

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS LGTBI

ISBN: 978-84-1313-909-8

FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA
ASCENSIÓN ELVIRA PERALES
ANTONIO ARROYO GIL
(Directores)

Comentario de:
Dra. Yolanda Gómez Sánchez
Catedrática de Derecho Constitucional. UNED
Catedrática Jean Monnet, *ad personam*.

Sumario. 1. Objeto y metodología del comentario. 2. Aspectos terminológicos y conceptuales. 3. Comentario a la parte primera. 4. Comentario a la parte segunda. 5. Conclusiones

1. Objeto del comentario

Estas breves reflexiones tienen por objeto comentar el libro “*La protección de los derechos fundamentales de las personas LGTBI*”, dirigido por Francisco Javier Matia Portilla, Ascensión Elvira Perales y Antonio Arroyo Gil, publicado en el marco del Proyecto estatal *España ante Europa: retos nacionales en materia de derechos fundamentales* (DER2016-75993-P).

Debe reseñarse, en primer lugar, que la realización de acciones de evaluación *ex post* de resultados de proyectos de investigación, distintas de las que puedan realizar las propias instituciones y agencias concesionarias de la financiación, demuestran por sí mismas la aplicación de una metodología investigadora depurada que debe ser muy destacada y valorada. Cabe felicitar tanto a los directores como a todos los autores por sus contribuciones fundamentadas y rigurosas.

Las reivindicaciones de las personas LGTBI de no sufrir discriminación por razón de su identidad y orientación sexual comenzó hace años, pero fue a partir de la década de 2000 donde las iniciativas concretas emergieron con más intensidad, tanto en el ámbito internacional como en el específico ámbito de la

Unión Europea y de algunos Estados ; desde entonces, el reconocimiento y tutela de los derechos de las personas LGTBI ha estado permanentemente en la agenda, tanto de las organizaciones internacionales, como de un número significativo de Estados. Sin embargo, quedan importantes problemas por resolver como se expone en este libro. Por otro lado, las iniciativas y medidas no se refieren a los mismos derechos ni involucran a todas las personas LGTBI, ni estas formulan las mismas demandas, todo lo cual debe ser tomado en consideración para la regulación de esta materia.

El tema transversalmente tratado en el libro -los derechos fundamentales de las personas LGTBI- es de gran relevancia jurídica en estos momentos por diversos motivos¹. Señalaré solo tres de ellos: a) la necesidad de que el Estado democrático extienda el reconocimiento y ejercicio de los derechos fundamentales a toda persona; b) los no pocos problemas jurídicos que presentan algunas reivindicaciones de colectivos determinados para su incorporación al ordenamiento jurídico; y c) la pluralidad de significados que se atribuyen a conceptos específicos o, incluso, el uso impropio de estos, lo que dificulta extraordinariamente el análisis jurídico y también la adopción de decisiones políticas.

El actual Estado social y democrático de derecho postula la integración de todas las personas con el mayor respeto posible a su diversidad. Así, pues, el actual sistema de derechos, no solo español, sino europeo y supraeuropeo está formado por un elenco de derechos que se han ido incorporando a los ordenamientos jurídicos secuencialmente, progresivamente, con la peculiaridad de que la incorporación de nuevos derechos y de nuevos sujetos como titulares de esos derechos no se ha producido expulsando del ordenamiento otros derechos anteriores ni, por supuesto, en perjuicio de los derechos de otras personas. El objetivo de todo catálogo de derechos es expandir su contenido y su eficacia. Por tanto, es contrario a la propia naturaleza de los derechos la eliminación o anulación de unos y su sustitución por otros. Por ello, las reivindicaciones de las personas LGTBI deben integrarse en el ordenamiento jurídico sin menoscabo de los derechos ya reconocidos a otras personas y colectivos, especialmente sin mengua de los derechos de las mujeres cuya lucha por la igualdad de derechos

¹ Estas reflexiones se enmarcan en un trabajo más amplio que, con el título *Gender Equality in Spain*, se publicará en la obra colectiva *Encyclopedia of Contemporary Constitutionalism*, Springer, 2021.

con los hombres constituye un hito histórico. Ese es el reto que el ordenamiento debe afrontar y resolver.

El análisis sobre los derechos fundamentales de las personas LGTBI requiere, a mi juicio, que se distinga entre: a) la titularidad de los derechos; b) la eliminación de obstáculos que impidan el libre ejercicio de los mismos; y c) el reconocimiento, en su caso, de nuevos derechos, o la redefinición del contenido de alguno de ellos, para completar o adaptar el sistema de derechos a las demandas de esos grupos y personas.

Lo primero tiene un respaldo generalizado en numerosísimos países (la mayoría de los que integran la Unión Europea), en la propia Unión Europea y en el Derecho internacional, como se explica detalladamente en la primera parte del libro. De igual manera y de forma progresiva, también los ordenamientos jurídicos se van adaptando a las singularidades de personas y grupos, removiendo los obstáculos para el libre ejercicio de los derechos. Sin embargo, el reconocimiento de nuevos derechos o la redefinición de su contenido esencial para grupos concretos es asunto mucho más complejo, sobre todo si afectan a los derechos de otros o a la seguridad jurídica² y, en su caso, su regulación requerirá especial atención.

2. El problema terminológico y conceptual

Como se ha indicado antes, uno de los motivos relevantes en el análisis de los derechos fundamentales de las personas LGTBI se refiere a la propia terminología y a los conceptos en los que se apoyan gran parte de sus demandas. La heterogeneidad del propio colectivo LGTBI, que puede requerir un tratamiento jurídico distinto para cada uno de los grupos específicos (gais, lesbianas, transexuales, bisexuales e intersexuales) y la apertura del propio colectivo a otros grupos (por ejemplo, los *queers* que rechazan el binarismo “hombre/mujer” pero también el de “homosexual/heterosexual”), obligan a realizar un análisis diferenciado en múltiples aspectos, lo cual es contradictorio con lo que parece ser un colectivo homogéneo con unas reivindicaciones igualmente uniformes. A ello se une que, frecuentemente, el lenguaje no cumple

² María Luisa Balaguer Callejón ha señalado, acertadamente, diversos problemas jurídicos que se pueden presentar en relación con la seguridad jurídica en diversos foros y documentos inéditos.

su misión de comunicar, sino que confunde, por utilizarse términos y conceptos equívocos o por el uso impropio de esos términos o expresiones.

Ni el Derecho internacional, ni el Derecho de la Unión Europea ni el de los Estados han ayudado en la clarificación de conceptos esenciales para abordar los derechos de las personas LGTBI. La terminología utilizada es dispar y, frecuentemente, el mismo término o expresión tiene significados diferentes según la naturaleza del documento o el centro de producción del mismo. Uno de los problemas terminológico y conceptual de mayor calado es el que se refiere al uso del término *género* y conceptos que lo incorporan, por ejemplo, *expresión de género* o *identidad de género*³ como sinónimo de *autodeterminación sexual* o *identidad sexual*, por ejemplo.

Hay que recordar que el uso del término *género* se generalizó para describir la diferente posición y roles sociales de la mujer en relación con el hombre en el contexto de la reivindicación de la igualdad de mujeres y hombres y del desarrollo de las teorías feministas. Se trata, pues, de un *constructo cultural* que representa la desigualdad estructural de la sociedad a través de la asignación de roles con *diferente valor* a hombres y mujeres. El sexo, sin embargo, representa la diferenciación biológica de la especie. Sin embargo, un uso equívoco, a veces, intencionado, del término *género* ha provocado cambios conceptuales que afectan a la esencia misma del sistema de derechos. Tal es así, que, actualmente, el término *género* y las expresiones que lo contienen, como *identidad de género* o *expresión de género*⁴, aluden a una diversidad sexual, a veces contraria al sexo de nacimiento. De igual manera, se percibe el uso como sinónimos de los términos *transexual* y *transgénero*, incluso en resoluciones de Comités internacionales⁵, cuando son conceptos que representan realidades muy diferentes. Bien es cierto, que este uso equívoco de términos y expresiones no

³ Rosa María Rodríguez Magda, defiende evitar el término género. *La mujer molesta: feminismos postgénero y transidentidad sexual*. Ménades, Madrid, 2019.

⁴ Esta última designa la apariencia externa de la identidad de género, que puede expresarse en el comportamiento o la vestimenta y que puede o no ajustarse a comportamientos y características atribuidos socialmente a hombres y mujeres.

⁵ En la propia obra, se puede percibir este uso impropio o equívoco de términos y expresiones en documentos internacionales, por ejemplo, cuando se citan dictámenes y resoluciones de organismos internacionales como el Comité de Derechos Humanos, y se describen casos de mujeres transgénero que, sin embargo, por los datos son mujeres transexuales, por haberse ya sometido a intervención quirúrgica.

afecta por igual a todos los grupos de personas LGTBI, sino que es más frecuente en las demandas de las personas trans y bisexuales que en las personas homosexuales.

Todo lo anterior, debe alertarnos sobre la necesidad de aplicar una metodología correcta en el análisis de los textos y políticas relativas a los derechos de las personas LGTBI para evitar caer en una confusión terminológica de difícil solución, cuando no en un artificio terminológico deliberado sin base alguna.

El libro que comentamos aborda el análisis de los derechos fundamentales de las personas LGTBI a partir de los documentos existentes, sean normativos o de otra naturaleza, y, por tanto, dicho análisis ha debido coexistir con la confusión terminológica a la que he aludido anteriormente. El uso dispar de términos y conceptos dificulta mucho el análisis y el conocimiento real, tanto de las reivindicaciones de algunos grupos como de las posibilidades del ordenamiento jurídico por integrarlas.

En la primera parte de la obra que comentamos, se aprecia con bastante nitidez cómo en el ámbito del Derecho internacional y del Derecho de la Unión Europea se han consolidado algunas expresiones equívocas como la ya citada *identidad de género* (por ejemplo, en la propia denominación del *Experto Independiente sobre orientación sexual e identidad de género*, entre otros casos), como se cita en el capítulo redactado por Ignacio Álvarez Rodríguez.

Anna Lorenzetti, María Diaz Greco y Antonio Arroyo Gil, en sus respectivos capítulos, mencionan los Principios de Yogyakarta (2007), documento de gran influencia en la doctrina sobre los derechos de las personas LGTBI y en el que se contienen las definiciones de *orientación sexual e identidad de género*⁶. Con

⁶ Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género, 2007. <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opensslpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2>

ENTENDIENDO que 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 de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas;

ENTENDIENDO que 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

relación a esta última, la definición incorporada en los *Principios* es, en mi opinión, equívoca, sino sencillamente errónea, por cuanto el género no es una identidad, sino, como ya se indicó, un constructo cultural. La definición de *identidad de género* contenida en los *Principios de Yogyakarta* debería corresponderse realmente con la expresión *identidad sexual*, estableciéndose así la diferencia entre *orientación sexual* e *identidad sexual* y no entre *orientación sexual* e *identidad de género*, donde el *género* deja de describir la diferente atribución de roles y posición dentro de la sociedad de mujeres y hombres para pasar a describir un sentimiento u opción de imposible evaluación externa y difícil acomodo jurídico si es que se pretende que de dicha definición nazcan efectos jurídicos. De cualquier modo, el uso de las expresiones *identidad de género* o *expresión de género* se han extendido extraordinariamente y en la actualidad se encuentran citadas en otros muchos documentos y han tenido acogida también por un sector doctrinal, lo que debe tomarse en consideración para la interpretación de este asunto.

El avance real en los derechos de las personas LGTBI debe partir, en mi opinión, de una total clarificación conceptual ampliamente aceptadas. Sólo así se puede avanzar en la determinación del ámbito de discriminación, en su caso, y en la eliminación de los obstáculos que impidan a las personas LGTBI el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales.

1. Comentario a la parte primera

Como se indica en la presentación del propio libro, la primera parte del mismo “examina la protección de los derechos fundamentales de las personas LGTBI en perspectiva internacional y comparada”, con capítulos dedicados a la ONU (de Ignacio Álvarez Rodríguez) a la Unión Europea (de José Díaz Lafuente), al Consejo de Europa (de Francisco Ruiz-Risueño Montoya) y a la situación en diversos Estados, en concreto Italia, Francia y Alemania (de Anna Lorenzetti), que muestran muy fielmente las diversas iniciativas en estas organizaciones internacionales y en los Estados analizados.

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; ...

Como se expone en el capítulo redactado por Ignacio Álvarez Rodríguez, los documentos internacionales dan un tratamiento conjunto y uniforme a las demandas de las personas LGTBI cuando, en realidad y como se ha indicado antes, las reivindicaciones de cada uno de estos grupos suelen presentar diferencias notables que requerirían, en su caso, medidas legislativas y políticas diferenciadas. Estoy de acuerdo, por tanto, con la puntualización de Anna Lorenzetti cuando afirma, al comienzo del capítulo del que es autora, que la “misma expresión *personas LGBTI* requeriría una serie de especificaciones, ya que cada vez más recientemente se pone en duda su actualidad y exactitud”⁷.

También se aprecia en el ámbito internacional una lógica evolución en los ámbitos de protección y de reconocimiento de derechos; los primeros documentos se centraron en la derogación de penas y el cese de tratos inhumanos y contrarios a los derechos humanos (penas de muerte u otras infamantes y a la prohibición de las relaciones homosexuales), mientras que, en mi opinión, actualmente las demandas se centran mucho más en alcanzar derechos específicos (civiles y sociales) y en conquistar el espacio público.

El análisis de José Díaz Lafuente sobre la situación en la Unión Europea muestra los intentos de la Unión por eliminar causas de discriminación entre los ciudadanos europeos, en el marco de sus competencias, pero también las discrepancias de algunos socios en relación con los derechos de las personas LGTBI. En el ámbito de la UE creo que debe también señalarse que, como en otros casos, se hace uso de términos y expresiones equivocadas e, incluso, que en algunos documentos recientes se utiliza una metodología inapropiada para mostrar estadísticas y datos sobre la discriminación de las personas LGTBI⁸, como sucede en el documento *Una Unión de igualdad: Estrategia para la igualdad de las personas LGBTIQ 2020-2025. Construir una Unión en la que cada uno pueda ser como quiera*⁹. También es reseñable que en este documento de la UE se ha incluido la “Q”, por tanto, se amplía la diversidad del colectivo LGTBI a las personas *queers*, que presentan demandas totalmente diversas a las

⁷ Pág. 195.

⁸ Así, por ejemplo, la medición de la discriminación se basa en el propio sentimiento de la persona LGTBI encuestada, mientras que otras personas son preguntadas por sus *opiniones* sobre si las personas LGTBI sufren o no discriminación.

⁹ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_2068. Última consulta, 12.12.2020. Este documento fue presentado el 12 de noviembre de 2020.

de otros grupos, con la consiguiente repercusión jurídica que deberá ser atendida de manera específica.

Los derechos de las personas LGBT en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de Francisco M. Ruiz-Risueño Montoya, aborda un estudio jurisprudencial de gran interés, en especial, algunas resoluciones como las relativas a la transexualidad y filiación. Este capítulo, por su propio contenido y metodología, he permitido diferenciar mejor las diversas situaciones y derechos en su caso demandados por personas pertenecientes a diferentes grupos dentro del colectivo LGTBI. También la selección de algunos temas concretos en el capítulo de Anna Lorenzetti, *Los derechos fundamentales de las personas LGTBI desde la perspectiva comparada: Italia, Francia, Alemania*, resulta muy adecuada y permite tener una visión de cómo se regulan dicha selección de temas en estos países, aunque ello no agote totalmente la materia objeto de estudio.

2. Comentario a la parte segunda

En la segunda parte de la obra se analizan temas más específicos como la discriminación por orientación sexual (por María Díaz Crego), el discurso del odio contra las minorías sexuales (por Miguel Ángel Presno Linera), el registro y la filiación de las parejas LGTBI (por Pilar Benavente), la maternidad subrogada (por Francisco Javier Matia Portilla) y la intersexualidad (por Antonio Arroyo Gil).

Como la primera, la segunda parte de la obra, presenta un alto nivel de análisis jurídico y los temas seleccionados son todos ellos de interés. El primero de los capítulos, *Los derechos del colectivo homosexual en España: de la despenalización de la homosexualidad al respeto de la diversidad afectivo sexual* (de María Díaz Greco), aborda las transformaciones operadas en el Derecho español, con otras referencias internacionales, desde la penalización (y posterior despenalización) de la homosexualidad a la introducción de tipos penales antidiscriminatorios. La Ley 16/1970, de 4 de agosto, de Peligrosidad y Rehabilitación Social, consideraba un “estado peligroso” la realización de “actos de homosexualidad”, como señala la autora y, la reforma de esta Ley el 26 de diciembre de 1978, representó un hito en los derechos de los homosexuales en España al eliminar tan tipificación. La Ley 16/1970, fue totalmente derogada por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal que, como

también se indica en estas páginas, modificó sustancialmente la situación con la inclusión de tipos penales encaminados a la protección de las personas homosexuales.

En el capítulo *El discurso del odio contra las minorías sexuales: respuestas penales y administrativas* (de Miguel Ángel Presno Linera), se expone, con apoyo en abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del TEDH, tanto el alcance del concepto discurso del odio como los casos a los que se aplica en relación con la *orientación o identidad sexual*. En este caso, con un uso más certero terminológico y conceptual. Se citan igualmente la numerosísima legislación de las Comunidades Autónomas en relación con los derechos de las personas LGTBI, que, por el contrario, incluyen terminología equívoca que será difícil de revertir.

El espinoso tema de la maternidad subrogada también es objeto de atención en este libro en el capítulo *Registro y filiación en parejas LGBT* (de Pilar Benavente Moreda) y en el capítulo *¿Resulta oportuno dar un tratamiento jurídico a la gestación subrogada en nuestro país?* (de Francisco Javier Matia Portilla). En el primero de ellos se aboga por la tutela preferente del interés superior del menor, incluyendo una modificación legislativa en el artículo 101 de la Ley del Registro Civil dentro del Título X, dedicado a las normas de Derecho Internacional Privado, para que la apreciación de una posible contradicción entre la filiación constituida en el extranjero mediante gestación subrogada y el orden público español, tenga en cuenta “necesariamente el respeto al interés superior del menor, tal y como éste aparece definido en los instrumentos europeos y convencionales en vigor en España”¹⁰.

En el segundo de los capítulos citados se aborda la oportunidad o no de regular la maternidad subrogada en España. Este sistema reproductivo presenta no solo aspectos jurídicos sino otros de carácter económico y social que es difícil dejar fuera del debate. Estimo que el problema fundamental en relación con la maternidad subrogada se refiere a la posición de la mujer gestante, a la consideración de su dignidad objetiva, a su libertad y la posición e intereses del o de los comitentes. En este sentido, estimo que establecer una regulación muy minuciosa no hace desaparecer el problema principal que es la de la prestación

¹⁰ Pág. 376.

física de una mujer para gestar por cuenta ajena. La posición en la que queda la mujer gestante, ante el Derecho y ante la sociedad, como prestadora de servicios de altísimas implicaciones físicas y emocionales, es difícilmente compatible con la idea de dignidad humana tal y como viene interpretándose en el constitucionalismo actual¹¹. Por otro lado, la existencia de este tipo de contratos en otros países y la presión que se ejerce por algunos grupos para favorecer su regulación en diferentes Estados es incontrovertible, pero también lo es que la dignidad de la mujer, como valor objetivo democrático, puede verse cuestionado por esta práctica. En todo caso, estimo que este problema enlaza claramente con la existencia de un derecho a la reproducción humana y, en mi opinión, la maternidad subrogada constituiría un límite legítimo al mismo¹².

El libro objeto de este comentario termina con el capítulo *Intersexualidad: una aproximación jurídica*” (de Antonio Arroyo Gil), que analiza la situación de un grupo determinado de personas del colectivo LGTBI, singularizando muy correctamente las demandas de estas personas y mostrando la necesidad, reiterada a lo largo de estas páginas, de dar un tratamiento jurídico diferenciado a las igualmente diversas reivindicaciones presentes dentro del colectivo LGTBI. Comparto con el autor la necesidad de que las personas intersexuales -así como todas las personas LGTBI- puedan ejercer libremente sus derechos fundamentales sin sufrir discriminación.

5. Conclusión

El libro “*La protección de los derechos fundamentales de las personas LGTBI*”, dirigido por Francisco Javier Matia Portilla, Ascensión Elvira Perales y Antonio Arroyo Gil, publicado en el marco del Proyecto estatal *España ante Europa: retos nacionales en materia de derechos fundamentales* (DER2016-75993-P), es una obra rigurosa que aborda un tema jurídico extraordinariamente complejo.

La eliminación de cualquier vestigio de discriminación en el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas LGTBI (y, quizá, de otras ¿Q?) es una exigencia democrática ineludible y debe abordarse con todas las garantías

¹¹ María Luisa Balaguer Callejón: *Hij@s del mercado. La maternidad subrogada en un Estado social*. Universitat de València, 2017. Laura Nuño: *Maternidades S.A. El negocio de los vientres de alquiler*, Catarata, 2020.

¹² Y. Gómez Sánchez. *El derecho a la reproducción humana*. Marcial Pons, 1994.

jurídicas precisas y en el marco del respeto a los principios y valores constitucionales, a la seguridad jurídica y a los derechos de los demás.