



UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA
FACULTAD DE DERECHO
MÁSTER UNIVERSITARIO EN ESTUDIOS INTERNACIONALES

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL COLECTIVO LGBTI

ADRIÁN CACHO VILLALBA

Tutora: Dra. María Teresa Ponte Iglesias

**SANTIAGO DE COMPOSTELA
Curso 2018 - 2019**

*A mi Familia, por enseñarme que el AMOR es más fuerte que el miedo y que merece la
pena ser vivido y luchado.*

A mi Tutora, por arriesgarse a aprender conmigo y apoyarme en esta investigación.

A quienes no son parte de la causa, pero aun así la defienden.

*Al Colectivo, por el compromiso social de quienes murieron en la lucha por un futuro
de oportunidades que ahora es nuestro.*

No daremos ni un solo paso atrás.

RESUMEN

La responsabilidad de Derecho Internacional sobre las personas LGBTI es indudable: nos encontramos ante un Colectivo históricamente oprimido y excluido del disfrute de las libertades fundamentales y de los derechos humanos. Afortunadamente, la sociedad civil se ha encargado de mantener vivo el debate y la lucha por la igualdad y la justicia. Durante las últimas décadas, en especial desde que hace 50 años dos mujeres americanas decidieran enfrentarse a la injusta represión policial, las instituciones han ido abriendo espacios de debate para permitir que las reivindicaciones del Colectivo se conviertan en realidades y el disfrute de los derechos humanos por parte de todas las personas -- independientemente de su orientación sexual, identidad o expresión de género o características sexuales-- sea posible.

Sin embargo, todavía queda mucho camino por recorrer, y el apoyo de organizaciones internacionales como la *Organización de las Naciones Unidas* o la *Unión Europea* es fundamental para poder seguir avanzando por la senda del progreso, la justicia y la libertad. El trabajo conjunto de estas Organizaciones Internacionales con las estructuras de los Estados y el apoyo del Derecho, en especial del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, será lo que, algún día, pueda curar a una sociedad que aún peca de intolerante y desigual.

Hasta entonces la lucha seguirá produciéndose en las calles, en las aulas y en las instituciones.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO PRIMERO. LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS Y LA PROTECCIÓN DEL COLECTIVO LGBTI	7
1. INFLUENCIA DE LA SOCIEDAD CIVIL EN EL DESARROLLO DE LOS DERECHOS DEL COLECTIVO LGBTI: LOS PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA	7
2. LA DECLARACIÓN CONTRA LA HOMOFOBIA Y LA DISCRIMINACIÓN BASADA EN LA ORIENTACIÓN SEXUAL	12
3. EL COLECTIVO LGBTI Y LA AGENDA 2030. APLICACIÓN DE LOS ODS	14
4. ACCIONES ESPECÍFICAS Y MEDIDAS PRÁCTICAS DE LA ONU	20
A. Experto independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género	20
B. Posición de los organismos de derechos humanos de la ONU	32
CAPÍTULO SEGUNDO. LA RESPUESTA DE LA UNIÓN EUROPEA AL COLECTIVO LGBTI .	40
INTRODUCCIÓN	40
1. LA ACCIÓN DE LAS INSTITUCIONES EUROPEAS A FAVOR DE LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL COLECTIVO LGBTI	41
2. EL TRATADO DE ÁMSTERDAM	47
3. LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL PROYECTO DE TRATADO POR EL QUE SE ESTABLECE UNA CONSTITUCIÓN PARA EUROPA	48
4. EL TRATADO DE LISBOA	50
5. LOS AVANCES EN LA ÚLTIMA DÉCADA	52
CAPÍTULO TERCERO. RECONOCIMIENTO DE DERECHOS LGBTI EN LOS ÁMBITOS NACIONAL Y AUTONÓMICO	66
1. LA BASE JURÍDICA CONSTITUCIONAL PARA LA PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS LGBTI EN ESPAÑA	66
2. LOS AVANCES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO ESPAÑOL	68
3. LOS DERECHOS DEL COLECTIVO LGBTI EN EL MARCO AUTONÓMICO CON PARTICULAR REFERENCIA A LA COMUNIDAD DE MADRID	74
CONCLUSIONES	78
BIBLIOGRAFÍA	81

INTRODUCCIÓN

El estado del *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* respecto a las cuestiones relacionadas con la orientación sexual, la identidad y expresión de género y las características sexuales es una cuestión que afecta de forma transversal a todos los aspectos de la vida, incluso a nivel internacional. Abanderándose en los principios de universalidad y no discriminación de los derechos humanos, se ha ido produciendo una lucha conjunta desde los Estados y con las Organizaciones Internacionales, las ONGs -- nacionales e internacionales-- y la sociedad civil, para asegurar la aplicación de estos a las personas LGBTI.

El presente Trabajo de Fin de Máster busca examinar la situación actual del *disfrute de los derechos LGBTI* a diferentes niveles. A tal efecto, hemos articulado el presente Trabajo en torno a tres capítulos que se cierran con las conclusiones y la bibliografía empleada para su elaboración.

En el Capítulo Primero realizamos un análisis a nivel universal del objeto de estudio, repasando las primeras actuaciones llevadas a cabo por la Comunidad Internacional en favor del derecho al disfrute universal de los derechos humanos del Colectivo LGBTI (el Colectivo). Además, intentamos profundizar sobre las medidas y decisiones puestas en marcha por la *Organización de las Naciones Unidas* (ONU) y los mecanismos actuales a los que puede acudir el Colectivo en el seno de esta Organización para asegurar la protección de sus derechos.

El segundo capítulo desciende al nivel regional para analizar el papel de la *Unión Europea* (UE) como foco principal de interés de la Comunidad LGBTI internacional para el desarrollo de sus reivindicaciones en las últimas décadas. Este modelo de Organización Internacional de integración y el apoyo de sus Instituciones es lo que ha permitido que la no discriminación por razón de orientación sexual, identidad o expresión de género o características sexuales pase de ser una habilitación a un derecho subjetivo de la ciudadanía europea. En definitiva, el Capítulo Segundo intenta ofrecer una panorámica de cuál ha sido la respuesta de la UE a las reivindicaciones del Colectivo.

Por último, en el Capítulo Tercero se incluye un breve análisis de la historia democrática del Estado español en relación con el desarrollo de una legislación favorable

a las personas LGBTI, analizando las *diferentes reformas legislativas*, así como la aprobación de nuevas leyes que reconozcan, o simplemente apliquen, los derechos humanos al Colectivo. Varias son las Comunidades Autónomas (CCAA) que ha adoptado legislaciones al respecto, pero nosotros optamos por centrarnos en la *Comunidad de Madrid*, por ser una de las CCAA que ha desarrollado más legislación hasta la fecha en materia de derechos LGBTI.

De esta manera, se presenta un análisis de una cuestión universalizada --aunque no siempre suficientemente visibilizada-- desde que el 10 de diciembre de 1948 se pronunciase en París la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y se pretende resaltar los beneficios que la correcta aplicación del Derecho Internacional y de sus estructuras puede tener en todas las esferas de la vida de las personas LGBTI.

CAPÍTULO PRIMERO.

LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS Y LA PROTECCIÓN DEL COLECTIVO LGBTI

1. INFLUENCIA DE LA SOCIEDAD CIVIL EN EL DESARROLLO DE LOS DERECHOS DEL COLECTIVO LGBTI: LOS PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA

La historia del desarrollo de los derechos humanos de las personas del Colectivo LGBTI es una historia de activismo. A principios del siglo XXI ya se constataban avances significativos en la lucha contra la discriminación por cuestiones de sexo, raza u origen étnico y religión; pero el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos» seguía viéndose ensombrecido por la discriminación practicada sobre algunos grupos sociales cuyas reivindicaciones todavía no habían ocupado un lugar en la escena internacional. Este era el caso del Colectivo LGBTI.

Esta situación cambió con el impulso proporcionado por las sentencias de órganos jurisdiccionales que sentaron jurisprudencia durante la década de los años ochenta y noventa en favor de las personas LGBTI. En ese contexto fue cuando el movimiento LGBTI internacional decidió organizarse y celebrar una gran Cumbre de activistas en Montreal en 2006: la *Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos LGBT*. Representantes de más de un centenar de países, así como de diferentes organizaciones internacionales y no gubernamentales, elaboraron la *Declaración de Montreal*, un documento cuyas intenciones se resumían en dos: i) analizar y exponer las modificaciones legislativas y las políticas internacionales necesarias para el Colectivo LGBTI; y ii) elaborar una agenda de acción a nivel global.

La relevancia de esta Cumbre se vio reflejada en la participación de altos cargos internacionales como la *Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos*: Louise Arbour. En el propio Preámbulo de la Declaración se pone de manifiesto la necesidad de encontrar aliados para la lucha LGBTI. La Alta Comisionada, una de las principales aliadas en Montreal 2006, remarcó la necesidad de aplicar los principios de universalidad y no discriminación de los derechos humanos de las personas LGBTI en la elaboración del Documento Final de la Conferencia.

El grupo de 1500 personas reunidas en Montreal logró elaborar un documento de carácter omnicomprendivo que resumiese todas las reivindicaciones del movimiento LGBTI internacional de la manera más general y coherente posible para que su presentación al mundo fuera eficaz. Las exigencias principales de la Declaración fueron:

1. La protección y salvaguardia de los derechos fundamentales de las personas LGBT, jurídicamente establecidos;

2. La denuncia de la violación sistemática de los derechos humanos de las personas LGBT a lo largo de todo el mundo, para lo cual es necesario un enfoque global sobre la cuestión;

3. El apoyo para la construcción de una Comunidad LGBTI abierta a todos y en la que se luche contra la discriminación desde dentro del Colectivo;

4. La libre participación en la sociedad civil;

5. La creación y fomento de estructuras civiles que apoyen el cambio social, desde organizaciones a sindicatos, ONGs, empresas nacionales e internacionales, instituciones religiosas, fundaciones, gobiernos nacionales y la propia Comunidad internacional.

Como subraya la *Declaración de Montreal*: «*Esto es lo que pedimos. Todo ello nos exige una enorme valentía, grandes sacrificios personales e incontables horas de muy duro trabajo de varios miles de nosotros, militantes LGBT y amigos de la comunidad mundial LGBT. Pero nuestro objetivo, la igualdad de derechos de todas las personas LGBT en todos los países del mundo, lo podemos conseguir y lo vamos a conseguir*¹.»

En la Conferencia de Montreal se creó un Grupo de Trabajo, integrado por 29 especialistas académicos y agentes pertenecientes a la ONU que se reunirían meses más tarde en Yogyakarta, Indonesia, para redactar los *Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Secua y la Identidad de Género* (comúnmente conocidos como *Principios de Yogyakarta*). El enfoque de este documento difiere de la Declaración de Montreal en que no se trata de una enumeración de reivindicaciones, sino de una demostración del estado

¹ Declaración de Montreal, Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos LGBT del 29 de Julio de 2006.

del Derecho Internacional de los Derechos Humanos respecto a las cuestiones relacionadas con la orientación sexual e identidad de género.

Al Grupo de Trabajo se le encomendó el triple mandato: de i) identificar y describir las vulneraciones de los derechos humanos motivadas por cuestiones de orientación sexual o identidad de género; ii) formular la aplicación del Derecho Internacional a dichas valoraciones, reafirmando el papel principal de este en la lucha del Colectivo LGBTI; y iii) detallar los procesos necesarios para la implementación de los Principios de Yogyakarta en la legislación de los Estados.

Estos Principios de Yogyakarta, pese a carecer de carácter vinculante, responden a la intención de la ONU de establecer un patrón universal de conducta para los legisladores nacionales². Este patrón se basaba en una clasificación de medidas en torno a cuatro enfoques: medidas necesarias para erradicar prácticas que vulneren los derechos humanos; medidas centradas en la protección de las personas en riesgo de sufrir dichas prácticas; medidas que exijan la responsabilidad a los perpetradores y garanticen la satisfacción de las víctimas; y medidas que promuevan una cultura de derechos humanos desde la educación, formación y concienciación pública.

Reafirmando el sentimiento ya expresado en Montreal de la necesidad de alianzas más allá del Colectivo LGBTI, las recomendaciones no solo se dirigieron a los Estados, sino a toda una serie de actores no estatales (ONU y sus órganos, organizaciones intergubernamentales regionales y subregionales que tuvieran relación con los derechos humanos, tribunales competentes en la materia, ONGs humanitarias e incluso medios de comunicación).

Los Principios de Yogyakarta fueron presentados ante el Consejo de Derechos Humanos en Ginebra en 2007. El eje central de estos, donde se encuentra la justificación de todos los demás, son el Principio 1 relativo al *Derecho al disfrute universal de los derechos humanos*); el Principio 2 referente a los *Derechos a la igualdad y a la no discriminación*); y el Principio 3 sobre el *Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica*. En total son 29 principios los que se recogen en el Documento Final de la reunión, dedicados, entre otras cuestiones, a la vida, la seguridad personal, la privacidad,

² De hecho, su redacción tiene un alto grado de similitud con la propia de tratados internacionales de carácter vinculante.

la no detención arbitraria, el juicio justo, el trabajo, la vivienda, la libertad de opinión, expresión y reunión, la libertad de movimiento o la protección contra abusos médicos. Esto pone de manifiesto que su misión principal no era la de exponer nuevas reivindicaciones para el Colectivo, sino la de denunciar el estado de los derechos humanos universalmente reconocidos en la realidad de las personas LGBTI.

Una de las aportaciones más significativas de los Principios fueron las definiciones de orientación sexual³ e identidad de género⁴, que han sido reproducidas posteriormente por el movimiento LGBTI internacional en sus reivindicaciones, así como por las instituciones legislativas estatales en el proceso de codificación y reconocimiento de los derechos del Colectivo. Estos términos ampliaron las perspectivas de las categorías «homosexual» y «transexual», dándoles un enfoque menos individualista y más colectivo.

Sin embargo, estas definiciones han suscitado críticas más allá del rechazo de las esferas más conservadoras que perciben esta lucha como un atentado contra sus ideales tradicionales sobre la familia y la sociedad. A pesar de ampliar su campo de referencia, algunos colectivos especialmente desfavorecidos temieron correr el riesgo de no ver sus derechos representados en los Principios de Yogyakarta. Es el caso del colectivo intersexual, cuya discriminación no se produce ni en base a su orientación sexual ni a su identidad de género, sino a su condición física diversa; o de las personas cuyo estigma se debe a su expresión de género.

El análisis exhaustivo de los 29 principios también pone de manifiesto la ausencia de dos derechos tradicionalmente reivindicados por el Movimiento: el derecho a una vida sexual plena y el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo. La razón por la que el grupo de especialistas decidió mantener estas cuestiones al margen de la redacción del documento radica en el hecho de que los mismos no son derechos internacionalmente

³ Según la Declaración de Yogyakarta, «La orientación sexual se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas».

⁴ Según la Declaración de Yogyakarta, «La identidad de género se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento 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».

reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por lo que su reivindicación iría en contra del sentido fundamental de los Principios y haría perder credibilidad al documento⁵.

En el año 2017 con el ánimo de resolver estas críticas y en el entendimiento de que una revisión regular de los Principios debe ser llevada a cabo para garantizar su ajuste a la legislación internacional de los derechos humanos en cada momento histórico, se elaboró una extensión de los Principios, conocida como *Yogyakarta+10*. En esta extensión se introducen nuevas definiciones relevantes para la Comunidad LGBTI internacional como «expresión de género» y «características sexuales», reconociéndolos como causas de discriminación como lo son la orientación sexual y la identidad de género.

Del mismo modo, se incluyen 10 nuevos Principios que versan sobre el derecho a la protección del Estado, al reconocimiento legal, a la integridad corporal y mental, a la libertad contra la criminalización y sanción en función de la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género o las características sexuales, a la protección frente a la pobreza, a la sanidad, al disfrute de los derechos humanos en relación con las tecnologías de información y comunicación, a la verdad, y a la práctica, protección, preservación y recuperación de la diversidad cultural. Se incluyen también una serie de obligaciones estatales respecto de los Principios de 2007, así como unas recomendaciones de carácter general para el resto de los actores.

Sin lugar a dudas, los Principios de Yogyakarta y Yogyakarta+10 han sido los instrumentos de *soft law* más exitosos en la lucha de la Comunidad LGBTI internacional hasta el momento. No solo han conseguido transformar la sociedad civil a través del activismo de las ONGs y otros actores no estatales, sino que también han conseguido incluir su contenido jurídico en la realidad de diferentes sujetos internacionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Consejo de Europa, parlamentos

⁵ En este sentido, algunos autores como BROWN, D., «Making room for sexual orientation and gender identity in International Human Rights Law: an introduction to the Yogyakarta Principles», *Michigan Journal of International Law*, Vol. 31-4, p. 834, señalan que hay Principios recogidos en Yogyakarta que exceden dicha limitación. En concreto, el autor se refiere al Principio 24 (*El derecho a formar una familia*), por el cual se exige a los Estados que proporcionen los mecanismos necesarios para asegurar este derecho. Sin embargo, en una lectura menos jurídica del Principio, el propio autor considera que su función es más inspiradora que codificadora al pretender un objetivo mucho más a largo plazo: la reformulación de la idea tradicional de la familia y la creación de nuevos estándares normativos y referentes sociales.

nacionales de Estados como Argentina, Canadá o México, y diferentes agencias de la ONU.

Pero, sobre todo, el logro más destacable es que han sido capaces de atribuir un lugar muy importante a los derechos humanos de las personas LGBTI dentro de la escena internacional. Así, estos derechos han pasado a formar parte de la agenda internacional y se han convertido en foco de actuación muy relevante dentro de organizaciones como las Naciones Unidas o la Unión Europea.

2. LA DECLARACIÓN CONTRA LA HOMOFOBIA Y LA DISCRIMINACIÓN BASADA EN LA ORIENTACIÓN SEXUAL

La siguiente victoria del movimiento LGBTI se produjo, esta vez, directamente en el seno de las Naciones Unidas. En diciembre de 2008, con motivo del 60º aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos, una coalición 66 países integrantes de la ONU apoyaron en la Asamblea General de la ONU la *Declaración contra la homofobia y la discriminación basada en la orientación sexual*⁶.

El objetivo de esta Declaración Conjunta fue el de reafirmar la idea de que los derechos humanos deben ser aplicados a todas las personas, sin ningún tipo de distinción por razón de orientación sexual o identidad de género. De este modo, se abordó por primera vez en la historia de las Naciones Unidas, por iniciativa de los propios Estados miembros, la cuestión de las violaciones de los derechos del Colectivo LGBTI. Este acontecimiento tuvo una fuerte oposición, procedente de un conjunto organizado de Estados liderado por Siria e integrado, fundamentalmente, por países miembros de la Organización de la Conferencia Islámica, además de la Santa Sede. Este grupo elaboró una declaración en contrario en la que se manifestó la preocupación de los Estados de colocar los «intereses y comportamientos sexuales» por delante de las «verdaderas razones de discriminación» y se utilizaron evidencias científicas falsas para justificar la homofobia de sus argumentos. El nivel de apoyo recibido por esta Declaración fue menor a la primera.

⁶ Actualmente son 96 de los 193 miembros de la ONU quienes apoyan la Declaración. Texto disponible en <http://arc-international.net/global-advocacy/sogi-statements/2008-joint-statement/>.

Si bien es cierto que la Declaración contra la homofobia y la discriminación basada en la orientación sexual no es vinculante, tiene especial relevancia no solo por abrir oficialmente el debate dentro de la ONU, sino por contar con el apoyo de representantes estatales de todos los continentes, universalizando la cuestión. En el texto de la Declaración se condena la violencia, el acoso, la discriminación, la exclusión, la estigmatización contra las personas LGBTI basándose en su orientación sexual e identidad de género, así como las prácticas inhumanas como homicidios y ejecuciones, tortura o privación de derechos.

La Declaración cuenta con dos importantes antecedentes que permitieron que los esfuerzos previos de la ONU en materia de derechos LGBTI se materializasen en esta Declaración de diciembre de 2008. Estos antecedentes son, por un lado, el *Dictamen Toonen c. Australia* del Comité de Derechos Humanos de 1994⁷ y, por otro, la *Declaración sobre la protección de los derechos humanos a la identidad de género y la orientación sexual* de la Organización de Estados Americanos (OEA) de 2008⁸.

El caso Toonen c. Australia hace referencia a la denuncia planteada por un ciudadano australiano ante el Comité de Derechos Humanos en abril de 1994 para impugnar dos disposiciones del Código Penal de Tasmania en las que se criminalizaban las relaciones homosexuales y que facultaban a la policía a llevar a cabo injerencias en la vida privada de las personas y proceder a su detención. Toonen manifestó que, al verse sometido a una situación de este tipo, Australia había violado sus derechos a la no discriminación, a la vida privada y la igualdad ante la ley, recogidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁹. Si bien el Comité únicamente se refirió a los derechos correspondientes a los artículos 2 y 17, este falló en favor del ciudadano australiano considerando que la mera existencia de disposiciones penales que amparen la intromisión

⁷ Nicholas Toonen v. Australia, Comunicación No. 488/1992, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (1994).

⁸ AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08) sobre «Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género» por parte de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos durante su 38a sesión el 3 de junio de 2008.

⁹ Artículos 2, 17 y 26, respectivamente.

de las autoridades en las vidas de las personas LGBTI violan sus derechos y van en contra de las obligaciones adquiridas por el Estado australiano en virtud del Pacto¹⁰.

Por otro lado, la Declaración emitida por la Organización de Estados Americanos tuvo especial relevancia para dar impulso a la que se pronunciaría en el seno de la Asamblea General en diciembre de 2008. La Declaración respondía a una tradición de reivindicación y denuncia de los Relatores Especiales de la ONU procedentes de América Latina sobre los derechos humanos y, en concreto y aun cuando no existían mecanismos concretos para ello, de los derechos del Colectivo LGBTI. La Declaración de la OEA fue aprobada por unanimidad por los 34 países de la Organización, quienes reivindicaban que la protección de los derechos humanos también se extiende a las violaciones motivadas por razones de orientación sexual e identidad de género¹¹.

La Declaración de Naciones Unidas fue uno de los avances más importantes gracias a los cuales se pudo introducir definitivamente la cuestión de la orientación sexual y la identidad de género en el seno de las Naciones Unidas. Después de 2008, los organismos especializados de protección de Derechos Humanos de la ONU comenzaron a defender más activamente los derechos del Colectivo LGBTI, y la agenda política de las Naciones Unidas se abrió a las reivindicaciones del mismo, encontrando su lugar en iniciativas tan importantes como la Agenda 2030.

3. EL COLECTIVO LGBTI Y LA AGENDA 2030. APLICACIÓN DE LOS ODS

En la Resolución adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2015¹² se aprobó un documento final en el que se concretaban las características de la *Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Los objetivos de este mecanismo de transformación mundial consisten, entre otros, en favorecer la paz universal y la libertad, eliminar la pobreza en todas sus formas y cumplir con los

¹⁰ *Toonen v. Australia*, Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia, Ministerio público de la defensa, Argentina, 1994.

¹¹ Esto fue lo que hizo que, a pesar de tratarse de una iniciativa francesa, la Declaración de la ONU de diciembre de 2008 contase con un apoyo fundamental de los países latinoamericanos y fuese pronunciada en la Asamblea General por el embajador de Argentina Jorge Arguello.

¹² A/RES/70/1.

Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) que a fecha de septiembre de 2015 no se habían cumplido.

Si bien es cierto que a lo largo del texto no se menciona en ningún momento a la comunidad de personas que integran el Colectivo LGBTI, su lectura lleva a reflexionar sobre ellas ya desde el Preámbulo de dicha Resolución al exponer que

«Se pretende hacer realidad los derechos humanos de todas las personas y alcanzar la igualdad entre los géneros (...) velar por que todos los seres humanos puedan realizar su potencial con dignidad e igualdad y en un medio ambiente saludable¹³.»

Este razonamiento, lejos de ser una interpretación personal, encuentra su justificación en una Resolución previa del Consejo de Derechos Humanos del mismo año, en la que se hace referencia a la discriminación y violencia que sufren determinadas personas por su orientación sexual y su identidad de género¹⁴.

En el mencionado informe, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos pone de manifiesto la existencia de *cientos de víctimas mortales y miles de heridos* [pertenecientes al Colectivo] *en ataques brutales y violentos (...) tortura, detención arbitraria, negación de los derechos de reunión y expresión y discriminación en la atención sanitaria, la educación, el empleo y la vivienda*. Esta reafirmación de la grave situación de las personas LGBTI o percibidas como tales entra en conflicto directo con los fines de la Agenda 2030, ya que la existencia de tales violaciones es incompatible con los objetivos de conseguir sociedades pacíficas, justas e inclusivas libres de violencia y del disfrute por parte de todos los seres humanos de una vida próspera y plena.

Incluso en el ámbito concreto de la lucha contra la pobreza (uno de los pilares fundamentales de la Agenda 2030) las personas LGBTI juegan un papel fundamental como colectivo afectado ya que, al ver limitado su acceso a la educación, la vivienda, la salud o el trabajo, se ven condenadas a situaciones de desigualdad que no les permiten alcanzar los estándares mínimos de acceso al disfrute de una vida digna.

¹³ Resolución 70/1 de la Asamblea General «Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible» A/RES/70/1 (25 de septiembre de 2015), disponible en: https://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/ares70d1_es.pdf.

¹⁴ Resolución 29/23 del Consejo de Derechos Humanos «Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género» A/HRC/29/23 (4 de mayo de 2015), disponible en <https://search.ohchr.org/results.aspx?k=29%2F24>.

Hay que subrayar también que, en 2016, el entonces Secretario General de la ONU, Ban Ki-moon, reconoció el desconocimiento con el que empezó su mandato en 2007 respecto a los desafíos que la sociedad LGBTI enfrenta. Sin embargo, el trabajo en favor de los derechos de la Comunidad LGBTI se convirtió, según él, en una urgencia internacional muy importante¹⁵.

Todas estas razones, unidas a las continuas denuncias que reciben los *mecanismos de derechos humanos* de las Naciones Unidas por actos violentos homófobos y transfobos, tanto físicos como psicológicos, así como la violencia sufrida dentro de la familia y la comunidad, las desigualdades de género y la persistente impunidad de estos actos violentos cometidos en todo el mundo, nos obligan a arrojar un enfoque específico de la Agenda 2030 sobre la situación del Colectivo LGBTI.

Siguiendo el discurso del antiguo Secretario General, es totalmente imposible que la transformación del mundo que propone la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible triunfe sin tener en cuenta a la Comunidad en cuestión. A su vez, dicha Comunidad, al carecer de un mecanismo especializado de derechos humanos a nivel internacional que la ampare, encuentra en la iniciativa cuya filosofía es la de «no dejar a nadie atrás» una oportunidad magnífica para apoyar su lucha ver cómo se materializa el progreso de su situación.

Más allá del enfoque LGBTI que debe darse de manera transversal a los 17 objetivos y 169 metas de la Agenda 2030, cabe destacar cómo determinados ODS afectan directamente a la identificación de desafíos y necesidades específicas de la Comunidad LGBTI. El *Grupo de Trabajo* «Inclusión LGBTI en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible» creado para la Conferencia mundial sobre derechos humanos de las personas LGBTI realizada en Montevideo de 13 al 15 de julio de 2016 y organizada conjuntamente por Uruguay y Países Bajos, llevó a cabo un estudio en el que se pusieron de manifiesto consideraciones específicas sobre la relación entre cada ODS y la Comunidad LGBTI¹⁶.

¹⁵ Disponible en <https://www.un.org/sustainabledevelopment/blog/2016/09/ban-calls-for-efforts-to-secure-equal-rights-for-lgbt-community/> (última consulta el 18 de marzo de 2019).

¹⁶ Nota conceptual con recomendaciones del Grupo de Trabajo «Inclusión LGBTI en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible» de la Conferencia de Montevideo de 2016. Disponible en: <https://lgbtimontevideo2016.elis.biz/admin/files/lgbtimontevideo2016/upload/files/DDHH%20LGBTI%20GT%20II%20INCLUSION%20EN%20AGENDA%202030%20nota%20conceptual%20con%20recomendaciones%20en%20espa%C3%B1ol.pdf>.

Esta Conferencia, la cuarta de la historia, fue la primera en poder considerar la Agenda 2030 como mecanismo de lucha contra la discriminación del Colectivo a nivel mundial, lo cual reafirma la idea de que los ODS son de gran utilidad para hacer efectiva la realidad de una sociedad más justa e igualitaria.

El Grupo de Trabajo de la Conferencia realizó una clasificación por bloques temáticos para estudiar el impacto de los ODS y propuso determinadas iniciativas a poner en marcha para que los gobiernos puedan garantizar los derechos y libertades fundamentales de las personas de la Comunidad.

Así, en primer lugar, el mencionado Grupo elaboró un estudio sobre el *bienestar económico de las personas del Colectivo*, con incidencia en el empleo, las condiciones de trabajo y el rol del sector privado. La inserción en el mercado laboral de las personas LGBTI está caracterizada por grandes dificultades (sobre todo, el acceso a puestos para los que se requiere una alta cualificación), debido a las situaciones de discriminación y violencia que sufren desde edades muy tempranas y les aducen a abandonar su formación educativa. Las habituales situaciones de desempleo o trabajo informal se traducen en unos niveles de bienestar muy por debajo de los de los demás sectores de población y en situaciones de vulnerabilidad que les ubican, en muchos casos, dentro de los niveles de pobreza. Además, la gravedad de esta situación se prolonga en el tiempo al afectar al acceso de estas personas a prestaciones vinculadas al sistema formal de empleo, como pensiones o coberturas en salud.

En este ámbito tiene especial relevancia el ODS 1 (*Poner fin a la pobreza en todas sus formas en todo el mundo*), el ODS 4 (*Garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos*), el ODS 8 (*Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos*) y el ODS 10 (*Reducir la desigualdad en y entre los países*).

El segundo foco se centra en el *ámbito de la salud*. Se trata de un ámbito de la vida cotidiana en el que las situaciones de discriminación y exclusión tienen un impacto más fuerte debido a la incapacidad de los sistemas de dar respuesta a las necesidades de la Comunidad LGBTI. El desconocimiento de dichas necesidades y la falta de sensibilización del personal sanitario y las limitaciones en el acceso a los servicios de salud tiene consecuencias devastadoras que afectan al correcto desarrollo biológico de las

personas del Colectivo o de las percibidas como tal. El Grupo de Trabajo pone de ejemplo la negación de los servicios ginecológicos a las mujeres transexuales, lo que irremediablemente conlleva al deterioro de su salud. Otro ejemplo lo constituye la lucha contra el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH/SIDA), gracias a la cual se han llevado a cabo muchos avances en materia de prevención dentro de los colectivos más vulnerables. Esto ha significado, por un lado, un enorme avance para toda la sociedad y, por otro, la estigmatización de las personas LGBTI al llevarse a cabo desde un punto de vista sesgado. Por esta razón, más allá de los avances que se han podido realizar en esta materia, es necesario modificar su enfoque para reducir la discriminación del Colectivo.

Los ODS que tienen un papel fundamental en este ámbito son el ODS 3 (*Garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades*) y el ODS 4 (*Garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos*).

En tercer lugar y volviendo a poner sobre la mesa el ODS 4, las propuestas van en la línea de la transformación del *sistema educativo* en uno más inclusivo, partiendo de la base de la indudable importancia de la educación como vehículo para que las ideas de una sociedad más justa e igualitaria se conviertan en hechos reales.

La adquisición de construcciones sociales discriminatorias como los estereotipos de género y la intolerancia hacia la diversidad no son más que conductas aprendidas en etapas muy tempranas que se van interiorizando a lo largo del desarrollo de la persona. Estas construcciones motivan los casos de acoso y violencia dentro del ámbito educativo, y el consiguiente abandono de la educación formal de jóvenes LGBTI de todas las edades.

Por esa razón, los sistemas educativos juegan un doble papel fundamental en este ámbito: tienen tanto la obligación de eliminar estos esquemas reduccionistas de sus programas de estudio, como la responsabilidad de proporcionar la formación necesaria para cultivar el respeto y la tolerancia y acoger y dar respuesta a los casos más críticos. Es necesario, por tanto, reforzar el papel de las instituciones educativas como garantes de los Derechos Humanos dentro de las sociedades actuales.

El cuarto bloque del estudio atiende a la prevención y respuesta de las instituciones y de la sociedad ante la situación extendida de *discriminación y violencia* contra la Comunidad LGBTI. No es posible evolucionar hacia una mejora de la situación de las personas LGBTI sin la adaptación de los mecanismos gubernamentales para la denuncia

y protección de dicho colectivo. La falta de canales de denuncia motiva, por un lado, el miedo a denunciar casos de violación de derechos humanos del Colectivo, y por otro, la sensación de impunidad a la hora de cometerlos al contar con el consentimiento implícito de las estructuras legislativas y de Gobierno.

Del mismo modo, las modificaciones deben producirse no solo dando acceso a mecanismos de denuncia y penalizando los comportamientos violentos. Las administraciones también son responsables de la violencia institucional que se produce desde las etapas más tempranas de la vida de las personas del Colectivo. Es el caso de, por ejemplo, las personas intersexuales en España, donde las familias tienen la obligación de inscribir a un recién nacido en el Registro Civil bajo el sexo masculino o femenino en un plazo de 72 horas¹⁷. La problemática consiste en la toma de una decisión sin ni siquiera haber recibido una información adecuada o suficiente al respecto, que condicionará completamente la vida del bebé, desencadenando así una serie de operaciones quirúrgicas que, en la mayoría de los casos, afectarán al correcto desarrollo mental de la persona¹⁸.

Para la lucha en favor de la inclusión social y la respuesta ante la discriminación tienen relevancia el ODS 5 (*Lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y niñas*), el ODS 11 (*Lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles*) y el ODS 16 (*Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles*).

Por último, el Grupo de Trabajo hace referencia a la necesidad de evaluación de todos los informes que se realicen en la materia y a la importancia de la asociación mundial para fomentar la cooperación y la comunicación sobre la implementación y seguimiento de todas las medidas puestas en marcha. Para ello, resalta el ODS 17 (*Fortalecer los medios de ejecución y revitalizar la Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible*).

Es importante remarcar la importancia que tienen en relación con el Colectivo LGBTI el resto de ODS no mencionados, los cuales a pesar de no contar con un enfoque directo aplicable a las personas LGBTI tienen una utilidad fundamental para paliar las situaciones

¹⁷ Art 49.1, *BOE* núm. 175 de 22 de julio de 2011.

¹⁸ AYUSO, B.: «Soy intersexual, no hermafrodita», *El País*, 17 de septiembre de 2016.

de discriminación. En tanto que seres humanos de pleno derecho, estas personas se ven favorecidas por el resto de ODS tanto en cuestiones de garantías mínimas (como a las que se refiere el ODS 2, *Hambre cero*, el ODS 6, *Agua limpia y saneamiento*, o el ODS 7, *Energía asequible y no contaminante*) como, a medida que el progreso se va produciendo, en materias más complejas (con el ODS 9, *Industria, innovación e infraestructura*, el ODS 12, *Producción y consumo responsables*, el ODS 13, *Acción por el clima*, el ODS 14, *Vida submarina*, o el ODS 15, *Vida de ecosistemas terrestres*).

4. ACCIONES ESPECÍFICAS Y MEDIDAS PRÁCTICAS DE LA ONU

A. Experto independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género

Una de las primeras medidas puestas en marcha dentro del marco de la ONU ha sido el nombramiento en 2016 de un *Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género*¹⁹ como *Procedimiento Especial* del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

La creación de esta figura desde el Consejo de Derechos Humanos tiene especial relevancia ya que supone la primera institucionalización oficial de la cuestión de la protección de los derechos del Colectivo, a pesar de los 18 votos en contra (la mayoría de ellos procedente de los continentes africano y asiático) y las 6 abstenciones de países miembros. Además, este acontecimiento concuerda con la dinámica de la Agenda 2030 y su objetivo de «no dejar nadie atrás»²⁰, lo cual refuerza su importancia en el contexto de las Naciones Unidas y su lucha por los derechos humanos.

El mandato de este Experto es, a grandes rasgos, el de monitorizar los niveles de violencia y discriminación a nivel global de la población LGBTI y el de elaborar informes

¹⁹ Resolución 32/2 del Consejo de Derechos Humanos «Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género» A/HRC/RES/32/2 (15 de julio de 2016), disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/154/18/pdf/G1615418.pdf?OpenElement>.

²⁰ Ya desde el primer informe elaborado por el Experto Independiente para el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se menciona la gran oportunidad que suponen los ODS y los informes generados por los Estados para la defensa y la protección de los derechos del Colectivo.

sobre la situación de esta. Es su responsabilidad evaluar los instrumentos internacionales vigentes de derechos humanos relacionados con la cuestión, así como llevar a cabo medidas de concienciación global sobre la violencia y discriminación que sufren estas personas. También mantiene contacto con los Estados miembros y organismos de la ONU, realizando consultas y promoviendo la cooperación con ellos para aplicar medidas que contribuyan a la protección de los derechos del Colectivo, haciendo frente a la violencia que sufre y facilitando vías de asesoramiento, asistencia y cooperación internacional en apoyo de los Estados en la lucha a nivel nacional contra la violencia y discriminación de las personas por motivos de orientación sexual o identidad de género.

El establecimiento de este Experto Independiente facilita la consecución de los ODS en lo relativo a la mejora de la situación de las personas que sufren discriminación y violencia por su orientación sexual o identidad de género, tanto quienes pertenecen al Colectivo como quienes son percibidos como parte de este. Así lo denuncia Vitit Muntarbhorn, primer Experto Independiente en la materia, en su Declaración en Bangkok el 30 de noviembre de 2016 en la Conferencia mundial de la Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transexuales e Intersex (ILGA)²¹. En dicho discurso, se pone de manifiesto que la discriminación y violencia contra el Colectivo se está extendiendo hacia las personas que defienden y luchan por los derechos de esta Comunidad, lo cual hace más urgente la necesidad de avances en la materia.

Vitit Muntarbhorn presentó en dicha Conferencia los cinco ejes sobre los que trabajar durante su mandato de tres años, comenzado el 1 de noviembre de 2016: descriminalización, despatologización, reconocimiento, inclusión de género diverso y empatización²². Estos ejes fueron ampliados y concretados en su primer Informe para el Comité de Derechos Humanos. Desde una perspectiva general, el Experto Independiente se refirió a la *derogación de leyes* que criminalicen las relaciones sexuales consentidas entre personas del mismo sexo y aquellas que criminalicen a las personas transexuales en base a su apariencia; a la *reforma de la categorización de las personas LGBTI* como enfermas físicas o mentales y a la erradicación de las terapias de conversión y aversión que tienen como objetivo transformar la orientación sexual y la identidad de género de

²¹ Disponible en <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=20954&LangID=S>

²² Discurso completo disponible en <https://bangkok.ohchr.org/news/press/VititFullStatement.aspx>

las personas de esta Comunidad; al *reconocimiento oficial de la identidad de género* en documentos oficiales y en el conjunto de la Administración, más allá del genérico masculino/femenino basado en las características biológicas con las que nacen las personas y sin necesidad de someterse a procesos quirúrgicos dañinos e invasivos; al *trabajo conjunto* con líderes religiosos, políticos, representantes de la comunidad general y de la opinión pública para abogar por el respeto al Colectivo y la protección de sus derechos; a la *creación y mejora de las vías por las que las personas LGBTI puedan asociarse y participar plenamente de la sociedad y la familia*; y a la *promoción de una educación* y unos procesos sociales basados en una percepción no binaria de la identidad de género para poder prevenir la discriminación y el acoso escolar desde edades tempranas, trabajando de forma conjunta con profesores, familias, comunidades y la propia infancia.

Hasta el presente, el Experto Independiente ha presentado cuatro informes, dos dirigidos a la Asamblea General y otros dos al Consejo de Derechos humanos, los cuales van a ser analizados a continuación.

En su Primer Informe de abril 2017²³, el Experto Independiente subraya que:

«Si bien debe reconocerse la diversidad de los seres humanos por motivos de orientación sexual e identidad de género (“la diversidad en la humanidad”), es esencial integrar y reforzar, desde una edad temprana, el respeto mutuo, la tolerancia y la comprensión, el respeto de los derechos humanos, y un sentido de humanidad e inclusividad inherentes a esa diversidad (“la humanidad en la diversidad”))».

A continuación, el Experto se centra, sobre todo, en poner de relieve la situación de discriminación y violencia que sufre el Colectivo, denunciando todas las prácticas que

²³ Resolución 35/36 del Consejo de Derechos Humanos «Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género» A/HRC/35/36 (19 de abril de 2017), disponible en file:///C:/Users/usuario/OneDrive/USC/TFM/CAPÍTULO%201/PROPUESTA/INFORMES%20EI/G1709558.pdf

atentan contra sus derechos humanos con un carácter general en mundo extremadamente heterogéneo²⁴.

A pesar de no encontrarse en este informe medidas concretas de aplicación directa para la protección del Colectivo LGBTI (tan solo recomendaciones), se describe el plan de trabajo a seguir por el Experto Independiente y su equipo. Este plan de trabajo, cuyos puntos de acción ya fueron adelantados en la conferencia mundial de Bangkok anteriormente mencionada, se presenta como un método efectivo para combatir un *fenómeno local y mundial que abarca el hogar, el sistema educativo, las relaciones comunitarias, los entornos sociales y el contexto internacional*. Las cuestiones fundamentales sometidas a un proceso de exámenes y que serán abordadas durante el mandato son las siguientes:

1. *Despenalización de las relaciones consentidas entre personas del mismo sexo*: tenida cuenta de la tipificación de delitos que existe en al menos 70 países (para las relaciones homosexuales entre hombres) y 40 países (para las relaciones homosexuales entre mujeres) a través de leyes o reglamentos penales (tanto nacionales como locales) que prevén castigos tales como la pena de muerte, entre otros.

2. *Medidas específicas de lucha contra la discriminación*: adaptadas al carácter interseccional de dicho fenómeno y a las especificidades de los diferentes grupos humanos del Colectivo.

3. *Reconocimiento jurídico de la identidad de género*: dado que en los entornos en los que este reconocimiento no se otorga, se documentan muchos más casos de violencia y discriminación²⁵.

4. *Eliminación de la estigmatización vinculada a la eliminación de la patologización*: dada la situación de especial vulnerabilidad en el plano internacional de

²⁴ Durante el primer período del mandato del Experto tuvo lugar una consulta pública que facilitó el diálogo abierto y constructivo con gobiernos, ONGs, organizaciones internacionales y otros actores con relevancia en el campo de estudio. La más importante de ellas tuvo lugar en Ginebra en enero de 2017 y tuvo como objetivo la definición de las esferas de trabajo prioritarias para el mandato del Experto Independiente.

²⁵ El referente actual en esta materia lo marcan países como Argentina, Australia, Malta y los países escandinavos, permitiendo a través de la legislación nacional el reconocimiento de género sin necesidad de intervenciones quirúrgicas u otros procedimientos médicos conexos y reduciendo las trabas administrativas.

las personas transgénero e intersexuales que aún figuran en la Clasificación Internacional de Enfermedades²⁶.

5. *Inclusión sociocultural*: para luchar contra la marginación del Colectivo y su inevitable entrada en un círculo vicioso que acarrea otros problemas graves²⁷ con el apoyo de dirigentes de las esferas sociales, culturales, políticas y religiosas de los Estados.

6. *Promoción de la educación y la empatía*: considerando la educación como base para la sensibilización y comprensión de la sociedad hacia la realidad de esta Comunidad, eliminando sesgos, prejuicios y fobias desde la infancia y promoviendo una mentalidad abierta y de respeto a la diversidad biológica de los seres humanos.

El Experto Independiente subraya también en el presente informe el hecho de que su misión no es la de trabajar para el reconocimiento de nuevos derechos del Colectivo, sino para el cumplimiento de los tratados internacionales fundamentales en materia de derechos humanos²⁸ ya existentes y de los que se ha excluido a las personas LGBTI. Al mismo tiempo, destaca la importancia de atajar la discriminación desde etapas tempranas, es decir, en el hogar y la escuela (ya que es en la infancia donde comienzan a darse las primeras situaciones de violación de derechos). Además, es necesario entender la violencia como un fenómeno que está interrelacionado con otras formas de odio, como las motivadas por la raza, el origen étnico, la edad, el género, la pertenencia a una minoría o comunidad étnica, la calidad de refugiado o migrante o por otros factores. Por esta razón, es fundamental una cooperación interseccional e intersectorial dentro de la ONU para asegurar el apoyo efectivo a las iniciativas nacionales²⁹.

²⁶ La Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE) elaborada por la OMS y actualizada por última vez en 2018 para su entrada en vigor en 2022 (CIE-11) y sustitución de la anterior, vigente desde 1990 (año en el que la homosexualidad fue excluida de la lista), recalifica la transexualidad como una *condición relativa a la salud* y una *incongruencia de género*, dejando de ser considerada un *trastorno mental*. A pesar de que el mayor logro sería el de la despatologización total, este hecho es considerado como un paso adelante contra la estigmatización de las personas transexuales.

²⁷ Ver *supra* El Colectivo LGBTI y la Agenda 2030. La aplicación de los ODS.

²⁸ Que a su vez se apoyan sobre el conjunto del Derecho Internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

²⁹ La vinculación de los organismos de las Naciones Unidas en materia de protección de derechos del Colectivo LGBTI se materializó antes de la creación de la figura del Experto Independiente en una declaración conjunta de 12 entidades de la organización que respaldaron en 2005 la necesidad de una cooperación conjunta para prevenir y superar la discriminación y violencia por motivos de orientación

El Segundo Informe del Experto Independiente de julio de 2017³⁰ hace referencia, por un lado, al análisis de la evolución del Derecho y la práctica de los derechos humanos en los planos internacional y nacional, y, por otro lado, al estudio de dos de los pilares del plan de trabajo presentados en el anterior informe (la despenalización de las relaciones sexuales consentidas entre personas del mismo sexo y de la identidad y expresión de género y las medidas eficaces de lucha contra la discriminación).

Este informe, titulado «Acepta la diversidad e impulsa a la humanidad», resalta la importancia del derecho fundamental de todo ser humano a no sufrir discriminación consagrado tanto en la Declaración Universal de Derechos Humanos como en otros tratados del mismo ámbito.

Gracias a la labor de contacto con diferentes miembros de la Comunidad Internacional realizada por el equipo del Experto Independiente, se han podido recoger diferentes prácticas llevadas a cabo por los Estados que muestran la correcta evolución del Derecho en materia de respeto y defensa al Colectivo. Entre las medidas más destacables se encuentran las siguientes:

- Promulgación de una ley por el Parlamento de Canadá para ampliar la protección de los derechos humanos de las personas transgénero;
- Reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo en Alemania y la provincia china de Taiwán;

sexual e identidad de género. Estas entidades fueron la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), el Programa Mundial de Alimentos (PMA), la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU-Mujeres), la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), la Organización Mundial de la Salud (OMS), el Banco Mundial y el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA).

³⁰ Informe del Experto Independiente «Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género» A/72/172 (19 de julio de 2017), disponible en <https://undocs.org/es/A/72/172>.

- Publicación de unas directrices del Ministerio de Agua Potable y Saneamiento en India para que las personas transgéneros puedan utilizar los sanitarios comunitarios o públicos de su elección;

- Introducción de un nuevo plan de estudios en Perú en el que se establece la obligatoriedad de la enseñanza sobre los derechos sexuales y reproductivos, el aborto, la orientación sexual y la identidad de género;

- Actualización de la política de prevención del acoso en Japón para proteger expresamente a los estudiantes que forman parte de minorías sexuales y de género;

- Prohibición de terapias de conversión en la provincia china de Taiwán y en dos Estados de Estados Unidos.

Además, otros actores internacionales regionales como el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* o el *Sistema Interamericano* han tomado parte de este estudio para mostrar ciertos avances. El primero, con la determinación de que exigir la esterilización forzada para el reconocimiento de la identidad de género contraviene tanto los derechos humanos como el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. El segundo, con el nombramiento de un Relator regional para la materia concreta de la Comunidad LGBTI. Por su parte, la *Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*, emitió una resolución³¹ con la que buscaba elevar las voces de las personas que sufren violencia por cuestiones de orientación sexual o identidad de género.

Respecto a la despenalización de las relaciones sexuales consentidas entre personas del mismo sexo y de la identidad y expresión de género, el Informe pone de manifiesto que existe una tendencia general hacia ella (en los últimos 20 años, 25 países a lo largo del globo han adoptado medidas de despenalización). Sin embargo, aún existe este fenómeno en más de 70 países del mundo en el caso de los hombres y en al menos 40 en el caso de las mujeres. En algunos casos, se lleva a cabo la aplicación de la pena de muerte, que viola el derecho a la vida. En este sentido, a pesar de las medidas constructivas que algunos países han adoptado (lo cual no quiere decir que se hayan

³¹ Resolución 275 titulada «Protección contra la violencia y otras violaciones de los derechos humanos contra las personas por razón de su orientación sexual o identidad de género real o presunta».

despenalizado las relaciones en su totalidad³²), seguimos encontrando Estados como *Brunéi* en los que recientemente han entrado en vigor nuevas legislaciones que contemplan la pena de muerte o la amputación de miembros para personas que mantienen relaciones homosexuales dentro del país³³. Además, en 33 países africanos se tipifica como delito las relaciones entre personas del mismo sexo, lo cual pone de manifiesto que los cambios en este ámbito son urgentemente necesarios.

En cuanto a la transversalidad del pleno disfrute de los derechos humanos de las personas LGBTI, el Informe destaca los avances positivos en materia de lucha contra la discriminación. Este progreso se manifiesta de diferentes maneras: por un lado, hay países que han integrado directamente en sus constituciones la protección contra personas que sufren violencia y discriminación por su orientación sexual e identidad de género, como ocurrió en Sudáfrica o en Ecuador; mientras que otros adoptan leyes generales sobre la no discriminación, como ha ocurrido en Tailandia a través de la Ley sobre la Igualdad de Género. En algunos casos como el español, según la Comunicación presentada por España al Experto Independiente, las leyes para la no discriminación se han integrado a nivel regional.

Como ocurre en el ámbito de la despenalización, a pesar de los avances logrados siguen existiendo conductas que requieren una modificación urgente, ya que por ejemplo menos de la mitad de los países que ofrecen protección jurídica contra la discriminación incluyen explícitamente a las personas transgénero.

El Tercer Informe sería presentado por un nuevo Experto Independiente, Víctor Madrigal-Borloz. En dicho Informe se lleva a cabo un examen de la relación que existe entre los discursos de odio y los delitos motivados por prejuicios hacia el Colectivo LGBTI. Además, se presentan una serie de ejemplos positivos sobre medidas adoptadas por los Estados ya dentro del mandato del Experto Independiente durante el primer

³² En algunos casos, como en diversos países africanos, simplemente se han dejado de considerar las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo como prácticas de sodomía, pero siguen estando castigadas por su Código Penal.

³³ GRAY, D.: «Entra en vigor en Brunéi la ley que castiga la homosexualidad y el adulterio con la pena de muerte». *Europapress*. Disponible en: <https://www.europapress.es/internacional/noticia-entra-vigor-brunei-ley-castiga-homosexualidad-adulterio-pena-muerte-20190403175109.html> (última consulta 7 de abril de 2019).

cuatrimestre de 2018. Entre estas medidas, cuyo objetivo es el de hacer frente a la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, se incluyen iniciativas para reconocer la responsabilidad como elemento esencial en el establecimiento de la verdad histórica, el proceso de reparación y la reconstitución del tejido social³⁴.

Con el apoyo del Experto Independiente se adoptaron medidas eficaces contra la discriminación del Colectivo que se han materializado en varios niveles. En primer lugar, en el ámbito mundial, un ejemplo lo constituye la recopilación de principios de conducta para las empresas en materia de lucha contra la discriminación de las personas LGBTI publicada por el ACNUDH, así como diferentes vídeos y hojas informativas centradas en la protección de los jóvenes LGBTI e iniciativas que tratan de destacar la importancia de las personas de la Comunidad en la cultura y la tradición.

En el ámbito regional, la *Comisión Africana de Derechos Humanos* (respetando el marco de la resolución 275 antes mencionada), ha comenzado a tratar temas relacionados con las cuestiones de la orientación sexual y la identidad de género --como las prácticas de violación correctiva o los reconocimientos anales--, poniendo de manifiesto la necesidad de incrementar la protección de las personas que luchan por la defensa de los derechos del Colectivo. La Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), por su parte, adoptó una Resolución para alentar a sus Estados a adoptar medidas contra la discriminación y violencia de la Comunidad. La *Corte Interamericana de Derechos Humanos* emitió una opinión consultiva relativa al reconocimiento jurídico del género y la *Comisión Europea* presentó un segundo informe anual sobre medidas adoptadas para promover la igualdad de las personas LGBTI (dando a conocer diferentes medidas sobre protección jurídica, sistemas de vigilancia o apoyo a los defensores de los derechos humanos).

En el ámbito nacional son muchos los avances producidos. Entre ellos cabe destacar tres ámbitos: el de las políticas públicas y medidas administrativas, el de la reforma

³⁴ Es importante destacar algunas actividades puestas en marcha por el Experto Independiente, como la realización de varias sesiones de trabajo en Ginebra, porque gracias a ellas se consigue prestar servicios de asesoramiento y asistencia técnica a los Estados, así como fomentar la capacidad y cooperación internacional.

legislativa y el del acceso a la justicia. En el primero de ellos, países como Camboya presentaron un plan para la elaboración de nuevos cursos escolares sobre las cuestiones relacionadas con las personas LGBTI y la violencia de género; o como Dinamarca, donde se puso en marcha un *Plan de acción para las personas LGBT* con el objetivo de prevenir la discriminación y asegurar su igualdad de oportunidades. Otros, como Nueva Zelanda, Escocia o Reino Unido llevaron a cabo actos públicos por altos representantes de la sociedad civil en los que se presentaron disculpas al Colectivo por condenas, legislaciones y actos discriminatorios que, a lo largo de su historia, habían atentado y aún atentan contra los derechos de las personas LGBTI. En segundo lugar, en el ámbito de las reformas legislativas, se produjeron anulaciones de condenas injustas con sus respectivas indemnizaciones, como en Alemania, o se adoptaron marcos legislativos en los que la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género se incluían como motivos prohibidos de discriminación, como en Canadá o Filipinas. En Malta, Alemania y Australia se legalizó el matrimonio entre personas del mismo sexo. Por último, en lo referente al acceso a la justicia, muchas sentencias fueron emitidas en favor de personas pertenecientes a la Comunidad LGBTI. En Colombia se permitió que un joven transgénero se inscribiera en el Registro Civil según el género con el que se identificaba, así como en Brasil se estableció que las personas podían tener el nombre que desearan en sus documentos oficiales sin necesidad de someterse a intervenciones quirúrgicas. El Tribunal Superior de Trinidad y Tobago declaró inconstitucionales los artículos de la Ley de Delitos Sexuales que tipificaban como delito las relaciones homosexuales consentidas entre adultos, y en Mozambique se derogó una ley que prohibía la inscripción de las organizaciones LGBT en el registro oficial del país.

En definitiva, este informe celebra, de manera más alentadora que los anteriores, las medidas adoptadas por los Estados para la erradicación de la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género en todos los planos de la justicia y a todos los niveles de la sociedad.

En julio de 2018 el Experto Independiente presentó un Cuarto y último Informe hasta la fecha. Víctor Madrigal-Borloz pone el acento, esta vez, en el vínculo que existe en el reconocimiento de términos relacionados con la identidad dentro de la legislación y en cómo ello influye en la correcta protección de los derechos humanos. Es especialmente

significativo este Informe ya que desde la ONU se muestra un punto de vista muy progresista sobre las identidades de género, el cual consiste en la denuncia del sistema de género binario masculino-femenino actual, haciéndolo responsable de unas ideas preconcebidas que se traducen en la discriminación y la violación de los derechos humanos del Colectivo. Además, este problema concierne otras luchas como la feminista, ya que establece un sistema asimétrico entre el hombre y la mujer en detrimento de ella.

Estos motivos han hecho que los ejes centrales de estudio del presente documento sean, principalmente, los avances conseguidos respecto a la clasificación de las formas de género como patologías y las medidas eficaces en que se materializan estos avances dirigidos a garantizar el respeto a la identidad de género.

A pesar de que la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE) de la OMS ha creado una nueva categoría llamada «incongruencia de género en la adolescencia y la adultez», excluyendo la transexualidad del grupo de trastornos mentales y del comportamiento, el Experto Independiente constata que la patologización de la transexualidad ha sido un factor determinante a la hora de elaborar políticas públicas que han atentado y atentan contra los derechos de las personas transexuales. Por ello, esta reformulación en la CIE busca corregir la situación y facilitar situaciones como el acceso al tratamiento de afirmación de género. Esto supone un gran avance, pero continúa siendo insuficiente ya que el simple hecho de formar parte de dicha clasificación supone un gran obstáculo para el pleno disfrute de los derechos de las personas trans. Es necesario continuar trabajando en este campo y denunciar la situación a pesar de los avances indicados.

Esta lucha por la identidad de género, más allá del componente ético y moral, tiene también un componente de base jurídica reconocida por algunos organismos internacionales regionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que estableció que el derecho de una persona a ser reconocida como persona única y diferenciable del resto está en la base de los derechos individuales. Por tanto, el acceso al reconocimiento de género sin pasar por episodios de discriminación o violación de la privacidad y libertad de expresión es una obligación de los Estados para con sus ciudadanos. El incumplimiento de esta obligación supondría una ruptura de las obligaciones estatales al negar el derecho a la salud o la protección contra la

discriminación, exclusión y acoso en contextos educativos o laborales o el acceso a la vivienda y la seguridad social, entre otros.

Es necesario, por tanto, que se apliquen medidas eficaces para garantizar el respeto de la identidad de género. Afortunadamente, el proceso ya está en marcha.

En esta misma línea, a nivel regional, el *Consejo de Europa* ha declarado innecesario diagnosticar trastornos mentales a personas transexuales como requisito médico para darles acceso al tratamiento de reafirmación de género --posición que posteriormente fue adoptada por el Parlamento Europeo--. El TEDH, por su parte, determinó en abril de 2017 que la esterilización obligatoria para el cambio de género en los documentos oficiales era contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos, lo cual hizo que 6 de los 20 estados que aún aplicaban este requisito dejaran de hacerlo³⁵. Por su parte, la OEA, ha elaborado el conocido como *Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y el Derecho a la Identidad*, que promueve la mejora de las prácticas y normas de los sistemas de registro civil en aras de favorecer la protección de las personas LGBTI contra la discriminación en las instituciones públicas y la Administración.

A nivel nacional es donde se ha tomado el mayor número de medidas. En este sentido, destaca la *República Argentina*, que en 2010 aprobó la *Ley Nacional de Salud Mental* por la que se prohíbe el diagnóstico de trastornos mentales basándose únicamente en la identidad sexual, y en 2012 adoptó un modelo legislativo de reconocimiento de la identidad de género basado en la libre determinación³⁶. Ese mismo año también aprobó una *Ley de Identidad de Género* pionera por medio de la cual se libera a las personas transexuales del sometimiento a tratamientos hormonales, de esterilización y a procesos de divorcio para alcanzar el reconocimiento de su identidad. Previamente a estas leyes, una Sentencia Argentina dictada en 2009 reconoció el derecho del niño a cambiar su identidad de género.

³⁵ Desgraciadamente aún existe más de una decena de países en los que siguen aplicando estas medidas.

³⁶ A quien siguieron otros Estados como Dinamarca en 2014, Colombia, Irlanda y Malta en 2015, Noruega en 2016, Bélgica en 2017 y Austria, Brasil y Pakistán en 2018.

Asimismo, la *República Oriental del Uruguay* aprobó recientemente leyes que autorizan el cambio de nombre y del sexo en documentos oficiales sin necesidad de autorizaciones judiciales.

También cabe destacar a *Australia*, que ha creado el marcador de sexo «X» como alternativa a los marcadores M (masculino) y F (femenino) para referirse al género indeterminado, intersexual o, simplemente, no especificado. Igualmente, *Suecia* ha tomado la iniciativa al ser el primer país del mundo en indemnizar a las personas transexuales que fueron sometidas a esterilizaciones bajo coacción por la grave violación de derechos que supone.

B. Posición de los organismos de derechos humanos de la ONU

En la actualidad no existe ningún organismo específicamente creado para la protección de los derechos humanos de las personas LGBTI dentro del marco de la ONU, ya que tampoco existe ningún tratado que se refiera a dicho Colectivo. Sin embargo, el resto de Comités de la ONU dedicados a la protección de derechos humanos cuentan con cierta práctica a través de la cual han demostrado su interés y responsabilidad para con las personas LGBTI, lo cual trata de combatir el desamparo institucional al que se encuentra sometido el Colectivo.

Tanto la Declaración Universal de la ONU como los posteriores tratados internacionales de Derechos Humanos establecen la obligación de proteger los derechos humanos de las personas LGBTI, por lo que no existe una necesidad de crear nuevos derechos o de concederles derechos especiales. Por este motivo, con el transcurso de los años, el derecho de no discriminación por razón de orientación sexual o identidad de género en el disfrute de todos los derechos humanos se ha convertido en un principio intersectorial para todos los organismos de derechos humanos de la ONU.

En el año 2012, con motivo de la primera Resolución del Consejo de Derechos Humanos (y del conjunto de las Naciones Unidas) sobre orientación sexual e identidad³⁷ se hizo hincapié en la *universalidad, interdependencia, indivisibilidad e interrelación* de

³⁷ CDH, *Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*, Documento A/HRC/RES/17/19, de 14 de julio de 2011.

todos los derechos consagrados en los instrumentos fundamentales internacionales de derechos humanos. La Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos elaboró un estudio³⁸ sobre el modo en que la normativa internacional de derechos humanos puede aplicarse a las violaciones de derechos motivadas por la orientación sexual y la identidad de género.

El estudio titulado *Nacidos libres e iguales* utiliza una perspectiva de análisis universal, pero dirige sus recomendaciones concretamente a los Estados, ya que son los responsables del cumplimiento de las obligaciones adquiridas en virtud de los tratados de derechos humanos. A través de diferentes secciones (organizadas por temática y no por derechos concretos, ya que un mismo acto puede violar varios derechos humanos a la vez), la publicación señala las obligaciones básicas de los Estados respecto de las personas LGBTI y cómo los mecanismos de las Naciones Unidas (tanto organismos creados en virtud de tratados como procedimientos especiales) aplican su jurisdicción para salvaguardar los derechos del Colectivo.

El *Comité de Derechos Humanos* fue el primer órgano intergubernamental de la ONU en celebrar un debate oficial sobre la cuestión de la protección del Colectivo LGBTI. El primer ámbito en el que se ha manifestado el Comité es en el de la *violencia homófoba y transfoba*, generalmente causada por actores no estatales sobre los que el Estado no tiene control. Sin embargo, en la práctica, el Comité ha puesto de manifiesto la responsabilidad de las autoridades para investigar y sancionar esta violencia como modo de preservar el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad manifestados tanto en la Declaración de Universal de Derechos Humanos³⁹ como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁰.

En la línea de la protección contra la violencia, también se han registrado violaciones de los derechos de los refugiados a la hora de las solicitudes de asilo planteadas con

³⁸ HR/PUB/12/06. *Nacidos libres e iguales. Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos*. Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas. Nueva York-Ginebra, 2012.

³⁹ Artículo 3.

⁴⁰ Artículos 6 y 9.

motivo de persecución basada en orientación sexual o identidad de género. La *Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados*, apoyándose en la Convención sobre el Estatuto del Refugiado⁴¹, ha manifestado la necesidad de incluir la orientación sexual y diversidad de género como causas legítimas de huida para favorecer el reconocimiento del estatuto de refugiado⁴². Además, denuncia las violaciones y discriminaciones sufridas por los solicitantes de asilo en las instalaciones de detención o por parte de los propios funcionarios responsables, además del desconocimiento de estos sobre cuestiones LGBTI.

Por su parte, la *Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer* ha denunciado también las prácticas de violencia que sufren las mujeres transexuales por parte de policías o las violaciones que sufren en algunos centros penitenciarios por parte de otros presos, contando incluso con la cooperación de los funcionarios de prisiones⁴³.

Para la protección de las personas LGBTI contra la violencia y las violaciones de sus derechos a la vida, la libertad y la seguridad, el Comité de Derechos Humanos y el ACNUR recomiendan la creación de sistemas eficaces de registro de delitos de odio por orientación sexual y diversidad de género además del refuerzo de leyes y políticas de asilo que reconozcan y asistan a los refugiados LGBTI.

El Comité de Derechos Humanos también se ha referido a la *tipificación penal de las prácticas homosexuales consentidas entre adultos*, considerando que esta tipificación transgrede varios derechos humanos: el derecho individual de estar libre de discriminación⁴⁴, el derecho a la vida privada y a la no injerencia en ella⁴⁵ y el derecho a

⁴¹ En concreto en el artículo 33 de la Convención, referente a la obligación de los Estados de no expulsar ni devolver refugiados a lugares donde su vida corra peligro.

⁴² ACNUR, *Directrices sobre protección internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967*, HCR/GIP/02/01, 7 de mayo de 2002.

⁴³ A/HRC/17/26/Add.2, *Informe de Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer*.

⁴⁴ Artículo 2 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículos 2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

⁴⁵ Artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

no ser detenido de forma arbitraria⁴⁶. Por este motivo, el Comité de Derechos Humanos insta a los Estados a eliminar todas aquellas leyes cuyo objetivo sea enjuiciar y castigar a personas por su sexualidad o por su identidad sexual. Especialmente graves son aquellos casos en los que la condena establecida es la pena de muerte, en los cuales se violaría también el derecho humano fundamental a la vida⁴⁷.

Para la protección de las personas LGBTI contra la violación de sus derechos a la vida privada, la no discriminación, la prohibición de detenciones arbitrarias y la vida (en el contexto de la aplicación de la pena capital), el Comité de Derechos Humanos recomienda la derogación y abolición de las leyes que amparen este tipo de prácticas, aun cuando no se apliquen, ya que su mera existencia viola las obligaciones internacionales adquiridas en virtud de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El Comité de Derechos Humanos se ha encargado también al ámbito que engloba los derechos de libertad de expresión, asociación y reunión pacífica, recogidos tanto en la Declaración Universal de Derechos Humanos⁴⁸ como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁹. En esta ocasión, las violaciones de estos derechos no solo se profesan sobre personas LGBTI, sino sobre defensores de los derechos de estas, pertenezcan o no al Colectivo. Las formas de violación de estos derechos van desde las leyes que los restringen al prohibir, por ejemplo, la manifestación pública de la orientación sexual o identidad de género (tanto personal como colectiva), hasta la negación del derecho a formar organizaciones o asociaciones no gubernamentales relacionadas con el colectivo LGBTI. El Comité de Derechos Humanos cuenta con varios

⁴⁶ Artículo 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

⁴⁷ Por su parte, la *Relatora Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias* en un Informe del año 2000 se refirió a la orientación sexual como un motivo que bajo ningún concepto podría incluirse en la disposición que contempla la aplicación de la pena de muerte para los *más graves delitos*, E/CN.4/2000/3. *Informe de la Relatora Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*.

⁴⁸ Artículos 19 y 20.

⁴⁹ Artículos 19, 21 y 22.

ejemplos en la práctica en relación con la libertad de expresión y asociación pacífica en Rusia⁵⁰ y otros países del este de Europa.

Para la protección de las personas LGBTI contra la violación de sus derechos a la libertad de expresión, de asociación o de reunión pacífica, el Comité de Derechos Humanos recomienda la puesta en marcha de medidas preventivas y sancionadoras contra los actos de violencia cometidos desde el sector privado, así como la modificación de leyes que no garanticen los derechos de todas las personas, independientemente de su orientación sexual o identidad de género.

Junto con el Comité de Derechos Humanos, el *Comité contra la Tortura*, se ha manifestado en contra de las prácticas de tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes ejercidos contra las personas LGBTI. Ambos organismos han condenado la pasividad de algunos gobiernos ante la comisión de estas violaciones, lo cual constituye en sí mismo una violación de las normas internacionales⁵¹. En este caso, la violencia y la práctica de la tortura no viene dada esencialmente por actores no estatales, sino por miembros de la policía, personal penitenciario y otros cargos responsables del cumplimiento de la ley; y las víctimas, según constata el Comité de la Tortura y su *Relator Especial* son ejercidas contra hombres, mujeres, niños y niñas pertenecientes al Colectivo o defensores de este. El Comité contra la Tortura incluye en las prácticas de maltrato algunos procedimientos como los exámenes anales no consentidos a los que las autoridades de algunos Estados someten a hombres homosexuales (o sospechosos de serlo) para determinar la existencia de pruebas físicas de sexo anal⁵². La violencia sexual es otra de las prácticas que condena el Comité contra la Tortura al percibirla como una

⁵⁰ CCPR/C/RUS/CO/6, *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos respecto de la Federación de Rusia*.

⁵¹ Artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 2 de la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

⁵² A este respecto también se ha manifestado la *Organización Mundial de la Salud*, al considerar que tanto las prácticas de constatación de orientación sexual como los intentos forzosos para modificar la misma pueden suponer prácticas de tortura, además de ser ineficaces y carecer de fundamento científico. Por este motivo, el 17 de mayo de 1990, se retiró la homosexualidad como enfermedad de la lista de enfermedades de la OMS, fecha utilizada para celebrar el Día Internacional contra la Homofobia, la Transfobia y la Bifobia.

forma de tortura cuando es practicada por la policía o las autoridades oficiales en los lugares de detención.

Para la protección de las personas LGBTI contra la tortura (tanto en prácticas de violencia general como sexual o en exámenes anales forzosos), el Comité contra la Tortura y el Comité de Derechos Humanos recomiendan el fortalecimiento de los derechos penales internos que, en virtud del derecho internacional, deben prohibir y sancionar los actos de tortura y reparar a las víctimas de dichos actos. Para ello, los Estados deben tipificar la tortura y el maltrato como delitos, investigar los casos documentados al respecto y perseguirlos y poner en marcha medidas de prevención y capacitación de los oficiales públicos.

Uno de los derechos ya mencionados de forma implícita, el *derecho a la no discriminación basada en la orientación sexual e identidad de género* ha sido tratado tanto por el Comité de Derechos Humanos, como por otros organismos como el *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* y el *Comité de Derechos del Niño*. El derecho a la no discriminación está recogido en varios instrumentos jurídicos internacionales⁵³ y consiste en una de las violaciones más habituales cometidas contra las personas LGBTI (tanto desde las instituciones y estructuras del Estado como en la vida privada, en el trabajo, en la escuela o en el hogar). Si bien es cierto que estos instrumentos no se refieren a la orientación sexual o a la identidad de género como fundamentos prohibidos de discriminación, este motivo puede incluirse en ellos al tratarse de listas abiertas. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha recordado en reiteradas ocasiones a los Estados su deber de proporcionar las garantías necesarias a las personas LGBTI para que estén protegidas contra la discriminación. La base de esta obligación se encuentra en derechos del Pacto relativos al trabajo, el agua, la seguridad social o la salud⁵⁴.

⁵³ Artículos 2 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículos 2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y artículo 2 de la Convención sobre los derechos del niño.

⁵⁴ Se puede encontrar un ejemplo de ello en las *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales respecto de Alemania (E/C.12/DEU/CO/5)*, el Comité resaltó la preocupante situación en la que se encuentran las personas transgénero e intersexuales al ser catalogadas como enfermas mentales y al negárseles sus derechos a la salud sexual y reproductiva (artículo 12).

En concordancia con este Comité, el *Relator Especial sobre el Derecho a la Salud* determinó que las sanciones impuestas a las personas del colectivo LGBTI y que les niegan el acceso a determinados derechos como la salud, refuerzan los estereotipos sobre estas y promueven la violencia contra las mismas, tanto desde las instituciones y las autoridades como desde la sociedad en general.

Por su parte, el *Comité de Derechos del Niño* ha ido más allá y, además de condenar las prácticas de discriminación contra personas LGBTI, ha denunciado la insuficiencia de leyes que protejan al Colectivo y que combatan la discriminación y estigmatización de los grupos de menores gays, lesbianas, bisexuales o transgénero. Uno de los entornos en los que se suelen producir la mayoría de las violaciones de este derecho es en la educación, tanto por parte de los círculos sociales de los niños como desde las propias escuelas, a través de los maestros, el personal docente y las autoridades educativas. Esta realidad fue constatada en 2001 por el *Relator Especial sobre el derecho a la educación*, quien documentó la situación de las personas que, al no ajustarse con las normas establecidas sobre orientación sexual e identidad de género, ven socavado su derecho a la educación. Incluso el *Relator Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía* identificó la violación del derecho a la educación como una de las causas principales de marginación de jóvenes transexuales quienes, al verse excluidos del sistema educativo, se vuelven especialmente vulnerables a la prostitución.

Para la protección de las personas LGBTI contra la discriminación basada en la orientación sexual e identidad de género, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Comité de Derechos del Niño consideran fundamental tanto el refuerzo de estructuras legales que amparen al colectivo LGBTI y no le marginen del disfrute de ningún derecho, como la promoción de programas y actividades escolares sobre no discriminación y diversidad.

El Comité contra la Tortura y el *Comité para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer* se han manifestado también respecto al *derecho a la no discriminación*, considerándolo como una norma intersectorial a todos los tratados de derechos humanos. El Comité para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer considera la orientación sexual e identidad de género uno de los motivos

que intensifican la discriminación ya existente contra las mujeres, por lo que reivindica la necesidad de promoción de legislación antidiscriminación que incluya estos motivos como fundamentos de la discriminación.

Como resultado de la toma de posiciones de los organismos de derechos humanos de la ONU durante las últimas décadas (desarrollando los derechos humanos LGBTI en su interpretación de los tratados) y de su trabajo conjunto con otras organizaciones de la sociedad civil, se ha podido observar cómo se ha producido una disminución en el número de Estados miembros de la ONU que penalizan los actos sexuales consentidos (si bien es cierto que el número se reduce muy lentamente, habiendo pasado de 8 países que contemplaban la pena de muerte para los actos sexuales entre personas del mismo sexo en 2017 a 6 en 2019⁵⁵). Además, el índice de protección de los derechos LGBTI se ha elevado y hoy en día se puede incluso hablar de 9 Estados en los que la protección de la orientación sexual, la diversidad de género y las características sexuales tiene un rango constitucional⁵⁶.

De este modo se espera que reforzando el trabajo conjunto entre los Estados y los organismos y a través de los recursos básicos que ofrece las Naciones Unidas los avances puedan continuar.

⁵⁵ Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (ILGA): Carroll, A. y Mendos, L. R., *Homofobia de Estado 2017: Estudio jurídico sobre la orientación sexual en el derecho: criminalización, protección y reconocimiento* (Ginebra: ILGA, mayo de 2017).

⁵⁶ Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (ILGA): Lucas Ramón Mendos, *Homofobia de Estado 2019* (Ginebra: ILGA, marzo 2019).

CAPÍTULO SEGUNDO.

LA RESPUESTA DE LA UNIÓN EUROPEA AL COLECTIVO LGBTI

La Unión Europea se va a legitimar ante sus ciudadanos ante todo por la forma en que va a tratar a estos, cómo va a defenderlos, cómo va a contribuir a mejorar su vida y sus expectativas. El tratamiento de los colectivos desfavorecidos o discriminados en el orden jurídico comunitario pone a prueba a la propia Unión ante sus ciudadanos, y su contribución a la mejora de su situación supone la mejor vía de legitimación, en unos momentos del proceso de construcción europea en los que esta aparece como una cuestión cada vez más esencial⁵⁷.

INTRODUCCIÓN

En Europa, el debate sobre el estatuto jurídico de las personas LGBTI se ha venido produciendo a un doble nivel. Por un lado, dentro de la Unión Europea y del Consejo de Europa; y, por otro, dentro de los Estados miembros de ambas Organizaciones internacionales. Ambos niveles han estado enormemente interrelacionados. El avance en el modelo de integración europea ha permitido un giro del movimiento LGBTI internacional hacia Europa, depositando en esta región las esperanzas y los esfuerzos para la promoción y protección de los *derechos del Colectivo*.

En la actualidad, la *Unión Europea* (UE) ocupa un papel central en la lucha por los derechos del Colectivo LGBTI debido a las características particulares que presenta esta Organización internacional respecto de otras. Ello es especialmente relevante para el reconocimiento de los derechos de la Comunidad LGBTI ya que cualquier avance que se haga en este ámbito en el contexto comunitario tendrá una aplicación directa en los ordenamientos internos de los Estados miembros, garantizando estos su cumplimiento a través de los órganos de supervisión que proporciona la propia Unión⁵⁸.

⁵⁷ RIVAS VAÑÓ, A.: *LGBTI en Europa: La construcción Jurídica de la Diversidad*, Valencia, Monografías, Tirant lo Blanch, 2019, p. 66.

⁵⁸ El principio de primacía del Derecho de la Unión Europea sobre los Derechos nacionales no está incluido en ninguno de los Tratados, pero ha sido consagrado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a través de la sentencia *Costa contra Enel* del 15 de julio de 1964. Lo mismo ocurre con el principio de efecto directo.

Cabe subrayar que, por otro lado, la UE desde sus orígenes es un motor de lucha contra la discriminación y siempre ha buscado la igualdad de los ciudadanos de todos sus Estados miembros. El propio Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en su artículo 10, se refiere a la ejecución de políticas y acciones para luchar (entre otras) contra la discriminación por razón de orientación sexual. Por tanto, se puede afirmar que la lucha contra la discriminación de las personas con motivo de su orientación sexual encaja a la perfección en el ideario de la Unión.

Antes de adentrarnos en la construcción jurídica de los derechos de las personas LGBTI en la Unión Europea, cabe matizar que esta no fue la primera organización internacional del territorio europeo en manifestarse abiertamente en favor del reconocimiento de los derechos del Colectivo. El *Consejo de Europa* también ha sido clave en esta cuestión gracias al impulso proporcionado por el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (TEDH). A través de la adecuación del *Convenio Europeo de Derechos Humanos* (CEDH) a las respectivas necesidades, requerimientos y demandas del Colectivo, se puede afirmar que este órgano judicial ha sido la primera institución europea con carácter vinculante en declarar la *criminalización de la homosexualidad* contraria a los derechos humanos, incluyendo a las personas LGBTI dentro de la cláusula antidiscriminación del CEDH. Por este motivo, a pesar de centrar la línea de investigación del presente trabajo en el recorrido normativo de la Unión Europea, se harán referencias a lo largo del mismo al CEDH y a su Tribunal, ya que no pueden entenderse los progresos a un nivel sin tener en cuenta el otro.

1. LA ACCIÓN DE LAS INSTITUCIONES EUROPEAS A FAVOR DE LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL COLECTIVO LGBTI

En el contexto de la Unión Europea, la institución que desde un primer momento ha desarrollado el papel de principal aliada de la causa LGBTI ha sido el *Parlamento Europeo*. Desde mediados de los años ochenta se ha venido pronunciando a favor de la

diversidad sexual. En la actualidad, algunos de sus miembros han constituido el *Intergrupo de Derechos LGBTI*⁵⁹.

Las primeras resoluciones emitidas por el Parlamento se caracterizan por un predominio del colectivo homosexual sobre los demás colectivos del movimiento LGBTI. Ello obedeció a que las nociones de «orientación sexual» y, en menor medida, la de «identidad de género», no se encontraban tan desarrolladas como en la actualidad. Sin embargo, se utilizó el concepto de «diversidad sexual» para tratar de ser lo más inclusivo posible.

La primera Resolución relevante en materia de derechos LGBTI se adoptó por el Comité de Empleo y Asuntos Sociales en 1984⁶⁰. El carácter fundamentalmente laboral de esta resolución --debido a las dificultades existentes en los años ochenta para encontrar otras bases competenciales del Derecho Comunitario sobre las que pronunciarse para conseguir una incidencia directa en los ordenamientos nacionales-- no impidió que tuviera una gran repercusión y un elevado valor simbólico.

El éxito de esta primera Resolución se debió, en gran medida, tanto al trabajo paralelo del Consejo de Europa y de las sentencias del TEDH⁶¹, como a la presión ejercida por diferentes grupos LGBTI de la sociedad civil sobre las Instituciones comunitarias. La solución conecta el Derecho Comunitario con la protección de los derechos de las personas LGBTI, apoyándose, por un lado, en la prohibición de la discriminación, y, por el otro, en el derecho a la libre circulación de los ciudadanos, el cual puede verse limitado al sufrir la negación de su derecho a circular libremente como trabajadores por cuestiones de orientación sexual.

⁵⁹ Los intergrupos del Parlamento Europeo son formaciones informales de parlamentarios cuyo objetivo es construir puentes entre los diputados y la sociedad civil sobre asuntos concretos. *The European Parliament's LGBTI Intergroup* se encarga de monitorizar el trabajo de la Unión Europea en la materia referente a los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales de los Estados miembros, así como de crear espacios de debate y diálogo a través de los cuales elevar las preocupaciones de dichos grupos sociales al nivel europeo.

⁶⁰ *Resolution on Sexual Discrimination at the Workplace*, Comité de Empleo y Asuntos Sociales, Parlamento Europeo, 1984.

⁶¹ Destaca la Sentencia Dudgeon 7525/76 de 22 de octubre de 1981, por la cual se denuncia la criminalización de la conducta homosexual de las leyes de Irlanda del Norte y la violación del artículo 8 del CEDH referido al derecho a la vida privada y familiar.

La mencionada Resolución posee una carga de contenido importante, ya que en ella se insta a los Estados a que procedan a la despenalización de las prácticas sexuales entre personas del mismo sexo; a la supresión de normas de los ordenamientos jurídicos internos que impliquen situaciones de discriminación; y a la eliminación de dosieres policiales abiertos en torno a este tipo de cuestiones. Además, en una de sus disposiciones hace una referencia directa a la Organización Mundial de la Salud, a quien solicita la *despatologización de la homosexualidad*.

El siguiente paso que dio el Parlamento Europeo en esta dirección, esta vez en relación con el *colectivo transexual*, fue la adopción de la *Resolución sobre la discriminación de los transexuales* del 12 de septiembre de 1989⁶². La importancia de dicha Resolución recae en la relación que estableció entre la identidad sexual y la dignidad humana. Sus objetivos principales fueron el reconocimiento del derecho de las personas transexuales al cambio de sexo y la prohibición de la discriminación en torno a ello.

La Comisión es otra de las Instituciones europeas que han contribuido a la promoción y reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI. En su *Recomendación a la protección de la dignidad de la mujer y el hombre en el trabajo* de 1991⁶³, materializó la conexión entre dignidad humana y orientación sexual. Esta Recomendación, todavía limitada al ámbito laboral, fue especialmente significativa para la lucha contra el acoso dentro del sector del empleo. En su texto se define a las lesbianas y los gais como «grupo específico particularmente vulnerable al acoso», y se proponen medidas de lucha contra dicha discriminación. De este modo, gracias a ella, quedó oficialmente establecida la relación directa entre acoso por orientación sexual y dignidad humana del trabajador⁶⁴.

⁶² D.O.C.E. serie C, n° 256, de 9 de octubre de 1989. Previamente, ese mismo año, se elaboró la Carta de Derechos Fundamentales de los Trabajadores, en la que cabía esperar la prohibición de la discriminación en el ámbito laboral por motivos de orientación sexual. Sin embargo, este documento no vinculante no recogió derechos no reconocidos ya en el derecho originario y derivado, por lo que no se manifestó respecto a la orientación sexual.

⁶³ D.O.C.E. n° L 49, de 24 de febrero de 1991.

⁶⁴ La novedad en este sentido (y lo que ayudó a incluir a la orientación sexual como motivo de acoso sexual) fue la interpretación de *acoso* como creación de un ambiente de trabajo hostil. Hasta el momento, la interpretación más habitual conllevaba necesariamente la existencia de chantaje sexual. Sin embargo, con esta Recomendación, se amplían los supuestos en los que se produce el acoso y se protege a aquellos

Es necesario señalar también que la Recomendación que comentamos no estableció nuevos mecanismos o instrumentos de lucha contra el acoso, sino que se valió de uno ya existente: la *normativa comunitaria sobre no discriminación por razón de sexo*. De esta manera, al conectar la Recomendación con el Derecho Comunitario de la no discriminación por razón de sexo al que pertenece la normativa, el carácter jurídico del acoso sexual en el lugar de trabajo por motivos de orientación sexual se elevó al de la discriminación por razón de sexo, obligando plenamente a los Estados miembros.

Este hecho fue acogido con entusiasmo por los colectivos LGBTI, que inauguraron una nueva estrategia de lucha por la protección de los derechos de las personas LGBTI basada en la reinterpretación del derecho existente, en especial del Derecho Comunitario que se refiere a la prohibición de la discriminación por cuestión de género. Esta vía fue utilizada en adelante para «forzar» jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

Sin embargo, antes de proceder a analizar el papel del TJUE en el desarrollo jurídico de los derechos del Colectivo LGBTI, es necesario retomar el papel del Parlamento Europeo. En 1994, esta Institución adoptó la *Resolución sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y las lesbianas en la Comunidad Europea*⁶⁵, dedicada enteramente a la discriminación por razón de orientación sexual. La relevancia de esta Resolución no se encuentra en la aprobación de normas vinculantes en favor de los derechos de las personas LGBTI, ya que, como consideran algunos autores, fue demasiado ambiciosa como para poder traducirse en medidas concretas⁶⁶. Sin embargo, su gran importancia radica en convertirse en canalizadora de los objetivos de la sociedad civil --en concreto, las organizaciones homosexuales de Europa-- y suscitar un gran debate dentro de la Unión

trabajadores que son víctimas de mofas, burlas y humillaciones por su orientación sexual (sin requerir explícitamente la comisión de un acto sexual).

⁶⁵ D.O.C.E. n° C61, de 28 de febrero de 1994.

⁶⁶ En dicha Resolución, además de exigir el respeto de la igualdad y no discriminación por orientación sexual, se plantearon otras medidas como la prohibición del establecimiento de diferentes edades mínimas para la realización de actividades sexuales respecto a las personas heterosexuales y las homosexuales, la no consideración de la homosexualidad como motivo de escándalo público, la prohibición de recopilar datos sobre personas LGBTI para crear bases de datos sin su consentimiento, entre otras.

Europea que logró hacer desaparecer algunos estereotipos. Además, expresa de manera incuestionable la postura del Parlamento Europeo respecto a la orientación sexual.

Tras esta Resolución y a la vista de lo poco fructífera que estaba siendo la estrategia de presión de los grupos LGBTI sobre las Instituciones legislativas comunitarias en cuanto al reconocimiento de nuevos derechos de las personas LGBTI, se decidió dar un giro y comenzar a dirigir las acciones hacia el *Tribunal de Justicia de la Unión Europea* (TJUE). De este modo, el Tribunal comenzó a recibir numerosas cuestiones prejudiciales que tenían como objetivo la emisión de sentencias que favoreciesen una interpretación que incluyese a la *orientación sexual* dentro de las cláusulas de discriminación por razón de sexo.

Una de las vías para poner en práctica esta nueva estrategia fue el empleo del «aparato de cambio» de la situación de la mujer trabajadora en Europa. De este modo, el concepto de *sexo* se amplió para incluir también el de *identidad sexual*. A este respecto, merece la pena analizar dos sentencias del TJUE que ponen de manifiesto dos interpretaciones enfrentadas sobre la aplicación del conjunto normativo de la discriminación por razón de sexo a los supuestos de discriminación por orientación sexual. Son las sentencias *P v. S* y *Conrwall County Council y Grant v. South-West Trains Ltd.*

En la primera, la *P v. S. y Cornwall County Council*⁶⁷, el TJUE llevó a cabo una interpretación teleológica de la cláusula de no discriminación, incluyendo la discriminación por motivos de cambio de sexo (es decir, la transexualidad) dentro del concepto de discriminación por razón de sexo. El asunto se centra en el caso de una mujer que había decidido llevar a cabo una transición de su cuerpo de hombre hacia el de su identidad de mujer, la cual fue despedida cuando se completó el proceso. El TJUE determinó que la *Directiva 76/207/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción de profesionales, y a las condiciones de trabajo* era aplicable al caso concreto de la señora P, y que la empresa había cometido una violación de sus derechos al despedirla tras someterse al proceso de cambio de género.

⁶⁷ Asunto C-13/94, Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de abril de 1996.

En la segunda de las sentencias, la *Grant v. South -West Trains Ltd*⁶⁸, el TJUE adoptó una interpretación diferente del concepto de discriminación por razón de sexo. En este asunto una mujer exigía a la empresa para la que trabajaba la concesión de una serie de bonificaciones dirigidas a los trabajadores que vivían en pareja, las cuales le habían sido denegadas por considerar que no cumplía con los requisitos exigidos (ya que se trataba de una pareja homosexual y vivía con otra mujer) a diferencia de sus compañeros de trabajo heterosexuales. En este caso, el TJUE consideró que la Directiva mencionada en el caso anterior no era aplicable al presente, ya que no se trataba de una discriminación por razón de sexo, toda vez que, si la pareja hubiese estado integrada por dos hombres, las bonificaciones tampoco habrían sido concedidas. En este asunto se puso de manifiesto claramente la discriminación por razón de orientación sexual y no por razón de sexo, de forma que el TJUE no supo dar la respuesta esperada por los grupos de presión LGBTI europeos.

La interpretación comparativa del principio de la no discriminación por motivo de sexo (la más habitual hasta ese momento) de la segunda sentencia fue lo que diferenció los resultados de ambas. En el caso de la señora Grant, si bien se buscaba denunciar el hecho de que de haber sido un hombre viviendo con una mujer sí se le hubiese concedido la bonificación, se aplicó la *Directiva 76/207/CEE sobre igualdad de retribución de los trabajadores masculinos y femeninos*, de 9 de febrero de 1976, en la cual la orientación sexual no era contemplada como motivo de discriminación por razón de sexo.

Son muchas las motivaciones que explican las diferentes interpretaciones del derecho a la no discriminación en ambos casos, desde económicas hasta políticas. La consecuencia de haber intentado forzar al TJUE a reinterpretar este derecho concreto sin haber conseguido el objetivo deseado, fue lo que motivó que los esfuerzos de la sociedad civil europea volvieran a dirigirse hacia las instituciones legislativas de la Unión.

La *Resolución sobre la igualdad de derechos para los homosexuales y las lesbianas en la CE*⁶⁹ de 1998 del Parlamento Europeo y el artículo 13 del Tratado de Ámsterdam en el que se establece la orientación sexual como motivo prohibido de discriminación

⁶⁸ Asunto C-249/96, sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de febrero de 1998.

⁶⁹ Resolución nº B4-0824 y 0852/98 del Parlamento Europeo de 17 de septiembre de 1998.

constataron la necesidad de considerar como categoría diferencia del *sexo* a la *orientación sexual* para poder luchar adecuadamente contra la discriminación y el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI.

2. EL TRATADO DE ÁMSTERDAM

Con el Tratado de Ámsterdam se da el primer paso en la construcción del *estatuto jurídico de la diversidad sexual* y, por tanto, un avance fundamental en la igualdad de las personas LGBTI. Este instrumento convencional muestra cómo la presión de los medios sociales y académicos comenzó a calar en el ideario colectivo de los valores del constitucionalismo europeo. Su artículo 2 establece que el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea quedará modificado de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, señalando en el apartado 7 que se inserta el artículo 6 A: «Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual».

Sin embargo, es necesario señalar que la redacción de dicho artículo limitó la capacidad de acción de las instituciones. No se trataba de un artículo que reconociese la prohibición directa de la discriminación por razón de orientación sexual ni generase obligación alguna para los órganos comunitarios, sino que le otorgaba a estos la oportunidad de desarrollar mecanismos para establecer dicha prohibición. En concreto, esta «habilitación» se dirigió al Consejo, quien debía actuar en consecuencia con ello a través del procedimiento previsto⁷⁰.

El primer acto material por el cual se buscó poner en práctica el nuevo artículo 13 del Tratado de Ámsterdam fue la reforma de 1998 del *Estatuto de los funcionarios de las*

⁷⁰ El procedimiento fue otro de los elementos criticados del Tratado de Ámsterdam ya que se estableció la necesidad de unanimidad, lo cual hacía casi imposible la aplicación de cualquier medida a nivel comunitario debido a las diferentes interpretaciones de los conceptos de identidad y orientación sexuales de los Estados miembros.

*Comunidades Europeas*⁷¹. En dicha reforma se estableció que la orientación sexual no podía significar un motivo de diferenciación a la hora de seleccionar funcionarios o agentes temporales o en el trato hacia ellos.

Gracias al Tratado de Ámsterdam, el debate en torno a la orientación sexual dejó de versar sobre la legitimidad de su categoría jurídica (reafirmada en el artículo 13) para hacerlo sobre los mecanismos de adopción de medidas prácticas para salvaguardarla.

El ámbito laboral fue uno de los primeros beneficiarios de medidas en favor de la lucha contra la discriminación de las personas LGBTI (considerado también uno de los ámbitos en los que la diversidad sexual se encontraba más desprotegida). Ya en el año 2000, el Consejo adoptó la *Directiva 2000/78 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación*. Esta Directiva fue más allá del artículo 13 del Tratado de Ámsterdam estableciendo la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual dentro del ámbito laboral⁷².

3. LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL PROYECTO DE TRATADO POR EL QUE SE ESTABLECE UNA CONSTITUCIÓN PARA EUROPA

La nueva línea política adoptada por la Unión gracias al Tratado de Ámsterdam siguió desarrollándose a través de otros mecanismos que se utilizaron para dar respuesta a las reivindicaciones de los grupos LGBTI. Estos grupos, además de seguir luchando por el respeto a la vida privada, comenzaron a buscar el reconocimiento del *derecho a la expresión social de la diversidad sexual*. Los nuevos instrumentos, como la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* y el fallido *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, son los que han permitido que, en la actualidad,

⁷¹ Reglamento nº 781/98 del Consejo de 7 de abril de 1998 por el que se modifica el estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas y el régimen aplicable a los otros agentes de estas Comunidades en materia de igualdad de trato, D.O.C.E. nº L 113, de 15 de abril de 1998.

⁷² El problema de esta Directiva fue la concepción ambigua de orientación sexual que se hizo en ella. No estaba del todo claro si hacía referencia únicamente a la prohibición de la discriminación por las prácticas sexuales de los individuos o si, por el contrario, su interpretación era mucho más amplia y buscaba dar acceso, por ejemplo, a beneficios derivados de la vida en pareja o prestaciones dedicadas al ámbito familiar.

se pueda afirmar con rotundidad que los derechos del Colectivo LGBTI forman parte del acervo comunitario.

La perspectiva de los derechos humanos fue utilizada, en un primer momento, para articular la codificación de la protección jurídica de la orientación sexual a través de la aplicación del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Las dificultades planteadas para la adhesión de la Unión al CEDH motivaron la elaboración de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁷³.

El primer aspecto destacable de la Carta es la definición de «dignidad», a través de la que se establece un vínculo entre el concepto de *sexualidad humana y desarrollo personal de los individuos*. Por otro lado, en el artículo 21.1, la Carta incluye de manera innovadora la prohibición clara de discriminación por orientación sexual, convirtiendo esta prohibición en un derecho subjetivo (dejando de ser una habilitación para las instituciones y alejándose del planteamiento del Tratado de Ámsterdam). Junto con la orientación sexual aparecen otros motivos de discriminación prohibidos como el color, la raza o el origen étnico, lo cual ha sido relevante de cara a los años posteriores.

A pesar de estos avances, es sorprendente la diferenciación que plantea la Carta entre el derecho a la vida privada y familiar (artículo 7) y el derecho al matrimonio y a fundar una familia (artículo 9), supeditando el segundo a la regulación de las leyes nacionales, diferenciación que persiste en la actualidad. Esta posición es parcialmente opuesta a la adoptada por el TEDH, quien, a través de su jurisprudencia que llega hasta nuestros días, ha reinterpretado el artículo 8 de la CEDH para fallar en favor del derecho a contraer matrimonio por parte de personas LGBTI además de proteger modos alternativos de

⁷³ El Consejo Europeo de Tampere de 1999, encargado de la elaboración de la Carta, recibió un informe presentado por un grupo de especialistas (*Afirmando los derechos fundamentales en la Unión Europea: tiempo de actuar*, informe del grupo dirigido por el Profesor Spiros SIMITIS, febrero de 1999) en el que se manifestaba la necesidad de contener los derechos de los artículos 2 al 13 del CEDH en el nuevo instrumento. Entre estos derechos se encontraba el derecho a la intimidad y la vida familiar, el cual permitió elaborar las primeras fórmulas de protección de la orientación sexual en el contexto del Consejo de Europa. Además, el informe proponía la inclusión de derechos como la igualdad de oportunidades y de trato sin discriminación por motivos de orientación sexual (entre otros). El Parlamento Europeo ya había defendido esta postura de protección de la orientación sexual en 1997 en su *Resolución sobre el respeto a los derechos humanos en la Unión Europea* o en sus informes anuales sobre derechos humanos.

familia (es decir, identificando los derechos recogidos en los artículos 7 y 9 de la Carta con los contenidos en el artículo 8 del CEDH)⁷⁴.

Desafortunadamente, los derechos fundamentales e incluidos en la Carta quedaron finalmente desprovistos de una fuerza normativa que les protegiese, ya que, en aquel momento, la Carta quedó reducida a una mera declaración de intenciones.

El Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa fue elaborado en el entendimiento de que un texto legitimado directamente por los ciudadanos gozaría de un poder normativo mayor. Este instrumento, que incluía la Carta dentro de su texto, habilitaba a la Unión a adherirse al CEDH, tratando de convertir así los derechos establecidos en el Convenio en principios generales de la Unión. El Proyecto pretendía introducir también la prohibición expresa de discriminación por orientación sexual (además del resto de motivos recogidos en el Tratado de Ámsterdam) y habilitaba la creación de una ley marco europea para comenzar con el establecimiento de políticas de lucha contra la discriminación en todas sus formas.

Este Tratado, tras los referéndums negativos celebrados en Francia y en Países Bajos, no entró en vigor. La Carta tendría que esperar a la adopción del Tratado de Lisboa⁷⁵.

Pese a ello, la *Decisión por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación (2001-2006)* del Consejo, incluyó una referencia explícita a la orientación sexual en su artículo 1.

4. EL TRATADO DE LISBOA

Finalmente, la última etapa relativa a la perspectiva histórica de la construcción jurídica de la protección de los derechos de la Comunidad LGBTI en Europa y que dura hasta la actualidad comenzó con el *Tratado de Lisboa* de 2007, abriendo una nueva etapa en la promoción y protección de los derechos del colectivo LGBTI en Europa.

⁷⁴ En la actualidad, la Unión Europea sigue sin abordar el debate del matrimonio homosexual dentro del Grupo.

⁷⁵ Art. 6 del Tratado de la Unión Europea (Tratado de Lisboa).

Además de incluir la Carta como un elemento del Derecho primario de la Unión, el Tratado de Lisboa incorporó en el TFUE varios mecanismos legislativos que desarrollan la *prohibición de la discriminación*, reforzando el papel del Parlamento en el ámbito de objeto de nuestro TFM. El artículo 10 del TFUE señala que

«En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.»

Por su parte, el artículo 19 del mismo instrumento señala que

«1. Sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, los principios básicos de las medidas de la Unión de estímulo, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, para apoyar las acciones de los Estados miembros emprendidas con el fin de contribuir a la consecución de los objetivos enunciados en el apartado 1.»

En relación con el tratamiento jurídico otorgado a la orientación sexual, el artículo 2 del TFUE dispone que la orientación sexual es uno de los principios básicos de lucha contra la discriminación. En similares términos la Carta reafirma esta vinculación jurídica, en lo que respecta a la orientación sexual y a las personas LGBTI, con las ideas de dignidad⁷⁶, vida privada y familiar⁷⁷, igualdad ante la ley⁷⁸ y prohibición de discriminación⁷⁹. El objetivo es vincular a los Estados miembros con esta nueva política

⁷⁶ Art. 1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

⁷⁷ *Ibidem*, art. 7.

⁷⁸ *Ibidem*, art. 20.

⁷⁹ *Ibidem*, art. 21.1.

antidiscriminatoria a través del Derecho primario (con la protección expresa de los derechos del Colectivo en los Tratados Constitutivos), teniendo en cuenta que la Carta y sus disposiciones limitan su ámbito de actuación al Derecho de la Unión.

Sin embargo, pese a esta protección expresa de los derechos de las personas LGBTI en lo que a discriminación por motivo de orientación sexual se refiere, la redacción de las disposiciones del Tratado no hace referencia a las características genéticas (es decir, al colectivo intersexual). Esta es tan solo una de las carencias que siguen manifestándose en la realidad actual de la Unión Europea, pero no es la única. Por ejemplo, si se compara la situación de las parejas homosexuales y heterosexuales, la equiparación de derechos da como resultado una desigualdad muy pronunciada en lo que respecta al matrimonio, la adopción o incluso la libertad de circulación⁸⁰.

Con todo, compartimos la visión positiva de RIVAS VAÑÓ cuando afirma que «... parece, al menos en principio, y hasta que podamos observar una evolución más dilatada en el tiempo de la reforma de Lisboa, que los objetivos marcados por las organizaciones LGBTI en su estrategia europea se empiezan a cumplir, tras muchos años de lucha, reivindicación e intervención política y judicial».

5. LOS AVANCES EN LA ÚLTIMA DÉCADA

A partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, uno de los actores más activos que han trabajado dentro del ámbito de la Unión Europea por los derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, transexuales e intersexuales ha sido el mencionado Intergrupo LGBTI del Parlamento Europeo, que se viene encargando de realizar un seguimiento del trabajo del conjunto de la Unión en este ámbito, además de monitorizar la situación de las personas LGBTI en los Estados miembros y vincular a la sociedad civil con las Instituciones europeas⁸¹.

⁸⁰ Según Rivas Vañó existen dos supuestos en los que se puede violar el derecho a la libre circulación de un trabajador con motivo de su diversidad sexual. El primero de ellos, con la prohibición de entrada en el territorio; y, el segundo, con la imposibilidad de ejercer el derecho a la reunificación familiar.

⁸¹ Este Intergrupo es el más grande del Parlamento Europeo y cuenta con más de 150 miembros procedentes de 24 Estados diferentes y de 6 grupos políticos.

Desde 2009, la Secretaría del Grupo ha elaborado informes sobre los avances que la Unión Europea ha realizado durante las últimas legislaturas. El análisis realizado por el Intergrupo sobre la octava legislatura (2014-2019) cubre los progresos que la Comisión Europea, el Consejo, la Agencia de Derechos Fundamentales, el Tribunal de Justicia y el propio Parlamento Europeo han llevado a cabo⁸².

En diciembre de 2015, la *Comisión Europea* presentó la *Lista de acciones para avanzar en la igualdad de las personas LGBTI*⁸³, en la que se plantean una serie de objetivos para favorecer la inclusión de las personas LGBTI y el incremento de políticas favorables en los países de la Unión Europea en áreas como la no discriminación, la educación, el empleo, la salud, la libertad de circulación, el asilo, los delitos/discursos de odio y la política exterior y de ampliación de la Unión.

El objetivo general de la Comisión a través de este instrumento es el de asegurar el cumplimiento de la legislación comunitaria para todos los ciudadanos de la Unión, incluido el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales en el que se establece la no discriminación por motivos de orientación sexual y diversidad de género.

La Lista establece un bloque de acciones como su propio nombre indica. Así, en primer lugar, hace referencia a la *mejora de los derechos y a la garantía de la protección jurídica*, tanto de las personas LGBTI como de sus familias, en las áreas de competencia de la UE, a través de una *Directiva sobre Igualdad de Trato*⁸⁴. Con ella se pretende prohibir la discriminación en la educación, así como fomentar la protección social y el acceso a bienes y servicios. Igualmente, por otro lado, la Comisión ha propuesto una regulación que simplifique el día a día de las familias LGBTI que circulen dentro de la

⁸² *What has the European Union done for LGBTI rights in 2014-2019?*, Intergrupo LGBTI del Parlamento Europeo, 2019 [disponible en <http://lgbti-ep.eu/wp-content/uploads/2019/04/2019-LGBTI-Briefing-2-What-has-the-EU-done.pdf>].

⁸³ Disponible en https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/lgbti-actionlist-dg-just_en.pdf.

⁸⁴ Propuesta de *Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual*, 2008/0140, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 2 de julio de 2018 [disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52008PC0426&from=en>].

Unión a través de un *Reglamento sobre la circulación de documentos públicos*⁸⁵. Esta regulación tiene especial relevancia para las familias que desean trasladarse de un Estado miembro a otro y encuentran dificultades a la hora de reconocer su estatus familiar debido a las desigualdades en la legislación interna de los Estados.

El segundo bloque se refiere al *control y observancia de los derechos existentes de las personas LGBTI y sus familias* incluidos en el Derecho europeo. Para ello, se lleva a cabo una monitorización de la transposición e implementación del Derecho europeo en los ordenamientos de los Estados miembros. Algunos ejemplos de los focos de interés de esta medida son la legislación en materia de género⁸⁶, el asilo (asegurando la adecuada trasposición de los instrumentos legales del Sistema Común Europeo de Asilo y de la Oficina Europea de Apoyo al Asilo), la libertad de circulación y las cuestiones fronterizas y empleo⁸⁷.

El tercer bloque de acción tiene como objetivo *fomentar la diversidad y la no discriminación* entre los ciudadanos de la Unión, para lo cual la Comisión propone una campaña de comunicación que mejore la aceptación social del Colectivo LGBTI. A tal efecto, la Comisión ha facilitado plataformas en las que obtener testimonios en vídeo de personas de la Comunidad LGBTI y compartir sus experiencias. También, la Comisión

⁸⁵ *Reglamento (UE) por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1024/2012*, 2016/1191, Parlamento Europeo y Consejo, 6 de junio de 2016 [disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R1191&from=EN>].

⁸⁶ *Directiva relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición)*, 2006/54/CE, Parlamento Europeo y Consejo, 5 de julio de 2006 [disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32006L0054&from=EN>].

Directiva por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, 2004/113/CE, Consejo, 13 de diciembre de 2004 [disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32004L0113&from=EN>].

Directiva por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, 2012/29/UE, Parlamento Europeo y Consejo, 25 de octubre de 2012 [disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32012L0029&from=EN>].

⁸⁷ *Directive on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/ECC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/635/EEC and 93/96/EEC*, 2004/38/EC, Parlamento Europeo y Consejo, 29 de abril de 2004 [disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32004L0038>].

Directiva relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación 2000/78/CE, Consejo, 27 de noviembre de 2000 [disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32000L0078&from=EN>].

ha promovido la participación institucional en las manifestaciones del *EuroPride*. De este modo, se pretende combatir los estereotipos negativos sobre las personas LGBTI y aumentar la conciencia social sobre los derechos del Colectivo (actuando en áreas donde las personas son especialmente vulnerables como el deporte, la juventud o el acoso en las escuelas).

Un cuarto bloque es el *apoyo* por parte de la Comisión a otros actores determinantes en la promoción de los derechos del Colectivo y en el avance en la igualdad. Los primeros actores implicados en este proceso son los Estados miembros, a quienes ofrece ayuda en áreas relevantes como la no discriminación (contando con un Alto Grupo sobre No discriminación, Igualdad y Diversidad con representantes de todos los Estados miembros, que celebra reuniones varias veces al año), los delitos y discurso de odio (a través del Alto Grupo sobre Racismo, Xenofobia y otras formas de intolerancia), la educación (con acciones antidiscriminación en programas de prevención de acoso escolar) o la salud (a través de un trabajo conjunto con la Organización Mundial de la Salud para conseguir una despatologización de la identidad transexual o fomentando planes de acción sobre el VIH entre los Estados miembros).

El trabajo de la Comisión también cuenta con un apoyo financiero para organizaciones públicas y privadas que elaboren políticas en favor del Colectivo, así como para fomentar la creación de empresas y lugares de trabajo inclusivos (sentando precedente la Comisión en su seno con la creación de estrategias internas sobre la diversidad en las que se incluyen acciones específicas en materia de diversidad sexual para los propios miembros de la Comisión).

En quinto lugar, la Comisión desempeña una tarea de recogida de datos, hechos y cifras para facilitar el seguimiento y monitoreo de las medidas puestas en marcha, a través de iniciativas como el *Eurobarómetro sobre la discriminación*, la *Encuesta de la Agencia de derechos Humanos de la Unión Europea*, el *Manual de datos sobre igualdad*, el *Estudio sobre el fomento de la tolerancia y la lucha contra la discriminación* o el *Estudio sobre desigualdades en materia de salud*. A través de estos instrumentos se pretende conseguir una mejora en todos los ámbitos mencionados por la Lista.

Por último, en sexto lugar, la Comisión ha ampliado su ámbito de actuación más allá de las fronteras de la Unión, promoviendo la igualdad de las personas LGBTI en países con los cuales se mantengan relaciones de ampliación y vecindad⁸⁸.

También las Delegaciones de la Unión Europea en los países vecinos llevan a cabo un trabajo importante, incidiendo en la elaboración de proyectos para combatir la discriminación de las personas LGBTI basándose en el *Instrumento Europeo para la Democracia y los Derechos Humanos*. Respecto a terceros países, la Comisión trabaja en la implementación de las *Directrices para la promoción y protección del disfrute de todos los derechos humanos para personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales*⁸⁹, elaboradas por el Consejo, en todas las relaciones que la UE mantenga con terceros países, ofreciendo apoyo a los defensores de los Derechos Humanos de estos países en casos de violencia contra personas LGBTI o para la introducción de legislación antidiscriminación.

Todos estos avances propuestos por la *Lista de acciones para avanzar en la igualdad de las personas LGBTI*, están sometidos al mecanismo de control de informes anuales exigido a la Comisión Europea por el Consejo desde junio de 2016. En la actualidad se han presentado dos informes anuales, uno en 2017 sobre la actuación de la Comisión durante el año 2016, y otro en 2018 sobre el año inmediatamente anterior⁹⁰.

Por su parte, el *Consejo de la Unión Europea* comenzó su trabajo en la presente década adoptando las ya mencionadas *Directrices para promover y proteger el disfrute de todos los derechos humanos por personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales (LGBTI)*, del 24 de junio de 2013.

⁸⁸ Tanto de la región de los Balcanes como de Turquía, para la cual se ha creado la red de *Asociaciones LGBTI sobre Igualdad de Derechos de los Balcanes y Turquía*.

⁸⁹ *Guidelines to promote and protect the enjoyment of all human rights by lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex (LGBTI) persons*, Consejo, 24 de junio de 2013 [disponible en <https://ec.europa.eu/europeaid/sites/devco/files/137584.pdf>].

⁹⁰ Ambos tenidos en cuenta para la elaboración de este apartado y disponibles en https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=605456.

El objetivo de estas Directrices es la promoción y protección de los derechos del Colectivo LGBTI, tanto en el interior del Grupo como a través de la acción exterior de la Unión, centrandó el trabajo de la Institución en cuatro pilares fundamentales: la eliminación de políticas y leyes discriminatorias (incluyendo la abolición de la pena de muerte); la lucha individual y desde el Estado para erradicar la violencia contra las personas LGBTI; el apoyo y la protección de los defensores de los derechos humanos y la promoción de la igualdad y la no discriminación en el trabajo, la salud y la educación.

Estas Directrices han tenido un papel fundamental en la relación de la Unión Europea con terceros países, en conjunto con las pautas marcadas por la Comisión Europea.

Para poder poner en práctica la defensa de los derechos del Colectivo, las Directrices ofrecen una serie de mecanismos tanto a funcionarios de la Unión como a los Estados miembros. El documento del Consejo se refiere a diez tipos de mecanismos:

i) La puesta en marcha de estrategias nacionales para los derechos humanos (a través de las cuales denunciar violaciones y discriminación estructural contra el Colectivo LGBTI);

ii) La monitorización de los derechos humanos de las personas LGBTI (usando un formulario elaborado por el Consejo⁹¹ y manteniendo un contacto cercano con las autoridades regionales y locales);

iii) La elaboración de informes de los Jefes de misión (*Head of Mission*);

iv) La conducción de maniobras y declaraciones públicas (de apoyo al Colectivo, incluyendo la participación en el ejercicio de la libertad de asamblea y expresión, como en las manifestaciones del Orgullo);

v) El apoyo a casos individuales (cuando sea necesaria acción específica en casos de violaciones de los derechos de personas LGBTI);

vi) La asistencia en los tribunales y visitas a prisiones (para asegurar el respeto al debido proceso en casos de alto riesgo y evaluando la situación de las personas LGBTI detenidas);

⁹¹ Incluido en el propio documento de las Directivas.

vii) La pronunciación de diálogos políticos (dirigidos, sobre todo, a la situación de las personas del Colectivo en terceros países y en colaboración con los Procedimientos Especiales de la ONU para evaluar la situación de las personas LGBTI en dichos lugares);

viii) El apoyo a los esfuerzos e iniciativas de la sociedad civil (facilitando información o exportando modelos de protección de los derechos del Colectivo en la Unión Europea, llevando a cabo consultas sobre la promoción de los derechos humanos, promoviendo la visibilidad de organizaciones que trabajen en favor de los derechos del Colectivo o las investigaciones académicas relacionadas...);

ix) El trabajo en conjunto con mecanismos internacionales (procedentes tanto de la Unión Europea como de la ONU, del Consejo de Europa o de la OSCE y que permitan la monitorización de la situación de las personas LGBTI, y la facilitación de información sobre la situación del Colectivo en el Informe Periódico Anual del Consejo de Derechos Humanos de la ONU)

x) La visita de las misiones de la Unión Europea y los Estados Miembros en el extranjero (para fomentar la toma de contacto con instituciones locales para promover la defensa de los derechos del Colectivo).

Por último, hay que indicar que las Directrices incluyen la función del Consejo de revisión periódica de la implementación de las propuestas planteadas cada tres años, pero al presente no existe un informe oficial al respecto. Sin embargo, el Parlamento Europeo, en mayo de 2017, emitió una propuesta de resolución sobre la situación concreta de las personas LGBTI en Chechenia, en particular respecto a la persecución de hombres homosexuales o percibidos como tales que analizaremos más adelante, y a la aplicación de las Directrices del Consejo.

La *Agencia de los Derechos Fundamentales* de la Unión Europea es otro de los organismos encargados desde 2008 de llevar a cabo un seguimiento de la situación de las personas LGBTI en los países de la Unión Europea. La Agencia considera que el riesgo de discriminación y acoso sigue siendo una realidad para este colectivo. Según ella, se puede afirmar que en la actualidad la protección ofrecida por el Derecho Comunitario se reduce en gran medida, en el *caso de las personas homosexuales y bisexuales*, al ámbito de la discriminación laboral, y, *en el caso de las personas transexuales*, en lo que se

refiere a la protección sexual de la reasignación de sexo. En lo que respecta a las *personas intersexuales*, se han empezado a realizar seguimientos de su situación, pudiéndose afirmar que se están llevando a cabo progresos en el ámbito de la lucha contra las operaciones de reasignación sexual infantil.

Según el informe del Intergrupo LGBTI del Parlamento Europeo, el trabajo de la Agencia de Derechos Humanos de la UE se ha centrado en el quinto bloque de acción de la *Lista de acciones para avanzar en la igualdad de las personas LGBTI*, en concreto en el punto ocho referido a la mejora de la información disponible sobre la situación de las personas LGBTI. Para ello, la Agencia ha elaborado varios documentos, destacando, en primer lugar, un trabajo de 2015 sobre la situación de los derechos fundamentales de las personas intersexuales⁹². En dicho trabajo se denuncia la desinformación del personal sanitario sobre los derechos de las personas intersexuales, en especial de los niños; las dificultades administrativas respecto al registro del sexo en el nacimiento de los niños y niñas intersexuales; y la necesidad de eliminar los tratamientos médicos de normalización de sexo de personas intersexuales.

Por otro lado, la Agencia llevó a cabo en 2017 un trabajo fundamental sobre la situación actual de las personas migrantes LGBTI demandantes de asilo en la Unión Europea⁹³. Este trabajo constata, sobre todo, la falta de informaciones oficiales y documentos estadísticos respecto al asilo de personas refugiadas por motivos de orientación sexual e identidad de género, destacando que tan solo algunos Estados miembros cuentan con directrices nacionales a este respecto. El contacto establecido con los representantes de la sociedad civil para la elaboración de este trabajo pone sobre la mesa la falta de atención prestada a la persecución en base a estos motivos y la estereotipación que se profesa desde las instituciones oficiales encargadas de ofrecer asilo sobre las personas LGBTI. La mayoría de los Estados miembros no pueden proporcionar facilidades a las personas LGBTI y necesitan centrar sus esfuerzos en la prevención del

⁹² *The fundamental rights situation of intersex people*, Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, abril de 2015 [disponible en <https://fra.europa.eu/en/publication/2015/fundamental-rights-situation-intersex-people>].

⁹³ *Current migration situation in the EU: Lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex asylum seekers*, Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, marzo de 2017 [disponible en https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-march-2017-monthly-migration-report-focus-lgbti_en.pdf].

acoso y el abuso contra el Colectivo, además de formarse en las necesidades específicas del mismo⁹⁴.

En el año 2015, la Agencia elaboró un análisis legal comparativo sobre la situación de la protección contra la discriminación en ámbitos de orientación sexual, identidad de género y características sexuales en la Unión Europea⁹⁵, el cual consistía en una actualización de un análisis previo de 2010. Uno de los puntos más destacables de este informe es la atención especial prestada al colectivo intersexual, en lo que respecta, sobre todo, al registro del sexo de nacimiento de los niños y niñas y en los tratamientos de normalización sexual a los que se les somete a edades tempranas. El informe concluye también que, indudablemente, la legislación de la Unión Europea tiene un impacto positivo en el ámbito laboral en favor del Colectivo LGBTI, gracias a la implementación efectiva de la Directiva de Igualdad en el Empleo antes mencionada en los ordenamientos nacionales.

Por último, la Agencia se encuentra, en la actualidad, en proceso de elaboración de la *Segunda Encuesta sobre LGBTI en los países de la Unión Europea*⁹⁶, cuyo objetivo es la revisión de la situación de estas personas en comparación con las conclusiones obtenidas tras la primera encuesta llevada a cabo en 2012. Se espera que los resultados sean publicados en 2020.

⁹⁴La Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados no contempla la persecución en forma de violencia sexual y otros tipos de persecución basada en el género. Su artículo 1.A (2) define como refugiado a una persona que está fuera de su país de origen o de residencia habitual y no puede retornar al mismo porque tiene un temor fundado a sufrir persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social determinado y opiniones políticas, sin que las autoridades de su Estado puedan o quieran protegerla. No obstante, el ACNUR refiriéndose a la interpretación de la definición de refugiado contenida en la Convención de 1951, ha señalado: «Dado que ni “sexo” ni “género” aparecen como uno de los motivos enumerados en el Artículo 1 de la Convención, a veces se argumenta que las personas que experimentan persecución relacionada con género, jamás podrán tener cabida en sus términos, o que la única causal posible para tal reconocimiento siempre tendrá que ser “determinado grupo social”. La persecución puede estar relacionada con género en el sentido de que el método utilizado para lograrla está relacionado con roles de sexo o género.», en *Interpretación del artículo 1 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*, ACNUR, 2001, párrs. 29 y 30.

⁹⁵ *Protection against discrimination on grounds of sexual orientation, gender identity and sex characteristics in the EU. Comparative legal analysis. Update 2015*, Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [disponible en https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/protection_against_discrimination_legal_update_2015.pdf]

⁹⁶ Disponible en https://www.lgbtisurvey.eu/lgbti/?lang=es_ES&campaign_id=101&utm_source=shangay&utm_medium=banner_promo&utm_campaign=shangay_banner_promo_ES.

El *Tribunal de Justicia de la Unión Europea* también ha trabajado en conjunto con el resto de las instituciones en favor de la causa común de la protección de los derechos del Colectivo LGBTI. En la última década se pueden encontrar dos elementos fundamentales dentro de su jurisprudencia que merece la pena destacar: la sentencia del caso *Coman* y la reforma del Asilo.

En primer lugar, el 5 de junio de 2018, el Tribunal de Justicia en formación de Gran Sala emitió una sentencia referente al *Caso Coman*⁹⁷. En ella, se hace referencia a la pareja integrada por Adrian Coman, nacional rumano, casado con un hombre americano, a quien se le denegó desde el Gobierno Rumano el derecho de residencia en Rumania debido al no reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo en dicho Estado. El Tribunal reconoció en la mencionada sentencia el derecho de libertad de movimiento a las parejas del mismo sexo, contra el cual se atentaba al negar los derechos de reunificación familiar a la pareja. De esta manera, gracias a la sentencia del Tribunal, ha quedado establecido que el derecho a la libertad de movimiento de los ciudadanos de la UE debe ser garantizado independientemente del tipo de matrimonio o del estado civil del ciudadano en cuestión, y, por tanto, sin que su orientación o diversidad sexual puedan ser motivos de interferencia en ello.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia emitió una nota de prensa el 25 de enero de 2018⁹⁸, en la que se afirmaba que un solicitante de asilo víctima de persecución por su orientación sexual o diversidad de género nunca debe ser sometido a ningún tipo de prueba test psicológico para determinar su orientación sexual. La razón de ser de esta medida se encuentra en el respeto del derecho a la vida privada del solicitante de asilo, el cual se entiende que se ve violado por ese tipo de prácticas. Además, las pruebas de

⁹⁷ *Sentencia que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Curtea Constituțională (Tribunal Constitucional, Rumanía), mediante resolución de 29 de noviembre de 2016, recibida en el Tribunal de Justicia el 30 de diciembre de 2016, en el procedimiento entre Relu Adrian Coman, Robert Clabourn Hamilton, Asociația Accept e Inspectoratul General pentry Imigrări, Ministerul Afacerilor Interne, con intervención de: Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării, Tribunal de Justicia, 5 de junio de 2018, [disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=F0918AE9AFE1F82821099FA1374C1F85?text=&docid=202542&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=9013133>]*

⁹⁸ *An asylum seeker may not be subjected to a psychological test in order to determine his sexual orientation*, Nota de prensa No. 08/18, Tribunal de Justicia, 25 de enero de 2018 [disponible en <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-01/cp180008en.pdf>].

personalidad contravienen directamente, según el Tribunal, la *Directiva por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida*⁹⁹. Esta nota de prensa se elaboró con motivo de la negación del asilo a un nacional nigeriano en abril de 2015 por parte de las autoridades húngaras con motivo de un test psicológico que no confirmaba la homosexualidad del ciudadano en cuestión (el cual, según el afectado, estaba construido en base a prejuicios y atentaba contra sus derechos fundamentales).

En relación con el Parlamento Europeo, el Intergupo LGBTI también ha llevado a cabo un análisis sobre la actuación de propio Parlamento durante los últimos años. Destaca el esfuerzo de esta institución por expresar su apoyo para la mejora de los derechos del Colectivo LGBTI tanto dentro de los Estados miembros, como en el conjunto de la UE y en el mundo.

Se pueden percibir avances notables en diferentes áreas en las que ha intervenido el Parlamento: acción exterior, medios de comunicación, salud, educación, asilo, libre circulación, derechos del colectivo transgénero y del colectivo intersexual¹⁰⁰.

En ese sentido, el Parlamento Europeo emitió en 2017 una *Resolución sobre la situación de los hombres homosexuales o percibidos como tales en Chechenia (Rusia)*¹⁰¹, que se encuadra en el ámbito de la acción exterior del Parlamento. El objetivo de esta Resolución es condenar la persecución de las personas LGBTI o percibidas como tales por parte de las autoridades chechenas, resaltando la importancia de implementar las

⁹⁹ 2011/95/UE, Parlamento Europeo y Consejo, 13 de diciembre de 2001, [disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0095&from=en>].

¹⁰⁰ *What has the European Parliament done for LGBTI rights in 2014-2019?*, Intergupo LGBTI del Parlamento Europeo, 2019 [disponible en <http://lgbti-ep.eu/wp-content/uploads/2019/04/2019-LGBTI-Briefing-1-What-has-the-EP-done.pdf>].

¹⁰¹ *Resolución sobre la aplicación de las Directrices del Consejo en materia de personas LGBTI, en particular respecto de la persecución de hombres (percibidos como) homosexuales en Chechenia (Rusia), Parlamento Europeo, 18 de mayo de 2017* [disponible en http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0231_ES.html]

Directrices del Consejo para proteger los derechos humanos (tanto del Colectivo como de otras minorías) en esta región.

En materia de medios de comunicación, cabe resaltar la Resolución emitida por el Parlamento¹⁰² en la que se puso de manifiesto la necesidad de medidas concretas para la promoción de la igualdad de género --incluyendo la igualdad de las personas LGBTI-- en los medios de comunicación para combatir la desigualdad y la discriminación. El informe resalta los beneficios que la publicidad puede tener sobre los niños y niñas a la hora de eliminar prejuicios existentes en la sociedad actual sobre los estereotipos de género y contra las personas LGBTI.

Uno de los avances más importantes llevados a cabo por el Parlamento Europeo en este último período fue una Resolución sobre los derechos fundamentales en la Unión¹⁰³ en las que se condena, por primera vez en la historia de la Unión, las terapias de conversión sobre personas LGBTI. Además, la Resolución va más allá posicionándose en contra de los requerimientos, las esterilizaciones y las cirugías forzadas que se practican contra las personas transexuales para que estas puedan tener acceso a los diferentes sistemas sanitarios de los Estados miembros. Por esta razón, el Parlamento promueve en la mencionada Resolución la despatologización de la transexualidad y condena las operaciones de normalización genital en los niños y niñas intersexuales.

El análisis del Intergrupo se centra en el ámbito de la educación, en el cual el Parlamento Europeo ha trabajado respondiendo a la necesidad de una educación inclusiva con las personas LGBTI. En 2015, el Parlamento emitió una Resolución¹⁰⁴ en la que se invita a los Estados miembros a luchar, en conjunto con la Comisión, en contra de la homofobia y la transfobia en los sistemas educativos nacionales, incluyendo programas

¹⁰² *Resolución sobre igualdad de género en los medios de comunicación en la Unión*, Parlamento Europeo, 17 de abril de 2018 [disponible en http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0101_ES.html].

¹⁰³ *Resolución sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión en 2016*, Parlamento Europeo, 1 de marzo de 2018 [disponible en http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0056_ES.html].

¹⁰⁴ *Resolución sobre la capacitación de las jóvenes a través de la educación en la Unión Europea*, Parlamento Europeo, 9 de septiembre de 2015 [disponible en http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0312_ES.html].

de información objetiva sobre cuestiones LGBTI y luchando activamente contra la transfobia y la homofobia en el ciberacoso.

Cabe sumar también otra Resolución de Parlamento adoptada en 2016¹⁰⁵ en la que se hace referencia a necesidad de mejorar las estructuras de recepción de refugiados LGBTI. Estos, al llegar a los países de acogida, se enfrentan a situaciones de discriminación y abuso a pesar de tratarse de países considerados como «seguros» por la Comisión, lo cual se debe a la falta de mecanismos que se adapten tanto a las necesidades de refugiados que huyen de situaciones en conflicto armado como a aquellos que lo hacen por persecución de su orientación sexual y diversidad de género.

Respecto al derecho a la libre circulación, el Parlamento ha puesto de manifiesto la evidente falta de implementación de este derecho respecto a las personas LGBTI. En 2018, en el entendimiento de que el Colectivo LGBTI constituye una minoría desfavorecida, el Parlamento solicitó a la Comisión la puesta en marcha de un seguimiento activo y completo de los derechos tanto de las personas LGBTI como de las «familias arcoíris»¹⁰⁶. Además, dicha institución solicitó a la Comisión la elaboración de una directiva sobre la libertad de movimiento que pudiese asegurar el derecho de libre circulación de las personas LGBTI y sus familias.

El Parlamento Europeo igualmente durante la última década ha centrado su atención en el *colectivo transexual*. En 2015, el Parlamento emitió una Resolución¹⁰⁷ en la que se centró en la importancia de un trabajo conjunto con la Comisión para asegurar el derecho a la autodeterminación del género de las personas transexuales. Para ello, la institución considera fundamental que los Estados miembros pongan a disposición del colectivo transexual todos los mecanismos necesarios para hacer más sencilla y llevadera su transición, tanto a nivel administrativo (cambio del nombre, número de la seguridad social

¹⁰⁵ *Resolución sobre la situación de mujeres refugiadas y solicitantes de asilo en la UE*, Parlamento Europeo, 8 de marzo de 2016 [disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016IP0073&from=ES>].

¹⁰⁶ *Resolución sobre la protección y no discriminación de minorías en los Estados miembros de la Unión*, Parlamento Europeo, 7 de febrero de 2018 [disponible en http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0032_ES.html].

¹⁰⁷ *Resolución sobre la estrategia de la UE para la igualdad entre mujeres y hombres después de 2015*, Parlamento Europeo, 9 de junio de 2015 [disponible en http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0218_ES.html].

o indicadores de género en los documentos oficiales) como a nivel médico (exigiendo el fin de la patologización de las identidades transexuales).

Por último, otro de los colectivos especialmente considerados por el Parlamento es el colectivo intersexual, al cual se dirige la propuesta de Resolución más reciente de la institución en materia de LGBTI¹⁰⁸. En esta ocasión, el Parlamento se centra exclusivamente en dicho colectivo y, en especial, en el grupo de población más desfavorecido dentro del mismo: la infancia. En conjunto con el Intergrupo de los Derechos del niño, la propuesta condena la violencia y discriminación que sufren las personas intersexuales en la UE. Según el trabajo de ambos Intergrupos, únicamente dos Estados miembros de la Unión (Malta y Portugal) prohíben a fecha del informe los tratamientos y cirugías de normalización de sexo (practicadas en al menos 21 Estados miembros). Otros focos de interés de la Propuesta de Resolución tienen que ver con el acceso adecuado a información y apoyo institucional a las personas intersexuales y sus familias, así como a la creación y acceso a registros médicos y al apoyo de la Comisión a través de los fondos de la UE para fomentar la investigación científica.

¹⁰⁸ *Propuesta de Resolución sobre los derechos de las personas intersexuales*, Parlamento Europeo, 8 de febrero de 2019 [disponible en http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-8-2019-0101_ES.html]

CAPÍTULO TERCERO.

RECONOCIMIENTO DE DERECHOS LGBTI EN LOS ÁMBITOS NACIONAL Y AUTONÓMICO

1. LA BASE JURÍDICA CONSTITUCIONAL PARA LA PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS LGBTI EN ESPAÑA

Tras haber analizado el nivel de protección de los derechos del Colectivo LGBTI en el ámbito universal y regional europeo, centrándonos en la UE, se impone estudiar, aunque sea brevemente, cómo se reconocen y protegen los derechos del Colectivo en el ordenamiento interno español.

Existen diferentes fórmulas de tutela de los derechos fundamentales a nivel nacional. Esta tutela constitucional puede manifestarse como una fórmula general (abierta o cerrada) o como una enumeración de derechos (que también puede ser abierta). Por este motivo es necesario descender, en primer lugar, al texto de la Constitución Española de 1978 para averiguar si el derecho a la libertad de orientación sexual y el respeto de la diversidad de género pueden desprenderse de él¹⁰⁹.

Uno de los rasgos que caracterizan a la Constitución española de 1978, según ALVENTOSA DEL RÍO, es el lugar central en el que se coloca a la persona y la importancia que se da a la protección de sus derechos, muchos de los cuales fueron elevados a la categoría de Derechos Fundamentales tras la adopción de la misma. El cambio radical que sufrió la persona en el ordenamiento jurídico español tuvo una

¹⁰⁹ Si bien es cierto que el estudio de la evolución de los derechos del colectivo LGBTI en España suele comenzar con la democracia, es necesario advertir la existencia de dos leyes anteriores fundamentales para comprender la situación previa a la entrada en vigor de la Constitución de 1978. Por un lado, *la Ley de 15 de julio de 1954 por la que se modifican varios artículos de la Ley de Vagos y Maleantes, de 4 de agosto de 1933*, a través de la cual se catalogó a los homosexuales como una amenaza para la sana moral de España, la paz social y la tranquilidad pública, autorizando la adopción de medidas de seguridad preventivas contra ellos. En esta ley de 1933 no existía referencia alguna al colectivo homosexual, pero tras esta reforma, los homosexuales no solo se convierten en objeto de dicha Ley equiparándolos con rufianes, proxenetes y mendigos, sino que se prevén para ellos medidas como el internamiento en centros especiales en la modalidad de aislamiento. Por otro lado, *la Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social*, por la que se sustituye la Ley de Vagos y Maleantes. Esta Ley se refiere a aquellas conductas que, sin necesidad de ser delitos, suponen un riesgo para España. A pesar de que uno de los objetivos de la Ley es el de «eliminar del texto aquellos estados que hoy resultan anacrónicos o inútiles por ofrecer duda de suficiente peligrosidad» la homosexualidad no es uno de ellos (y sigue equiparándose con categorías como vagos habituales, rufianes y proxenetes, comerciantes y traficantes de pornografía, mendigos, ebrios, drogodependientes y traficantes de droga). De hecho, se prevé para quienes cometan actos homosexuales estrategias de reeducación, así como la creación de nuevos centros especializados de internamiento o la prohibición de residencia o visita a ciertos lugares y territorios. El delito empleado por esta Ley para condenar los actos homosexuales es el *escándalo público*.

repercusión positiva en el Colectivo LGBTI, aunque este no se tradujese automáticamente en una realidad.

Más allá del Preámbulo de la Constitución en el que se enuncia el compromiso de la Nación española para *promover el bien de cuantos la integran (...) y proteger a todos los españoles (...) en el ejercicio de los derechos humanos* (que indudablemente incluye a las personas LGBTI) son varias las disposiciones constitucionales que funcionan como base jurídica para el desarrollo de la legislación relativa a los derechos LGBTI.

En primer lugar, el artículo 1 de la Constitución establece el carácter superior del principio de igualdad, el cual debe ser respetado por todo el conjunto de normas del ordenamiento interno y contra el que no cabe ninguna disposición en contrario. En segundo lugar, en lo que se refiere a los derechos y deberes fundamentales, el artículo 10 de la Constitución establece como pilares del orden político y la paz social la dignidad de la persona, la inviolabilidad de sus derechos y el libre desarrollo de su personalidad. Por último, el artículo 14, base fundamental del principio de igualdad, reconoce la igualdad como un derecho de las personas, quienes no pueden ser discriminadas. En el caso de nuestro texto constitucional, la fórmula de no discriminación consiste en una lista abierta de consideraciones ejemplificativa (como ha demostrado la doctrina) entre las que no se incluye la orientación sexual o la identidad de género pero que abre la puerta a las mismas.

A la vista de lo señalado, podría afirmarse que el artículo 14 de la Constitución española recoge de manera implícita el principio de no discriminación por razón de orientación sexual o identidad de género. Dos argumentaciones que apoyan esta afirmación son, por un lado, la referencia a la discriminación por razón de sexo (la cual podría aplicarse a expresiones alternativas del sexo al binomio hombre-mujer, como la transexualidad o la intersexualidad), y, por otro lado, la fórmula final que se refiere a *cualquier otra condición o circunstancia personal o social* (en la cual, inequívocamente, puede incluirse al Colectivo LGBTI).

Otros autores como CABEZA PEREIRO y LOUSADA AROCHENA añaden a la cuestión de la tutela constitucional de la homosexualidad, además de dicho artículo 14, el artículo 18 de la Constitución, en el cual se *garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*. Sin embargo, el fundamento del artículo 14 es

considerado más sólido y relevante, ya que no se limita al ámbito de la vida privada de las personas, sino que también se ocupa de la esfera pública.

Este razonamiento permite constatar la realidad de que todos los españoles deben ser sometidos a los principios constitucionales en una situación de igualdad, que debe ser promovida por los poderes públicos que interpretan la Ley. Este es el marco constitucional dentro el cual la evolución de la protección y promoción de los derechos del Colectivo LGBTI pudo convertirse en una realidad.

2. LOS AVANCES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO ESPAÑOL

El primer avance real en materia de protección de los derechos LGBTI tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978 se produjo diez años después gracias a la modificación del Código Civil¹¹⁰. La reforma consistió en eliminar la homosexualidad como uno de los motivos causantes de la comisión del delito de escándalo público, tanto del Código Penal ordinario como del Código Penal militar. A partir de este momento, la situación de los homosexuales mejora ya que se eliminan los motivos de persecución institucional de los mismos.

La entrada de España en la Unión Europea propició numerosos cambios a nivel penal, civil y laboral en relación con el progresivo reconocimiento de los derechos LGBTI en el ordenamiento interno español.

El primer ámbito en experimentar la influencia de la entrada en las Comunidades Europeas fue el penal. La nueva reforma del Código Penal¹¹¹ cuyo objetivo era ajustar el ordenamiento interno español a los nuevos valores y principios de la sociedad española adquiridos tras la instauración del régimen democrático, otorgó mayor importancia a la tutela de los derechos fundamentales y a la integridad moral como mecanismos de desarrollo de la libertad de expresión de los ciudadanos.

¹¹⁰ LEY ORGÁNICA 5/1988, de 9 de junio, sobre modificación de los artículos 431 y 432 y derogación de los artículos 239, 566.5º, 567.1º y 3º y 577.1º del Código Penal.

¹¹¹ LEY ORGÁNICA 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

A partir de 1995 se puso en marcha una nueva regulación para proteger a las víctimas de delitos contra la libertad sexual convirtiendo la orientación sexual en un agravante de responsabilidad criminal en la comisión de delitos, a la par que lo situó al nivel de otros agravantes como la etnia, la raza o el sexo. Esta regulación también tiene en cuenta al *colectivo transexual* al referirse a la responsabilidad penal generada por aquellos que provoquen lesiones al practicar cirugías de transición no consentidas.

En esta Ley se encuentran numerosas referencias al concepto de *libertad sexual*. Los artículos como el 510¹¹² o el 515¹¹³ constituyen un ejemplo en este sentido.

La Ley Orgánica 10/1995 es fundamental para el avance en la protección contra la discriminación de las personas LGBTI, siendo complementada más adelante con nuevas reformas del Código Penal. Asimismo, cabe indicar que la Ley al referirse a los *delitos cometidos contra los derechos de los trabajadores*, dispone en su artículo 314 que

«Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la Ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a doce meses».

Este desarrollo legislativo a favor del Colectivo LGBTI se refuerza con la *concesión de ayudas económicas públicas* a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual para erradicar la situación de abandono social en la que se encuentran las personas LGBTI tras la comisión de delitos de esta índole contra ellas¹¹⁴. La ley incluye aquellos

¹¹² 1. Los que provocaren a la discriminación, al odio, o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas y otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

¹¹³ Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración: (...) 5.º Las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o inciten a ello.

¹¹⁴ LEY 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.

delitos contra la libertad sexual cometidos con o sin violencia contra las víctimas, además de promover la creación de *Oficinas de asistencia a las víctimas* para prestar atención a las mismas en los juzgados y tribunales en los que se inicien procedimientos de este tipo.

La influencia de las Comunidades Europeas en la promoción y protección de los derechos del Colectivo LGBTI en España vuelve a manifestarse en el año 2003 con la transposición de dos Directivas del Consejo¹¹⁵ a través de una Ley que introduce oficialmente la *orientación sexual* como objeto de aplicación del principio de igualdad de trato y no discriminación¹¹⁶. El artículo 27 de esta ley dispone que

«1. Este capítulo tiene por objeto establecer medidas para la aplicación real y efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación, en particular por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual, en los términos que en cada una de sus secciones se establecer».

Gracias a esta ley 62/2003 se establecen mecanismos a los que puede acudir el Colectivo LGBTI para protegerse de la discriminación --tanto directa como indirecta-- y de las prácticas de acoso. El ámbito de aplicación de la Ley se extiende a los sectores público y privado. En el ámbito laboral, por ejemplo, se contempla la introducción de medidas de acción positiva que garanticen la igualdad de los trabajadores. Se incluye una referencia al personal funcionario y estatuario de la Administración Pública, para el que también se prevén medidas de protección contra la discriminación por razón de orientación sexual.

Pero, sin duda, una de las leyes más representativas de la lucha por los derechos del Colectivo LGBTI en España hasta la fecha es la *Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*. Gracias a esta Ley no solo se amplió el derecho a contraer matrimonio a personas del mismo sexo, sino todas las disposiciones en materia de adopción, en un intento de permitir a todos los ciudadanos «desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad» independientemente de su orientación sexual.

¹¹⁵ Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE.

¹¹⁶ *Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.*

El texto de la Ley hace referencia a la «naturaleza humana» de las relaciones afectivas de pareja y del matrimonio como manifestación de estas, así como a los cambios sociales durante el último siglo que han motivado una nueva interpretación de la legislación basada en el hecho de que el matrimonio entre personas del mismo sexo nunca estuvo prohibido, sino que jamás se hizo referencia al mismo por no considerarse posible (nunca existió una traducción jurídica de tal fenómeno).

La modificación del Código Civil es un síntoma, como la propia Ley indica, de la existencia de una sociedad más *rica, plural y dinámica* en comparación con aquella que vio nacer el Código Civil español de 1889. Además, vuelve a reconocer la existencia de discriminación basada en la orientación sexual, lo cual supone un avance muy importante en la protección de los derechos del Colectivo ya que no solo se denuncia la existencia del problema, sino que se ponen en marcha medidas para su solución.

Dos años más tarde, debido a la necesidad de reafirmar el derecho a la igualdad y la no discriminación entre hombres y mujeres a través de mecanismos que promulguen la prevención de la discriminación, se elabora una nueva ley que aporta una interpretación con perspectiva de género del principio de igualdad¹¹⁷. Esta Ley supuso un avance en la consolidación del derecho a la reasignación registral del sexo en los casos de contradicción con la identidad de las personas sin procedimiento judicial previo, favoreciendo el desarrollo de los derechos de las personas transexuales mayores de edad.

El Colectivo LGBTI se verá beneficiado por esta Ley en el ámbito laboral. Por un lado, el texto reconoce la orientación sexual como uno de los motivos de acoso laboral y una de las razones por las que se manifiesta una violación de la intimidad de las personas LGBTI, siendo necesaria su protección para evitar ataques contra su dignidad. Por otro lado, hace referencia también a la relación empresa-individuo, regulando las decisiones unilaterales que provengan de la empresa y penalizando aquellas que puedan comprender motivaciones discriminatorias. Además, la ley también hace referencia a la rectificación de sexo en los registros oficiales de la Administración, facilitando los procedimientos para ello.

¹¹⁷ LEY ORGÁNICA 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Continuando con el desarrollo legislativo, en el año 2010 se aprueba una ley¹¹⁸ relacionada con el ámbito de la sexualidad y la reproducción encargada de regular aquellas prácticas que afectan directamente a la integridad física y moral de las personas, así como a la intimidad personal y familiar. Esta Ley prevé, entre sus disposiciones, una serie de prestaciones que permitan desarrollar los derechos de las personas con libertad, autonomía y en la intimidad, prohibiendo expresamente la negación del acceso a los servicios de reproducción asistida e interrupción voluntaria del embarazo a cualquier persona por razón de su orientación sexual.

La Ley 2/2010 constituye una manifestación muy importante del lugar que ocupan los derechos del Colectivo LGBTI en las cuestiones de política nacional, al destacar la responsabilidad que el Estado asume para con las personas LGBTI al exigir la promoción de políticas de protección de la salud sexual en el ámbito sanitario, educativo o social. Dichas políticas deben ser inclusivas y no pueden obviar la realidad del Colectivo.

Este mismo año se produce una nueva modificación del Código Penal a través de la cual se amplía su ámbito de aplicación¹¹⁹, para condenar, además de la discriminación por motivos de orientación sexual, los delitos motivados por la identidad sexual de la víctima. A partir de este momento el Colectivo LGBTI comienza a verse más reflejado y protegido por las estructuras del Estado, ya que supone la inclusión de las personas transexuales dentro de las minorías vulnerables que deben ser protegidas.

Cinco años más tarde, se introducen nuevas modificaciones en el Código Penal¹²⁰ para incluir las *razones de género* en los motivos de discriminación, separadamente de las *razones de sexo*. Este avance es fundamental para la lucha del Colectivo LGBTI ya que supone el reconocimiento legal de la existencia de personas cuyas características sexuales no se limitan al binomio hombre-mujer (al que se refiere con la categoría de «sexo»), sino

¹¹⁸ Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

¹¹⁹ Ley 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹²⁰ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

que contempla la posibilidad de manifestaciones intersexuales del género, ampliando la protección al colectivo intersexual.

Esta nueva reforma del Código Penal español propicia nuevos avances legislativos significativos en materia de promoción y protección de los derechos LGBTI en el marco estatal. Así, en el *ámbito penal*, el entorno militar también pasa a ser un escenario de protección de las personas LGBTI a través de una reforma que protege a los militares que son víctimas de actos de discriminación por motivos de orientación sexual¹²¹; y, en el *ámbito de la seguridad ciudadana*, el Colectivo LGBTI se ve favorecido por una Ley¹²² que limita la capacidad de intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en los procesos de identificación de personas que puedan estar implicadas en la comisión de actividades delictivas, exigiéndose el respeto al principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de, entre otras, orientación o identidad sexual.

Aunque desde el año 2015 no se ha producido ninguna nueva modificación legislativa, merece la pena destacar la existencia de una *Proposición de Ley contra la discriminación por orientación sexual, identidad o expresión de género y características sexuales, y de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales*, desarrollada por la *Federación Estatal de Lesbianas, Gais, Trans y Bisexuales* (FELGTB) y aprobada por el Congreso de los Diputados el 12 de mayo de 2017.

Esta Proposición de Ley que no pudo traducirse oficialmente en la ya conocida como *Ley de Igualdad LGBTI* por la disolución anticipada de las Cortes, proponía medidas de prevención y protección de los derechos LGBTI en todos los ámbitos de la vida: salud, familia, justicia, violencia intragénero, educación, trabajo, infancia...¹²³.

Una de las medidas más importantes que pretendía introducir esta Proposición de Ley era la creación de una *Agencia Estatal contra la discriminación por orientación sexual, identidad de género, expresión de género y características sexuales* con personalidad

¹²¹ Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar.

¹²² Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

¹²³ Cabe analizar brevemente la Proposición de Ley, si bien no llegó a ponerse en marcha, en vistas de que en los últimos días se han producido pronunciamientos en el Parlamento español sobre la recuperación del proyecto de una Ley de Igualdad LGBTI estatal.

jurídica propia y capacidad tanto pública y privada en todo el ámbito nacional. Esta Agencia, independiente del resto de Administraciones públicas, sería responsable de velar por que todas las Administraciones respeten los derechos de las personas LGBTI, garantizando la no discriminación de estas. Además, al margen de la Agencia, la Proposición de Ley proponía la creación de una *Comisión interministerial de las políticas LGBTI* para impulsar, coordinar y participar en la ejecución de políticas LGBTI.

Más allá de la puesta en marcha de medidas como permitir el acceso a las técnicas de reproducción asistida en centros públicos a personas transexuales, el reconocimiento de los derechos previstos por las leyes de violencia de género a víctimas de violencia intragénero o la introducción de un enfoque LGBTI en la educación, la Proposición de Ley valoró la creación de un *Centro Nacional de Memoria Histórica LGBTI*, coordinado por el Sistema Español de Bibliotecas y la Fimoteca Nacional, con el objetivo de impulsar y fomentar la recuperación de la Memoria Histórica LGBTI en España.

3. LOS DERECHOS DEL COLECTIVO LGBTI EN EL MARCO AUTONÓMICO CON PARTICULAR REFERENCIA A LA COMUNIDAD DE MADRID

En el Estado español, los Estatutos de Autonomía permiten la regulación autonómica de algunos derechos fundamentales, como ha demostrado la práctica. Esto es lo que propició que previamente a la aprobación de la Ley estatal sobre el matrimonio igualitario, algunas CCAA ya hubieran reconocido la equivalencia entre parejas heterosexuales casadas y parejas homosexuales.

La ausencia de una Ley estatal común a todo el territorio ha generado un desarrollo desigual de los Derechos LGBTI en España. De este modo, encontramos que existen cinco Comunidades Autónomas que no cuentan con legislación referente al Colectivo (Asturias, Cantabria, Castilla y León, Castilla-La Mancha y La Rioja, junto con las dos ciudades autónomas de Ceuta y Melilla), frente a una Comunidad Autónoma que cuenta con una Ley Trans (Canarias), cuatro Comunidades Autónomas que cuentan con una Ley LGBTI (Cataluña, Extremadura, Galicia y Murcia) y seis Comunidades cuya legislación ha alcanzado el punto de desarrollo máximo hasta la fecha al contar tanto con una Ley LGBTI como con una Ley Trans (Andalucía, Aragón, Baleares, Comunidad de Madrid, Comunidad Valenciana y Navarra).

La Comunidad de Madrid es uno de los actores españoles que más activamente han desarrollado políticas integrales en favor de la protección e integración de las personas LGBTI. Una de las medidas pioneras fue la creación en 2002 del *Programa Madrileño de Información y Atención LGTBI*, a través del cual se ofrece un servicio de atención especializada a personas LGBTI y a su entorno, además de una formación dirigida tanto a profesionales como al conjunto de la población. Este programa cuenta con una conexión directa con el ámbito europeo al estar financiado al 50 por ciento por el *Fondo Social Europeo*.

La normativa autonómica madrileña referente al Colectivo LGBTI fue aprobada en el año 2016 como resultado de un trabajo conjunto entre la Administración Pública, los Grupos Parlamentarios de la Asamblea de Madrid y la sociedad civil, que contribuyó tanto desde asociaciones como desde plataformas y fundaciones LGBTI.

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* presta especial atención al colectivo transexual. En lo que respecta a la *salud*, uno de los principales ámbitos de aplicación de la Ley, establece medidas como la obligación de adaptación de las tarjetas sanitarias a las demandas de modificación acordes al género de todos los ciudadanos o la eliminación de los requisitos discriminatorios --como la valoración psiquiátrica-- para poder disfrutar de las prestaciones sanitarias para personas transexuales. La Ley prevé también la creación de *Unidades de Identidad de Género (UIG)* en los servicios sanitarios de la Comunidad de Madrid que podrán encargarse de practicar intervenciones quirúrgicas genitales, así como de investigar en especialidades médicas relacionadas con la transexualidad. En cuanto a la *educación*, propone cambios en los programas académicos, así como la adopción de un *Protocolo de atención educativa a la identidad de género* para completar la formación del personal docente y adaptar los servicios de atención en los centros educativos. Asimismo, incluye disposiciones referentes al ámbito laboral, social, familiar, cultural y deportivo, policial y administrativo.

Hay que añadir también que la Ley Trans hace referencia a los *menores y mayores transexuales*, a quienes considera un colectivo especialmente vulnerable que necesita ser atendido y protegido. Algunas de las medidas propuestas para luchar contra la transfobia consisten en políticas de integración, programas y campañas de sensibilización dirigidas tanto al personal funcionario de las Administraciones Públicas como al público general o

la realización de actividades que permitan el desarrollo de las personas transexuales como colectivo para elevar su propia autoestima y dignidad.

Por su parte, la *Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra la LGBTIfobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid*¹²⁴, de forma más amplia se refiere a todos los individuos del Colectivo LGBTI, garantizando los derechos de todas las personas en la Comunidad a través de un marco normativo en el que la discriminación por razón de orientación sexual, identidad de género o expresión de género no sea posible. Una de las medidas fundamentales que plantea esta Ley es la creación del *Consejo LGBTI de la Comunidad de Madrid* con estatuto de órgano consultivo de las Administraciones de la Comunidad de Madrid para aumentar la capacidad de participación política de la ciudadanía.

Al igual que la Ley anterior, presta especial atención a los colectivos más desfavorecidos, en particular los menores de edad y los mayores LGBTI. Prevé también medidas de acción positiva y acciones formativas y divulgativas para impulsar políticas de igualdad de trato y garantizar la vida en condiciones de completa igualdad sin riesgo de discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género.

Siguiendo la línea de la ya mencionada Proposición de Ley de Igualdad LGBTI nacional, la Ley que comentamos crea el *Centro de Documentación y de Memoria Histórica LGBTI de la Comunidad de Madrid*.

Asimismo, en el *ámbito educativo*, propone un *Plan integral sobre educación y diversidad* a través del cual se ayude a combatir el acoso y favorecer la visibilidad de las personas LGBTI en los centros educativos. En el *ámbito sanitario*, se plantea la inclusión expresa del Colectivo LGBTI en las campañas de protección frente a enfermedades de transmisión sexual y la mejora de las prestaciones sanitarias para mujeres lesbianas, bisexuales, transexuales y sus parejas (además de la formación de los profesionales sanitarios). Los ámbitos laboral, de ocio, cultural, turístico y deportivo son también objeto de medidas de atención.

¹²⁴ Esta Ley se apoya tanto en la Constitución Española como el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid y en algunos instrumentos internacionales como los Principios de Yogyakarta o la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Por último, siendo la Comunidad de Madrid una región de acogida de extranjeros, la presente Ley incorpora medidas de atención y apoyo a extranjeros LGBTI además de la puesta en marcha de planes y estrategias que reconozcan la diversidad sexual y de género de inmigrantes, solicitantes de asilo y refugiados. Además, plantean diferentes protocolos y medidas de apoyo a las víctimas de agresiones y delitos de odio.

CONCLUSIONES

A la vista del examen realizado a lo largo de los tres capítulos de nuestro TFM podemos extraer las conclusiones que detallamos a continuación:

1.- La primera de ellas es que, sin duda, los derechos LGBTI constituyen un punto importante de acción de la agenda internacional. Prueba de ello son los proyectos onusianos tan ambiciosos como la Agenda 2030, cuyo éxito exige tener en cuenta al Colectivo LGBTI; y la acción de la Unión Europea a través de sus instituciones --especialmente el Parlamento Europeo-- y todas las iniciativas puestas en marcha que intentan alcanzar todos los ámbitos de la vida de sus ciudadanos.

2.- En el ámbito nacional, los progresos también son indudables. Si bien es cierto que en los últimos tiempos se advierte cómo las ideologías más tradicionales están volviendo a emerger, es cierto también que no se prevé un retroceso en los avances ya conseguidos. Por el contrario, se espera una movilización más unificada de las ciudadanías en favor de los avances en materia de igualdad y tolerancia.

3.- Centrándonos sobre en cuál de los niveles analizados --universal, regional o nacional/local-- el Colectivo LGBTI se encuentra más protegido, no cabe duda de que figuras como el *Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género* desempeñarán una función clave para la tutela de los derechos LGBTI en el seno de la ONU. Su trabajo conjunto con los organismos de derechos humanos, especialmente el *Comité de Derechos Humanos*, podrán lograr avances significativos en la situación global del objeto del presente estudio.

No obstante, me atrevería a afirmar que, aun reconociendo lo anterior, el nivel más importante de protección de estos derechos es el que ofrecen Organizaciones Internacionales como la *Unión Europea*, gracias a su modelo de integración de reducida heterogeneidad de los Estados que la integran (pese a las diferencias que pueden observarse entre los países del centro de la Unión y su periferia en cuanto a desarrollo de derechos humanos se refiere). La capacidad de las Instituciones para adoptar reglamentos y directivas que transformen las realidades sociales de sus Estados miembros es una de las herramientas más poderosas que, a día de hoy, el Colectivo LGBTI puede emplear para su lucha. Y no solo supone un elemento crucial a nivel europeo, sino de cara a toda

la sociedad internacional, la cual podrá apoyarse en los avances que la Unión Europea lleve a cabo para «prender la llama» del cambio en el resto de Estados de planeta.

En todos aquellos lugares del mundo donde los modelos de cooperación no se han desarrollado en la dirección que lo ha hecho la Unión Europea, la responsabilidad de la tutela de los derechos humanos y del Colectivo LGBTI es absolutamente estatal. En estos casos, dependerá del trabajo de sus propias estructuras y de los movimientos que ejerzan presión sobre sus Instituciones que la evolución de la protección de los derechos del Colectivo camine en la dirección deseada. Esto no quiere decir que la lucha para ellos deba ser en solitario. El resto de la Comunidad internacional tiene un compromiso para con aquellos Estados en los que el nivel de protección es más débil o no existe. Algunas Organizaciones como la Unión Europea lo ponen de manifiesto a través de su acción exterior y el trabajo de sus delegaciones para promover la filosofía de la tolerancia y la inclusividad más allá de sus fronteras.

4.- Al observar la evolución de la cuestión en España, a priori podríamos notar un matiz amargo en el progreso de los derechos LGBTI, ya que las últimas iniciativas legislativas se produjeron hace varios años y las propuestas más recientes no han alcanzado el apoyo suficiente como para ser puestas en marcha a tiempo. Sin embargo, al descender un nivel más, las leyes LGBTI y Trans que las comunidades autónomas no han dejado de aprobar, al margen de los ritmos evolutivos de las Cortes Generales, muestra la imparable e implacable actividad de la sociedad civil. Ya son pocas las CCAA que no se han hecho cargo de esta cuestión y han incluido en sus agendas este ámbito de la protección de los derechos humanos del Colectivo. Sin embargo, continúa siendo necesario coordinar los esfuerzos con el nivel estatal para poder dar pasos que nos lleven más lejos.

5.- Por último, el Derecho Internacional es uno de los mayores aliados con los que el Colectivo LGBTI cuenta en la actualidad. Funcionando como catalizador del movimiento internacional, ha sido capaz de ofrecer estructuras que mejoren la situación de las personas lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, intersexuales y demás minorías en numerosos lugares del mundo. Pero no es suficiente. El ordenamiento jurídico internacional debe seguir avanzando más allá de lo conseguido hasta ahora.

Desgraciadamente, bien entrado el siglo XXI, seguimos viendo como hay Estados que aprueban leyes homófobas y transfobas; o como cada vez son más numerosas las personas

que, exista o no una situación de conflicto armado en sus países de origen, son perseguidas por razón de su orientación sexual, identidad o expresión de género o por sus características sexuales. Frente a esta situación se impone que los Estados aumenten su compromiso con el Derecho Internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tenemos la obligación de llegar a todos aquellos lugares donde solo llega la desgracia, y, además, adelantarnos a ella.

Ahora que parece que hay actores que tratan de debilitar con fuerza las estructuras que tantos años nos ha costado construir es cuando debemos reforzar la acción conjunta internacional. No se puede permitir dar ni un solo paso atrás, y es necesario tener siempre presente el compromiso que, como Humanidad, adquirimos al apoyar la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Contamos con los medios y hemos introducido vías suficientes para que la igualdad deje de ser una utopía; lo único que falta es actuar como Comunidad y romper definitivamente con las tradiciones y prácticas que someten a partes de nuestra sociedad sin ningún tipo de justificación ni coherencia.

Hace exactamente 50 años que el abuso y la humillación dejaron de tolerarse y se les plantó cara. Es sobrecogedor ver todos los progresos que se han conseguido en medio siglo y cómo se ha honrado a los antepasados de la Comunidad LGBTI (incluso a quienes nunca llegaron a ser conscientes de que tenían toda una red de apoyos a sus espaldas). Pero no es suficiente. Queda mucho trabajo por hacer, muchas manifestaciones a las que acudir y mucho odio que combatir. La buena noticia es que solo hace falta echar un vistazo alrededor y observar la sociedad actual (tanto la integrada por personas LGBTI como la que ha hecho suya la causa aún sin formar parte directa de ella). No solo no pensamos tirar la toalla, sino que estamos preparadas para contraatacar, reclamando el respeto y garantía de los derechos del Colectivo LGBTI ante las oleadas de odio y discriminación que puedan venir.

BIBLIOGRAFÍA

Libros:

ALVENTOSA DEL RÍO, J.: *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el derecho español*, Madrid, Catálogo general de publicaciones oficiales, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2014.

CABEZA PEREIRO, J., LOUSADA AROCHENA, J.F.: *El derecho fundamental a la no discriminación por orientación sexual e identidad de género en la relación laboral*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2014.

CALVO BOROBIA, K.: *¿Revolución o reforma? La transformación de la identidad política del movimiento LGTB en España, 1970-2005*, Madrid, Politeya, Estudios de Política y Sociedad, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2017.

CUESTA LÓPEZ, V., SANTANA VEGA, D.M.: *Estado de derecho y discriminación por razón de género, orientación e identidad sexual*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2014.

M. AYOUB. P, PATERNOTTE, D.: *LGBT activism and the making of Europe. A Rainbow Europe?*, Inglaterra, Gender and Politics Series, Palgrave Macmillan, 2014.

PEÑA DÍAZ, F.: *La lucha que no cesa. Los derechos del Colectivo LGBTI como derechos humanos*, Valencia, Monografías, Tirant lo Blanch, 2018.

RIVAS VAÑÓ, A.: *LGBTI en Europa: La construcción Jurídica de la Diversidad*, Valencia, Monografías, Tirant lo Blanch, 2019.

Artículos web:

AMNISTÍA INTERNACIONAL: «La Asamblea General aborda la orientación sexual y la identidad de género en una reafirmación de la promesa de la Declaración Universal de Derechos Humanos». *Amnistía Internacional España*, 12 de diciembre de 2008. Recuperado de <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/la-asamblea-general-aborda-la-orientacion-sexual-y->

la-identidad-de-genero-en-una-reafirmacion-de-la/ [última consulta 13 de mayo de 2019].

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE LESBIANAS, GAYS, BISEXUALES, TRANS E INTERSEX: «Una delegación de la ILGA presente en Nueva York». *ILGA Archivos, Política*, 20 de diciembre de 2008. Recuperado de https://web.archive.org/web/20091029225414/http://www.ilga.org/news_results_b.asp?LanguageID=1&FileCategoryID=44&ZoneID=7&FileID=1216 [última consulta 26 de marzo de 2019].

COMUNIDAD DE MADRID: «LGBTI Comunidad de Madrid», *sitio web oficial*. Recuperado de <http://www.comunidad.madrid/servicios/asuntos-sociales/LGBTI-comunidad-madrid> [última consulta 27 de junio de 2019].

FERNANDEZ, I.: «Situación de los derechos LGBTI en España: Legislación aplicable», *Informativo Jurídico*, diciembre de 2016. Recuperado de <https://informativojuridico.com/situacion-de-los-derechos-LGBTI-en-espana-legislacion-aplicable-2/> [última consulta 18 de junio de 2019].

GONZÁLEZ, M.: «El Congreso blindará los derechos de las personas LGBTI con una ley estatal», *El País*, 27 de junio de 2019. Recuperado de https://elpais.com/politica/2019/06/26/actualidad/1561565785_705434.html [última consulta 27 de junio de 2019].

HUMAN RIGHTS WATCH: «ONU: La Asamblea General abordará la orientación sexual y la identidad de género», *Human Rights Watch Noticias*, 11 de diciembre de 2008. Recuperado de <https://www.hrw.org/es/news/2008/12/11/onu-la-asamblea-general-abordara-la-orientacion-sexual-y-la-identidad-de-genero> [última consulta 13 de mayo de 2019].

REGUERO, P.: «El congreso tramitará la Ley de Igualdad LGBTI», *El Salto*, 19 de septiembre de 2017. Recuperado de <https://www.elsaltodiario.com/LGBTIq/ley-igualdad-LGBTI-congreso-debate> [última consulta 27 de junio de 2019].

SECRETARÍA GENERAL DE CAPACITACIÓN Y JURISPRUDENCIA: «*Jurisprudencia: Toonen v. Australia*», *Ministerio de la Defensa, República Argentina*. Recuperado de <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/DispForm.aspx?ID=1876&sou>

rce=<https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/jurisprudencia/forms/voces.aspx?voces=C%C3%93DIGO%20PENAL> [última consulta 15 de mayo de 2019].