de sus derechos humanos ya están bien establecidas y son vinculantes para todos los Estados Miembros de Naciones Unidas”. ACNUDH; *Nacidos libres e iguales. Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos*, Nueva York/Ginebra, Oficina del Alto Comisionado Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2012, pp. 9 y 61 ([https://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes_SP.pdf))

<sup>6</sup> MONEREO ATIENZA, C.; *Diversidad de género, minorías sexuales y teorías feministas*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 60.

LGBTI. Lamentablemente, eso no es así. Por eso, no creo que sea algo superficial la reivindicación de un derecho a la orientación sexual y la identidad de género que dé cuerpo a las particulares necesidades de estas personas<sup>7</sup>. Inmersos en la “fase de especificación de los derechos”, que está pulverizando las viejas teorías de los derechos fundamentales, incluyendo, las visiones historicistas de N. Bobbio y de G. Peces-Barba, no resulta superficial la formulación de un derecho a la orientación sexual y la identidad de género<sup>8</sup>.

Este trabajo hace un recorrido por alguno de los documentos del sistema de derechos humanos de Naciones Unidas relativos a las minorías sexuales con el objetivo de indagar en el origen y justificación de un derecho a la orientación sexual y la identidad de género. Lamentablemente, esto no sería necesario si se respetase la universalidad de los derechos, se considerase a estas personas como “humanos” y se garantizaran los derechos básicos recogidos en los textos internacionales y en las constituciones nacionales<sup>9</sup>.

## 2. Estado de la situación: los informes ILGA de *Homofobia de Estado*.

La *International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association* (ILGA) publica anualmente una serie de importantes documentos e informes sobre la situación de las personas LGBTI en el mundo. Entre estos, desde 2007, elabora un ilustrativo Informe sobre la *Homofobia del Estado*, así como un mapa de la situación legal de los derechos del colectivo y un estudio sobre su respeto en los tratados internacionales. Desde ese año hasta el actual, el informe ha ido adquiriendo un particular peso específico. Más allá de las denuncias por homofobia, ha ido deviniendo en un importante documento informativo en el que se trata, además, la evolución de los tratados, de la legislación y la jurisprudencia internacional y nacionales, y en un foro de reflexión de debate y discusión de la

<sup>7</sup> Vid. SUAREZ LLANOS, L.; “La identidad y el género del derecho frente al derecho a la identidad de género”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 54, 2020, pp. 175-202.

<sup>8</sup> Como es ampliamente conocido en el ámbito de la teoría de los derechos, Bobbio fue un gran defensor del carácter histórico de los mismos y estableció las fases por las que han ido transitando: positivación, universalización y generalización. Peces-Barba desarrolló esta feliz idea y añadió una cuarta fase, la de la especificación, por el que se rompe el modelo universalista, racional y abstracto, y se tiende a considerar a las personas en su situación concreta para atribuirle determinados derechos como niño, como mujer, como anciano, como administrado, como consumidor, como LGBTI, etc. BOBBIO, N.; *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís, Madrid, Sistema, 1991, p. 98, y PECES-BARBA, G.; *Curso de derechos fundamentales*, con la colaboración de R. de Asís y A. Llamas, Madrid, EUDEMA, 1991, pp. 134-173.

<sup>9</sup> Algo no muy diferente a lo que aquí se defiende es lo que mantiene en diferentes trabajos O. Salazar Benítez, Vid. por ejemplo, *Igualdad, Género y Derecho*, Santiago (Chile), Ed.Olejnik, 2019, p. 33.

situación y de los derechos del colectivo<sup>10</sup>. Los informes ILGA sobre *Homofobia de Estado* se han convertido en una referencia ineludible en el conocimiento de la realidad socio-jurídica de las personas LGBTI<sup>11</sup>.

El primer Informe ILGA sobre la *Homofobia de Estado* (2007) llevaba el subtítulo *Un estudio mundial de las leyes que prohíben la actividad sexual consentida entre personas adultas* y fue dirigido por Daniel Ottosson<sup>12</sup>. En total, toma nota de la legislación homófoba de 91 estados que, por tanto, prohíben y criminalizan las relaciones sexuales consentidas entre adultos. Como afirman en sus comentarios los co-secretarios generales de ILGA, Rosanna Flamer y Philipp Braun, en 2007, no menos de 85 Estados miembros de Naciones Unidas siguen criminalizando los actos sexuales entre personas adultas del mismo sexo con mutuo consentimiento, promocionando con ello de manera institucional una cultura del odio... A pesar de que muchos de los países relacionados en el informe no aplican de manera sistemática esas leyes, su sola existencia refuerza una cultura donde un significativo segmento de la ciudadanía necesita esconderse, por miedo, del resto de la sociedad. Una cultura donde el odio y la violencia están de alguna manera justificados por el Estado y obliga a la gente a permanecer invisibles y a negar quiénes son realmente”<sup>13</sup>.

“La Homofobia es el miedo o la aversión hacia la homosexualidad o las personas homosexuales, así como la discriminación de las mismas. El odio, la hostilidad o la desaprobación de las personas homosexuales”. La Homofobia es cultural; no se nace siendo homófobo. Se aprende con las costumbres, la religión, la legislación, etc. O, como afirman, el “prejuicio contra personas homosexuales es el resultado de la ignorancia y del miedo”.

Los informes ILGA sobre *Homofobia de Estado* se han revisado y actualizado año a año adquiriendo más cuerpo y solidez. Pero los avances en la mejora de la situación de las personas LGBTI

---

<sup>10</sup> Como muestra de lo que escribo no hay nada más que ver el número de páginas (de 51pags. en 2007 a 557 en 2019), así como la estructura y la complejidad que ha ido adquiriendo en informe en su formato de 2019 o en número de colaboradores. El primer informe tan sólo recoge la legislación homófoba de los diferentes estados de Naciones Unidas. El de 2019 introduce, por el contrario, una mayor riqueza en el tratamiento de la información.

<sup>11</sup> Los Informes Homofobia de Estado de ILGA son ampliamente utilizados no sólo por activistas, sino también por organismos internacionales, por el Consejo de Derechos Humanos, por Naciones Unidas, por el ACNUDH, incluso en los argumentos de las sentencias del TEDH.

<sup>12</sup> Los informes *Homofobia de Estado* de ILGA pueden consultarse en <https://ilga.org/es>

<sup>13</sup> ILGA MUNDO, *Homofobia de Estado 2007*, elaborado por D. Ottosson, Ginebra, ILGA, 2007, p. 4.

y en sus derechos son muy escasos y muy lentos, además de sujetos a retrocesos. El Informe *Homofobia de Estado 2019* ha adquirido una complejidad y un detalle que llama asombrosamente la atención. Como constatan en el prólogo las co-secretarías generales de ILGA, Ruth Baldacchino y Helen Kennedy, cada vez hay más agentes sociales y políticos interesados y “involucrados en el establecimiento de estándares de derechos humanos en temas relacionados con la orientación sexual, identidad de género, expresión de género y características sexuales (OSIEGCS)”, lo que dificulta sobre manera mantener el informe al día. Por su parte, en el prefacio, el autor, Lucas Ramón Mendos, levanta acta notarial de los avances y retrocesos: en marzo de 2019, todavía 70 estados miembros de Naciones Unidas (35%) “penalizan los actos sexuales consensuales entre personas adultas del mismo sexo; 68 de ellos tienen leyes que tipifican explícitamente estos actos y 2 más criminaliza estos actos de facto”. A continuación, detalla los países que derogaron sus leyes penales, así como los que han los han re-criminalizado (Chad). Todo ello indica que cuesta mucho el avance en los derechos de las personas LGBTI, que es fácil la regresión y, en consecuencia, que no se puede bajar la guardia<sup>14</sup>. Como apuntan las co-secretarías de ILGA Tuisina Ymania Brown y Lus Elena Aranda, en la *Actualización del Informe 2019*, realizado en el mes de diciembre de ese año, “este es un momento en el que ser complacientes con nuestros logros es uno de los peores errores que podemos cometer. Las tendencias polarizadoras que están teniendo lugar a escala mundial significan que, si bien cada vez más de nosotros vemos nuestros derechos reconocidos, más personas LGBTI también corren un mayor peligro de ser discriminadas, atacadas, perseguidas e incluso asesinadas”<sup>15</sup>.

Aunque los informe ILGA tienen un objetivo descriptivo e informativo de la realidad del colectivo LGBTI en el mundo, de la evolución de la regulación en los tratados internacionales y en la legislación nacional y, en este sentido, pudiera parecer aséptico desde la reivindicación de los derechos de las minorías sexuales, lo cierto es que el Informe 2019 representa, por su visión omnicompreensiva, un importante avance pues sienta las bases a un nuevo debate en materia de derechos de las minorías sexuales: el de la reivindicación no sólo de un derecho a la orientación sexual y a la identidad de género, sino de otro con perfiles diferentes, más englobadores y sustanciosos, como es el del derecho a la libre determinación de la identidad sexual y expresión de género.

<sup>14</sup> ILGA MUNDO, *Homofobia de Estado 2019*, elaborado por L. Ramón Mendos, Ginebra, ILGA, 2019, pp. 11 y 16.

<sup>15</sup> ILGA MUNDO, *Homofobia de Estado 2019: Actualización del panorama global de la Legislación*, elaborado por L. Ramón Mendos, Ginebra, ILGA, diciembre 2019, p. 5.



### 3. Hacia los Principios de Yogyakarta.

Se ha avanzado mucho desde que, el 6 de agosto de 1992, el profesor Douglas Sanders, el primer gay que se dirigía a la Asamblea General de NU, pronunciara un emocionante discurso en el que presentó la *Declaración de Derechos Humanos de Gays y Lesbianas*. Desde entonces, los organismos internacionales del sistema de Naciones Unidas (desde Consejo Económico y Social el Consejo de Derechos Humanos hasta la UNESCO, la OIT, la OMS, etc.) han emitido informes, recomendaciones y aprobado resoluciones alertando de la estatus legal, así como de la violación de sus derechos en diferentes contextos.

Así, con el comienzo del siglo XXI, surgieron las primeras iniciativas, en el seno de Naciones Unidas, para la elaboración de una declaración que recogiese sus derechos y pudiese ser objeto de firma y ratificación por los estados miembros. El foco de las iniciativas a favor de los derechos LGBTI fue, primero, la Comisión de Derechos Humanos y, después, el Consejo de Derechos Humanos. Diversos países fueron presentando resoluciones que, en un principio, no concitaron el apoyo suficiente de sus miembros. Pero, poco a poco, estas iniciativas fueron sumando el voto de cada vez más representantes en el Consejo, no sin tensiones con los estados miembros de Naciones Unidas contrarios a los derechos de las personas LGBTI<sup>16</sup>. Al final, no obstante, estas iniciativas fructificaron en el estudio, elaboración y aprobación de los *Principios de Yogyakarta* que, si bien no tienen carácter de texto jurídico vinculante para los estados, se han convertido en un referente del derecho a la orientación sexual y la identidad de género y de las obligaciones de los poderes públicos, agentes sociales y ciudadanos.

La primera iniciativa para el reconocimiento de los derechos LGBTI surgió de la delegación de Brasil ante Naciones Unidas que presentó en 2003 –también en 2004 y 2005– una propuesta de resolución ante la Comisión de Derechos Humanos “Sobre los derechos humanos y la inclinación sexual”. Nótese que se refiere a “inclinación sexual” y no a la más común y clara “orientación sexual”.

---

<sup>16</sup> Sigo el relato que puede encontrarse en ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I.; “La organización de las Naciones Unidas y el derecho a la no discriminación por motivo de orientación sexual e identidad de género: apuntes para un debate”, *Revista General de Derecho Constitucional*, 17, 2013, ([https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=413661](https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=413661)); MONEREO ATIENZA, C.; *Diversidad de género, minorías sexuales y teorías feministas*, cit, pp. 60-62; y MONTERO GONZÁLEZ, D.; “Derechos humanos y derechos LGTB desde una perspectiva internacional”, 2007 <https://www.fundacionhenrydunant.org/images/stories/biblioteca/derechos-personas-LGBTI/Microsoft%20Word%20-%20DERECHOS%20HUMANOS%20Y%20DERECHOS%20LGTB%20desde%20una%20perspectiva%20internacional.doc.pdf>.



Tras este primer paso, las organizaciones no gubernamentales defensoras de los derechos LGBTI promovieron diferentes declaraciones: la propuesta de declaración presentada a la Comisión de Derechos Humanos en 2004 por la croata Jelena Postic; la Declaración de Nueva Zelanda, de 2005, respaldada por 32 países; la Declaración de Noruega, de 2006, apoyada por 54 estados y numerosas ONG's; la Declaración de Montreal, de 2006. En todas ellas se habla ya directamente de orientación sexual e identidad de género y fueron presentadas ante la Comisión de Derechos Humanos y, después, al Consejo de Derechos Humanos, recabando cada vez más apoyos. Finalmente, esta parte del proceso de reconocimiento de los derechos LGBTI, más simbólica que otra cosa, concluyó con la elaboración de los *Principios de Yogyakarta*.

Un hito importante en este proceso fue la elaboración de la *Declaración de Montreal* en 2006 (en los *OutGames de Montreal*). Este texto comienza reiterando el artículo 1 de la DUDH y se estructura en un preámbulo y cinco apartados: sobre los derechos fundamentales, los retos mundiales, la diversidad de la comunidad LGBT, la participación de la sociedad y la necesidad de impulsar el cambio social. En su texto, encontramos reflejo de los informes de ILGA, un estudio sociológico a nivel global de la situación de las personas LGBTI (desde la repercusión del VIH/SIDA en el colectivo hasta los problemas derivados del asilo y refugio, de las migraciones, etc.), un análisis jurídico y un plan de futuro de las actuaciones a realizar, constituyendo así un importante documento en la materia. Desde la perspectiva de los derechos, se enuncian claramente cuáles son las reivindicaciones: el derecho a la vida y a la seguridad personal frente a la violencia del Estado y de la violencia privada, la libertad de expresión, el derecho de reunión y asociación y “la libertad para tener relaciones sexuales con personas del mismo sexo (en privado, con consentimiento mutuo y entre adultos)”<sup>17</sup>.

Los *Principios de Yogyakarta: Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género* reciben el nombre de la ciudad en la que se reunieron 29 expertos en materias de derechos humanos representando diferentes orientaciones y sensibilidades<sup>18</sup>. Estos especialistas llegaron al acuerdo de que, de la legislación internacional de Naciones Unidas, se derivan una serie de derechos de las personas LGBTI, que darían

<sup>17</sup> Vid. *Declaración de Montréal* en <http://www.declarationofmontreal.org/DeclaraciondeMontrealES.pdf>

<sup>18</sup> Vid. *Principios de Yogyakarta: Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género* (<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2>)

cuerpo al “derecho a la orientación sexual y la inclinación de género”, que deben ser respetados por los estados y otros agentes sociales. En consecuencia, de los mismos se deducen también importantes obligaciones para los estados. En 2007, los *Principios de Yogyakarta* fueron presentados ante el Consejo de Derechos Humanos que los asumió plenamente. Desde entonces, “estos principios supusieron un gran avance en la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación a la orientación sexual y la identidad de género”<sup>19</sup>.

Como se indica en la “Introducción a los Principios de Yogyakarta”, “un distinguido grupo de especialistas en derechos humanos”, a instancia de la Comisión Internacional de Juristas y el Servicio Internacional para los Derechos Humanos, se reunió entre los días 6 y 9 de noviembre de 2006 en la Universidad Gadjah Mada (Yogyakarta) para redactar, desarrollar, discutir y refinar esos “principios jurídicos internacionales sobre la aplicación de la legislación internacional de los derechos humanos a las violaciones basadas en la orientación sexual y la identidad de género”.

El punto de partida es el ya mencionado otras veces: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Todos los derechos humanos son universales, complementarios, indivisibles e interdependientes. La orientación sexual y la identidad de género son esenciales para la dignidad y la humanidad de toda persona y no deben ser motivo de discriminación”. En el mismo, se da la definición canónica de *orientación sexual*: “se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”. Y la *identidad de género*: “se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento de nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”.

Un total de 29 principios vertebran los *Principios de Yogyakarta* desgranando la aplicación del derecho internacional de derechos humanos a la realidad de la orientación sexual y la identidad de

---

<sup>19</sup> MONEREO ATIENZA, C.; *Diversidad de género, minorías sexuales y teorías feministas*, cit, p.62. En el mismo sentido, vid PEÑA DÍAZ, F., *La lucha que no cesa. Los derechos del colectivo LGBTI como derechos humanos*, Valencia, tirant lo blanch, 2018, cap. 4.

género. Para el grupo de expertos, cada principio establece “la obligación primordial que cabe a los Estados en cuanto a la implementación de los derechos humanos”. Van acompañados de recomendaciones dirigidas a los Estados, así como recomendaciones adicionales para otros actores, como el mismo sistema de derechos humanos de Naciones Unidas, instituciones nacionales de derechos humanos, medios de comunicación, ONG’s y agencias financiadoras.

Aunque sea de forma somera, pues es imposible detallar aquí todos y cada uno de los principios, obligaciones derivadas y recomendaciones apuntadas, merece la pena transcribir el listado particular de derechos humanos aplicados a la orientación sexual y la identidad de género. El primer y más importante: el derecho al disfrute de los derechos humanos. Y a partir de ahí: el derecho a la igualdad y la no discriminación; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; el derecho a la vida y a la seguridad personal; el derecho a la privacidad; el derecho a un juicio justo; el derecho a ser tratado humanamente; el derecho a la seguridad y otras medidas de protección social; el derecho a la educación; el derecho a gozar del más alto nivel posible de salud; el derecho a la libertad de opinión y de expresión; el derecho a la libertad de reunión y asociación pacíficas; el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; el derecho a la libertad de movimiento y de asilo; el derecho a formar una familia; el derecho a participar en la vida pública y cultural; el derecho a promover los derechos humanos; y el principio de responsabilidad penal de quien viole estos derechos.

Finalmente, en el año 2008, se produjo un hito importante en el reconocimiento de la realidad de las personas LGBTI por parte del sistema de Naciones Unidas. Por fin, 66 estados miembros presentaron en la Asamblea General una propuesta de *Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género* que fue aprobada el 22 de diciembre de 2008 (A/63/635), no sin polémica<sup>20</sup>. Pues, en efecto, al día siguiente otro grupo de países (59) rubricaron una contradecларación (A/63/663) alegando que el derecho internacional de derechos humanos no contemplaba ninguna regulación sobre la materia y que, en suma, era ésta una cuestión interna de cada estado<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Vid. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/668/02/pdf/N0866802.pdf?OpenElement>

<sup>21</sup> Alegan que observan “con profunda preocupación el intento de introducir en las Naciones Unidas ciertos conceptos que no tienen fundamento jurídico en ningún instrumento de derechos humanos”. Aún les resulta más importante el “ominoso empleo de esos dos conceptos”: orientación e identidad de género, que “no están ni deben estar vinculados con instrumentos internacionales vigentes de derechos humanos”. Vid. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/669/82/pdf/N0866982.pdf?OpenElement>

Por lo demás, la *Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género* está estructurada en 13 apartados que van desde el recordatorio del principio de universalidad inspirador del sistema de derechos de Naciones Unidas hasta la condena por las violaciones de los derechos humanos basados en la orientación sexual y la identidad de género. Pone, principalmente, el acento en la necesidad de respetar el principio de no discriminación de las personas LGBTI. Va, por tanto, de la reafirmación del derecho internacional de derechos humanos aplicable a este colectivo -en particular, el principio de no discriminación-, a la condena de la violencia, acoso, discriminación, persecución, exclusión, estigmatización y prejuicio hacia estas personas y, especialmente, cuando lleva a la práctica de la tortura, el uso de la pena de muerte, ejecuciones extrajudiciales, arresto y detenciones arbitrarias. Y, cómo no, un llamamiento a los Estados y a las organizaciones internacionales “para que se comprometan con la promoción y protección de los derechos humanos de todas las personas, independientemente de su orientación sexual e identidad de género”.

En este proceso de reconocimiento de los derechos de las minorías sexuales no todo el mundo quedó contento, algunos con poderosas razones. Para empezar, la Declaración de 2008, aun siendo un documento muy importante en la evolución, el respeto e implementación de los derechos de las personas LGTBI, se queda en el ámbito de la foto en “negativo” de su situación. No le falta razón a Álvarez Rodríguez en que “más que incidir en la definición en positivo de este derecho, lo que el texto promueve incide en lo que algunos autores han denominado su ‘esfera negativa’. Más que en lo que se debe hacer, se insiste en lo que no se debe hacer: discriminar por formar parte de una minoría sexual en el goce de cualquier derecho humano”<sup>22</sup>.

Incluso, los *Principios de Yogyakarta*, que son y han sido un referente ineludible, recibieron importantes críticas. Entre otras, de acuerdo a sus prescripciones, “las necesidades de las personas intersexuales correrían el riesgo de ser ignoradas al deberse su vulnerabilidad *a priori* ni a su orientación sexual ni a su identidad de género, sino a presentar características sexuales diversas”<sup>23</sup>. El resultado de esta insatisfacción fue la revisión y ampliación de esta declaración en la versión de los

---

<sup>22</sup> ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, i.; “La organización de Naciones Unidas y el derecho a la no discriminación por motivo de orientación sexual e identidad de género: apuntes para un debate”, cit., p. 10.

<sup>23</sup> PEÑA DIAZ, F. de A.; *La lucha que no cesa. Los derechos del colectivo LGBTI como derechos humanos*, cit., p. 41. Además de esta crítica, también se señaló que los *Principios de Yogyakarta* reflejan una lectura occidental de los derechos de las minorías sexuales, así como que ignoraba el derecho a la vida sexual plena y el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo. Vid. *Principios Yogyakarta+10* en [http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2017/11/A5\\_yogyakartaWEB-2.pdf](http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2017/11/A5_yogyakartaWEB-2.pdf)

*Principios de Yogyakarta+10* realizada por un grupo de expertos reunidos en Ginebra con motivo del décimo aniversario (2017). Estos expertos añaden diez principios más a la declaración de 2006 dando un paso de gigante en la evolución, revolución y reconocimiento de los derechos de las minorías sexuales. Pues, incluyeron, ahora sí, una definición de los conceptos “expresión de género” y “características sexuales” pudiendo afirmarse sin temor a errar que, con ello, avanzan en el proceso de definición de un derecho a la autodeterminación de los cuerpos, del sexo y del género en la línea de lo ya pergeñado por los informes ILGA de los últimos años.

*Yogyakarta+10* es, sin duda, un avance en el reconocimiento de la diversidad afectivo-sexual, sobre todo, de las personas trans e intersex. De ahí que el paso dado por los expertos sea tan relevante y tenga tanta influencia en el momento presente. Es importante, más que por los derechos que reconoce, porque da carta de naturaleza a dos definiciones clave. “Expresión de género” como la presentación que cada uno hace de su género a través de la apariencia física –vestido, peinado, accesorios, cosméticos- gestos, habla, patrones de comportamiento, nombres y referencias personales, teniendo en cuenta que puede no ajustarse a la identidad de género de la persona<sup>24</sup>. Y “características sexuales” como los rasgos físicos de cada persona relativos al sexo, incluyendo genitales y otros rasgos de la anatomía reproductiva y sexual, cromosomas, hormonas y características físicas secundarias que emergen en la pubertad. Que un texto, aunque no tenga reconocimiento jurídico internacional, refleje toda la diversidad sexual es ya un hito muy destacado en la lucha de los derechos humanos de las minorías sexuales y, especialmente, en la conformación de un derecho omnicomprendivo de todas las realidades afectivo-sexuales. En fin, estos conceptos resultan claves en la configuración de un derecho a la libre autodeterminación de la identidad sexual y la expresión de género. No obstante, está por ver cómo se va a positivizar este derecho o si, como en otros casos, el activismo judicial, especialmente del TEDH, va a ser decisivo.

#### 4. Las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos (CDH) relativas a la orientación sexual y la identidad de género.

---

<sup>24</sup> Dicho de otra forma, la “expresión de género” hace referencia a cómo cada uno, intencionadamente o no, elige exteriorizar su identidad de género a través de las apariencias, las acciones, la conducta o las pautas de interacción social, con independencia de la identidad de género original o habitual.

Las diferentes iniciativas se concretaron en la aprobación de, al menos, tres importantes resoluciones del CDH de Naciones Unidas. Estas resoluciones recuerdan, como en otros textos, el artículo 1 de la DUDH de que todos los seres humanos nacen libres e iguales en derechos y son titulares de los derechos y libertades recogidos en este texto internacional, y reafirman la universalidad, interdependencia, indivisibilidad e interrelación de los derechos humanos.

Estas resoluciones son:

- La Resolución de 17 de junio de 2011 sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género (A/HRC/RES/17/19)<sup>25</sup>. Por esta resolución se encarga a la Alta Comisionada de un estudio “a fin de documentar las leyes y prácticas discriminatorias y los actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género, en todas las regiones del mundo, y la forma en la que la normativa internacional de derechos humanos puede aplicarse para poner fin a la violencia y a las violaciones conexas de los derechos humanos motivadas por la orientación sexual e identidad de género”.

- La Resolución de 26 de septiembre de 2014 para combatir la violencia y la discriminación por orientación sexual e identidad de género (A/HRC/RES/27/32)<sup>26</sup>. En esta resolución, la CDH hace suyo el informe realizado por la Alta Comisionada y le encarga que actualice dicho informe en aras a “compartir buenas prácticas y formar para superar la violencia y discriminación, en la aplicación de las normas y el derecho internacionales de derechos humanos en vigor”.

- La Resolución de 30 de junio de 2016 para la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género (A/HRC/RES/32/2)<sup>27</sup>. En esta resolución, el CDH decide nombrar, por un período de tres años, un Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivo de orientación sexual o identidad de género. El Experto Independiente tiene la encomienda de evaluar la aplicación de las leyes y normas internacionales de derechos humanos con el objeto de superar la discriminación de las personas LGBTI, así como identificar las mejores prácticas y las deficiencias. Para lo cual le dota de amplias competencias para concienciar a la población, entablar un diálogo fructífero con los Estados y todos los demás agentes, incluyendo activistas LGBTI, elaborar un informe anual, etc.

<sup>25</sup> Vid. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/148/79/pdf/G1114879.pdf?OpenElement>

<sup>26</sup> Vid. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/177/35/pdf/G1417735.pdf?OpenElement>

<sup>27</sup> Vid. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/154/18/pdf/G1615418.pdf?OpenElement>

- Los informes solicitados por el CDH a ACNUDH dieron lugar a las dos interesantes publicaciones que analizamos a continuación.

## 5. El Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) y los derechos de las personas LGBTI.

La figura del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) y su oficina tienen por objeto la promoción y la protección de los derechos humanos. En el ámbito de los derechos de las personas LGBTI los diferentes Altos Comisionados han tenido un papel relevante desde que Louise Arbour (2004-2008) participara en 2006 en los *OutGames de Montréal*. Desde entonces la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) ha elaborado don interesantes documentos sobre los derechos del colectivo: *Nacidos Libres e Iguales. Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos* (2012) y *Vivir Libres e Iguales. Qué están haciendo los Estados para abordar la violencia y la discriminación contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersex* (2016)<sup>28</sup>.

En *Nacidos Libres e Iguales* (2012), a estas alturas ya es un lugar común, como escribe Navi Pillay, ACNUDH, 2008-2014, recordar las palabras iniciales de la DUDH de que “todos los seres nacen libres e iguales en dignidad y derechos” y que, en el caso de las personas LGBTI, el fundamento de sus derechos son el principio de igualdad y no discriminación. Y, sin embargo, “las actitudes homofóbicas sumamente arraigadas, a menudo combinadas con la falta de protección jurídica adecuada contra la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género, exponen a muchas personas LGBT de todas las edades y en todas las regiones del mundo a violaciones flagrantes de sus derechos humanos”<sup>29</sup>. De ahí que uno de los objetivos de Naciones Unidas sea poner fin a la violencia y a la discriminación contra las personas debido a su orientación sexual y la identidad de género y, para

---

<sup>28</sup> El ACNUDH ha presentado en la última década varios informes al CDH de Naciones Unidas cuyo objeto ha sido la cuestión de la orientación sexual y la identidad de género. Véase el informe de 17 de noviembre de 2011 sobre leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género (A/HRC/19/41, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/170/78/pdf/G1117078.pdf?OpenElement>) y el de 4 de mayo de 2015 sobre discriminación y violencia contra las personas por motivo de orientación sexual y violencia de género (A/HRC/29/23, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/088/45/pdf/G1508845.pdf?OpenElement>). Estos informes sirven de base a los documentos mencionados en el texto.

<sup>29</sup> ACNUDH; *Nacidos Libres e Iguales*, cit., p. 5



ello, es necesario reducir el alto número de países miembros (en ese momento, 75) que castigan penalmente y criminalizan las relaciones privadas y consentidas entre personas adultas del mismo sexo.

*Nacidos Libres e Iguales* es un texto en el que, tras la aprobación por parte del CDH de la Resolución de 28 de septiembre de 2011, sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género –primera e importantísima resolución del sistema de Naciones Unidas en esta materia-, el Alto Comisionado pretende fijar “las obligaciones básicas que incumben a los Estados respecto de las personas LGBT” sobre la base de que la protección del colectivo “no exige la creación de nuevos derechos ni que se concedan derechos especiales”. Según los autores, basta con que se cumpla la garantía aplicable universalmente de no discriminación en el goce de todos los derechos”<sup>30</sup>.

El documento del ACNUDH, de 2012, detecta “cinco obligaciones jurídicas básicas de los Estados respecto de la protección de los derechos humanos de las personas LGBT”. Las enumera y, además, acompaña cada una el fundamento jurídico basado en los tratados y en el derecho internacional de derechos humanos. Estas obligaciones son: la protección de las personas contra la violencia homofóbica y transfóbica (art. 3 de la DUDH, art. 6 y 9 del PIDCDP y art. 33(1) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados); la prevención de la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes contra las personas LGBT (art. 5 de la DUDH, art. 7 del PIDCDP y art. 1.1 y 2.1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes); la despenalización de la homosexualidad (art. 2, 7, 9 y 12 de la DUDH y art. 2.1, 6.2, 8, 17 y 26 del PIDCDP); la prohibición de la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género, especialmente los ámbitos particulares del empleo, la salud, la educación (art. 2 y 7 de la DUDH, art. 2.1 y 26 del PIDCDP, art. 2 del PIDESC y art. 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño); y el respeto a la libertad de expresión, de asociación y de reunión pacífica (art. 19 de la DUDH y art. 19.2, 21 y 22.1 del PIDCDP).

La Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) concluye este trabajo con la certeza de que “la protección de las personas LGBT contra la violencia y la intimidación no exige la creación de una nueva serie de derechos específicos para ellas ni el establecimiento de nuevos estándares internacionales de derechos humanos”. Pues, “las

---

<sup>30</sup> ACNUDH; *Nacidos Libres e Iguales*, cit., pp. 8 y 9.

obligaciones que incumben a los Estados de proteger a las personas LGBT contra las violaciones de sus derechos humanos ya están bien establecidas y son vinculantes para todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas<sup>31</sup>.

El segundo de los documentos elaborados por la OACNUDH, *Vivir Libres e Iguales* (2016), tiene un sugerente subtítulo: *Qué están haciendo los Estados para abordar la violencia y discriminación contra las personas, lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersex*. Complementa y desarrolla al primer documento de 2012, *Nacidos libres e iguales*. Como escribe el Alto Comisionado, Zeid Ra'ad Al Hussein, en el Preámbulo, “en los últimos años, ha aumentado la conciencia sobre el alcance y la gravedad de la violencia y la discriminación contra las personas lesbianas, gays, bi, trans (LGBT) e intersex en todo el mundo, entre los que se incluye asesinatos, tortura, detenciones arbitrarias y la discriminación generalizada en la atención sanitaria, la educación, el empleo y la vivienda”. Los poderes públicos, cada vez más, toman más medidas legislativas, políticas o establecen programas específicos educativos y sociales para limitar esta realidad. Constata así que se han producido avances aunque no dejan de aparecer importantes desafíos<sup>32</sup>.

El estudio contiene un enorme trabajo y resulta, a todas luces, además de útil, brillante. Después del repaso que se da a los seis objetivos propuestos y el análisis de los casos, termina con unas conclusiones y unas recomendaciones. Los objetivos propuestos y analizados son: la protección de las personas LGBTI contra la violencia; la prevención de la tortura y el trato cruel, inhumano y degradante; la revocación de las leyes discriminatorias; la protección de las personas LGBTI contra la discriminación; el respeto a la libertad de expresión, el derecho de asociación y de reunión pacífica; y otras cuestiones y prácticas transversales.

## 6. Vías de protección de los derechos de las personas LGBTI

Por lo visto hasta ahora, los organismos internacionales de Naciones Unidas, algunos Estados miembros y el mundo LGBTI se resisten -por no escribir, rechazan-, a la configuración y el reconocimiento de un derecho a la orientación sexual y la identidad de género. No se quiere un trato

<sup>31</sup> ACNUDH; *Nacidos Libres e Iguales*, cit., p. 61.

<sup>32</sup> ACNUDH; *Vivir libres e iguales. Qué están haciendo los Estados para abordar la violencia y discriminación contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersex*, Nueva York/Ginebra, Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2016, p. 7 [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/LivingFreeAndEqual\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/LivingFreeAndEqual_SP.pdf)

especial o la reivindicación de un “derecho específico”, pues se trata, tan sólo, de cumplir las proclamas de la DUDH, tantas veces recordadas en este texto, de que todos los seres humanos nacen libres e iguales y que, por ello, deben tener asegurado el disfrute de los derechos recogidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos. Como se recoge en *Nacidos Libres e Iguales*, “la protección de las personas LGBT contra la violencia y la intimidación no exige la creación de una nueva serie de derechos específicos para ellas ni el establecimiento de nuevos estándares internacionales de derechos humanos”. Pues las obligaciones de los Estados respecto a sus ciudadanos están bien claras en los tratados y son vinculantes para todos ellos. Y, entre ellas, se encuentra la salvaguarda de la dignidad y libertad de todos los seres humanos, la materialización de la igualdad y la protección frente a la discriminación, entre las que se incluye por motivo de orientación sexual e identidad de género.

Y es que, en efecto, está en juego la universalidad de los derechos tal y como se proclama en la DUDH y es reiterada por los informes, resoluciones y documentos mencionados más arriba. Si todos nacen libres e iguales en derechos y a todos les corresponde el catálogo de derechos contenido en la DUDH, entonces, deben arbitrarse, en el sentido ya apuntado por Norberto Bobbio, los mecanismos y las garantías para su materialización y su protección para todos y en todos los lugares, pues su reconocimiento está avalado por la declaración misma. Sin excepción. Estaríamos, pues, ante un concepto fuerte de universalidad, quizás hasta demasiado formal, que satisfaría así las expectativas de un amplio número de personas LGBTI.

En esta tesitura, las vías de protección de los derechos de las personas LGBTI se desglosan en dos: o bien, a través de la reclamación ante los tribunales, especialmente, los tribunales constitucionales y, sobre todo, los tribunales internacionales de carácter regional, como es el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), o bien, a través de la labor del legislador que establece leyes especiales –a veces, parciales- con las que despenaliza las relaciones homosexuales, procura proteger a las personas LGTBI o les garantiza los derechos básicos. Lo primero tiene su punto de partida ya en la vulneración de estos derechos y requiere una lucha personal constante no siempre bien comprendida. Lo segundo implica estar al albur del gobierno de turno, queda a voluntad de los gobernantes que, a veces, están por la labor de asegurar los derechos de estos ciudadanos y, otras, prefieren restringirlos.

De hecho, los casos de regresión mencionados por los informes ILGA o del ACNUDH tienen su origen en cambios políticos en los países.

En España, durante la primera década del siglo XXI, los avances en los derechos de las personas LGBTI han ido de la mano de la iniciativa del legislador estatal y del autonómico. Como son la ley de 13/2005 de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, o la ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la Rectificación Registral de la Mención relativa al Sexo de las Personas<sup>33</sup>. En la misma línea, la ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil, que determina un nuevo marco más abierto para la elección del nombre, aunque todavía sujeto a una concepción binaria de la relación sexo/género. O las leyes autonómicas que regulan el tratamiento y la reasignación sexual de las personas transgénero<sup>34</sup>.

En un escalón más práctico como es el de la lucha jurídica en el ámbito jurisdiccional, la reivindicación de los derechos de las personas LGBTI se fundamenta en varios sólidos argumentos. Por un lado, en el argumento de que los derechos de las personas LGBTI responderían a la exigencia de respetar la dignidad de todos los hombres que se manifestaría, a su vez, en la idea del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 Constitución Española). En este sentido, las expresiones derivadas de la

---

<sup>33</sup> Los cambios legislativos en España, pese a ser un avance respecto a la situación anterior, no obstante, son objeto de una acerada crítica por parte de los activistas trans e intersexuales. La ley 13/2005 por no permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo en embajadas cuyo país no lo permita. A su vez, se critica la ley 3/2007 por abundar en la patologización de las personas trans al exigir para el cambio de nombre y sexo la mayoría de edad, dos años de hormonación y un informe psicológico que lo avale. Sobre esto último vid. AA.VV.; *Orientació sexual i identitat de gènere. Els drets menys entesos*, Barcelona, Institut de Drets Humans de Catalunya, 2007 ([https://www.idhc.org/arxius/recerca/1533629180-CDHE\\_03.pdf](https://www.idhc.org/arxius/recerca/1533629180-CDHE_03.pdf)), Y. BUSTOS MORENO, *La transexualidad (de acuerdo con la ley 3/2007, de 15 de marzo)*, Madrid, Dykinson, 2008, G. COLL-PLANAS, *La voluntad y el deseo. La construcción social del género y la sexualidad: el caso de lesbianas, gays y trans*, 2ª edic., Barcelona, Egales, 2011, M. MISSÉ y G. COLL-PLANAS, *El género desordenado. Críticas en torno a la patologización de la transexualidad*, Barcelona, Egales, 2010, SALAZAR BENÍTEZ, O.; *Igualdad, Género y Derecho*, cit. p. 35 y ss. y pp. 79 y ss., y A. SUESS SCHWEND, “Derechos de las personas trans e intersex: revisión del marco legislativo en el contexto español desde una perspectiva de despatologización y derechos humanos”, *Derecho y Salud*, 2018, pp. 106 y 107.

<sup>34</sup> Desde el año 1999 hasta la actualidad, las CCAA han aprobado diferentes leyes sobre la cuestión de la reasignación sexual para las personas trans promoviendo la creación de Unidades de Tratamiento de la Identidad de Género (UTIG) en centros públicos de salud. Empezó Andalucía y detrás han ido el resto. Sólo 5 CCAA no han establecido este tipo de legislación (La Rioja, Asturias, Cantabria, Castilla-León y Castilla-La Mancha). Andalucía, hasta hace poco, seguía siendo la CCAA más avanzada en el reconocimiento y protección de los derechos LGBTI. El Parlamento andaluz aprobó la ley 2/2014, de 8 de julio, para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía que ha sido un referente hasta la fecha para otras CCAA que han seguido esta línea: Canarias, Aragón, Comunidad Valenciana, Madrid, Cataluña, Galicia, etc. Antes, la ley foral navarra 12/2009, de 19 de noviembre, y la ley vasca 14/2012, de 28 de junio. A nivel estatal, hay que mencionar diversas iniciativas en 2017 y 2018 fallidas por las incertidumbres políticas de esos años. Especialmente, hay que citar la Proposición de Ley nº 220-1 sobre la protección jurídica de las personas trans y el derecho a la libre determinación sexual y expresión de género, presentada por el grupo parlamentario confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea. Sobre el marco normativo en España relativo a los derechos de las minorías sexuales vid. SUESS SCHWEND A.; “Derechos de las personas trans e intersex: revisión del marco legislativo en el contexto español desde la perspectiva de despatologización y derechos humanos”, cit., pp. 97-115.

orientación sexual y de la identidad de género emanarían de lo más profundo y esencial de las personas, sean o no LGBTI: de su dignidad como sujetos, del derecho de todos a desarrollar libremente su personalidad y de escoger, igualmente, con libertad, las vías de perfección de su vida y los medios del logro de la felicidad individual.

Por eso mismo, los derechos de las personas LGBTI enlazarían con el importante conjunto de derechos que podríamos etiquetar de primera generación: derecho a la vida, derecho a la seguridad e integridad física, derecho de reunión y asociación, libertad de manifestación, etc. Y, por encima de todos ellos, el derecho a la intimidad o a la privacidad (art. 18 CE). ¿Dónde, si no es en el ámbito íntimo, se producen las manifestaciones más personales que expresan las diferencias en la orientación sexual y la identidad de género?

Finalmente, otro argumento jurídico poderoso es el doble recurso al principio de igualdad y al de no discriminación por razón del sexo (art. 14 CE). Aunque no se incluye expresamente la discriminación por orientación sexual o identidad de género, los organismos y los tribunales internacionales han ido entendiendo que ambos casos se encontrarían recogidos en la regulación de los tratados que prohíben la discriminación en general dentro del apartado referido al “sexo”<sup>35</sup>. Como hemos podido constatar en el examen de los informes y de las declaraciones vistas con anterioridad, la existencia de discriminación –en el empleo, en la sanidad, en la educación, en la vivienda, etc.–, es uno de los hechos más mencionados y denunciados, así como los diferentes tipos de violencia ejercida sobre las personas LGBTI: desde el acoso, el ostracismo, la persecución y la exclusión hasta la pérdida de libertad, las ejecuciones arbitrarias o la condena a pena de muerte.

Estos argumentos, más o menos perfilados, aparecen, dado que no es posible encontrar un derecho específico en la DUDH, en los pactos internacionales o, incluso, en otras declaraciones de derechos humanos de carácter más regional, en la jurisprudencia de algunos tribunales más relevantes a nivel global<sup>36</sup>. El caso más paradigmático de un tribunal activo y, al mismo tiempo, referente en la

---

<sup>35</sup> El CDH de Naciones Unidas estableció en la Comunicación nº 488/1992, en *Nicolas Toonen c. Australia*, del 31 de marzo de 1994, que la categoría “sexo” del PIDCP incluye también la discriminación por orientación sexual. El TEDH se pronunció en el mismo sentido en la sentencia *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, del 21 de diciembre de 1999.

<sup>36</sup> La *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, aprobada por el Parlamento Europeo en 2007, sí que menciona entre las causas de discriminación la orientación sexual (art. 21), aunque no un derecho del tipo que se está tratando. El tratamiento de la situación del colectivo LGBTI en Europa excede lamentablemente de este trabajo. La labor realizada por el Consejo de Europa, el Comisionado

conformación de nuevos derechos es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)<sup>37</sup>. El TEDH, a estas alturas del siglo XXI, tiene ya una importante jurisprudencia sobre los derechos de las personas LGBTI cuyos efectos irradian sobre los 47 países del Consejo de Europa<sup>38</sup>.

Pues bien, el TEDH ha contribuido decisivamente a la protección de los derechos de las personas LGBTI a partir de una interpretación abierta y cercana a la sociedad europea del *Convenio para la Protección de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales* (CEDH), que, no olvidemos, es de 1950. Especialmente, a partir de los años 80 del siglo pasado con el giro que va a imprimir a la jurisprudencia sobre minorías sexuales con la importante sentencia *Dudgeon c. Reino Unido*, de 22 de octubre de 1981, con la que pone en evidencia a la legislación penal aplicable en Irlanda del Norte que criminalizaba los actos sexuales consentidos entre adultos del mismo sexo. Desde entonces, la jurisprudencia del TEDH ha pasado de “la justificación de la penalización de la homosexualidad a la criminalización de la homofobia pasando por un período de transición marcado, en un primer

---

para Derechos Humanos, la Asamblea Consultiva, por un lado, y la Unión Europea, con sus órganos políticos más relevantes, por otro lado, constituyen la punta de lanza de la lucha por los derechos del colectivo LGBTI a nivel global.

<sup>37</sup> En el espacio europeo ha habido muchas iniciativas de denuncia de la situación de las personas LGBTI, así como de reivindicación de una mayor protección de estas personas. La Asamblea de Parlamentarios del Consejo de Europa tan tempranamente como en 1981 aprobó la resolución 924 de octubre, en la que, entre otras cosas, solicitaba a la OMS la despatologización de la homosexualidad. Y se han aprobado desde entonces más recomendaciones. Recordar, por ejemplo, la recomendación 1474, de 26 de septiembre de 2000, sobre la situación de gays y lesbianas en Europa. También la Unión Europea ha aprobado diferentes Directivas en las que recoge su preocupación por este colectivo. Igualmente, el Parlamento Europeo aprobó la resolución de 8 de febrero de 1984 sobre discriminaciones sexuales en el trabajo, a la que siguieron otras sobre la situación de gays, lesbianas y transexuales en Europa. También merece la pena destacar la resolución de 18 de enero de 2006, sobre la homofobia en Europa que ha dado lugar, a partir de 2014, a un programa contra la homofobia y la discriminación.

<sup>38</sup> El TEDH ha tratado todas las cuestiones clave de las reivindicaciones del colectivo LGBTI. Puede consultarse la información sobre los fallos en el gabinete de prensa del TEDH. Para identidad de género, el link: [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Gender\\_identity\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Gender_identity_ENG.pdf). Para orientación sexual: [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Sexual\\_orientation\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Sexual_orientation_ENG.pdf). Tan solo citar los fallos más relevantes según el tema resuelto: *Orientación sexual*: sobre las relaciones homosexuales: *Dudgeon c. Reino Unido*, del 22 de octubre de 1981; *Norris c. Irlanda*, de 26 de octubre de 1988; *Modinos c. Chipre*, de 22 de abril de 1993; sobre el consentimiento para tener relaciones homosexuales: *Dudgeon c. Reino Unido*, del 22 de octubre de 1981; sobre la edad para tener relaciones homosexuales: *Sutherland c. Reino Unido*, de 1 de julio de 1997, *L.V. c. Austria* y *S.L. c. Austria*, de enero de 2003, *Bonnaud y Locq c. Francia*, de 6 de febrero de 2018, sobre el derecho a la vida privada: *A.D.T. c. Reino Unido*, de 31 de octubre de 2000; sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo, sobre la adopción y la filiación: *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, de 23 de marzo de 2000, *Fretté c. Francia*, de 26 de febrero de 2006, en la que invierte la doctrina para darle la razón a las autoridades nacionales, *E.B. c. Francia*, de 22 de enero de 2008, *Gas y Dubois c. Francia*, 15 de marzo de 2012, *X y otros c. Austria*, de 19 de febrero de 2013; sobre el derecho a la vida privada familiar: *Karner c. Austria*, de 24 de julio de 2003, *J.M. c. Reino Unido*, de 28 de septiembre de 2010, *Schalk y Kopf c. Austria*, de 24 de junio de 2010; tratos inhumanos y degradantes: *Identoba y otros c. Georgia*, de 12 de mayo de 2015, *M. C. Y c. A. c. Rumanía*, de 12 de abril de 2016. En la última década hay sentencias que tratan diversos temas relacionados con la libertad de expresión, *Veideland y otros c. Suecia*, de 9 de febrero de 2012, *Kaos Gl. C. Turquía*, de 22 de noviembre de 2016, el derecho de reunión, la libertad de pensamiento, *Ladele y McFarlane c. Reino Unido*, de 15 de enero de 2013, el empleo, refugio y asilo, etc. *Identidad de género*: *Rees c. Reino Unido*, de 17 de octubre de 1986, *Cosey c. Reino Unido*, de 27 de septiembre de 1990, *B. c. Francia*, de 25 de marzo de 1992, *X, Y. y Z. c. Reino Unido*, de 22 de abril de 1997, *Christine Goodwin c. Reino Unido*, de 11 de julio de 2002, *Van Kück c. Alemania*, de 12 de junio de 2003, *Grant c. Reino Unido*, de 23 de mayo de 2006; y, más recientemente, *Y. Y. c. Turquía*, de 10 de marzo de 2015, *A. P., Garçon y Nicot c. Francia*, de 6 de abril de 2017, *S. V. c. Italia*, de 11 de octubre de 2018.



momento, por la tolerancia y luego por una igualdad restringida”<sup>39</sup>. Lo que, aun no siendo plenamente satisfactorio para el colectivo, es un paso importante.

Son ya un buen número las sentencias del TEDH sobre la orientación sexual y la identidad de género. Interesa apuntar, como señala G. Cano, “malgrat tant l’orientació sexual com la identitat de gènere formen part de la noció àmplia de ‘vida privada’ que té el Tribunal, ambdós conceptes han estat tractats des de perspectives diferents. En referencia a l’orientació sexual, el Tribunal ha concentrat la seva atenció en l’obligació de l’Estat de no intervenir-ne en el lliure exercici. En canvi, en materia d’identitat de gènere i transsexualisme, el Tribunal fa èmfasi en les obligacions positives que tenen els Estats per protegir eficaçment, en el pla jurídic i social, el dret de totes les persones a viure conforme a la seva nova identitat sexual”<sup>40</sup>.

Dicho de otra forma, dadas las diferentes realidades de las minorías sexuales, ya sea por motivo de orientación sexual o por identidad de género, el TEDH ha sentado la doctrina jurisprudencial de que, en el primer caso, debe aplicarse una concepción “negativa” de la libertad y de la vida individual, por la que el Estado debe evitar cualquier tipo de injerencia o intromisión en el ámbito personal, mientras que, en el segundo, la actuación de los poderes públicos debe inspirarse en una lectura “positiva” de sus obligaciones, por la que debe promover y proteger la situación de las personas que han realizado la transición sexual.

Como han señalado varios autores, esta lectura de los derechos de las minorías sexuales ha sido posible gracias a una interpretación evolutiva y dinámica de dos importantes artículos del *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales* (CEDH)<sup>41</sup>. Me refiero al artículo 8 de la CEDH en el que se regula el derecho a la vida privada y el 14 en el que se establece el principio de no discriminación. Poco a poco, el TEDH ha ido acogiendo en su argumentación otros artículos de la CEDH posibilitando la ampliación de los derechos LGBTI. Por ejemplo, el artículo 12

<sup>39</sup> BORRILLO, D.; “De la penalización de la homosexualidad a la criminalización de la homofobia: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la orientación sexual”, *Revista de Estudios Jurídicos*, 11, 2011, p.1-2 (<https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/629>).

<sup>40</sup> CANO PALOMARES, G.; “La protecció dels drets de les minories sexuals pel Tribunal Europeu de Drets Humans”, en AA.VV., *Orientació sexual i identitat de gènere. Els drets menys entesos*, Barcelona, Institut de Drets Humans de Catalunya, 2007, pp. 34.

<sup>41</sup> CANO PALOMARES, G.; “La protecció dels drets de les minories sexuals pel Tribunal Europeu de Drets Humans”, cit. p. 33 y GILBAJA CABRERO, E.; “La orientación sexual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Político*, 91, 2014, p. 305 (<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:DerechoPolitico-2014-91-7070&dsID=Documento.pdf>)



en el que se regula el derecho al matrimonio, en principio, entre parejas heterosexuales, pero que, con esa interpretación dinámica y evolutiva, cercana a los cambios acaecidos en las costumbres y actitudes de la sociedad europea, ha posibilitado la justificación de matrimonios entre parejas homosexuales o trans<sup>42</sup>.

En esta misma línea, se pronuncia Manzano cuando escribe: “Ante la ausencia de una disposición específica sobre el respeto a la orientación e identidad sexual, el Tribunal ha llevado a cabo una lectura expansiva de los derechos y libertades recogidos en el Convenio, en particular mediante el recurso a la doctrina del margen de apreciación, para ampliar progresivamente la protección reconocida a homosexuales y transexuales. En particular, se ha basado en el derecho al respeto a la vida privada y familiar recogido en el art. 8 CEDH. Asimismo, ha recurrido a la prohibición general de toda discriminación contenida en el art. 14 CEDH cuya violación ha de ser alegada en combinación con uno de los derechos sustantivos reconocidos en el Convenio o en alguno de sus protocolos, para censurar las actuaciones discriminatorias contra las personas pertenecientes a minorías sexuales”<sup>43</sup>.

Pero el camino ha sido largo y, a veces, tortuoso<sup>44</sup>. El itinerario recorrido por el TEDH hasta reconocer la singularidad del mundo LGBTI está repleto de avances y retrocesos: un primer momento de resistencia a la aceptación de los cambios y de la realidad de estas minorías sexuales; después, una apuesta por la despenalización de las relaciones homosexuales siempre que sean en el ámbito privado y consentidas entre adultos; luego, la equiparación en la edad para tener relaciones entre heterosexuales y homosexuales; seguido del reconocimiento de que también tienen derecho a una vida privada familiar con todas sus consecuencias para la adopción y las relaciones filiales, los derechos a prestaciones

---

<sup>42</sup> Vid. los artículos de J. Díaz Lafuente, de Fco. Ruiz-Risueño, F. Rey y A. Elvira en el monográfico de la *Revista General de Derecho Constitucional*, 17, 2013, ([https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id=3&numero=17](https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=3&numero=17)). Vid. también, para esto y lo que sigue, las obras citadas en la bibliografía de BORRILLO, CANO PALOMARES; GILBAJA CABRERO, MANZANO, MATIA PORTILLA y otros, y PEÑA DÍAZ.

<sup>43</sup> MANZANO BARRAGÁN I.; “La jurisprudencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre orientación sexual e identidad de género”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXIV/2, 2012, p. 51 (<http://www.revista-redi.es/es/articulos/la-jurisprudencia-del-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-sobre-orientacion-sexual-e-identidad-de-genero/>)

<sup>44</sup> Como ha escrito MANZANO, “el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales de las minorías sexuales... ha seguido, en términos generales, una hoja de ruta en la que se empiezan por garantizar los derechos básicos de las personas homosexuales, mediante la despenalización de las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo y la igualación de la edad de consentimiento. Una vez gays y lesbianas dejan de ser vistos como criminales, resulta cada vez más difícil que se vean privados de sus derechos civiles, incluyendo el derecho a no ser tratados de modo discriminatorio debido a su orientación sexual. En un estadio más avanzado, se progresa hacia el pleno reconocimiento legal de las uniones afectivas homosexuales en pie de igualdad con las parejas heterosexuales” (MANZANO BARRAGÁN I.; “La jurisprudencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre orientación sexual e identidad de género”, cit., 49-50).

públicas, etc.; finalmente, los derechos de las personas trans. Todo eso en un período de unos 70 años en los que no siempre ha existido una evolución lineal y en el que el TEDH ha buscado los consensos nacionales, ha realizado sus ponderaciones y, en algunos casos, ha dejado a la “apreciación” de cada estado la regulación de los derechos LGBTI –por ejemplo, su presencia en el ejército-.

En fin, en la vieja y privilegiada Europa, modelo de desarrollo y protección de los derechos, los derechos de las personas LGBTI están siendo objeto de lucha y de conquista y tan sólo se ha logrado una cierta materialización gracias al activismo judicial. Si esto es así en este espacio geográfico, con sus avances y retrocesos (no olvidemos los problemas y la reversión de derechos en los países de Europa del Este), qué será en el resto del planeta, en el resto de estados miembros de Naciones Unidas. Nada mejor que echar la vista atrás y repasar los informes ILGA y los documentos y recomendaciones del ACNUDH.

## 7. ¿Hacia un derecho a la orientación sexual y la identidad de género?

Recapitulemos. Los informes realizados por ONGs, ILGA, por organismos internacionales, ACNUDH, etc., describen una realidad diaria y unas circunstancias vitales para las personas LGBTI, sobre todo, en algunos países miembros de Naciones Unidas, altamente peligrosas para su vida. Todavía 76 Estados criminalizan a este colectivo, entre los cuales se encuentran aquellos que castigan las relaciones homosexuales con la pena de muerte. Esta criminalización suele acarrear persecución, ostracismo, violencia, detenciones arbitrarias y otras manifestaciones de odio hacia las minorías sexuales. El sistema de Naciones Unidas, así como otros organismos internacionales de ámbito regional recogen puntualmente estas violaciones de los derechos humanos, recuerdan las obligaciones de las autoridades nacionales y establecen recomendaciones para su erradicación. A pesar de los avances, la falta de respeto hacia los derechos y la violencia hacia las personas LGBTI disminuye, pero no cesa, ni siquiera en Europa.

Por otro lado, el sistema de derechos de Naciones Unidas o las declaraciones elaboradas a nivel regional no recogen un derecho específico que proteja la especial situación de las personas LGBTI. De ahí que su estatus de derechos se fie o bien a la labor del legislador nacional, o bien a la eficacia del sistema jurisdiccional. En el primer caso, el reconocimiento de los derechos de las minorías sexuales queda al albur de la voluntad de los gobernantes que puede oscilar en el tiempo, pues su acción

legislativa puede suponer tanto un avance como un retroceso y, en todo caso, en pocas ocasiones supone una respuesta global a su situación. En el segundo caso, supone una lucha personal constante que, además, se inicia cuando ya se ha producido la violación de los derechos, cuando ya se ha ocasionado el daño, la persecución, el ejercicio del odio hacia las minorías sexuales y que queda también al albur del buen y justo funcionamiento del sistema judicial. Conviene recordar que la labor del TEDH, siendo muy positiva, se ha alargado en el tiempo hasta llegar a cotas aceptables en el siglo XXI.

En este contexto, resulta muy encomiable la posición de la defensa de la universalidad de los derechos, de que se aplique por igual, a todos, -heterosexuales, homosexuales, transexuales, intersexuales-, el sistema internacional de derechos, pero no podemos felicitarnos de su éxito. De ahí que no parezca desproporcionado e irracional el planteamiento de reivindicar un “derecho específico”, un “derecho a la orientación sexual y la identidad de género” que reconozca la especialidad de las minorías sexuales y prevea las garantías jurídicas especiales para su materialización y protección. Existen poderosos argumentos que avalan esta propuesta:

1. La orientación sexual y la identidad de género no se mencionan expresamente en los tratados internacionales sobre derechos humanos. Por consiguiente, los Estados consideran que su regulación debe ser objeto de la libre apreciación nacional sin que quepa fiscalización o condena por parte de los organismos internacionales.
2. Los argumentos jurídicos aducidos para su protección o para el resarcimiento en el caso de violación se basan principalmente en el recurso al principio de igualdad y, sobre todo, de no discriminación por razón del sexo, una vez que se ha interpretado globalmente que encaja en esta categoría conceptual. Esto supone que deba siempre alegarse la violación de un derecho (a la vida, a la seguridad e integridad física, a la vida privada personal y familiar, derecho de reunión, libertad de expresión, etc.) junto al principio de no discriminación.
3. Además, supone contemplar la naturaleza de los derechos de las minorías sexuales desde una perspectiva “negativa”, en la que se trata de evitar las intromisiones de los Estados o de terceros, especialmente, en la vida privada. Por el contrario, este enfoque carece de una perspectiva “positiva” a partir de la cual puedan establecerse obligaciones para las

autoridades nacionales y no sólo las recomendaciones que los organismos internacionales no se cansan de recordar a los países miembros.

4. A todas luces, esta estrategia es insuficiente para resolver las complejas situaciones y realidades de gays, lesbianas, bisexuales, transexuales e intersexuales. Cada grupo tiene unas sensibilidades y unas particularidades que les diferencia, en algunos casos, sustancialmente. No tienen ni los mismos intereses, ni los mismos objetivos. De ahí que un derecho más concreto podría regular y reconocer esta variedad y complejidad y amparar realidades a las que no llega el principio de no discriminación.
5. La fase actual de la historia de los derechos humanos es la fase de su “especificación”. Una vez se han superado las fases anteriores –el paso de la teoría a la práctica, su internacionalización y su regionalización-, hace décadas que la evolución de los derechos ha transitado hacia la fase de su especificación en la que los colectivos reclaman unos derechos ajustados a sus particularidades: derechos de las minorías, de las mujeres, de los niños, de la tercera edad, del consumidor, del paciente, etc. ¿Por qué no un “derecho a la orientación sexual y la identidad de género” que reconozca las peculiaridades del colectivo LGBTI, que adapte los derechos a su situación grupal y que prevea las oportunas garantías para su cumplimiento, su materialización y su protección?
6. Aún más, en este momento, un sector importante del activismo en favor de la diversidad sexual y de los derechos de las minorías LGBTI va más lejos y reivindica un derecho a la libre determinación de la identidad sexual y expresión de género que incluye a las personas trans e intersex en el reconocimiento y protección de su singularidad, que les proteja del ostracismo social, del odio y de la violencia y que les permita disfrutar de sus concepciones vitales. Esta pretensión se está materializando en importantes iniciativas legislativas. En este contexto, hay que mencionar los importantes cambios normativos que han tenido lugar, por ejemplo, en la ley de 1 de abril de 2015 de Malta, la ley 26.743 de Argentina que establece el derecho a la identidad de género de las personas, o la ley de Portugal 38/018, de 7 de agosto sobre el direito à autodeterminação da identidade de género e expressão de género e à proteção das características sexuais de cada pessoa.

En el ámbito español, entre las iniciativas que van en esta línea, cabe mencionar la Proposición de Ley sobre la protección jurídica de las personas trans y el derecho a la libre

determinación de la identidad sexual y expresión de género (BOE de 2 de marzo de 2018), presentada por el Grupo Parlamentario de Podemos y sus confluencias. A título de ejemplo, entre las definiciones clave, se afirma que la “identidad sexual o de género” es “aquella vivencia interna y personal del género tal y como cada persona la siente y determina, que puede o no corresponder con el sexo asignado al nacer, e incluye el sentido y vivencia personal del cuerpo a través o no de modificaciones en la apariencia o funciones corporales, a través de prácticas farmacológicas o quirúrgicas, siempre desde la autodeterminación personal” y la “expresión de género” es la “forma en la que cada persona comunica o expresa su identidad sexual a través de conductas, forma de vestir, lenguaje o gestos corporales, pudiendo coincidir o no con aquellas consideradas socialmente relativas el género asignado en el momento del nacimiento”.

Lo que se pretendía con los *Principios de Yogyakarta* (2006) y *Yogyakarta+10* (2017) era el reconocimiento y la protección de los derechos de las minorías sexuales. Desde un enfoque adaptativo, los expertos analizaron los textos internacionales de derechos humanos (DUDH, el PIDCP y el PIDSEC) e integraron su regulación bajo el marco de la orientación sexual y la identidad de género. A pesar de que se llevó al Consejo de Derechos Humanos, falta que aumente el consenso entre los países para que pueda tener naturaleza de tratado, pero, como sabemos y he relatado, hay un importante número de Estados miembros que se oponen frontalmente a cualquier iniciativa y que resguardan su legislación criminalizadora al amparo del argumento de la competencia nacional. En estos casos, en los que hay una oposición al respeto de los derechos humanos de las minorías sexuales e, incluso, unas leyes penales que prevén duras sanciones para las personas LGBTI, un tratado, una declaración o una convención que regulase un “derecho a la orientación sexual y la identidad de género” podría ser un acicate para el cambio legislativo y un modelo cultural y conductual para la sociedad. Y, en definitiva, un punto de partida para terminar con la persecución, el ostracismo, las detenciones arbitrarias, etc. En suma, para que las personas LGBTI puedan vivir una vida “humana” de acuerdo a los estándares de su intrínseca dignidad.

La *Declaración Universal de Derechos Emergentes* (DUDHE, 2007), aprobada en el Forum de Monterrey (México), sigue la estela de los *Principios de Yogyakarta* y establece entre los derechos emergentes un derecho a la autodeterminación personal y a la autonomía sexual, un derecho para elegir

los vínculos personales, a la protección de la vida familiar cualquiera que sea el sexo de los adultos que la compongan, etc. En fin, se encuentra la matriz básica de ese “derecho a la orientación sexual y la identidad de género”. El artículo 4 de la DUDHE reconoce “el derecho a la igualdad de derechos plena y efectiva” e incluye explícitamente el principio de no discriminación por razón de género u orientación sexual. Y el art. 6, dentro de “el derecho a la democracia paritaria”, positiviza “el derecho a la autodeterminación personal y la diversidad y autonomía sexual, que reconoce a toda persona el derecho a ejercer su libertad y orientación sexual”, y “el derecho a la elección de los vínculos personales, que se extiende al reconocimiento del derecho a la asociación sentimental con la persona elegida, incluyendo el derecho a contraer matrimonio, sin que exista obstáculo alguno al libre pleno consentimiento para dicho acto”<sup>45</sup>.

En definitiva, existen ya suficientes y poderosos mimbres para construir ese “derecho a la orientación sexual y la identidad de género” e, incluso, de avanzar aún más en la libre determinación. Existen iniciativas importantes, como hemos visto, y, al mismo tiempo, se ha hecho una profunda reflexión sobre su fundamento y su contenido. De esta manera, se daría un vigoroso impulso a las reivindicaciones del colectivo LGBTI y podrían armarse otras estrategias que pudieran paliar el sufrimiento personal, así como la injusta situación que viven estos seres humanos en algunos países.

El marco general con el que se inicia la DUDHE apunta una serie de ideas clave para fundamentar los “derechos emergentes” y, dentro de ellos, “el derecho a la orientación sexual y la identidad de género”. Entre otras, el carácter limitado de la original DUDH como fundamento fundador de una ética humanista para el siglo XX ligada a la “óptica individualista y liberal”. Frente a eso, la DUDHE refleja una nueva concepción política basada en la democracia participativa y en los derechos humanos emergentes como derechos ciudadanos. “Se trata de superar el déficit político y la impotencia entre los cambios deseados y las precarias condiciones actuales para su realización. Los derechos humanos son, sin embargo, resultado de un proceso inacabado y en permanente transformación. Emergen nuevos compromisos, necesidades, nuevos derechos y, sobre todo, una toma de conciencia de las sociedades actuales...”.

---

<sup>45</sup> *Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes*, 2009, p. 58-59 (<https://www.idhc.org/arxius/recerca/1416309302-DUDHE.pdf>)

Este es el “quid” de la cuestión. Los derechos humanos son históricos, son cambiantes y, por tanto, objeto de transformación de acuerdo a los intereses y las necesidades de la sociedad global, en este caso, y, sobre todo, de los individuos y los grupos que la componen. Y la ciudadanía es, cada vez, más exigente con los poderes públicos y su legitimidad, que sólo se logra si sus políticas y sus actuaciones responden a esos intereses y a esas necesidades también cambiantes, sujetas a una geometría variable. Y esperan que estas exigencias se acaben reflejando en la legislación y en las grandes declaraciones de derechos.

En este sentido, hay que reivindicar el “derecho a la orientación sexual y la identidad de género” como un nuevo derecho humano, un derecho emergente, para una nueva ciudadanía participativa y global. El derecho a la orientación sexual y la identidad de género es un derecho “humano” –y así rebatimos a J. Butler– y, además, es un derecho de ciudadanía. Es un derecho político, en suma, que tiene el objetivo de que las personas LGBTI sean ciudadanos como todos los demás: no sean perseguidos, ni sufran ostracismo o teman por su vida, su seguridad y su integridad física; gocen del derecho de reunión y manifestación; de la libertad de pensamiento, conciencia y religión; de la libertad de expresión; y tengan acceso a los servicios públicos –salud, educación, etc.– y a un empleo digno como todos los demás. Es, pues, una cuestión de ciudadanía y, ante eso, no caben atajos<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> SALAZAR BENÍTEZ, O.; “La identidad de género como derecho emergente”, *Revista de Estudios Políticos*, 169, 2015, pp. 75-107. (<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5198687>) y SALAZAR BENÍTEZ, O.; *Igualdad, Género y Derecho*, cit., pp. 49-77.



## 8. Bibliografía

- AA.VV.; *Orientació sexual i identitat de gènere. Els drets menys entesos*, Barcelona, Institut de Drets Humans de Catalunya, 2007 ([https://www.idhc.org/arxiu/recerca/1533629180-CDHE\\_03.pdf](https://www.idhc.org/arxiu/recerca/1533629180-CDHE_03.pdf))
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I.; “La organización de las Naciones Unidas y el derecho a la no discriminación por motivo de orientación sexual e identidad de género: apuntes para un debate”, *Revista General de Derecho Constitucional*, 17, 2013, ([https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=413661](https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=413661)).
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “La organización de Naciones Unidas y los derechos de las personas LGTBI: nuevos avances y desafíos de siempre”, en F. J. MATIA PORTILLA, A. ELVIRA PERALES y A. ARROYO GIL, *La protección de los derechos fundamentales de personas LGTBI*, Valencia, tirant lo blanch, 2019, p. 23-65.
- BOBBIO, N.; *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís, Madrid, Sistema, 1991.
- BORRILLO, D.; “De la penalización de la homosexualidad a la criminalización de la homofobia: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la orientación sexual”, *Revista de Estudios Jurídicos*, 11, 2011 (<https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/629>).
- BUSTOS MORENO, Y. B.; *La transexualidad (de acuerdo a la Ley 3/2007, de 15 de marzo)*, Madrid, Dykinson, 2008.
- BUTLER, J.; *Deshacer el género*, 7ª imp., trad. de P. Soley-Beltrán, Barcelona, Paidós, 2016.
- CANO PALOMARES, G.; “La protecció dels drets de les minories sexuals pel Tribunal Europeu de Drets Humans”, en AA.VV., *Orientació sexual i identitat de gènere. Els drets menys entesos*, Barcelona, Institut de Drets Humans de Catalunya, 2007, pp. 33-54.
- CASSESE, A.; *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, trad. de A. Pentimalli y B. Rivera, Barcelona, Ariel, 1991.
- COLL-PLANAS, G.; *La voluntad y el deseo. La construcción social del género y la sexualidad: el caso de lesbianas, gay y trans*, 2ª edic., Barcelona, Egales, 2011.
- DÍAZ LAFUENTE, J.; “La protección de los derechos fundamentales frente a la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en la Unión Europea”, *Revista General de Derecho Constitucional*, 17, 2013.
- ELVIRA, A.; “Transexualidad y derechos”, *Revista General de Derecho Constitucional*, 17, 2013 ([https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=413671](https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=413671)).
- FOUCAULT, M.; *Historia de la sexualidad. I. La voluntad de saber*, 10 edic., trad. de U. Guiñazú, Madrid, Siglo XXI, 1984.
- GARCÍA LOPEZ, D. J.; “Has de tener un cuerpo que mostrar: el grado cero de los Derechos Humanos”, *Isegoría*, nº 59, julio-diciembre 2018, pp. 663-682.
- GILBAJA CABRERO, E.; “La orientación sexual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Político*, 91, 2014, pp. 303-340 (<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:DerechoPolitico-2014-91-7070&dsID=Documento.pdf>)
- MANZANO BARRAGÁN I.; “La jurisprudencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre orientación sexual e identidad de género”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXIV/2, 2012, pp. 49-78 (<http://www.revista-redi.es/es/articulos/la-jurisprudencia-del-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-sobre-orientacion-sexual-e-identidad-de-genero/>)
- MATIA PORTILLA, F. J., ELVIRA PERALES, A. y ARROYO GIL, A.; *La protección de los derechos fundamentales de personas LGTBI*, Valencia, tirant lo blanc, 2019.

- MERINO SANCHO, V, “Una revisión de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la intimidad sexual y la autonomía individual”, *Derechos y Libertades*, 38, enero 2018, pp. 327-358.
- MONEREO ATIENZA, C.; *Diversidad de género, minorías sexuales y teorías feministas*, Madrid, Dykinson, 2015.
- MONTERO GONZÁLEZ, D.; “Derechos humanos y derechos LGTB desde una perspectiva internacional”, 2007 <https://www.fundacionhenrydunant.org/images/stories/biblioteca/derechos-personas-LGBTI/Microsoft%20Word%20-%20DERECHOS%20HUMANOS%20Y%20DERECHOS%20LGTB%20desde%20una%20perspectiva%20internacional.doc.pdf>
- PECES-BARBA, G.; *Curso de derechos fundamentales*, con la colaboración de R. de Asís y A. Llamas, Madrid, EUDEMA, 1991.
- PEÑA DÍAZ, F. DE A, *La lucha que no cesa. Los derechos del colectivo LGBTI como derechos humanos*, Valencia, tirant lo Blanch, 2018.
- PÉREZ SEDEÑO, E. y ORTEGA ARJONILLA, E., eds.; *Cartografías del cuerpo. Biopolíticas de la ciencia y la tecnología*, Madrid, Cátedra/Universidad de Valencia, 2014.
- REY MARTÍNEZ, F.; “Sentido y alcance del derecho fundamental a no sufrir discriminación por orientación sexual”, *Revista General de Derecho Constitucional*, 17, 2013 ([https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=413670](https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=413670)).
- RUIZ-RISUEÑO MONTOYA, Fco.; “Los derechos de las personas LGTB en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista General de Derecho Constitucional*, 17, 2013 ([https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=413663](https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=413663)).
- SALAZAR BENÍTEZ, O.; “La identidad de género como derecho emergente”, *Revista de Estudios Políticos*, 169, 2015, pp. 75-107. (<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5198687>)
- SALAZAR BENITEZ, O.; *Igualdad, Género y Derecho*, Santiago (Chile), Ed. Olejnik, 2019.
- SUAREZ LLANOS, L.; “La identidad y el género del derecho frente al derecho a la identidad de género”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 54, 2020, pp.175-202.
- SUESS SCHWEND, A.; “Derechos de las personas trans e intersex: revisión del marco legislativo en el contexto español desde una perspectiva de despatologización y derechos humanos”, *Derecho y Salud*, 2018, pp. 97-115.