

**SEXO, GÉNERO Y DERECHOS:
DEL “DERECHO A LA ORIENTACIÓN SEXUAL
Y LA IDENTIDAD DE GÉNERO”
AL “DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN DEL GÉNERO”**

*SEX, GENDER AND RIGHTS: FROM THE
“RIGHT TO SEXUAL ORIENTATION AND GENDER IDENTITY”
TO THE “RIGHT TO SELF-DETERMINATION OF GENDER*

JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN
Universidad de La Rioja

Fecha de recepción: 16-2-21

Fecha de aceptación: 26-4-21

Resumen: *Desde principios del siglo XXI, la orientación sexual y la identidad de género están siendo reconocidos como derechos del colectivo LGBTIQ por informes de organizaciones, documentos internacionales sobre derechos humanos y por sentencias judiciales. Estos derechos tienen por objeto evitar la discriminación de estas personas, la prohibición de la violencia y el odio y el pleno disfrute de los derechos y libertades fundamentales. Sin embargo, siguen existiendo grupos de personas, como los intersexuales, los transgénero, los queer, los no binarios, etc., que no se sienten identificados con la formulación de este derecho. Este artículo analiza los diferentes aspectos de este debate y explora la vía para la justificación de un derecho a la libre determinación del sexo.*

Abstract: *Since the beginning of the 21st century, sexual orientation and gender identity have been recognized as rights of the LGBTIQ collective by reports from organizations, international documents on human rights and by court decisions. These rights are intended to prevent discrimination against these people, the prohibition of violence and hatred and the full enjoyment of fundamental rights and freedoms. However, there are still groups of people, such as intersex, transgender, queer, non-binary, etc., who do not feel identified with the formulation of this right. This article analyzes the different aspects of this debate and explores the way to justify a right to self-determination of sex.*

Palabras clave: derechos personas LGBTIQ, orientación sexual, identidad de género, libre determinación del género.
Keywords: LGBTIQ people rights, sexual orientation, gender identity, gender self-determination

1. PREGUNTAS BÁSICAS

La entrada del nuevo siglo ha supuesto un avance importante en el cambio de la percepción de la situación de las personas LGBTIQ¹ y de sus derechos. Cada vez más, las sociedades nacionales, las organizaciones internacionales, los ciudadanos en general son conscientes del daño personal, de la indignidad y de la injusticia a la que se ha visto sometido durante mucho tiempo este colectivo: desde un injustificado ostracismo, hasta la coacción y la violencia, la persecución e, incluso, la pérdida de la vida, pasando por la estigmatización social y la patologización. En muchos casos, esto ha sucedido con el respaldo del ordenamiento jurídico, que penaliza sus conductas sexuales y sus expresiones del género, y de las autoridades gubernativas.

Sin embargo, las dos primeras décadas del siglo XXI han visto un cambio generalizado y perceptible en la actitud hacia las personas LGBTIQ que se ha concretado también en importantes modificaciones en las políticas de los gobiernos, en los ordenamientos jurídicos nacionales y, sobre todo, en la posición de los organismos internacionales, especialmente, lo vinculados al reconocimiento y protección de los derechos humanos. Estas importantes mutaciones, desde luego, no han sido posible sin la iniciativa, el tesón y la perseverancia del activismo en favor de los derechos LGBTIQ y de los movimientos sociales que han reflejado en el mejor sentido la idea de R. Ihering sobre la “lucha por los derechos” como un motor para el cambio del derecho.

¹ Utilizo el acrónimo LGBTIQ frente a LGTBI utilizado por los movimientos sociales y la literatura especializada española porque es el empleado por la Comisión Europea en su *Unión of Equality. LGBTIQ Equality Strategy 2020-2025*, (https://ec.europa.eu/info/files/lgbtiq-equality-strategy-2020-2025_en, última vez consultado 6 de enero de 2021) y, además, está más extendido allende nuestras fronteras. Según la *Estrategia*, dada a conocer el 12 de noviembre de 2020, las personas LGBTIQ son aquellas personas que sienten atracción hacia otras de su propio género (lesbianas, gays) o de ambos (bisexual); aquellas cuya identidad y/o expresión de género no corresponde al sexo asignado en el momento del nacimiento (trans, no-binarios); aquellas que han nacido con características que no se ajustan a la definición típica de hombre o mujer (intersex); y aquellas cuya identidad no se ajusta a la clasificación binaria de la sexualidad y/o género (*queer*).

Ahora bien, ¿cuáles han sido y son las causas de estos cambios? Realmente, ¿se han producido a plena satisfacción del colectivo? ¿Cuáles han sido los hitos más relevantes del proceso de reconocimiento de los derechos de las personas LGBTIQ, si es que los ha habido? En última instancia, ¿cuál es la justificación para su reconocimiento y su protección y en qué figuras jurídicas pueden concretarse, si es que cabe hablar de derechos para este colectivo?

El objetivo de este artículo es dar respuesta a estas cuestiones y, a la postre, realizar un análisis de los derechos reivindicados por las personas LGBTIQ, de su evolución y de su fundamento y de algunos conceptos básicos. El punto de partida, que a su vez sirve también como importante elemento de justificación a favor de la reivindicación de los derechos LGBTIQ, lo constituyen las descripciones de los informes de situación de las personas de este colectivo que se realizan con carácter global. Por la institución que lo realiza, uno de los más notorios y relevantes es, sin duda, el del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH). Pues bien, este destacado defensor de los derechos humanos ya se pronunció sobre la cuestión en 2015 en un informe denominado *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*, en el que presenta ciertamente un panorama desolador. Tras destacar los progresos realizados en los años anteriores, “sin embargo, estos avances positivos se ven eclipsados por las violaciones continuas, graves y muy extendidas de los derechos humanos que se cometen, demasiado a menudo con impunidad, por motivos de orientación sexual e identidad de género. Desde 2011 ha habido cientos de víctimas mortales y miles de heridos en ataques brutales y violentos, algunos de los cuales se describen a continuación. Otras vulneraciones documentadas son la tortura, la detención arbitraria, la negación de los derechos de reunión y de expresión, y la discriminación en la atención sanitaria, la educación, el empleo y la vivienda. Estos y otros abusos justifican una respuesta concertada de los gobiernos, los parlamentos, las organizaciones regionales, las instituciones nacionales de derechos humanos y la sociedad civil, así como de los órganos de las Naciones Unidas, incluido el Consejo de Derechos Humanos”².

² Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*, 2015, p. 4 (<https://undocs.org/es/A/HRC/29/23>, última vez consultado el 8 de enero de 2021). Como resultado del creciente interés de Naciones Unidas por la situación del colectivo LGBTIQ ha sido la creación de la figura del Experto Independiente sobre la protección contra

En esta misma línea, resulta también revelador el dato aportado por el Informe ILGA de *Homofobia de Estado*, del año 2020, según el cual todavía 70 (67 más 3) Estados de los 193 estudiados, pertenecientes a Naciones Unidas, penalizan *de iure* o *de facto* los actos sexuales consentidos entre personas adultas del mismo sexo³. De ellos, hay certeza de que 6 castigan estas relaciones con la pena de muerte a los que hay que añadir 5 más en los que potencialmente puede imponerse un castigo semejante⁴.

En este momento, fuertemente condicionado por las restricciones y los confinamientos derivados de la pandemia del COVID-19, siguen siendo válidas las palabras que las co-secretarías de ILGA, Tuisina Ymania Brown y Lus Elena Aranda, escribieron en la ampliación del Informe del año 2019, realizada en el mes de diciembre. En ellas, señalan los importantes avances que han tenido lugar en la lucha por los derechos de las minorías sexuales, pero, al mismo tiempo, señalan 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 nosotres vemos nuestros derechos reconocidos, más personas LGBTI

la violencia y discriminación por motivos de orientación sexual y la identidad de género que elabora informes anuales para la Asamblea General y para el Consejo de Derechos Humanos. El primer Experto Independiente fue Vitit Muntarbhorn. En la actualidad, el puesto lo ocupa el costarricense Víctor Madrigal-Borloz, quien anualmente presenta sus informes temáticos sobre aspectos particulares de la situación: la violencia contra el colectivo trans (2018), las “terapias de conversión” (2020), etc. En el primero de ellos, en consonancia con otros informes de organismos internacionales y del activismo trans, escribe: “La violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o orientación de género existen en todos los rincones del mundo. Varios estudios exhaustivos han demostrado que las personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero y de género no conforme corren un mayor riesgo de sufrir violencia física y sexual y que, en la mayoría de esos casos, la orientación sexual o la identidad de género de las víctimas fueron causas determinantes de los abusos. Los datos disponibles indican que se enfrentan a la cuasi certidumbre de sufrir violencia durante su vida y que, como norma general viven cada día conscientes de ello y con ese temor” (<https://www.ohchr.org/SP/Issues/SexualOrientationGender/Pages/AnnualReports.aspx>, última consulta 22 de enero de 2021).

³ ILGA es el acrónimo de la *International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association*. Desde 2007 ILGA elabora anualmente unos importantes Informes *Homofobia de Estado* en los que se denuncia este tipo de situaciones y, además, se analiza las legislaciones nacionales de los estados miembro de Naciones Unidas. Estos informes se han convertido en un punto de referencia de la lucha del colectivo, así como de otros organismos internacionales, incluyendo, órganos jurisdiccionales. Vid en <https://ilga.org/es>

⁴ Informe ILGA de *Homofobia de Estado* 2020, p. 27 (https://ilga.org/downloads/ILGA_Mundo_Homofobia_de_Estado_Actualizacion_Panorama_global_Legislacion_diciembre_2020.pdf, última vez consultado el 6 de enero de 2021).

también corren peligro de ser discriminadas, atacadas, perseguidas e incluso asesinadas”. En otras palabras, se han producido avances importantes en la mejora de la situación de las minorías sexuales, pero no debe descartarse, en algunos casos, un retroceso, dependiendo del país y del gobierno de turno, y, sobre todo, queda mucho por hacer.

Alguna de estas tendencias, así como los problemas y los conflictos a los que se tienen que enfrentar las personas LGBTIQ son visibles y constatables en el espacio geográfico del Consejo de Europa⁵. Empezando por la dificultad por recopilar datos, por conocer la realidad misma. Tenemos, no obstante, el conocido Informe temático *Derechos Humanos e identidad de género*, realizado en 2009 por el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, Th. Hammarberg, en el que se señalan un conjunto de problemas de calado: las dificultades legales y burocráticas e, incluso, la imposibilidad de lograr el reconocimiento del género elegido o los obstáculos para el cambio de sexo y de nombre para las personas trans, así como de formar una unidad familiar. A eso se suma la discriminación y los problemas en el acceso a la atención sanitaria, el mercado laboral, en el ámbito educativo, etc. Sin contar los casos de transfobia y de violencia contra personas de este colectivo que, además, se agrava cuando las personas son refugiadas o solicitantes de asilo. El gran problema es, según el informe, la transfobia y la violencia pues es transversal a todos los ámbitos, actividades y prácticas sociales⁶. Si esto pasa

⁵ La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa lamentó, en la resolución 2048, de 22 de abril de 2015, la discriminación que sufren las personas trans en general y, en particular, sus dificultades en el acceso al trabajo, a la vivienda y los servicios de salud, así como el acoso y la violencia física y psicológica, e instó a los Estados, siguiendo el ejemplo de Malta, eliminar las trabas burocráticas, promulgar leyes que estableciese el delito de odio hacia este colectivo, suprimiesen las dificultades mencionadas y reconociesen el derecho a la autodeterminación de género. En suma, aplicasen las normas internacionales de derechos humanos. Vid. <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=21736>, última consulta 6 de febrero de 2021.

⁶ Como se afirma en el Informe Hammarberg: “Los artículos 2 y 5 del ECHR (Convenio Europeo de Derechos Humanos) garantizan el derecho a la vida y la seguridad de tod*s. A pesar de ello, muchas personas trans tienen miedo y se enfrentan a la violencia en el transcurso de sus vidas. Esta violencia va desde la hostilidad, el acoso, el abuso verbal, la violencia física y las agresiones sexuales hasta los crímenes de odio que se convierten en asesinatos. La transfobia –entendida como el miedo irracional y/o hostilidad hacia las personas que son trans o transgreden las normas tradicionales del género de cualquier otro modo– puede considerarse como una de las principales causas de la violencia y la intolerancia a la que se enfrentan muchas personas trans. Hay quien parece tener problemas con la mera existencia de seres humanos cuya expresión exterior de su identidad de género interna no es la misma que su género

en la civilizada Europa, es fácil imaginar lo que sucederá en otros lugares del planeta.

Estos son algunos datos y alguna información que muestra el elemento sociológico, real de la cotidianidad del colectivo LGBTIQ y que sirven, a su vez, de punto de partida y acicate en la reivindicación de sus derechos. Queda una larga lucha por su reconocimiento pleno, por la supresión de las actitudes homófobas, por la conquista de unas condiciones de vida dignas para lesbianas, gays, trans, intersex, *queers*, etc., de un igual estatuto de ciudadanía para todos con independencia de su orientación sexual y su identidad de género, de su expresión de género y sus características sexuales.

Se es consciente de las dificultades conceptuales, políticas, sociales y jurídicas del tema tratado. Desde la perspectiva del derecho, aunque la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), en su artículo 1, proclama que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, la realidad es que el día a día demuestra que se está muy lejos de cumplir este objetivo. El mismo sistema internacional de derechos humanos, aun siendo un denominador común de normas éticas que la humanidad se ha dotado para construir un mundo más justo, más igualitario, más digno y más humano, sin embargo, adolece de carencias notorias. Y el caso de las personas LGBTIQ es muy llamativo. Como se ha señalado, a pesar de la proclama del artículo 1 de la DUDH en favor de la universalidad de los derechos humanos, ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), ni el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) recoge como motivo específico de discriminación la orientación sexual y la identidad de género, y así, desgraciadamente, las violaciones de los derechos del colectivo LGBTIQ “quedan englobadas en la cláusula abierta que establece discriminación por otras razones de diversa índole” y que, en consecuencia, cualquier reclamación por trato inhumano o degradante, por violencia, odio u homofobia, etc., deba justificarse con otros argumentos jurídicos y, especialmente, con referencia a otros derechos y libertades fundamentales⁷.

determinado en el nacimiento. Las agresiones contra personas trans no pueden, sin embargo, excusarse en que son resultado de la ignorancia y la falta de educación”. Th Hammarberg, *Informe temático Derechos humanos e identidad de género*, Berlín, 2009, p. 15 (<https://rm.coe.int/16806da528>, última vez consultado el 6 de enero de 2021).

⁷ C. MONEREO ATIENZA, *Diversidad de género, minorías sexuales y teorías feministas*, Dykinson/Instituto Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 60.

Por eso, uno de los objetivos de este texto es mostrar cómo se ha ido asentando en los informes de los organismos internacionales, especialmente del sistema de Naciones Unidas, y en la jurisprudencia –sobre todo, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)– un “derecho a la orientación sexual y a la identidad de género” que se ha ido construyendo, lentamente, caso a caso. Sin embargo, aun siendo encomiables los esfuerzos de construcción de este derecho, lo cierto es que no satisface plenamente la compleja realidad de todas las personas LGBTIQ, pues, si bien recogería las aspiraciones de lesbianas, gays e, incluso, algunas del colectivo *trans*, con todo, las personas intersexuales, *queers*, no binarias, etc., quedarían fuera de su amparo. Sobre todo, y especialmente, no reflejaría la reivindicación de la total despatologización de la situación personal del grupo trans e intersex, tal y como reclama el activismo LGBTIQ desde hace años⁸. De ahí que, en este texto, se analice y estudie, se reivindique no sólo este derecho, sino también un “derecho a la libre determinación del género” que proteja las diferentes percepciones de la sexualidad y del género existente en nuestra sociedad. Que contemple las cuestiones del sexo y del género de acuerdo a los tiempos, no como algo petrificado, sino como algo dinámico y flexible y, sobre todo, alejado de los modelos normativos y de los protocolos médicos.

2. BREVE CLARIFICACIÓN TERMINOLÓGICA: SOBRE SEXO, GÉNERO Y OTROS CONCEPTOS BÁSICOS

Los conceptos básicos que tienen relación con la realidad, las reivindicaciones y los derechos de las personas LGBTIQ son numerosos, además de controvertidos e interrelacionados entre sí. Han tenido, como todos los términos del lenguaje, su propia evolución al albur de las transformaciones sociales, de los avances de la ciencia y de la tecnología o de la evolución de los usos sociales. Un contenido semántico líquido en una sociedad líquida. Con todo, necesariamente, en este texto, tan sólo podré dar unas pinceladas de las categorías más polémicas y algunos retazos de las controversias generadas, con el riesgo de que las palabras, las teorías y las discusiones terminológicas

⁸ El término “patologización” ha sido acuñado por el activismo de los derechos de las minorías sexuales para hacer referencia a la consideración como enfermedad (patología) de todo aquello que no responde a la norma heterosexual. Las tendencias sexuales no normales son consideradas un trastorno mental y así han sido objeto de análisis médicos para su tratamiento y normalización. Más adelante, trataré esta cuestión con algo más de detalle.

oculten la complejidad del colectivo, la diversidad de experiencias personales, la lucha y los diferentes frentes en los que se plantea la dura pelea por sus derechos y, sobre todo, de que el lenguaje y su semántica nos lleve a desconocer e ignorar la cruda realidad que muchas personas LGBTIQ soportan a lo largo del planeta, tal y como los informes de ILGA o del ACNUDH han denunciado.

Los conceptos “sexo” y “género” constituyen el núcleo central de la discusión sobre los derechos de las minorías sexuales –también son importantes nociones como “sexualidad”, “cuerpo”, “deseo”–, así como otras categorías que los desarrollan y que están enlazados con ambos. Me refiero a las parejas natural-artificial, biología-psicología, macho-hembra, hombre-mujer, heterosexual-homosexual, masculino-femenino, público-privado, patriarcado-matriarcado, etc. Son conceptos no exentos de polémicas como corresponde a las categorías sociales, políticas y jurídicas más relevantes.

Estas distinciones pueden comprenderse mejor a la luz de lo que habitualmente se entiende por sexo y género. El uso del término “sexo” suele estar relacionado con el conjunto de características físicas, biológicas, anatómicas y fisiológicas de los seres humanos que, en principio, permite atribuir a cada uno el calificativo de macho o hembra. Mientras que “género” hace referencia al conjunto de características sociales culturales, políticas, psicológicas, jurídicas y económicas que se asignan de forma diferenciada al macho como hombre y a la hembra como mujer⁹. De esta manera, se diferencia lo natural y lo biológico (el sexo) de lo artificial y cultural o social (el género) como si fuesen dos mundos separados, pero estrechamente ligados pues tal y como se defina lo natural y biológico condicionará lo artificial, cultural o social.

Corresponde a la teoría feminista el mérito de haber desvelado la estrecha relación entre “sexo” y “género” y su función en la construcción de la sociedad patriarcal. Su crítica fue directa contra el modelo biológico imperante y su determinismo social que relegaba a las mujeres a un papel secundario. Hasta los años 60 y 70 del siglo pasado, los estudios clásicos sobre esta cues-

⁹ No soy nada partidario de recurrir en trabajos académicos a las definiciones del diccionario de la Real Academia Española (RAE). En esta ocasión, desde luego, poco nos aclara para la cuestión su definición de “sexo”, como “condición orgánica, masculina o femenina, de los animales y las plantas”, y la de “género”, como “grupo al que pertenecen los seres humanos de cada sexo, entendido este desde el punto de vista socio-cultural”, no biológico. Me ha parecido más acertada la que aparece en <https://www.aboutspanol.com/definicion-de-sexo-genero-y-sexismo-1271572>.

ción partieron del axioma de que existen dos sexos y dos géneros y que su relación está determinada por el imperativo biológico, es decir, por la idea de la existencia de dos sexos (macho-hembra), que constituyen el elemento natural, y dos géneros (masculino-femenino) y que ello condiciona nuestra posición social como sujetos (hombre-mujer) y nuestro papel en la esfera política (público-privado). Y esta visión binaria de la biología ha marcado durante siglos las relaciones sociales y las estructuras de poder en las sociedades occidentales¹⁰. C. Garaizabal, en el siguiente texto, ha resumido muy bien las consecuencias de este diseño:

“Así, el estudio del impulso sexual se convirtió tanto en la exploración de las fuentes de la sexualidad como en la búsqueda de una justificación natural de los diferentes comportamientos y relaciones sociales que se daban entre hombres y mujeres. De manera que las diferencias sexuales biológicas se convirtieron en la explicación de los diferentes papeles sociales de mujeres y hombres, y en la causa fundamental de nuestras subjetividades diferenciadas.

Todo ello dio lugar a la creación de unos prototipos de masculinidad y feminidad dicotómicas y complementarios donde los comportamientos sexuales juegan un papel importante en su definición. Prototipos que definen la feminidad como el contraluz de la masculinidad, que sigue siendo lo más valorado socialmente y en los que la heterosexualidad aparece como la meta del desarrollo sexual, la preferencia sexual privilegiada, tanto porque es la más adecuada a la finalidad reproductiva que marca el instinto, como porque refuerza la complementariedad de los géneros”¹¹.

¹⁰ Sobre las lecturas del sexo desde la antigüedad y su repercusión en las relaciones sociales puede verse el libro de Th. LAQUEAUR, *La construcción del sexo. Cuerpo y género desde los griegos hasta Freud*, trad. de E. Portela, Cátedra, Madrid, 1994. Resulta interesante y está insuficientemente divulgada la tesis central del libro de que el concepto de sexo se construye históricamente a partir del “modelo de un solo sexo” y que sólo a partir del siglo XVIII se escribe e investiga a partir del “modelo de dos sexos”. LAQUEAUR rastrea en los textos médicos las descripciones del cuerpo femenino “como una versión menor” del masculino y su evolución hacia una concepción de cuerpo opuesto y “de mucha menor entidad”. Estas representaciones biológicas se reflejaron por supuesto en el papel familiar, social y político de cada uno de los sexos. En realidad, la tesis que subyace es que son la epistemología y la política las que condicionan la visión biológica de los cuerpos femenino y masculino. Vid. un resumen breve en Th. LAQUEAUR, *La construcción del sexo*, cit., pp. 10 y 11; también pp. 21 y ss., en particular, la p. 27 y 32, así como otras páginas concomitantes como la p. 55, 401, etc.

¹¹ C. GARIAZABAL, “Transexualidades, identidades y feminismos”, en M. MISSÉ y G. COLL-PLANAS, *El género desordenado. Críticas en torno a la patologización de la transexualidad*, prolog. de J. Butler, 3ª edic., Egalet, Barcelona, 2016, pp. 126-7.

En consecuencia, para la posición más tradicional, que mantiene el modelo binario¹², el sexo es lo natural, lo biológico, que nos determina siempre como macho o hembra y que condiciona nuestro género, que es lo artificial, lo social, lo cultural, que nos convierte en hombre y mujer y nos ubica socialmente en una posición preponderante o, por el contrario, secundaria. Este modelo, basado en la heterosexualidad, es elevado a la categoría de norma vinculante, aunque ésta sea implícita, y con él se juzgan las diferencias y los comportamientos sexuales distintos (homosexualidad, transexualidad, bisexualidad, intersexualidad, etc.) con los resultados que históricamente pueden constatarse y que, en el momento presente, se manifiestan en la patologización de estos colectivos, en su persecución u ostracismo, en las medidas penales de pérdida de libertad e, incluso, la vida, como sucede en un tercio de los estados miembros de Naciones Unidas, según ILGA, además de dificultades en el acceso a la sanidad, la educación, la trabajo, la vivienda, etc., a una vida estable y digna.

Frente a este determinismo biológico, reaccionó el feminismo de la “segunda ola”¹³. Frente a la tesis de que el género está condicionado por el sexo, lo cultural y social por lo natural y biológico, las feministas de esa época centraron sus propuestas teóricas y sus investigaciones en la idea de que sexo y género son entes independientes y autónomos y que, por supuesto, el género no está condicionado por el sexo. La tesis central de esta corriente del feminismo queda adecuadamente expresada en la frase de S. de Beauvoir de que “no se nace mujer, sino que se llega a serlo”. “Ser mujer” no es algo determinado biológicamente, sino que es algo que se aprende en un contexto social y cultural a través de los modelos normativos que se interiorizan en la práctica y que se exteriorizan en los gestos, en el lenguaje, en la vestimenta,

¹² El modelo binario recibe otros nombres: esencialismo, biologismo, determinismo biológico, género normativo, matriz heterosexual, etc., que, en definitiva, sustentan la visión patriarcal de la sociedad y del mundo y que se proyecta sobre los juicios en torno a las minorías sexuales. Esencialismo biologista porque considera que, en el hombre y en la mujer, hay un elemento genético, biológico, inmutable, constitutivo de cada individuo que condiciona y determina la posición social y la sociedad misma. Las diferencias y las desigualdades entre hombres y mujeres son así inevitables y deben aceptarse como un dato objetivo. Sobre el “esencialismo biologista” vid cap. 3 de G. COLL-PLANAS, *La voluntad y el deseo. La construcción social del género y la sexualidad: el caso de lesbianas, gays y trans*, Egales, Barcelona, 2010, pp. 51-84.

¹³ Una aproximación a los avances, las dificultades, las diferencias, los problemas e, incluso, la autocrítica de las “oleadas” feministas puede verse en la obra de N. FRAZER, *Fortunas del feminismo. Del capitalismo gestionado por el estado a la crisis neoliberal*, trad. de C. Piña, Traficantes de Sueños, Madrid, 2015.

en las costumbres, etc. Las pautas, las actitudes, los comportamientos no son expresión de la naturaleza, sino que son objeto de aprendizaje y son, por tanto, un constructo social.

Con este bagaje, el feminismo de la tercera ola, en los años 80 y 90 del siglo pasado, aún dio un giro más al debate sobre la relación entre sexo y género. Si la generación anterior había separado ambos ámbitos dándoles autonomía e insistiendo en el carácter artificial del género como un ataque frontal al patriarcado imperante, la teoría feminista de esta época, de la mano de A. Fausto-Sterling, M. Wittig o J. Butler, N. Frazer y de otras activistas –cada una desde enfoques y con intereses distintos–, fue más allá para sustentar la tesis de que el sexo es también un constructo social, que la “matriz heterosexual” vigente se proyecta sobre lo que supuestamente es natural –sobre todo, de la mano de la medicina y del derecho–, que constituye una norma que es la medida de la atribución de lo masculino y de lo femenino desde el primer momento del nacimiento¹⁴. El “sexo”, en cuanto objeto de asignación¹⁵, es, pues, también una construcción social y, como tal, una pieza más del modelo binario o de la matriz heterosexual que se proyecta sobre todos los órdenes de la sociedad y sobre el rol social de las mujeres convirtiendo en “natural” lo que es “artificial”: la función meramente reproductora, su reclusión en el ámbito privado, etc., así como las diferencias y las desigualdades sociales, políticas y económicas.

La obra J. Butler es un ejemplo de las propuestas de ese ciclo crítico con las perspectivas anteriores. Butler lleva la tesis de De Beauvoir sobre el género hasta sus últimas consecuencias. Sus aportaciones, como la tesis de la performatividad del género, su análisis de los contextos *queer* o su célebre referencia a los *drags*, son ya una tradición en la literatura y crítica feminista. Pero, lo que aquí interesa es precisamente que, siguiendo a la pensadora francesa, traslada el carácter artificial y construido del género al sexo hasta el punto que es

¹⁴ La “matriz heterosexual” es un concepto acuñado por J. BUTLER para referirse al modelo normativo de sexualidad que se impone sobre las personas y que les atribuye un género. Sobre esta cuestión puede verse J. BUTLER, *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*, trad. de M.A. Muñoz, Paidós, Barcelona, 2007, en particular, el Prefacio de 1990. Sobre la obra de J. BUTLER, P. SOLEY-BELTRÁN, *Transexualidad y la matriz heterosexual. Un estudio crítico de Judith Butler*, Ediciones Bellaterra, 2009. y V. KIRBY, *Judith Butler: Pensamiento en acción*, trad. D. L. Sanromán, Ediciones Bellaterra, Barcelona, 2011.

¹⁵ Como afirma A. FAUSTO-STERLING, “interpretar la naturaleza es un acto sociocultural”. A. FAUSTO-STERLING, *Cuerpos sexuados*, trad. A. García Leal, Melusina, Barcelona, 2006, p. 99.

el primero –la matriz heterosexual– el que predetermina al segundo. Como afirma: “Si se refuta el carácter invariable del sexo, quizás esta construcción denominada ‘sexo’ esté tan culturalmente construida como el género; de hecho, quizá siempre fue género, con el resultado de que la distinción entre sexo y género no existe como tal”¹⁶. Ni el género es cultura, ni el sexo es naturaleza. En realidad, el “sexo siempre ha sido género”¹⁷, pues es el resultado de un discurso que está determinado por un modelo social y previamente construido que es la matriz heterosexual, a partir de la cual se sitúa a los sujetos en un género normal (masculino-femenino) o anormal (lesbianas, gays, transexuales, bisexuales, intersexuales, *queers*, personas no binarias, etc.).

En relación al sentido del binomio sexo-género, es igualmente deconstructiva la propuesta de A. Fausto-Sterling. Esta bióloga y activista intersex defendió en 1993 la tesis de que debía reemplazarse el sistema de dos sexos por otro de, al menos cinco, pues es lo constatable en la naturaleza humana. Estos deben ser: machos, hembras, *herm* (hermafroditas auténticos), *serm* (pseudo hermafroditas masculinos) y *serf* (pseudohermafroditas femeninos)¹⁸. Esta conclusión dio mucho que hablar entonces, aunque, realmente, lo que hizo es rehabilitar viejas perspectivas médicas. Por otro lado, en consonancia con la posición de Butler, su tesis fuerte “es que etiquetar a alguien como varón o mujer es una decisión social. El conocimiento científico puede asistirnos en esta decisión, pero sólo nuestra concepción de género, y no la ciencia, puede definir nuestro sexo. Es más, nuestra concepción del género afecta al conocimiento sobre el sexo producido por los científicos en primera instancia”¹⁹. O sea, también la ciencia –biología, psicología, medicina, etc., y las supuesta evidencia física– está condicionada por la visión del género, reproduce el esquema normativo y, luego, lo aplica sobre los cuerpos y las personas atribuyendo uno u otro sexo. Lo que es determinante en el caso del mundo intersexual.

Las propuestas de J. Butler y de A. Fausto-Sterling, tan brevemente descritas, resultan muy sugerentes. Interesa tenerlas bien presentes pues, en este vuelco en el que no cabe distinguir tan fácilmente el sistema sexo-género, en el que ambos son construidos socialmente y en el que el sexo es sexo generizado, se encuentran las bases conceptuales del posterior surgimiento y evo-

¹⁶ J. BUTLER, *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*, cit., p. 55.

¹⁷ *Ibidem*, p. 57.

¹⁸ A. FAUSTO-STERLING, *Cuerpos sexuados*, cit., p. 103 y ss, y 127. Vid también de la autora “Los cinco sexos” en J. A. NIETO PIÑEROBA, *Transexualidad, intersexualidad y dualidad de género*, Ediciones Bellaterra, Barcelona, 2008, pp. 79-89.

¹⁹ *Ibidem*, p. 19-20.

lución de los derechos de las minorías sexuales. De las personas LGBTI como “sujetos” de derechos²⁰.

3. EL DERECHO A LA ORIENTACIÓN SEXUAL Y LA IDENTIDAD DE GÉNERO. ALCANCE Y LIMITACIONES

Los colectivos LGBTIQ reclaman como sujetos de derechos el respeto a su orientación sexual y a la identidad de género. ¿Qué quiere indicarse con la reivindicación de estas dos categorías, la orientación sexual y la identidad de género? ¿Se cubre con ambas las exigencias y todas las situaciones de quienes se incluyen en el colectivo y constituyen una garantía jurídica válida contra las persecuciones y violaciones de su dignidad tal y como han sido denunciadas por ACNUD, ILGA y otras organizaciones, otros gobiernos y otros movimientos sociales? Si no es así, ¿cabe alguna respuesta convincente que satisfaga a todos y a cada una de sus reclamaciones? ¿Es posible, en suma, que las personas que componen este colectivo puedan acceder a vías que favorezcan el libre desarrollo de su personalidad tal y como está recogido en nuestro texto constitucional para todos los ciudadanos (art. 10.1 CE)?

3.1. La orientación sexual y la identidad de género

Los conceptos de orientación sexual y de identidad de género han sido elaborados, popularizados y generalizados a partir de las reivindicaciones de las organizaciones y de los movimientos sociales en defensa de los derechos del colectivo LGBTIQ. Su significado y su uso se han consolidado y extendido con los *Principios de Yogyakarta (PY, 2006)*. En el Preámbulo de este

²⁰ No es posible desarrollar otras propuestas deconstructivas que, aunque diferentes a la de Butler y A Fausto-Sterling, van en la misma línea de denunciar la norma heterosexual y sus consecuencias. Entre otras, merece la pena mencionar a M. Wittig quien, con su provocativa afirmación “las lesbianas no son mujeres”, va en la misma línea crítica del patrón de la heterosexualidad y de desmitificación del “la categoría del sexo” y su uso político. “Pero lo que creemos que es una percepción directa y física no es más que una construcción sofisticada y mítica, una ‘formación imaginaria’ que reinterpreta rasgos físicos (en sí mismos tan neutrales como cualquier otro, pero marcados por el sistema social) por medio de la red de relaciones con que se los percibe”. M. WITTIG, *El pensamiento heterosexual y otros ensayos*, 3ª edic., trad. de J. Sáez y P. Vidarte, Egales, Barcelona, 2016, p. 36. La conocida frase de Wittig, que provocó y provoca un verdadero tsunami en el pensamiento feminista, está en el ensayo que da título al texto recopilatorio de sus escritos políticos, “El pensamiento heterosexual” (p. 58), que es una conferencia impartida en Nueva York en 1978.

texto, aparecen las siguientes definiciones que, desde entonces, han tomado carta de naturaleza:

*“La **orientación sexual** se refiere a la vivencia 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”.*

*“La **identidad de género** se refiere a la vivencia interna e individual del género tal y como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del 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”²¹.*

La orientación sexual, de acuerdo con esta declaración internacional, tiene por objeto el reconocimiento de los derechos afectivos y sexuales del conjunto de personas tanto hetero como homosexuales. Entrando más en detalle, de acuerdo a esta definición, la homosexualidad es la atracción afectiva, romántica, de personas del mismo sexo e incluiría a los colectivos de lesbianas, esto es, la mujer que siente esa atracción por otra mujer, y de gays que hace referencia al hombre que siente lo mismo por otro hombre. El afecto entre todos ellos no queda en una mera atracción, sino que se entiende que también se desea una relación plena con la persona del mismo sexo. Igualmente, dentro de esta categoría se incluye a las personas bisexuales, esto es, quienes tienen indistintamente relaciones afectivas con individuos de uno y otro sexo.

Por su parte, la identidad de género es definida como la “vivencia del género” tal y como la siente cada individuo con independencia de la coincidencia o no con el sexo asignado en el momento del nacimiento. Tiene que ver con el deseo de vivir de acuerdo a un género (masculino o femenino, incluso, indefinido o neutro) y que puede conllevar o no una reasignación del sexo, cirugía del cuerpo, uso de vestimenta, modo de habla o ademanes como expresión del género deseado. Con la categoría de la identidad de género, se pretende garantizar así los derechos de las personas trans e intersexuales, la diversidad y la complejidad de las situaciones individuales y, por ende, del

²¹ *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>).

colectivo. No siempre los intereses de todos discurren por el mismo sendero, como se ha evidenciado en los recientes movimientos por la despatologización de la transexualidad. Al final, lograda en 2018 gracias a la campaña internacional *STOP Trans Pathologization*²². Por eso, para una mejor comprensión de la cuestión, de las diferentes situaciones y del ámbito de aplicación de sus derechos, conviene hacer algunas precisiones terminológicas.

El concepto *trans* incluye a aquellas personas en las que no se produce una correspondencia entre sexo asignado en el nacimiento y el deseado y, por lo tanto, con el género. Por ello, el término *trans* es de ámbito general e incluye diferentes grupos con sus perfiles y diversidad: hace referencia a transexuales, transgéneros y travestis. Los *transexuales* son aquellos *trans* que han optado por la modificación de su cuerpo a través de hormonación y la cirugía, es decir, por la reasignación del sexo; los *transgéneros* son quienes rechazan el cambio de sexo por medios médicos y lo hacen por diferentes razones, porque prefieren el sexo vivido, porque se niegan a escoger entre el género femenino o masculino, etc.; y el *travesti*, hace unas décadas muy utilizado en España, es la persona que disfruta vistiéndose con ropa del sexo opuesto, y, en Latinoamérica, es sinónimo de transexual. A su vez, este grupo de personas pueden ser *transexuales masculinos* o *transexuales femeninos*, según si la reasignación del sexo ha sido a un género u otro²³. Variedad y diversidad.

²² El objetivo de esta campaña era “la retirada de la clasificación de los procesos de tránsito entre los géneros como trastorno mental de los manuales diagnósticos (DSM de la *American Psychiatric Association* APA y CIE de la Organización Mundial de la Salud), el acceso a una atención sanitaria trans-específica públicamente cubierta, el cambio del modelo de atención sanitaria trans-específica, desde un modelo de evaluación hacia un enfoque de consentimiento informado, el reconocimiento legal de género sin requisitos médicos, la despatologización de la diversidad de género en la infancia, así como la protección contra la transfobia” De la web *STP Stop Trans Pathologization* (<http://stp2012.info/old/es>, consultada el 31 de marzo 2020). La transexualidad entró en 1980 en los manuales de diagnóstico mencionados como una enfermedad mental al tiempo que la homosexualidad salía de los mismos. La despatologización, tras sucesivas campañas anuales desde 2007, se logró en 2018 con la supresión en el CIE-11 de la transexualidad como trastorno mental. Precisamente, las consecuencias de la despatologización es una de las cuestiones controvertidas dentro del mundo *trans*, pues de llevarse a cabo plenamente sacaría del sistema público de salud a los transexuales, es decir, a aquellos *trans* que están dispuestos a pasar por la cirugía para la reasignación del sexo. Dado que este tipo de intervenciones resultan caras, la gran mayoría sólo puede realizarla en el seno de la sanidad pública. Esta circunstancia lleva a que el movimiento reivindique que la despatologización no conduzca a esta situación y se siga teniendo derecho a la reasignación dentro del sistema público.

²³ G. COLL-PLANAS, *La voluntad y el deseo...*, cit., p. 26 y vid. J. A. NIETO PIÑEROBA, *Transexualidad, intersexualidad y dualidad de género*, cit., p. 183.

También el mundo *intersex* es un universo variado y diverso, y muy controvertido. Con su historia, porque hermafroditas han existido siempre, y con su complejidad. Además, objeto de extraña atracción y de estudio por la ciencia. Y con diferencias y similitudes con las personas *trans*. Para muchos, constituyen el ejemplo palmario de que la naturaleza no impone el modelo binario del sexo, macho y hembra: “Los cuerpos de las personas intersexuales cortocircuitan la posibilidad de fundar el género en una distinción aporoblemática entre cuerpo machiles y hembriles”²⁴. El hecho de que nazcan personas con partes de su cuerpo que representan a un sexo y parte a otro mostraría las limitaciones del modelo biologista y esencialista. No existen dos sexos que se corresponden con dos géneros, sino que existen varios sexos. O, mejor, un continuum desde el macho a la hembra o desde la hembra al macho en el que los rasgos de uno y otro sexo se entremezclan.

En las clasificaciones de la historia del hermafroditismo, se distinguían varias categorías: los pseudohermafroditas masculinos, los pseudohermafroditas femeninos y los hermafroditas verdaderos²⁵. Esta distinción fue rehabilitada recientemente por A. Fausto-Sterling, tanto para una defensa de la tesis de la variedad sexual (5 o más sexos) frente al binarismo biologista, como para la realización de un análisis de la situación y de la singularidad de las personas *intersex*, y en contra de las prácticas médicas que han dominado la cuestión desde los años 60 del siglo pasado. La intersexualidad, a pesar de que su número pueda resultar bajo, supone un importante desafío al modelo binario de sexos y a la tesis naturalista que liga sexo-género²⁶. Por

²⁴ G. COLL-PLANAS, *La voluntad y el deseo*, cit, p. 80.

²⁵ Los *hermafroditas verdaderos* tienen un testículo y un ovario y los *pseudohermafroditas* tienen gónadas y los cromosomas coincidentes con uno de los sexos, pero sus genitales externos y otras características sexuales no coinciden con aquellos. En la actualidad, se considera que hay cinco tipos: hipospadia, hiperplasia suprarrenal congénita, síndrome de Klinefelter, síndrome de insensibilidad a los andrógenos y síndrome de Turner. Más información en Vid. N. GREGORI FLOR, “Llegar a ser mujer/hombre desde un diagnóstico de intersexualidad o ADS”, en E. PÉREZ SEDEÑO y E. ORTEGA ARJONILLA (eds.), *Cartografías del cuerpo. Biopolíticas de la ciencia y la tecnología*, Cátedra, Madrid, 2014, pp. 423-468. Para una explicación más sencilla, vid. G. COLL-PLANAS y M. VIDAL, *Dibujando el género*, Egales, Barcelona, 2012, p. 64 y ss. Por otra parte, puede encontrarse una magnífica reconstrucción de la historia del hermafroditismo y un buen estudio de la categoría intersexual realizada por D. J. GARCÍA en su Introducción a la obra de P. F. MONET, *Sobre el derecho de los hermafroditas*, edic. de D. J. GARCÍA, Melusina, Barcelona, 2015, pp. 9-196. También en A. FAUSTO-STERLING, *Cuerpos sexuales*, cit., p. 49 y ss.

²⁶ Según la *Intersex Society of North America*, se calcula que entre 1 de cada 1500 a 1 de cada 2000 nacimientos conllevan alguna anomalía sexual que requiere la intervención de

lo tanto, su mero reconocimiento supone un ataque a la línea de flotación del dogma de que todo viene predeterminado por la naturaleza. Lo expresa con nitidez Nieto Piñero: “Desde la ‘heterodoxia y excentricidad corporal’, la intersexualidad desafía los principios del modelo dos sexos/dos géneros que, desde la sociedad, sobreentendiendo que es la naturaleza quien nos los brinda, se asumen. La intersexualidad no se ajusta al orden natural de las cosas; su presencia física tampoco se acomoda a la conceptualización dos sexos/dos géneros de la sociedad. Esto es así porque la transparencia natural/social apuntada, en el sentido de ser varón o ser mujer, no se da en los intersexuales, por ser justamente intersexos, ...”²⁷.

El intersexual no se acomoda a los modelos sobre el sexo imperantes en nuestras sociedades. Por eso, ha recibido, sobre todo, a lo largo del siglo XX, una respuesta casi exclusivamente desde la perspectiva médica, siguiendo así la estela de lo que han sufrido otras personas sexualmente anormales (homosexuales, trans). Los intersexuales han estado en manos de endocrinos, cirujanos, psicólogos, psiquiatras, de profesionales de la medicina que han determinado el tratamiento de estas personas con el objetivo de normalizarlas sexualmente.

En suma, los intersexuales y los *trans* descabalgan el sistema binario sexo/género y ponen de manifiesto, más bien, la necesidad de reconocer la “erodiversidad”, el abanico de posibilidades diversas que componen el espectro del sexo y, asimismo, la gama multicolor de vivencias del género. Es, precisamente, esta variedad y diversidad la que conduce a una polifónica reivindicación de reconocimiento, de protección frente a la inseguridad y a la violencia y, en suma, a la reclamación del disfrute pleno del estatuto de ciudadanía como el resto de personas, de su dignidad y de su autonomía.

3.2. El derecho a la orientación sexual y la identidad de género. Origen, desarrollo y base documental

Como ya anticipé, ni el art. 1 de la DUDH, ni el PIDCP, ni el PIDESC establecen un derecho específico que recoja y garantice la no discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género de manera que las violaciones de los derechos de las personas LGBTIQ se asimilan a la cláusula

un especialista en diferenciación sexual, pero hay muchos más casos en los que se presenta “alguna forma más sutil” de anomalía que, en ocasiones, se exterioriza a lo largo de la vida. (<https://isna.org/faq/frequency/> última vez consultada el 10 de enero de 2021).

²⁷ J. A. NIETO PIÑEROBA, *Transsexualidad, intersexualidad y dualidad de género*, cit., p. 363.

general de discriminación de otra índole. De esta manera, en cualquier reclamación por algún daño sufrido –trato inhumano o degradante, violencia, homofobia, etc.– debe alegarse el principio general de no discriminación, junto al derecho específico vulnerado –vida, integridad física y psíquica, seguridad personal y familiar, acceso a la atención sanitaria, educación, empleo, vivienda, etc.–. Es decir, debe invocarse el derecho general violado acompañado del principio general de no discriminación.

Como tengo escrito en otro lugar, este estatuto jurídico satisface a buena parte de las organizaciones y del colectivo LGBTIQ; incluso, esta postura tiene también el visto bueno del ACNUDH: “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 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’²⁸. 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”²⁹.

Con ser ésta una valiosa y meritoria opinión, además de extendida y ampliamente generalizada en el colectivo LGBTIQ, sin embargo, no la comparto. En primer lugar, porque, después de tantas décadas de reconocimiento de los derechos y libertades consagrados en las declaraciones internacionales

²⁸ ACNUDH, *Nacidos libres e iguales. Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos*, New York/Ginebra, Oficina del Alto Comisionado Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2012, p. 9 (https://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes_SP.pdf, última consulta el 15 de enero de 2021).

²⁹ J. MARTÍNEZ DE PISÓN, “Los derechos de las personas LGBTI: ¿hacia un derecho a la orientación sexual y la identidad de género?”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 42, 2020, pp. 225-226.

les, los derechos de las personas LGBTIQ (a la vida y a la seguridad personal, a la integridad, la libertad de expresión, el derecho de reunión y manifestación, el derecho a la salud, a la educación, a un empleo digno, a la vivienda, etc.) siguen sin ser efectivamente reconocidos, materializados y garantizados como tales para estos individuos. Son discriminados en muchas áreas del planeta y, si quieren la protección de las instituciones nacionales o internacionales tienen, que alegar, si es que pueden, el principio de igualdad y el derecho violado en particular. En segundo lugar, en la época de la *especificación* los derechos (como niño, como mujer, como anciano, como consumidor, etc.), ¿por qué no reivindicar uno o varios derechos propios para las personas LGBTIQ? Y, en tercer lugar, porque ya existen documentos y declaraciones internacionales que, aunque, en principio, no son vinculantes, sin embargo, permiten pergeñar un derecho a la orientación sexual y la identidad de género. Entiendo la fuerza simbólica de la negativa a un reconocimiento expreso, con sus garantías, de un derecho particular para el colectivo, pero la realidad es tozuda y su ausencia deja el flanco jurídico expedito para que pueda suceder, como sucede en algunos lugares, que los gobernantes, las administraciones, terceras personas, etc., violen sus derechos y queden impunes.

Pero, como he adelantado, existen bases documentales para justificar la creación y configuración de un derecho a la orientación sexual y la identidad de género. Primeramente, en el ámbito internacional, al amparo de Naciones Unidas, los colectivos LGBTIQ y movimientos sociales, después de una ardua lucha, han logrado la aprobación de textos en los que ha tomado cuerpo este derecho con sus derivaciones específicas. Además, en el ámbito europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha ido también, paso a paso, realizando una interpretación extensiva, dinámica y creativa del *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales* (CEDH), ha ido construyendo ese derecho a la orientación sexual e identidad de género. Finalmente, los estados han movido ficha y vía legislativa han ido reconociendo también derechos específicos de las personas LGBTIQ que, aunque no sean regulados a plena satisfacción de todo el colectivo, al menos, responde a una parte de la realidad.

Dos textos de carácter no jurídico y, por lo tanto, no vinculante para los estados y sus gobiernos, han ido allanando el camino en la reivindicación de un “derecho a la orientación sexual y a la identidad de género”. Por un lado, los *Principios de Yogyakarta: Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación a la orientación sexual y la identidad*

de género (PY, 2006)³⁰. Como bien ilustra el subtítulo, los PY son el resultado de la reflexión y el consenso de un conjunto de expertos (29) en derechos humanos de diferentes especialidades y sensibilidades, que, reunidos en la Universidad de Gadjah Mada (Yogyakarta, Indonesia), especificaron unos principios derivados de los textos internacionales sobre derechos humanos aplicables a las minorías sexuales, en favor, por tanto, de un derecho a la orientación sexual y a la identidad de género. Su trabajo consistió en el análisis de los derechos de las declaraciones internacionales y su especificación al colectivo LGBTIQ. No concluyó ahí su tarea, pues, además, concretaron esos derechos en las correspondientes obligaciones para los estados, así como en unas recomendaciones que deberían orientar las políticas de los gobiernos. En los PY, se pueden encontrar no sólo una definición de los conceptos básicos, sino también el reflejo del derecho a la orientación sexual y la identidad de género en un contenido más concreto. Por ello, ha servido de referencia a los documentos posteriores. Los PY fueron asumidos como propios por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas en 2007. No es de extrañar que, 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”³¹.

Los PY fueron el resultado de un proceso de configuración de los conceptos básicos, de reivindicación y de lucha por un derecho para el colectivo LGBTIQ realizado por el activismo y los movimientos sociales y que se manifestó en jornadas, foros y reuniones que fueron la antesala de la presentación de diversas iniciativas para su reconocimiento ante la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas (después, Consejo de Derechos Humanos). La primera iniciativa de reconocimiento la presentó Brasil ante la Comisión en 2003 (y 2004 y 2005). Igualmente, otra iniciativa de la croata Jelena Postic, en 2004. Luego, vinieron diversas declaraciones que fueron preparando el camino: Nueva Zelanda (2005), Noruega (2006) y Montreal (2006). Sin duda, la más importante es esta última realizada en el seno de los *OutGames de Montreal*. La *Declaración de Montreal* se inicia con el recordatorio de la afirmación del art. 1 de la DUDH y concreta los derechos fundamentales del colectivo LGBTIQ, los retos mundiales, la diversidad de la

³⁰ 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>)

³¹ C. MONEREO ATIENZA, *Diversidad de género, minorías sexuales y teorías feministas*, cit., p. 62.

comunidad, su presencia en la sociedad y la necesidad de un cambio social. Entre los aspectos más relevantes debe mencionarse que hace una labor de especificación del contenido de los derechos más urgentes de este colectivo: 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)”³². Los PY de 2007 fueron diez años más tarde modificados por los PY+ para adaptarlos a las luchas y nuevas sensibilidades del colectivo LGBTIQ.

El segundo texto mencionado antes es la *Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes* (DUDHE, 2007) que constituye un instrumento programático de los nuevos derechos para el milenio entrante y en la cual se concretan también derechos relacionados con las reivindicaciones de las minorías sexuales³³. Fue aprobada en el Forum de Monterrey (México) e inspirada en los PY introduce al derecho a la orientación sexual y la identidad de género entre los “derechos emergentes”, entre los derechos para el siglo XXI (art. 4 y 6 DUDHE). Aún más, especifica un derecho a la autodeterminación persona 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.

Después de estos textos, vendría ya la importante labor del Alto Comisionado de Naciones Unidas para Derechos Humanos (ACNUDH) y las declaraciones del Consejo de Derechos Humanos (CDH), sobre todo, la Resolución de 17 de junio de 2011 sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género (A/HRC/RES/17/19)³⁴, la primera y no menos importante de la que han derivado otras más. En esta resolución se encarga, entre otras tareas, a la ACNUDH la elaboración de un estudio sobre las leyes y la normativa de los Estados discriminatorias con el colectivo LGBTIQ “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 y la identidad de género”. El ACNUDH, desde esa fecha ha seguido presentando al Consejo de Derechos

³² Vid. *Declaración de Montréal* en <http://www.declarationofmontreal.org/DeclaraciondeMontrealES.pdf>

³³ Vid. *Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes* publicada por el Instituto de Derechos Humanos de Cataluña, 2009. (<https://www.idhc.org/arxius/recerca/1416309302-DUDHE.pdf>)

³⁴ Vid. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/148/79/pdf/G1114879.pdf?OpenElement>

Humanos los oportunos informes y estudios sobre la situación de las personas LGBTIQ³⁵. Finalmente, el Consejo de Derechos Humanos decidió, por resolución de 30 de junio de 2016, nombrar un Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivo de orientación sexual o identidad de género quien realiza informes anuales sobre el estado y evolución de las normativas nacionales, sobre la situación del colectivo, sobre las discriminaciones, etc. Además, está obligado a establecer buenas prácticas y todo tipo de recomendaciones que mejore su situación³⁶. Desde la resolución de 2011, la situación, la evolución y la mejora –sobre todo, la no discriminación– de las personas LGBTIQ está en la agenda de Naciones Unidas.

Un segundo pilar muy destacado en la configuración de un derecho a la orientación sexual y la identidad de género ha tenido como protagonista la labor de los tribunales internacionales de ámbito regional. Entre ellos, en particular, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que, en esto como en otros asuntos, marca el camino a seguir por la jurisprudencia de las naciones europeas e, incluso, del resto de tribunales internacionales³⁷. En efecto, ha sido encomiable y muy meritoria, determinante en la protección contra la discriminación de las personas LGBTIQ en nuestras sociedades y en la construcción de un derecho a la expresión sexual y la identidad de género. Para ello, ha realizado una interpretación extensiva, dinámica y flexible de los artículos 8, en el que se reconoce el derecho a la vida privada, y 14, en el que se recoge el principio de no discriminación, del *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales* (CEDH), del Consejo de Europa³⁸.

³⁵ El ACNUDH elaboró dos interesantes informes: *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). Vid. la web donde se detalla la labor del ACNUDH y estos informes <https://www.ohchr.org/sp/issues/lgbti/Pages/index.aspx>, última consulta el 16 de enero de 2021.

³⁶ Sobre el Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación o identidad de género y su labor vid. <https://www.ohchr.org/SP/Issues/SexualOrientationGender/Pages/Index.aspx>, última consulta el 16 de enero de 2021.

³⁷ Es injusto centrar todo el protagonismo del avance de los derechos LGTBIQ exclusivamente en la labor del TEDH. Es un mérito compartido por el resto de tribunales internacionales de ámbito regional. Especialmente, habría que mencionar aquí a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

³⁸ Sobre esta misma línea hermenéutica y sobre el trabajo del TEDH puede verse el monográfico de la *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 17, 2013, (https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=3&numero=17). En particular, los artículos de J. DÍAZ

Ahora bien, el trayecto hasta el reconocimiento de la discriminación por orientación sexual e identidad de género por parte de TEDH ha sido progresivo dando los oportunos pasos a medida que las sociedades europeas modificaban el significado de los valores, sus costumbres y sus opiniones. Ha sido un proceso también prudente, pero audaz en el momento adecuado. Como ha sido destacado por los especialistas, la evolución en la jurisprudencia se ha producido a lo largo de una serie de etapas³⁹. En un primer momento, el TEDH fue reacio al reconocimiento de la discriminación de las personas LGBTIQ y mostró una clara resistencia a valorar su situación como una violación de derechos fundamentales. Posteriormente, el TEDH pasó a reconocer la necesidad de una despenalización de las relaciones homosexuales siempre que se produzcan en privado y entre personas adultas que consienten la relación. El siguiente paso tuvo por objeto la equiparación de la edad para tener relaciones heterosexuales y homosexuales. Después, amplió el ámbito de los derechos de las personas homosexuales para reconocer su derecho a la vida privada, a la formación de unidades familiares y a la adopción de menores. Luego, ha venido el reconocimiento de la discriminación de las personas trans, la protección de sus derechos, etc. Y es previsible que la línea iniciada por el TEDH en estos asuntos determine los fallos en los diferentes supuestos y realidades que se vayan presentando en su sede.

Uno de los cambios más relevantes en la jurisprudencia del TEDH sobre los derechos de las personas LGBTIQ se produjo a partir de la sentencia

LAFUENTE, de Fco. RUIZ-RUISEÑO, F. REY y A. ELVIRA. También los de D. BORRILLO, “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*, núm. 11, 2011 (<https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/629>), G. CANO PALOMARES, “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, E. GILBAJA “La orientación sexual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Político*, núm. 91, 2014, pp. 303-340 (<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:DerechoPolitico-2014-91-7070&dsID=Documento.pdf>), I. MANZANO, “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/>), J. MARTÍNEZ DE PISÓN, “Los derechos de las personas LGBTI: ¿Hacia un derecho a la orientación sexual y la identidad de género”, cit. y V. MERINO SANCHO, “Una revisión de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la intimidad sexual y la autonomía individual”, *Derechos y Libertades*, núm. 38, 2018, pp. 327-358.

³⁹ Vid los especialistas mencionados en la nota anterior.

Dudgeon c. Reino Unido, de 22 de octubre de 1981, en la que, básicamente, consideró una injerencia en la vida privada la prohibición penal de los actos homosexuales consentidos entre hombres mayores de edad, en esa época 21 años en el Reino Unido⁴⁰. Desde los años 50s del siglo XX, el TEDH había resuelto casos similares justificando su negativa a la protección de la vida privada de las personas homosexuales con el argumento de que los Estados podían penalizar dicha conducta en base a leyes que buscaban asegurar la salud o la moral colectiva. Con esta sentencia, como se ha indicado oportunamente, el TEDH inició la senda de reconocimiento y protección de los derechos de las personas LGBTIQ⁴¹. Tras esta sentencia, fue virando la vieja doctrina sobre la situación y la protección de las minorías sexuales en favor de una concepción más amplia de los derechos y libertades fundamentales recogidos en CEDH y en los ordenamientos jurídicos nacionales.

En esta nueva dirección doctrinal, el TEDH fue sensible a los cambios de opinión que se estaba produciendo en las sociedades europeas, cada vez más favorables a la despenalización de las relaciones homosexuales consentidas entre personas adultas. Dado este primer paso, no era descartable que, poco a poco, fuese ampliando el espacio de reconocimiento y protección de la situación de las personas LGBTIQ y así fue mostrando la discordancia entre la evolución de la opinión de la sociedad europea y el mundo del derecho. Al mismo tiempo, el TEDH se ha decidido a ir limitando cada vez más el ámbito de apreciación de los estados en estos asuntos restringiendo el margen de discrecionalidad de las autoridades nacionales en favor de un correcto aseguramiento de los derechos y libertades. En resumen, en lo que se está tratando: “Desde que en 1981 se pronunciara contra la penalización de las relaciones sexuales entre hombres en el Reino Unido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado una considerable jurisprudencia en materia de protección de los derechos de las minorías sexuales. En esta jurisprudencia, el Tribunal ha declarado contrarias al Convenio, entre otras, la prohibición de relaciones sexuales en privado entre personas del mismo sexo, así como la diferencia en la edad de consentimiento. Asimismo, ha censurado un número creciente de prácticas discriminatorias llevadas a cabo por las

⁴⁰ Puede consultarse la información sobre los fallos en asuntos concernientes a personas LGBTIQ en el gabinete de prensa del TEDH. Para identidad de género, el link: 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.

⁴¹ I. MANZANO, “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre orientación sexual e identidad de género”, cit., p. 52.

autoridades nacionales en el disfrute de derechos y libertades fundamentales protegidos por el Convenio. Ello ha llevado en numerosas ocasiones a los Estados miembros del Consejo de Europa a modificar sus respectivos ordenamientos jurídicos internos para acomodar los avances realizados en materia de protección LGBT⁴².

Si la argumentación y el fallo del caso *Dudgeon vs. Reino Unido* supuso un cambio importante en la jurisprudencia del TEDH en relación de las personas homosexuales, otro tanto hay que afirmar respecto a la sentencia *Godwin vs. Reino Unido*, de 11 de julio de 2002, en relación con el mundo trans y, por tanto, con la definición y estatuto jurídico de la identidad de género. En este caso, la demandante concluye el proceso de reasignación de sexo y solicita una nueva documentación acorde a su nueva situación siguiendo las pautas de la legislación británica cuya administración, no obstante, deniega, lo que tuvo consecuencias en la tramitación de la pensión por jubilación. El TEDH, modificando su doctrina anterior, va a resolver considerando que el Reino Unido vulnera el artículo 8 del CEDH en el que se protege el derecho a la vida privada. Como se ha puesto de manifiesto, esta sentencia no sólo ha supuesto un cambio de posición jurídica, si no también en la relación del derecho con la medicina en los casos de identidad de género: en esta sentencia, "el TEDH se aleja del discurso científico y abre un campo hermenéutico novedoso en el que los márgenes interpretativos se amplían: si los efectos del reconocimiento jurídico no pueden supeditarse a criterios médicos, los derechos de los transexuales deben ser amparados y protegidos a todos los efectos, con independencia de cuál sea la causa de la transexualidad. La identidad de género queda incluida en la esfera de protección del artículo 8 del CEDH y, por tanto, el Derecho debe proteger cualquier injerencia en la misma, así como reconocer efectos jurídicos a los cambios de sexo"⁴³.

Por último, el derecho a la orientación sexual y la identidad de género tiene un tercer e importante fundamento en la acción legislativa de los Estados que han ido incorporando a sus ordenamientos jurídicos las ideas de las declaraciones internacionales y las reivindicaciones del activismo LGBTIQ. Lo han hecho con carácter general, es decir, con una ley estatal que incluye un derecho a la identidad de género, expresión de género, etc., según las dife-

⁴² I. MANZANO, "La jurisprudencia del del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre orientación sexual e identidad de género", cit., p. 74.

⁴³ V. MERINO SANCHO, "Una revisión de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la intimidad sexual y la autonomía individual", cit., pp. 342-343.

rentes acepciones, donde se regulan todos los aspectos jurídicos, médicos, políticos, sociales, etc., como son los casos de Malta, Argentina, Portugal, Dinamarca, etc. O bien, como en el caso de España, se han dado pasos parciales, timoratos, en ese camino. En esta línea hay que mencionar la *ley 13/2005, de 2 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*, y la *ley 3/2007, de 15 de marzo reguladora de la Rectificación Registral de la Mención relativa al Sexo de las Personas*.

Parte de las carencias legislativas generales en España se han cubierto en el ámbito autonómico. Así, en relación a los derechos del colectivo LGBTIQ hay que referirse a: la *Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid*, y la *Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra la LGTBIfobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid*, o la *Ley 8/2017, de 7 de abril, de la Generalitat, integral del reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género de la Generalitat Valenciana*, o la *Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGBTI y sus familiares en Andalucía*. Leyes que vienen, sin duda, a cubrir un hueco dejado por la legislación general del Estado, cuyos gobernantes no han sido capaces de aprobar una ley integral sobre el mundo LGBTIQ antidiscriminación. Cuando ha legislado lo ha hecho insatisfactoriamente, como es el caso de la *Ley 3/2007, de 15 de marzo*, antes citada, que insiste en la medicalización de las personas trans y no responde adecuadamente a la realidad de los menores y adolescentes que no están de acuerdo con su identidad de género.

En definitiva, el derecho a la expresión sexual y la orientación de género, por su origen y por su justificación, supone el reconocimiento expreso y la protección de los derechos de las personas LGBTIQ. O, al menos de una buena parte del colectivo, como veremos. En efecto, con este derecho específico de las minorías sexuales, se verían ampliamente garantizados los bienes jurídicos que, por más que los tratados y documentos internacionales aseguran para todos, sin embargo, en el caso del grupo LGBTIQ, se ven obstaculizados, negados, prohibidos, violados, etc.: la vida y la seguridad personal y familiar, la integridad física y psíquica, el derecho a formar una unidad familiar y a tener relaciones filiales, la libertad de expresión, el derecho de reunión y manifestación, el derecho a la educación, el derecho a la salud y el acceso al sistema sanitario público con todas sus consecuencias, la posibilidad de un empleo digno, de una vivienda, etc. Sin duda, con la configuración de

este derecho se abre un campo y un amplio escenario para la reflexión y la profundización, y el debate en torno a las causas, la justificación y el desarrollo de su contenido, de las formas de garantía, de su materialización, de las políticas que equilibren la situación histórica y eviten más daño a las personas LGBTIQ. Sin embargo, no todo está escrito sobre los derechos de este colectivo, sobre los derechos relacionados con el “sexo” y el “género”.

4. EL DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN DE GÉNERO. ¿LA ÚLTIMA FRONTERA DE LOS DERECHOS LGBTIQ?

4.1. La peculiaridad del mundo intersexual

En efecto, la mera referencia a la orientación sexual y la identidad de género, a primera vista, satisface una buena parte de las reivindicaciones del colectivo de personas LGBTIQ. No obstante, no se insiste suficientemente en la variedad, en la complejidad y en la riqueza de las vivencias que, en el fondo, se esconden bajo estas siglas. En las sociedades del siglo XXI, son muchas las formas de vivir el sexo y el género: algunas estaban ocultas o reprimidas, otras eran desconocidas, otras son objeto de nuevas experiencias, de una nueva concepción sobre la sexualidad y el género. Todo ello no es más que expresión del dinamismo, de la vivacidad y de la energía de la naturaleza humana.

Pues bien, analizando en profundidad los contornos de este derecho a la orientación sexual y la identidad de género resulta que su definición, su configuración y su contenido no abarca toda la compleja y rica realidad de las minorías sexuales tal y como se ha ido desarrollando en las últimas décadas del siglo XX y las primeras del XXI. Ciertamente, parece satisfacer las reivindicaciones del mundo homosexual y permite una redefinición de sus relaciones con la mayoría heterosexual. E, incluso, tal y como se entiende habitualmente en la opinión pública y en los debates sociales, los proyectos vitales de las personas transexuales quedarían adecuadamente preservados sin ser objeto de estigmatización y patologización pudiendo acceder al sistema sanitario público y llevar una vida de acuerdo al sexo sentido y no al establecido en el momento del nacimiento. Pero, como insisto y conviene no olvidar, la complejidad y la variedad de vivencias es lo que determina el perfil del colectivo y esto condiciona la satisfacción de los diversos planes de vida de manera que no todas las personas LGBTIQ comparten los mismos intereses, las mismas luchas y las mismas reivindicaciones.

Ciertamente, el significado mismo de “orientación sexual” e “identidad de género” amplía el sentido de los derechos a un amplio colectivo de personas LGBTIQ, pero, al mismo tiempo, determina también los contornos de su campo semántico y, por tanto, de sujetos que no se sienten reconocidos por los perfiles de la orientación sexual y la identidad de género. En efecto, los debates y discusiones en su seno –en el feminismo, entre homosexuales, gays, lesbianas, en el mundo trans, etc.– ha dado origen a otras perspectivas, a otras cosmovisiones que da una mayor diversidad y que, a su vez, genera más variedad y riqueza acorde a la naturaleza y a la imaginación humana. De esta manera, dentro de la secuencia histórica de lucha, reivindicación y reconocimiento, primero, de la realidad homosexual y, luego, de las vivencias de los transexuales, en la actualidad, no es exagerado afirmar que buscan también su visibilización otras minorías no menos importantes como son las personas transgénero, bisexuales, intersexuales, *queer*, cuir, no binarios, etc., que, en puridad, no se sienten amparadas bajo el paraguas del derecho a la orientación sexual y la identidad de género, sino que buscan el reconocimiento de esas otras formas de vivir el sexo y el género y, por supuesto, su protección frente a la discriminación, frente a la violencia y los otros modos de manifestación del odio y del ostracismo social. El respeto, en definitiva, a su genuina manera de entender su identidad personal. Es, por eso, que cabe preguntarse si estamos en ciernes de la configuración de un nuevo derecho –*el derecho a la libre determinación del género*– que en su perfil definitivo puede, o no, incorporar los requerimientos y postulados del primero. En este sentido, es en el que cabe preguntarse si con el derecho a la libre determinación del género estamos ante la última frontera de los derechos LGBTIQ.

Así pues, dentro de este colectivo que no encuentra plena satisfacción de sus vivencias y, por tanto, de sus reivindicaciones en el derecho a la orientación sexual y la identidad de género, están las personas *queer*, cuir, bisexuales, quienes obvian definirse por uno u otro sexo, los trans que rechazan la reasignación del sexo y los métodos quirúrgicos, etc. Y los intersexuales. Como ya expuse antes, la realidad intersexual supone, con toda su complejidad, una importante puesta en cuestión del binarismo del sexo y del género, pero lo más destacado es que, desde la perspectiva de los derechos, plantea nuevas preguntas y avanza nuevos horizontes.

La estrategia de las sociedades desarrolladas durante el siglo XX en relación a las personas intersexuales ha estado determinada por una política biomédica donde el esfuerzo se ha puesto en la reasignación de sexo, como

macho o como hembra, para una feliz integración social de acuerdo a uno de los géneros imperantes, masculino o femenino. La cuestión era cuál. La pauta a seguir fue establecida por un grupo de médicos del hospital de la John Hopkins University, liderados por John Money, para Estados Unidos y, de ahí, este modelo se expandió al resto de países. La filosofía de Money se resume en la idea del *body building*, de la posibilidad de modificar y moldear el cuerpo humano a través de la medicina, sobre todo, de la cirugía, y de que el género, al ser una cuestión cultural, se aprende en los primeros años de vida y se desarrolla en sus diferentes fases. De hecho, Money estaba convencido de que el recién nacido no conoce las pautas sociales correspondientes a uno de los géneros, nace con la mente en blanco y que, en consecuencia, el modelo se va aprendiendo, se interioriza con la socialización. Por eso, pensaba que las operaciones de reasignación de sexo debían realizarse hasta los dieciocho o veinticuatro meses del nacimiento. Una vez realizada la mutilación genital, es ya cuestión de hormonación y de aprendizaje social.

La política biomédica establecida por Money y su grupo, entre ellos, los psiquiatras John y Joan Hampson, tuvo mucho éxito durante la década de los años 60 del siglo XX y fue imitada por toda la comunidad médica mundial, inspirando los diagnósticos sobre intersexualidad. Desde luego, generó, y sigue generando, mucha polémica; ha dejado muchas heridas abiertas a pesar de que, ya en los 70, se demostró que sus casos de éxito habían sido un fracaso, que no resolvía la cuestión de la identidad sexual y que las personas afectadas quedaban lastradas por patologías psicológicas⁴⁴. El colectivo *intersex* reclama, después de esta experiencia, el abandono de las políticas biomédicas, que no se realicen reasignaciones de sexo en edad tan temprana y que, en última instancia, sea la propia persona intersexual la que decida sobre su identidad, que preste, en suma, su consentimiento para cualquier tipo de cirugía, si es el caso. Dicho de otra manera, la libre determinación

⁴⁴ El caso de reasignación de sexo realizado por Money y su equipo es el de David Reimer, convertido en John/Joan. Durante décadas fue presentado como ejemplo de las bondades de la política biomédica establecida por Money. El niño David perdió el pene por un error médico al hacer la circuncisión con tal suerte que se le asignó el sexo opuesto. Durante mucho tiempo, fue presentado como el ejemplo de que el *body building* es posible, pero la realidad fue muy distinta: un continuum de operaciones, de cirugía y de visitas al psicólogo. Finalmente, el mismo sujeto dio publicidad a su desesperada situación. El mito de la biopolítica de Money fue, realmente, desmontado gracias a la perseverancia de M. Diamond tras décadas de crítica a esta estrategia de reasignación. El testimonio de John fue determinante. Un estudio del caso en A. FAUSTO-STERLING, *Cuerpos sexuados*, cit, p. 88 y ss.

del sexo y del género. Que se moldee su cuerpo, si es preciso, de acuerdo a la voluntad del individuo con plena información de todos los aspectos de la intervención y sus efectos⁴⁵.

La cuestión es que las personas intersexuales y *trans* han estado determinadas por una similar estrategia biomédica cuyos resultados no son, precisamente, compartidos por ambos colectivos. En efecto, en la misma década que Money imponía su estrategia constructivista, un bien intencionado Harry Benjamin sentaba las bases del tratamiento que la sociedad, a través de la medicina, iba a practicar con el colectivo *trans*. También en este caso la solución a la falta de conformidad entre el sexo y el género pasaba por una reasignación de sexo, por el cambio de sexo a través de la hormonación y de la cirugía que, a su vez, sirve para justificar social y jurídicamente la posesión de un nuevo género⁴⁶. Como en el caso de la intersexualidad, la cirugía de reasignación de sexo fue la respuesta médica a la disconformidad entre sexo/género. Si en el caso de los intersexuales ésta debía hacerse en los primeros meses de vida y, luego, confiar a la socialización el aprendizaje del género, en el caso de los transexuales, primero se debía, y debe, mostrar la vivencia en el género deseado y, sólo después, previa certificación del psicólogo, puede entrar en el quirófano.

⁴⁵ Todos los estudios sobre intersexualidad y transexualidad tratan y polemizan con la política biomédica instaurada por Money y su equipo y exportada de todo el mundo. Una información más detallada puede encontrarse en las publicaciones ya citadas de J. A. NIETO PIÑEROBA, y G. COLL-PLANAS.

⁴⁶ En la historia de la transexualidad hay varios casos (entre ellos, el de C. Jorgensen) de reasignación de sexo que han llamado poderosamente la atención y que han tenido una importante repercusión social. Más allá de la noticia, la verdad es que el endocrino Harry Benjamin ha sido determinante en la mirada que la sociedad y, particularmente, la medicina ha proyectado sobre el mundo transexual. Benjamin popularizó el término “transexual”, acuñado unos años antes por D. O. Cauldwell. En 1966, Benjamin escribió el importante libro *The Transsexual Phenomenon* en la que describía los casos de transexuales que habían acudido a su gabinete, así como el tratamiento que habían recibido. Algunos consideran que es la primera investigación científica seria de la transexualidad: con sus teorías, su tipología, su estudio de las causas, etc. Aunque analiza los diferentes motivos por los que la persona *trans* quiere el cambio de sexo, finalmente, se centra en el origen biomédico. Esta conclusión le lleva bendecir la solución quirúrgica y a apoyar la solución de Money para los intersexuales. No fue el único; ni Estados Unidos fue el único país que optó por este diagnóstico. La obra de Benjamin será continuada por la asociación apadrinada por él mismo, la *Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association* (HBIGDA) –en la actualidad, la *World Professional Association for Transgender Health*–, que publicará los *Standards of Care for Gender Identity Disorders*. A su pesar, la visión de Benjamin será decisiva en la caracterización de la transexualidad como patología, en parte, de origen psicológico, y, de esta manera, para su definición posterior como “disforia de género” en la CEI de la OMS.

El empleo de la cirugía en ambos casos –transexualidad e intersexualidad–, como expresión de un biopoder normalizador del sistema sexo/género, ha sido y es muy polémico. Después de los primeros momentos, en los que se hipostasió sus bondades y los casos de éxito, fueron saliendo a la luz las rémoras, los complejos y los perjuicios, incluso, identitarios que sufrieron muchas de estas personas. Más todavía, cuando con la influencia de la poderosa APA, se patologizaron a estas personas, con el beneplácito de la OMS, y, como consecuencia de un mal entendido biologismo esencialista, se criminalizaron a estas personas con el resultado ya visto de que, en algunos Estados, pueden sufrir pérdida de su libertad y corren el riesgo de pena de muerte.

Por eso, en el seno del activismo *intersex*, y también del colectivo *trans*, han surgido ya en el siglo XXI, nuevas perspectivas y nuevos enfoques vitales que centran su posición en el rechazo a la patologización, a la respuesta médica, y reivindican formas no binarias de vivir el sexo y el género. Así, por un lado, los transgéneros quieren vivir el género sin necesidad de reasignar el sexo, sin mutilar el cuerpo. Y, por otro lado, el mundo *intersex* deviene en otras vivencias al estilo de los *queers*, y, sobre todo, también reclama la supresión de las viejas estrategias biomédicas y el papel de consentimiento informado cuando se trata de modificaciones corporales. Aquí es donde entra de lleno la reivindicación de un derecho a la libre determinación de género.

4.2. ¿Hay bases para una formulación de un derecho a la libre determinación del género?

El “derecho a la libre determinación de género” todavía está a expensas de una más específica materialización. De ahí que su construcción y conceptualización tenga perfiles controvertidos e imprecisos; incluso, dudas terminológicas⁴⁷. También en este caso ni la DUDH, ni el PIDCP, ni el PIDESC contemplan el supuesto de discriminación por motivo de identidad sexual y expresión de género como en el caso anterior. Por ello, la protección de los derechos de los intersexuales, de personas *queers* o no binarias, etc., quedarían amparados en el conjunto genérico de discriminación de otra índole y

⁴⁷ En la DUDE se hace referencia a “el derecho a la autodeterminación personal y la diversidad y autonomía sexual”. La ley de Malta de 1 de abril de 2015 lleva el rótulo omnicompreensivo de *Ley de Identidad de Género, Expresión de Género y Características Sexuales*. Y la proposición de ley 122/000191 presentada en 2018 por el grupo parlamentario confederal de Unidos Podemos y sus confluencias regula “el derecho a la libre determinación de la identidad sexual y expresión de género”.

deberían ser justificados, además, en la violación de otros derechos y libertades fundamentales.

No obstante, como en el primer caso, podemos encontrar documentos elaborados por expertos e incluso aprobados por organismos vinculados a Naciones Unidas que apuntan ya en la dirección de este nuevo derecho LGBTIQ. Un primer texto de referencia es la ya mencionada DUDE, *Declaración Universal de Derechos Emergentes* (2007), del Fórum de Monterrey (México), cuyos artículos 4 y 6 pueden ser interpretados como un primer paso hacia el derecho a la libre determinación de género como derecho emergente⁴⁸. El artículo 4 afirma que “todos los seres humanos y toda comunidad tienen derecho a la igualdad de derechos plena y efectiva”. En el texto de la DUDE, los derechos se desglosan en apartados que especifican sus contenidos. Pues bien, el parágrafo 1 del art. 4 concreta que el **derecho a la igualdad de oportunidades** prohíbe “la discriminación por razón de raza, étnica, color, género u orientación sexual, características genéticas, ...”. Y el art. 6 que regula el **derecho a la democracia paritaria** se desglosa en importantes reconocimientos para los intersexuales y el colectivo LGBTIQ: 2.- **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*, así como a la adopción de infantes, sin discriminación. 3.- **El derecho a la elección de 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. Todo tipo de vínculo persona libremente consentido merece igual protección. 4.- **El derecho a la tutela de todas las manifestaciones de comunidad familiar, ...**. Por lo tanto, el reconocimiento de un derecho a la no discriminación por razón del género u orientación sexual y un derecho a la autodeterminación personal y la diversidad y autonomía sexual que pueden interpretarse en favor de la libre determinación del sexo y del género.

En segundo lugar, los *Principios de Yogyakarta (PY)* fueron objeto de revisión a los diez años de su entrada en vigor. El motivo de la redefinición es que fueron criticados por no contemplar las necesidades de las personas intersexuales que “correrían el riesgo de ser ignoradas al deberse su vulnerabilidad a priori ni a su orientación sexual ni a su identidad de género,

⁴⁸ *Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes*, 2009, p. 58-59 (<https://www.idhc.org/arxius/recerca/1416309302-DUDHE.pdf>, última consulta 27 de enero de 2021).

sino a presentar características sexuales diversas”⁴⁹. Urgía una ampliación que contemplase estas exigencias. El resultado fue un nuevo documento: los *Principios de Yogyakarta+10* (2017) que ya contemplan estas reclamaciones⁵⁰. El subtítulo del texto es muy significativo: *Additional Principles and State Obligations on the Application of International Human Rights Law in relation to Sexual Orientation, Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics to complement the Yogyakarta Principles*.

Como los PY de 2007, los PY+10 recogen diez derechos que complementan a los 29 anteriores, e incluyen también las obligaciones de los Estados, que emanan de las declaraciones internacionales de derechos humanos, más las pertinentes recomendaciones⁵¹. En relación con los derechos del colectivo que estoy tratando y del derecho a la libre determinación del género, pueden mencionarse los siguientes: 30.- **El derecho a la protección estatal**, por el cual todo el mundo, con independencia de la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género o las características sexuales, tiene derecho a la protección del Estado de la violencia, la discriminación u otros daños. 31.- **El derecho al reconocimiento legal**, que obliga al reconocimiento legal de las personas sin referencia o requerimiento del sexo, género, orientación sexual, identidad del género, expresión del género y características sexuales, a la expedición de documentos sin esos datos y posibilitar su modificación. 32.-**El derecho a la integridad física y mental**, que incluye, además de esta clásica reivindicación, el derecho a la autonomía y autodeterminación personal en relación a la orientación sexual, la identidad de género, expresión de género y características sexuales, la prohibición de la tortura y de tratos

⁴⁹ PEÑA DÍAZ, F. de A., *La lucha que no cesa. Los derechos del colectivo LGBTI como derechos humanos*, tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 41.

⁵⁰ Vid. *Principios Yogyakarta+10* (http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2017/11/A5_yogyakartaWEB-2.pdf, última consulta 1 de febrero de 2021).

⁵¹ Las nociones de expresión sexual e identidad de género tal y como fueron definidas por los PY en 2006 han alcanzado una considerable proyección en foros públicos y en documentos internacionales, pero, como vimos, han resultado insuficientes para englobar a toda la realidad LGBTIQ. Por eso, los PY+10 han ampliado el glosario terminológico con los conceptos de “expresión de género”, definido en su Preámbulo, “la presentación de cada persona de su género a través de la apariencia física –incluyendo la vestimenta, el peinado, los accesorios y el maquillaje– y los modales, el modo de hablar, los patrones de conducta, los nombres y las referencias personales”, y el de “características sexuales” por el que debe entenderse “los rasgos físicos de cada persona, relacionados con el sexo, incluyendo los genitales y otros rasgos anatómicos sexuales y reproductivos, los cromosomas, las hormonas y las características físicas secundarias que se manifiestan en la pubertad”. *Ibidem* p. 6.

inhumanos, crueles y degradantes y el uso de tratamientos médicos invasivos o irreversibles sin previo consentimiento libre e informado salvo que sea necesario para evitar daños serios e irreparables. En estas consideraciones se incluye también a los niños. Puede verse la relevancia del reconocimiento de todos estos derechos para el colectivo LGBTIQ, incluyendo a los trans, intersexuales, *queers*, no binarios, etc. Pero el listado sigue con otros derechos igualmente importantes como el de estar libres de criminalización de sanción (art. 33), el derecho de protección de la pobreza y exclusión social (34), derecho a la salud (35), el derecho a los derechos humanos en relación con las tecnologías de la información y comunicación (36), el derecho a la verdad (37) y el derecho a practicar, proteger, preservar y revivir la diversidad cultural (38).

En fin, en relación con el valor de los PY y PY+10: “Los 38 Principios de los YPs y YP+10 brindan una exposición autorizada y experta de la Legislación Internacional de Derechos Humanos tal como se aplica actualmente a las cuestiones de orientación sexual, identidad de género, expresión de género y características sexuales. Su peso legal y normativo proviene directamente del conjunto comprendido en esa legislación, y los Restados deben regirse por estos Principios del mismo modo en el que deben regirse por la Declaración universal de Derechos Humanos”⁵².

Asimismo, la acción legislativa de los Estados también, poco a poco, sigue esta senda y va en la línea de visibilizar estas realidades y de establecer garantías y medios que eviten la violencia, el odio y el ostracismo social, de reconocer, proteger y garantizar los derechos humanos de las personas LGBTIQ. Ya se han mencionado antes algunos Estados que han introducido leyes protectoras de un derecho a la orientación sexual y la identidad de género. Alguno de ellos ha ido más lejos y ha introducido también el reconocimiento y la protección de un derecho a la libre determinación del género que recoja las reivindicaciones de los sectores LGBTIQ que estoy mencionando. El Experto independiente de Naciones Unidas para la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género señala que, a pesar de que hay países que penalizan las relaciones entre homosexuales o que las personas transgénero no consiguen que se reconozca el género con el que se identifican, “sin embargo, varios países, como la Argentina, Australia, Malta y los países escandinavos están marcan-

⁵² M. CABRAL GRINSPAN y J. EHRT, “Introducción a los Principios de Yogyakarta+10” en *Informe ILGA 2019*, cit., 43.

do ahora el camino al permitir que la legislación nacional reconozca el género con el que las personas se identifican sin necesidad de intervenciones quirúrgicas y procedimientos médicos conexos, a menos que opten por esta vía sin coacciones, y al reducir los obstáculos burocráticos existentes”⁵³. Igualmente, apunta que ésta es la estrategia a seguir en el caso de los intersexuales.

Dicho de otra manera, la lucha por los derechos LGBTIQ es la senda a seguir y en este camino, en efecto, hay países que destacan especialmente. Pero, en esta lucha, el Experto Independiente se queda un poco corto. Sólo en Europa ya hay once países en los que no se exige diagnóstico médico –lo que ya es un avance muy importante en la despatologización del colectivo trans– para el reconocimiento legal del género: Bélgica, Dinamarca, Irlanda, Luxemburgo, Malta, Portugal, de la Unión Europea, en los que se reconoce el principio de autodeterminación de género, además de Noruega, Islandia y Suiza. En Eslovaquia, Estonia, Finlandia, Austria, España, Italia, Polonia, Reino Unido y República Checa se exige dicho diagnóstico y/o tratamiento hormonal⁵⁴. Y Latinoamérica tampoco se queda atrás en la sensibilización a favor de los derechos de las personas LGBTIQ: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Panamá, Perú y Uruguay posibilitan el cambio de nombre sin acudir a diagnósticos médicos, informes psiquiátricos o reasignaciones quirúrgicas del sexo⁵⁵.

Pero, en efecto, Argentina fue el primer país que aprobó una ley relativa al derecho a la identidad de género. La ley 26.743, de 23 de mayo de 2012, recoge la definición estipulada por los PY y, en su artículo 1, regula el contenido del derecho a la identidad de género⁵⁶. En fin, una ley pensada para responder a las reclamaciones del mundo transexual –reasignación de sexo, cambio de identidad, acceso al sistema de salud, no discriminación, la

⁵³ Vid. *Experto Independiente para la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género*, informe 2017, parágrafo 57, p. 19 (<https://undocs.org/es/A/HRC/35/36>, última vez consultado 2 de febrero de 2021).

⁵⁴ Vid. https://www.antena3.com/noticias/sociedad/nuevo-choque-entre-psoe-y-up_20210203601aca7b745fb40001a5652f.html, (consultado el 3 y 4 de febrero de 2021).

⁵⁵ Vid. la información de *Infolibre*, consultada entre el 3 y el 5 de febrero de 2021, en https://www.infolibre.es/noticias/politica/2020/11/23/casilla_despatologizacion_certificado_reconocimiento_genero_asi_legislan_otros_paises_sobre_los_derechos_trans_113297_1012.html.

⁵⁶ “Toda persona tiene derecho: a) Al reconocimiento de su identidad de género. 2) Al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género. C) A ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada”.

situación de los menores trans, etc.– que, sin embargo, puede ser interpretada extensivamente yendo más allá de la literalidad y puede servir de punto de partida para el reconocimiento de alguna de las reclamaciones de los transgéneros, intersexuales, *queers*, no binarios, etc., en la medida en la que, a sensu contrario, puede considerarse un paso para limitar las mutilaciones genitales no consentidas y posibilita las modificaciones en la identidad de género.

El caso de Malta es, sin duda, especial y un paso más en el camino a seguir pues fue el primer país de Europa que, explícitamente, prohibió la cirugía de sexo o un tratamiento psicológico o médico como requisito previo. Y lo hizo por unanimidad en la *Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act*, de 14 de abril de 2015⁵⁷. El artículo 3 de esta ley es todo un símbolo. En su apartado 1, se afirma que todos los ciudadanos de Malta tienen el derecho a: a) “the recognition of their gender identity; b) the free development of their person according to their gender identity, c) be treated according to their gender identity and, particularly, to be identified in that way in the documents providing their identity therein; and d) bodily integrity and physical autonomy”. En fin, la libre determinación del género de acuerdo con el desarrollo de la personalidad de cada uno y a escoger la forma por la que quiere ser identificado en los documentos públicos, así como el derecho a la integridad y autonomía física.

Otro ejemplo muy meritorio es el de Portugal. La ley n° 38/2018, de 7 de agosto, sobre *Direito à autodeterminação da identidade de género e expressão de género e a proteção das características sexuais de cada pessoa* establece este derecho en su artículo 1 y expresamente reconoce, además, el derecho a mantener las características sexuales primarias y secundarias (art. 4) y se prohíben las intervenciones quirúrgicas o tratamientos farmacológicos de los menores intersexuales salvo riesgo para la salud (art. 4). El fundamento de este derecho a la autodeterminación de la identidad de género y la expresión de género tiene su fundamento en el libre desenvolvimiento de la personalidad de acuerdo con la identidad y la expresión de género de cada cual (art. 3). Junto a estas importantes declaraciones, se incluyen la prohibición de discrimina-

⁵⁷ La ley de Malta, de 14 de abril de 2015, puede consultarse en https://tgeu.org/wp-content/uploads/2015/04/Malta_GIGESC_trans_law_2015.pdf última vez consultada el 5 de febrero de 2021. Sobre la regulación maltesa y el marco normativo europeo en esta materia puede verse el artículo de V. MERINO SÁNCHEZ, “Una revisión de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la intimidad sexual y la autonomía individual”, cit., pp. 336 y ss.

ción, el derecho al cambio de nombre y un procedimiento bastante explícito, así como otras medidas de protección de estas personas en el ámbito de la salud y educación y enseñanza.

En fin, la lista de países que van poco a poco reconociendo la realidad del mundo LGBTIQ –sobre todo, la discriminación, la patologización y el ostracismo de trans e intersexuales–, y que van, al menos, introduciendo mecanismos de protección contra el odio y la violencia y de rectificación de viejas prácticas médicas y jurídicas, es cada vez más numerosa. Y es perceptible la evolución desde las primeras leyes que contemplaban la realidad transexual, estableciendo el derecho a la identidad de género, y las últimas más sensibles a la situación de los intersexuales y más proclives al reconocimiento del derecho a la libre determinación de género. El último paso es la inclusión en los documentos oficiales de una tercera casilla en la pregunta acerca del género de las personas: masculino, femenino o neutro. Como es el caso de Malta o Australia. En relación con las personas trans, la resolución 2048, de 22 de abril de 2015, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa avala todas y cada una de estas medidas, incluido el establecimiento de una tercera casilla, e insta a los Estados a los cambios legislativos necesarios, no sólo para eliminar la discriminación contra este colectivo y los discursos de odio, sino también para la aplicación de las normas internacionales de derechos humanos y el reconocimiento del derecho a la libre determinación del género⁵⁸.

En España, ha proliferado legislación autonómica –las conocidas como leyes “trans”⁵⁹– en relación con los derechos LGBTIQ⁶⁰. A nivel estatal es de

⁵⁸ <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=21736>, última consulta el 6 de febrero de 2021.

⁵⁹ Desde 2009, doce CCAA han regulado total o parcialmente la situación del colectivo LGBTIQ, en particular, del mundo trans, obviando su patologización y protegiendo sus derechos. De ellas, 8 reconocen o hacen alusión al “derecho a la autodeterminación de género”. La primera que lo incluyó fue la ley andaluza, la ley integral para la no discriminación por motivos de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales, de 8 de julio 2014. La ley de la Comunidad Valenciana, igual que la andaluza, es un fiel reflejo de este movimiento: *ley 8/2017, de 7 de abril, de la Generalitat, integral del reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género*. (vid. <https://www.elsaltodiario.com/lgtbiq/leyes-autonomicas-trans-lgtb-autodeterminacion-genero-documento-interno-psoe>, última consulta el 4 de febrero de 2021).

⁶⁰ En el momento que escribo estas líneas –los días 3 y 4 de febrero de 2021– ha salido en la prensa una nueva iniciativa de aprobación de una nueva ley de este tipo promovida por la Vicepresidenta de Igualdad perteneciente a Unidas Podemos. Hasta la fecha sólo han sali-

reseñar la loable iniciativa del grupo parlamentario confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea de presentar una proposición de Ley sobre *la protección jurídica de las personas trans y el derecho a la libre determinación de a identidad sexual y expresión de género*, publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 2 de marzo de 2018. Hubiera sido, sin duda, un paso muy importante que hubiera puesto a España en primera línea de los países que reconocen los derechos de las personas LGBTIQ, pero decayó al finalizar la legislatura. Su artículo 2.1 afirmaba: “Toda persona es titular del derecho a la libre determinación de la identidad sexual y expresión de género y demás derechos previstos en esta Ley”: el mismo derecho a la identidad sexual y expresión de género y su ejercicio, el derecho a la adecuación de los datos personales, los derechos en el ámbito sanitario y de la salud, en el mundo social y laboral, en la educación. Toda una declaración de intenciones⁶¹. Lástima que decayese la legislatura.

5. LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGBTIQ. UNA ÚLTIMA REFERENCIA A SU JUSTIFICACIÓN

Los derechos de las personas LGBTIQ –sea el derecho a la orientación sexual y la identidad de género, sea el derecho a la libre determinación del género– tienen tanto una justificación moral como jurídica e, incluso, social. Dejando aparte las consideraciones de carácter social y político, la raíz moral y jurídica de estos derechos tiene su fundamento en nuestras categorías más básicas y en nuestra misma concepción de la persona como sujeto clave de la sociedad, de la organización política y del ordenamiento jurídico. Causa horror y un tremendo rechazo la lectura de las violaciones de los derechos fundamentales de los diferentes grupos del colectivo LGBTIQ recogidos en los informes de organis-

do retazos de la futura ley que, a primera vista, responde a las reivindicaciones del colectivo LGBTIQ y refleja también las recomendaciones de las declaraciones y organismos internacionales, incluyendo las relativas a las personas intersexuales.

⁶¹ A título de ejemplo de lo novedosa que era esta ley, el artículo 3 presenta una serie de definiciones, la mayoría concordantes con lo previsto en los PY y otros documentos internacionales, y, entre ellas, la de “personas no binarias: Personas cuya identidad sexual, de género y/o expresión de género se ubica fuera de los conceptos de hombre/mujer y/o masculino/femenino, o fluctúa entre ellos. Las personas no binarias pueden o no emplear un género gramatical neutro, pueden o no someterse a procedimientos médicos, pueden o no tener o desear una apariencia andrógina, y pueden o no utilizar otros términos específicos para describir su identidad de género, como pueden ser, entre otros, género *queer*, variantes de género, género neutro, otro, ninguno o fluido”.

mos internacionales, de ILGA, del ACNUD, del Consejo de Europa, de la Unión Europea, del Experto Independiente de Naciones Unidas, etc.: que 70 Estados de Naciones Unidas penalicen las relaciones homosexuales consentidas entre personas adultas, que las autoridades amparen o no persigan actos violentos contra estas personas, que queden impunes estos delitos; el ostracismo social y la marginación; que, en suma, no puedan gozar de los derechos básicos de todo ciudadano. Todo ello remite a la categoría moral y jurídico-política de la dignidad humana como piedra angular de la sociedad y de la convivencia.

Al margen del enfoque y la respuesta moral a esta cuestión, estas descripciones y estas situaciones injustificadas han ido calando en la acción legislativa de los gobiernos y en los fundamentos jurídicos de los tribunales nacionales e internacionales que han ido buscando elementos de protección y vías de garantía de los derechos y libertades de las personas LGBTIQ. No quiero acabar estas páginas sin una referencia a los argumentos de uno de los organismos judiciales internacionales que más ha abogado por los derechos de las minorías sexuales y que, en ésta como en otras materias, está siendo el motor de la transformación del sistema de derechos y libertades fundamentales y de su adaptación a la sociedad del siglo XXI. Y lo está haciendo refiriéndose a las categorías jurídico-políticas básicas de la intimidad o privacidad, de la identidad y dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad. Me refiero al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

En efecto, el TEDH en el desarrollo de la protección de la orientación sexual e identidad de género –en suma, en la conformación de un derecho de este tipo– ha realizado una interpretación dinámica y expansiva del artículo 8 del *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales* (CEDH), del Consejo de Europa, en el que se recoge el derecho a la vida privada adecuando su significado y su contenido a la evolución de la opinión pública de las sociedades europeas. Gracias a eso ha posibilitado la protección de derechos básicos de las personas LGBTIQ en concordancia con el artículo 14 del mismo texto sobre los derechos fundamentales en el que se regula el principio de no discriminación. Así, puede afirmarse que el TEDH con la interpretación de los art. 8 y 14 del CEDH está formulando las bases de un derecho a la orientación sexual y la identidad de género. En última instancia, los mismos fundamentos pueden alegarse para el reconocimiento de un derecho a la libre determinación del género: la vida privada, el respeto a la identidad personal y la garantía de la dignidad humana, tal y como tienen sentido en la actualidad a la luz de este artículo 8.

Ha sido ampliamente señalada la sentencia del caso *Goodwin vs. Reino Unido* como la que determina un cambio radical de la posición del TEDH respecto al colectivo de transexuales, pero el sentido de esta resolución tiene un mayor alcance una vez analizada en profundidad⁶². Ciertamente, avala una de las reivindicaciones más importantes de las personas trans como es la necesaria adecuación del sexo jurídico al sexo sentido, así como legitimó también el cambio de nombre⁶³. Y lo hizo con una interpretación extensiva del artículo 8 del CEDH, además de una defensa de los límites de la “apreciación” de los estados en materia del derecho a la vida privada y de la existencia de “obligaciones positivas” para las autoridades públicas; importante avance junto al reconocimiento de las “obligaciones negativas” que había establecido veinte años antes en el conocido caso *Dudgeon* a partir del cual modificó sustancialmente la doctrina en relación a los gays.

En efecto, lo importante es que fundamenta su decisión en la raíz misma en la que se sostiene el CEDH y, por tanto, los derechos y libertades de los individuos: la dignidad humana y la libertad de los hombres que son la “esencia misma del Convenio”⁶⁴. Y más: expresamente afirma el TEDH que la noción de autonomía personal es un principio importante en la interpretación de las garantías del artículo 8 del CEDH y que, bajo este artículo, se incluye la protección de una esfera personal en la que se engloba el derecho a establecer los aspectos de su identidad personal como seres humanos individuales, y, entre ellos, todo lo relativo al sexo y al género.

Esta misma filosofía aparece desde el caso *Goodwin vs. Reino Unido* en otras sentencias sobre circunstancias similares concernientes al colectivo

⁶² Vid. sobre esta sentencia y sobre la posición del TEDH en relación con los transexuales el artículo de V. MERINO SANCHO, “Una revisión de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la intimidad sexual y la autonomía individual”, *cit.*, especialmente, las páginas 338 y ss. Comparto plenamente su tesis de que el tribunal ha abierto, con la sentencia del caso *Goodwin* y otras, una importante vía de justificación del derecho a la libre determinación del género.

⁶³ El TEDH toma buena nota de la situación de los transexuales: stress, alienación y depresión engendrada por la discordancia entre género y derecho, por el conflicto entre la realidad social y la realidad jurídica, que coloca a las personas transexuales en una situación anormal que, a su vez, genera vulnerabilidad, humillación y ansiedad. Al mismo tiempo, constata las contradicciones del Reino Unido que reconoce la disforia de género, apoya y ayuda en la conversión sexual y presta los medios del servicio nacional de salud para la reasignación del sexo, y luego rechaza las consecuencias administrativas y jurídicas. Vid. *Goodwin vs. Reino Unido*, *cit.*, parágrafo 78.

⁶⁴ Vid. *Goodwin vs. Reino Unido*, *cit.*, parágrafo 90.

LGTBIQ. Desde el caso *I v. Reino Unido*, de la misma fecha que la anterior, hasta las últimas publicadas. Véase *Y. T. vs. Bulgaria*, de 9 de julio de 2020, *Rana vs. Hungría*, de 16 de julio de 2020, o el caso *Beizaras y Levickas vs. Lituania*, de 14 de enero de 2020, etc. En *Rana vs. Hungría*, por ejemplo, el TEDH señala no sólo que, como en el caso *Hämäläinen vs. Finlandia*, de 16 de julio de 2014, los Estados tienen un estrecho margen de apreciación en el ámbito de la “identidad íntima de los particulares”, puesto que se refiere a la identidad de género de la persona, sino que, además, en el caso de ciudadanos no húngaros se “limitaba desproporcionadamente su derecho a la dignidad humana”⁶⁵. De nuevo, pues la referencia a las categorías jurídico-políticas básicas que sustentan la sociedad democrática liberal.

Incluso, en el caso *Beizaras y Levickas contra Lituania*, en un asunto de delito de odio contra personas LGBTIQ y de inoperancia de las autoridades policiales, aún va más lejos al reiterar su opinión de que una de las “señas de identidad de una sociedad democrática” es el respeto del pluralismo, la tolerancia y la amplitud de miras, que la misma se construye “en el reconocimiento genuino y el respeto de la diversidad”, que el concepto de “vida privada” es un término amplio susceptible de abarcar la integridad física y psicológica de una persona y que la autodeterminación sexual “constituye uno de los aspectos del derecho de una persona al respeto de su vida privada”. Y, en cuanto a la actuación de las autoridades públicas: “Las obligaciones positivas del Estado son inherentes al derecho al respeto efectivo de la vida privada en virtud del artículo 8”. Entre las que incluye el establecimiento de medidas legales contra los delitos de odio contra el colectivo LGBTIQ y su persecución efectiva⁶⁶.

Pocas excusas pueden presentarse ya para el no reconocimiento jurídico de los derechos LGBTIQ –el derecho a la orientación sexual y la identidad de género y el derecho a la libre determinación del género–, una vez que el

⁶⁵ Caso *Rana vs. Hungría*, de 16 de julio de 2020, vid. parágrafos 39 y 40 <http://aranzadi.aranzadidigital.es.umbral.unirioja.es/maf/app/document?tid=&docguid=leacf1270cafc11eaab6f5b06e62c22298&base-guids=TEDH\2020\107&fexid=flag-red-juris&fexid=flag-yellow-juris&fexid=flag-blue-juris&fexid=DO-ANA-25&fexid=DO-ANA-23&srguid=i0ad6adc6000017773ce0c4d7ae17cc6&src=withinResuts&spos=1&epos=1>, última consulta el 5 de febrero de 2021.

⁶⁶ Caso *Beizaras y Levickas vs. Lituania*, de 14 de enero de 2020, parágrafos 106-110, vid. <http://aranzadi.aranzadidigital.es.umbral.unirioja.es/maf/app/document?tid=&docguid=1088570503e5011ea8ad6a83a254450ba&base-guids=TEDH\2020\7&fexid=flag-red-juris&fexid=flag-yellow-juris&fexid=flag-blue-juris&fexid=DO-ANA-25&fexid=DO-ANA-23&srguid=i0ad6adc500000177770c5c966f3931f3&src=withinResuts&spos=3&epos=3>, última consulta el 6 de febrero de 2021.

TEDH ha sentado las bases de su protección jurisdiccional. Sólo falta la acción legislativa de los Estados. Desde luego, es mucho mejor su introducción en el ámbito constitucional, pero esto es una quimera. Por ello, al menos, procede su positivación, el paso de la teoría a la práctica, a través del establecimiento de la oportuna ley relativa a estos derechos que los reconozca, que prohíba la discriminación (art. 14 CE), las políticas de conversión, las medidas quirúrgicas sin consentimiento informado, etc. En fin, que materialice efectivamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), el derecho a la vida privada (art. 18.1 CE), incluyendo la configuración de la identidad personal y la integridad física y psíquica (art. 15 CE), y, en última instancia, que garantice el respeto de la dignidad humana de las personas LGBTIQ (art. 10.1 CE).

JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO
Universidad de La Rioja
Edificio Quintiliano
c/ La Cigüeña 60
26006 Logroño, La Rioja
Email: jose.mezdepison@unirioja.es