

UNIVERSIDAD DE OVIEDO

Facultad de Derecho

**MASTER EN PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS
PERSONAS Y LOS GRUPOS VULNERABLES**



Universidad de Oviedo
Universidá d'Uviéu
University of Oviedo

TRABAJO FINAL DE MÁSTER

La situación de vulnerabilidad de las personas trans y su
protección jurídica en España.

Autor: Germán Arce

Curso académico 2022-2023

Junio 2023

Resumen

En este Trabajo Final de Máster se analizará, como objeto de estudio, al conjunto de normas jurídicas vigentes en España y la aportación doctrinal de la jurisprudencia local y regional referidas a la protección jurídica de las personas trans, a fin de vislumbrar si las transformaciones socio-jurídicas operadas en las últimas décadas, han repercutido en la teorización jurídica sobre este grupo como vulnerable.

La hipótesis de esta investigación considera que el Colectivo Trans revestiría la calidad de “grupo vulnerable” con características que le son propias. En este sentido podría ser un hecho develar la necesidad de un planteamiento específico y una sistematización de soluciones jurídicas, sociales y políticas destinadas específicamente a este segmento de la ciudadanía, y de justificar el valor de su abordaje académico autónomo.

La metodología que se adoptará tiene como marco general a las Teorías Críticas del Derecho. A su vez, se propone la incorporación de la Perspectiva de Género a partir del marco teórico *queer* de Judith Butler. De la combinación de ambas surge una herramienta apropiada para la indagación propuesta. Se trata de la Perspectiva de Identidades Transgresoras del Género y Diversidad Sexual.

Palabras claves: Vulnerabilidad - Teoría Crítica del Derecho – Identidad de Género – Trans - Derechos Humanos.

Abstract

This final master's project aims to analyze the set of legal regulations in force in Spain, and the doctrinal contribution of local and regional jurisprudence referring to the legal protection of transgender people, to glimpse whether the social-legal transformations operated in recent decades have had an impact on lawful theorizing about this group as vulnerable.

The hypothesis of this research considers that the Transgender Collective would have the quality of a "vulnerable group" with their own characteristics. In this sense, it could be a fact to reveal the need for an approach and systematization of legal, social, and political clarifications aimed specifically at this segment of the citizenship, and to justify the value of its autonomous academic approach.

The methodology that will be adopted has as a general framework on the Critical Theories of Law. In addition, it is proposed to incorporate the Gender Perspective from the queer theoretical framework by Judith Butler. From the combination of both theories, an appropriate tool for the proposed inquiry emerges. It is about the Perspective of Transgressive Identities of Gender and Sexual Diversity.

Keywords: Vulnerability - Critical Theory of Law - Gender Identity - Transgender - Human Rights.

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD

D. Germán Arce, con pasaporte AAH407840, como estudiante del Máster Universitario en Protección Jurídica de las Personas y los Grupos Vulnerables de la Universidad de Oviedo, DECLARO que el Trabajo Final de Máster titulado “La situación de vulnerabilidad de las personas trans y su protección jurídica en España” es de mi autoría, es original y las fuentes bibliográficas utilizadas han sido debidamente citadas.

INDICE

| | | |
|-------|--|----|
| I | INTRODUCCION..... | 9 |
| II | ASPECTOS ESTRUCTURALES DEL TRABAJO..... | 12 |
| 2.1 | Hipótesis | 12 |
| 2.2 | Justificación y estado de la cuestión..... | 12 |
| 2.3 | Propuesta metodológica: una lectura Crítica con Perspectiva de Género..... | 14 |
| 2.3.1 | Aportes de las Teorías Críticas del Derecho para el análisis jurídico de la situación de vulnerabilidad de las personas trans..... | 15 |
| 2.3.2 | Aportes de la Teoría <i>Queer</i> para comprender la construcción jurídica de la identidad de Género | 23 |
| 2.3.3 | La Perspectiva de Identidades Transgresoras del Género y Diversidad Sexual.. | 27 |
| III | CARACTERIZACIÓN DEL COLECTIVO TRANS COMO GRUPO EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD JURÍDICA | 30 |
| 3.1 | La vulnerabilidad jurídica..... | 30 |
| 3.2 | La vulnerabilidad específica del Colectivo Trans..... | 34 |
| IV | PROTECCION JURÍDICA INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS TRANS | 41 |
| 4.1 | La protección jurídica de las personas trans en el ámbito global | 41 |
| 4.2 | La protección jurídica de las personas trans en el ámbito europeo..... | 53 |
| 4.2.1 | El Consejo de Europa y la jurisprudencia del TEDH..... | 53 |
| 4.2.2 | Unión Europea y la jurisprudencia del TJUE..... | 61 |
| V | LA SITUACION EN ESPAÑA..... | 67 |
| 5.1 | Revisión histórica de la situación jurídica de las personas trans en España | 67 |
| 5.2 | La normativa antidiscriminatoria vigente | 69 |
| 5.3 | Las leyes autonómicas | 71 |
| 5.4 | Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas Trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI+ | 74 |
| 5.4.1 | El derecho a igualdad real y efectiva de las personas trans: su composición, alcance y críticas. | 76 |
| 5.4.2 | Políticas públicas para promover la igualdad real y efectiva de las personas Trans | 78 |
| 5.4.3 | La igualdad de trato y no discriminación de las personas trans en el ámbito universitario..... | 80 |
| 5.4.4 | Las personas trans en situación de vulnerabilidad agravada | 81 |
| VI | CONCLUSIONES..... | 85 |
| VII | ANEXO | 92 |
| VIII | BIBLIOGRAFÍA | 93 |

INDICE DE SIGLAS Y ABREVIATURAS

CEDH: Convención Europea de Derechos Humanos

DDHH: Derechos Humanos

LGTBI: Lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales.

ONU: Organización de las Naciones Unidas

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional de España.

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

STS: Sentencia del Tribunal Superior de España.

TC Tribunal Constitucional.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TS: Tribunal Superior de España.

Este Trabajo Final de Máster está dedicado a todas las personas activistas por los Derechos Humanos, especialmente a Lohana Berkins, Diana Sacayan, Marlene Wayar y Susy Shock.

Agradecimientos

Quiero, en primer lugar, agradecer a la Universidad de Oviedo y, muy especialmente, a las Coordinadoras y al equipo docente del Máster en Protección Jurídica de las Personas y los Grupos Vulnerables de la Facultad de Derecho.

A la Universidad Nacional de José C. Paz y a su Dirección de Relaciones Internacionales por facilitar mi estancia académica internacional en España y por permitirme enseñar y simultáneamente escribir este trabajo.

A la Universidad Nacional de Tucumán por mi formación de grado y por introducirme en la docencia universitaria. También agradezco a la Universidad de Buenos Aires por enseñarme sobre Filosofía del Derecho y Pedagogía Jurídica en la formación de postgrado.

Especialmente extendiendo un agradecimiento a la Asociación XEGA, Asociación de *Xente* LGBTI+ de Asturias, por permitirme realizar las prácticas del Máster en su seno y proveerme de los principales materiales y herramientas para esta investigación.

Han sido grandes tutoras e interlocutoras imprescindibles las Dras. Leonor Suárez Llanos y Beatriz Vázquez Rodríguez, quienes con su guía, sus consejos y recomendaciones, además de una lectura minuciosa, me otorgaron la aceptación para que presente este trabajo.

Por último, quiero agradecer *in memoriam* a mi padre Roque B. Arce; a mi madre, María H. Albornoz y mis hermanos Mónica, Roque G., Gabriel y Karina Arce; y a mi compañero de vida Andrés Pérez Hernández por su apoyo incondicional.

I INTRODUCCION

En el año 2012 se sancionó, en Argentina, la primera ley nacional¹ del mundo que reconoce el Derecho a la Identidad de Género. Esta conquista legal sirvió para consolidar una serie transformaciones jurídicas y sociales que venían operando no solo en ese Estado, sino en todo el mundo occidental a instancias del actuar político de los movimientos trans² durante las dos décadas anteriores.

Es así como, gracias al impacto de las acciones judiciales interpuestas por las personas trans, desde finales de la década de 1980, diferentes tribunales nacionales regionales e internacionales fueron reconociendo de manera progresiva y similar el derecho a la vivencia del género sin discriminación en favor de este grupo históricamente excluido y violentado por razón de su identidad sexual y expresión del género tradicionalmente considerada anómala. Este proceso se materializa con el tránsito del condicionamiento patologizante de la sexualidad hacia el respeto por la autonomía decisional.

Consecuentemente, esto también repercutió en las Organizaciones Internacionales de Derechos Humanos (DDHH), quienes asumieron el rol de promotoras de esta transformación, canalizando las necesidades y demandas del activismo organizado a través de diversos instrumentos jurídicos tales como recomendaciones o declaraciones de principios que con el tiempo se convirtieron en modelo y referencia de las nuevas legislaciones.

En esta última década, casi una veintena de Estados han dictado legislaciones que reconocen el derecho a la autodeterminación del género, prohíben la discriminación por razón de la identidad sexual, despatologizan los mecanismos para su reconocimiento e imponen al Estado obligaciones específicas para su tutela. Tal es el caso de España que aprobó recientemente la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (en adelante Ley Trans y LGTBI). Esta norma puso fin al tratamiento jurídico discontinuo

¹ Ley Nacional N° 26.743 de Identidad de género del 9 de mayo de 2012. <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/70106/20120524>

² Se utiliza el término trans, no solo como transgénero (opuesto a cisgénero), sino también como un concepto bajo el cual se reconocen las diversas identidades transgresoras del género binario, tales como transexuales, travestis, transformistas, personas no binarias, entre otras. Véase MERIDA JIMENEZ, R. *Sexualidades Transgresoras. Una antología de estudios Queer*, Icaria, Barcelona, 2002, p. 16.

representado, de un lado, por la construcción jurisprudencial de los derechos de las personas trans y, de otro lado, por la vigencia simultánea de la derogada Ley 3/2007, de 15 de marzo, que regulaba la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas de modo patologizante. A su vez, forman parte de este panorama disímil las Leyes Trans de las Comunidades Autónomas que, desde el año 2012, reconocen el derecho a la libre autodeterminación del género en sus territorios.

El estado actual de esta cuestión suscita la necesidad también de observar si esta transformación socio-jurídica ha repercutido en la teorización sobre las personas y los grupos vulnerables. Este trabajo se propone indagar sobre la caracterización del colectivo trans como grupo vulnerable que presenta particularidades que lo diferencian de otros segmentos desventajados; pero también sistematizar el conjunto de herramientas jurídicas, políticas y sociales vigentes para su protección; y justificar la urgencia de su abordaje académico autónomo.

Para alcanzar estos objetivos, en primer lugar, se ha de justificar la perspectiva desde la cual se reflexiona, se explica y se quiere comprender la problemática e hipótesis en cuestión. Así en el Capítulo II, además de exponer los aspectos estructurales de este trabajo, se desarrollará una propuesta metodológica con perspectiva de género que recoge las herramientas de las Teorías Críticas del Derecho e incorpora, interdisciplinariamente, algunos elementos de la Teoría *Queer* Performativo-Teatral de Judith Butler.

A la luz de esta metodología, en el capítulo III se precisarán las principales nociones conceptuales sobre la vulnerabilidad jurídicamente relevante y se determinará la vulnerabilidad específica de las personas trans.

En el capítulo IV, se presentará una descripción de la fuentes normativas y jurisprudenciales del reconocimiento legal de la identidad sexual y expresión del género, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Europeo y se analizarán los mecanismos de protección jurídica de las personas trans.

En el capítulo V, se presentará la actualidad del sistema de protección jurídica de las personas trans en España, a partir de una breve repaso histórico del tratamiento legislativo y judicial de la situación de las personas trans; la especificación de la normativa antidiscriminatoria vigente que oficia de marco general para la protección jurídica de todas las personas y grupos vulnerables; y la exposición de las normas especializadas en materia de discriminación por razón de la identidad de género.

Por último, en las conclusiones, se revisará críticamente el abordaje jurídico de la vulnerabilidad de las personas trans y se demostrará la hipótesis planteada. También se destacarán los aspectos adeudados por el tratamiento jurídico de esta temática, y aquellos en los que podría ser interesante desarrollar una investigación más profunda. También se hará un propuesta superadora al problema planteado.

II ASPECTOS ESTRUCTURALES DEL TRABAJO

En el presente capítulo se expondrá la hipótesis de la cual parte esta investigación, se justificará la elección del tema y se presentará el estado del arte. Seguidamente se desarrollará la propuesta metodológica considerada útil para este abordaje.

2.1 Hipótesis

Bajo la hipótesis de que el Colectivo Trans revestiría la calidad de “grupo vulnerable” con características que le son propias, y que no comparte con ningún otro sector desaventajado, se indagarán soluciones jurídicas, sociales y políticas destinadas específicamente a este segmento de la ciudadanía. Para ello, se reconstruirá el concepto de vulnerabilidad a partir de la revisión crítica de la aportación doctrinal, la normativa internacional, regional y española y la jurisprudencia europea y local, apuntando al objetivo de la necesaria protección de las personas trans. Asimismo, se justificará necesidad y el valor de su abordaje académico autónomo.

2.2 Justificación y estado de la cuestión

El interés investigativo de las y los juristas activistas para el cambio social en favor de los derechos de las personas LGTBI, parte de un posicionamiento ético-político: el de producir conocimiento jurídico que deleve las ideologías sexistas opresivas incorporadas estructuralmente al derecho, para promover las condiciones para un cambio social que permita avanzar sobre la construcción de la igualdad de género real y efectiva de las personas trans y la visibilización de las diversidades sexuales³.

La discusión sobre el derecho a la identidad de género autodeterminada, se radicaliza y actualiza constantemente. Después de la declaración de los Principios de Yogyakarta, sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos con relación a la orientación sexual y la identidad de género (2006), algunos Estados han adoptado modelos legislativos de reconocimiento de género basado en la autodeterminación⁴. Sin embargo, otros Estados muestran resistentes a legislar en tal

³ ARCE, G. *El abordaje de la perspectiva de género y diversidad sexual en la enseñanza de la "filosofía del derecho" en las universidades públicas bonaerenses: 1982-2019*. Tesis de maestría de la Universidad de Buenos Aires. Disponible en el Repositorio Digital Institucional de la Universidad de Buenos Aires, 2021, p. 23.

⁴ Se trata de Argentina (2012), Dinamarca (2014), Colombia, Irlanda y Malta (2015), Noruega (2016), Bélgica (2017), Brasil, Luxemburgo, Pakistán, Portugal y Chile (2018), Islandia y Uruguay (2019) y Suiza

sentido, a pesar de contar con legislaciones formalmente respetuosas del principio de igualdad.

España por su parte, desde la despenalización de las intervenciones quirúrgicas relacionadas al cambio de sexo (1985), hasta la reciente entrada en vigor de la Ley Trans y LGTBI, ha transitado por un camino discontinuo rumbo a la adopción de un modelo legislativo basado en la autodeterminación. Discontinuidad representada por la simultaneidad de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, que regula la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas de modo patologizante; y por las leyes protectorias del Colectivo Trans en 15 Comunidades Autónomas que, desde el año 2012, reconocen la libre autodeterminación del género, en sus territorios.

Desde distintos ámbitos se han realizado aportaciones doctrinales. Sobre los estándares, recomendaciones y declaración de principios internacionales relacionados con esta cuestión. Sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España que se ocupó de crear un marco de interpretación de la transexualidad desde 1987, ante la omisión legislativa. Sobre las deficiencias de la ley 3/2007 de 15 de marzo, que regula la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas de modo patologizante. Sobre el reconocimiento estatutario de la identidad de género (2009 a 2022). En general, sobre la naturaleza jurídica y el alcance del emergente derecho a la identidad de género⁵.

En esta instancia, la propuesta novedosa de este trabajo radica en el análisis de la Ley Trans y LGTBI, desde una perspectiva de las Teorías Críticas del Derecho con enfoque de género, pues el cambio de paradigma jurídico en España implica el reconocimiento legal incondicionado del derecho a la identidad sexual y expresión de género y su ascenso categorial al ámbito del Derecho Antidiscriminatorio. Un reconocimiento legal que es una condición posibilidad para que el Colectivo Trans ocupe un lugar autónomo en la “taxonomía de la vulnerabilidad” local, dejando de entenderse como una subespecie de vulnerabilidad por razón de género o discapacidad.

(2020). Véase Tercer Informe de Mapeo Legal Trans (2020). <https://trans.eus/es/mapa-ilga> (consultado: 18/5/2023)

⁵ Véase Coll-Planas y Missé (2010), Manzano Barragán (2012), Salazar Benitez (2015), García López (2016) y Suarez Llanos (2020).

Lo que permitiría sistematizar y profundizar en la efectiva protección de los derechos las personas trans y especializar académicamente el abordaje de esta temática desde la investigación y la docencia.

2.3 Propuesta metodológica: una lectura Crítica con Perspectiva de Género.

En primer lugar, este trabajo se propone como una investigación socio-jurídica. Es decir, se buscará la solución al problema planteado, no solo en las fuentes formales del derecho, sino que también indagaremos en la dimensión social y política del derecho, de manera interdisciplinaria.

Para ello, se partirá del área de investigación jurídica que aborda el problema de la interacción entre el derecho y la sociedad⁶. Más específicamente se utilizarán las propuestas de las Teorías Críticas del Derecho, por considerar a esta perspectiva iusfilosófica como la más apropiada para el estudio de la vulnerabilidad jurídicamente relevante de las personas trans. Se considerarán especialmente los aportes de la Teoría Crítica del Derecho Argentina.

A su vez, este trabajo se abordará con una metodología de la investigación socio-jurídica con perspectiva de género, por lo que contempla los rasgos característicos de este tipo de abordajes para la producción del conocimiento. De un lado, un marco teórico de género apropiado para la comprensión del objeto de estudio. De otro, un componente crítico sobre la asignación de los roles socio-sexuales de hombres, mujeres y otras identidades de género, con pretensión transformadora de la realidad, es decir para alcanzar la igualdad de género real y efectiva⁷.

En relación con el primer elemento, el marco teórico de género, se considerarán las propuestas de la Teoría *Queer* Performativo-teatral de Judith Butler. Y en relación con el componente crítico y transformador, se develarán las ideologías cis-heterosexistas y opresivas del derecho que impiden a las personas trans realizar plenamente sus derechos fundamentales.

⁶ Alf Ross (1994), distingue 3 áreas de investigación jurídicas: la que aborda el problema de la naturaleza del derecho y sus conceptos fundamentales (iuspositivismo), la que se ocupa del problema del propósito o idea del derecho en cuanto al criterio de justicia (iusnaturalismo), y la que asume el problema del derecho y la sociedad (postpositivismo).

⁷ DIAZ MARTINEZ, C. “Metodología no sexista en la investigación y producción del conocimiento” en DIAZ MARTINEZ, C. et al. (Eds), *Sociología y Género*. Tecnos, Madrid, 2013, pp 65-86.

2.3.1 Aportes de las Teorías Críticas del Derecho para el análisis jurídico de la situación de vulnerabilidad de las personas trans

En este apartado se presentarán algunos presupuestos epistemológicos comunes a las Teorías Críticas del Derecho y los aportes centrales de la Teoría Crítica del Derecho Argentina, destacando aquellos elementos que propician el análisis jurídico de la situación de vulnerabilidad de las personas trans.

Partiendo de las críticas al anclaje metafísico del iusnaturalismo y al reduccionismo normativista del iuspositivismo⁸, las Teorías Críticas del Derecho destacan el carácter constitutivo del Derecho en las relaciones sociales, la dimensión política del discurso jurídico y su carácter ideológico⁹. También, afirman su “ambivalencia funcional”, siendo útil como factor de conservación del *status quo* y apreciado como instrumento potencial de transformación social¹⁰.

En primer lugar, uno de los intereses epistémicos característicos de las Teorías Críticas del Derecho es el hecho de considerar la dimensión política del fenómeno jurídico. El Derecho tiene que ver con el modo de organización de las sociedades, sus prácticas y el gobierno, pero no solo de manera instrumental, sino constitutivamente. Los teóricos críticos vienen a denunciar que el saber construido alrededor del ordenamiento jurídico exclusiva y excluyentemente, como productos técnicos, apolíticos, objetivos y neutrales de regulación social es una clara manifestación ideológica. En realidad, sostienen, toda descripción que se refiere a la conducta humana está cargada por nuestra pre-comprensión del mundo, por nuestras representaciones culturales, nuestras convicciones morales, religiosas o ideológicas¹¹ [y nuestros posicionamientos políticos].

En esta dirección, el fundamento teórico-político y la referencia obligada de la Crítica Jurídica contemporánea es el marxismo, en tanto sistema filosófico, político y económico. Si bien no han prosperado los intentos de elaborar una teoría jurídica marxiana o marxista, varias ideas del marco conceptual del materialismo histórico son utilizadas por los críticos como categorías de análisis del fenómeno jurídico. A saber: a)

⁸ DUQUELSKY GÓMEZ, D. “El rol del Juez en una Sociedad Democrática”, *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vol. 16, N° 2, 2015, p. 137

⁹ RUIZ, A. “Aspectos ideológicos del Discurso Jurídico (Desde una Teoría Crítica del Derecho)” en MARÍ, E. (Dir.), *Materiales para una Teoría Crítica del Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991, pp 99-109.

¹⁰ CARCOVA, C. “Las Teorías Jurídicas Post Positivistas”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 138.

¹¹ *Ibid.*, 115.

El derecho es un fenómeno histórico, en el sentido de que es una realidad vinculada a la evolución de la organización social. b) El derecho tiene carácter clasista, en el sentido de que responde a los intereses de la clase dominante. c) El derecho tiene un carácter ideológico, porque sirve para ocultar o deformar la realidad, generando una falsa conciencia donde las ideas de los individuos no se corresponden con las condiciones materiales de existencia. d) Que no tiene sentido desarrollar un análisis interno y autónomo del derecho positivo, porque el derecho desempeña un papel conjunto con el todo social y con la economía¹².

Tal como escribió Guillermo Moro en la introducción de la obra “Izquierda y Derecho” de Duncan Kennedy, los juristas críticos, coherentes con la tradición marxista, se declaran políticamente contra la desigualdad entendida como inequidad en la distribución de las riquezas y las oportunidades entre los distintos grupos sociales. Contra de las jerarquías ilegítimas, en términos raciales, sexuales, económicos, generacionales. Y promueven la generación de mecanismos de participación ciudadana en la administración de la cosa pública, es decir, un mayor involucramiento y más profunda participación de las personas en las decisiones que atañen a asuntos cruciales en la definición de la propia vida¹³.

Desde este punto de vista, las Teorías Críticas del Derecho proponen pensar al derecho, y especialmente a las problemáticas jurídicas emergentes, de una manera diferente al de las discusiones tradicionales. Es decir, no solo abordan el estudio interno, estructural y meramente descriptivo del derecho (¿cómo es? ¿cómo se utiliza?), sino también indagan sobre sus funciones y fines (¿para qué sirve?), comprensivamente y en relación con otros discursos sociales.

En este marco, los juristas críticos han pensado al Derecho: unos como una herramienta ideológica para deformar la realidad en favor de las clases dominantes (Miaille, Jeammaud, Dujardín). Otros han hecho hincapié en la función de justificación de la opresión política y social del Derecho en el ejercicio de la función jurisdiccional

¹² PÉREZ LLEDÓ, J. “Teorías críticas del derecho”, en GARZÓN VALDÉS, E. *El Derecho y la Justicia*, Madrid, Trotta, 1996, p. 87.

¹³ MORO, G. “Introducción”, en *Kennedy, D. Izquierda y Derecho. Ensayos de Teoría Jurídica Crítica*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2010, p. 11.

(Ferrajoli, Barcellona). Y muchos han denunciado a la educación legal como formación para la jerarquía (Kennedy, Mackinnon)¹⁴.

En todos los casos se piensa al derecho como una herramienta política que utilizan las clases dominantes para la reconducción de sus propios intereses a costas de la opresión a determinadas personas y grupos. Ahora bien, los juristas críticos también han desarrollado ideas sobre la potencialidad del derecho como instrumento capaz de servir a los intereses históricos de los desposeídos y discriminados.

Tal es el caso del movimiento italiano “*Uso Alternativo del Diritto*”. A inicios de la década de 1960, pensadores como Pietro Barcellona, Luigi Ferrajoli, Giuseppe Coturri, Salvatore Senese, Vincenzo Accattatis, Domenico Pulitano, Francesco Misiani, entre otros, comenzaron a teorizar sobre el carácter político de la actividad del jurista. En este sentido, entienden que el sistema jurídico no es un conjunto compacto de normas, sino una entidad discontinua y llena de grietas. La tarea del intérprete que consiste en la determinación y constitución de sentidos, ya no será, entonces, considerada técnica (formalista) sino axiológica, valorativa, teleológica. Y que así podrá cumplirse con la finalidad de preservar el *statu-quo* existente, o en cambio, con la intención de favorecer los intereses de las clases subordinadas, de facilitar la ampliación de la ciudadanía, de luchar contra la explotación¹⁵. Una de las herramientas interpretativas principales para alcanzar ese favorecimiento serían los valores y principios democráticos que la constitución formalmente reconoce, por ej. el principio de igualdad material¹⁶.

En América Latina, la corriente “*Movimiento de Direito Alternativo*” del sur de Brasil, retoma los principales postulados del uso alternativo del derecho italiano, entendiendo que el discurso jurídico es un orden plagado de baches, silencios y contradicciones, que requiere de una tarea interpretativa que lo complete y haga coherente. Esta tarea deberá realizarse, no ya para preservar el *status quo* (como se ha hecho tradicionalmente), sino con la intención de favorecer a los sectores más desprotegidos de la sociedad.

Siguiendo a Duquelsky Gómez, cabe recordar que la expresión “derecho alternativo” engloba distintos sentidos además del expuesto en el párrafo anterior.

¹⁴ La cuestión de las principales corrientes contemporáneas de las Teorías críticas del Derecho se aborda con mayor profundidad en ARCE G., 2021, pp. 34-43.

¹⁵ DUQUELSKY GÓMEZ, D. *Ob. Cit.*, p. 138.

¹⁶ PÉREZ LLEDÓ, J. *Ob. Cit.*, p. 90.

También hace referencia al positivismo de combate, expresión utilizada por Miguel Pressburger, para caracterizar aquel nivel de disposiciones normativas que reconocen una serie de conquistas históricas y democráticas y pese a haber sido positivizadas no se aplican. Lo transformador y emancipatorio consistirá en este caso, en la efectiva aplicación de todas estas disposiciones cotidianamente encubiertas u olvidadas¹⁷.

El derecho alternativo en sentido estricto, también denominado derecho insurgente, *achado na rua*, emergente, hace referencia al fenómeno del pluralismo jurídico. Desde esta perspectiva se cuestiona el monopolio de la producción estatal del derecho, admitiendo la existencia de una pluralidad de órdenes jurídicos generados al interior de las prácticas comunitarias¹⁸.

Un último sentido de la expresión, corresponde a los llamados servicios legales alternativos. Existen en Latinoamérica organizaciones dedicadas a formas alternativas de ejercer la abogacía en el campo popular. Sus actividades no se limitan a la prestación jurídica, ya que procuran, a través de la educación legal y política, la concientización de las organizaciones populares, el abandono del fetichismo jurídico, la representación de intereses colectivos, demandas de impacto social, etc¹⁹.

En esta misma líneas de ideas que relacionan al uso emancipatorio del derecho con el cambio social, Carlos Cárcova afirma que el derecho tiene una doble función: la de mantener un orden constituido y también la de cambiarlo adaptándolo a las transformaciones sociales. La llama *función paradójica del derecho*.

Según este desarrollo conceptual, el derecho, en lo sustancial, cumple un rol formalizador y reproductor de las relaciones sociales establecidas y, a la vez, paradójica o “paradojalmente”, un rol de remoción y transformación de esas relaciones. Cumple a la vez, una función conservadora y reformadora²⁰.

La ley no se limita a enmascarar ni a reprimir, obligando a hacer algo o prohibiéndolo: organiza y consagra reales derechos de las clases dominadas que comportan, inscriptos en ella, los compromisos materiales, impuestos por las luchas populares a las clases dominantes. El papel del derecho, pues, depende de una relación de

¹⁷ DUQUELSKY GÓMEZ, D. *Ob. Cit.*, p. 139

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ *Ibid.*, p.140.

²⁰ CARCOVA, C. *Ob. Cit.*, p 139.

fuerzas en el marco del conflicto social. En manos de los grupos dominantes, constituye un mecanismo de preservación y de reconducción de sus intereses y finalidades, en manos de la los grupos dominados, un mecanismo de defensa y contestación política²¹.

En este trabajo, el análisis de esta doble y paradójica función del derecho adquiere vital importancia para la teorización jurídica sobre las personas y los grupos vulnerables (o en situación de vulnerabilidad), ya que nos propone identificar en el ordenamiento y la práctica jurídica vigentes los elementos opresivos que causan la situación de desfavorecimiento injusto de algunas personas y, en relación a ellos, diseñar mecanismos de protección jurídica para revertir tal posición.

A continuación se abordará una definición de derecho, propuesta por la Teoría Crítica del Derecho Argentina, que integra los elementos destacados anteriormente.

Según Cárcova y Ruiz: “El derecho, ha sido pensado como una práctica social específica que expresa y condensa los niveles de conflicto social en una formación histórica determinada. Esta práctica es de carácter discursiva, en el sentido que la lingüística atribuye a esta expresión, esto es, en el sentido de un proceso social de producción de sentidos.”

De esta definición surgen varias cuestiones:

- a) El derecho es una práctica social que expresa la circulación del poder.

Entendiendo al poder, no como un instrumento o una cosa que unos posean y de la cual otros carezcan, sino como una relación o una situación estratégica en el seno de una sociedad determinada, entonces se concluirá que donde hay poder, hay resistencia, y la resistencia es interior a la relación de poder. No hay poder sin dominador, pero tampoco hay poder sin dominado y esa relación es cambiante, dialéctica e histórica²².

Ahora bien, el Derecho está relacionado al poder no porque tenga que vérselas con las normas que atribuyen los Poderes del Estado o con las normativas que constituyen a los hombres [mujeres y otras identidades de género] en sujetos de derecho. Sino porque es el discurso cuyo propio proceso de producción consiste en la expresión de los lugares de la trama del poder establecido en y por las prácticas sociales²³.

²¹ *Ibid.*, p. 140.

²² *Ibid.*, p 139

²³ *Idem.*

Decir que el derecho expresa los niveles de conflicto social en una formación histórica determinada, es referirse directamente a la circulación del poder en una sociedad. Desde este ángulo, el discurso jurídico será parte preponderante del discurso del poder²⁴.

El papel del derecho depende, pues, de una relación de fuerzas en el marco del conflicto social. En manos de grupos dominantes constituye un mecanismo de preservación y reconducción de sus intereses y finalidades; en manos de grupos dominados, un mecanismo de defensa y contestación política, por lo tanto, de cambio social.²⁵

b) El derecho es un discurso.

El segundo elemento que surge de esta definición es el carácter discursivo del derecho, considerado como una práctica social. Esto así, en cuanto el discurso jurídico se materializa como proceso social de producción de sentido, en donde adquiere su especificidad y produce los efectos que le son propios²⁶.

El discurso concebido como lenguaje en acción, permite pensar al derecho, y a las teorías producidas acerca de él, como un lenguaje en operación dentro de una formación social, produciendo y reproduciendo una lectura de las instituciones que, a su vez, coadyuva y a veces determina el comportamiento de las distintas instancias que lo componen²⁷.

En este orden de ideas, pensar al derecho como una práctica social discursiva, significa asumir que consiste en algo más que palabras; que es también comportamientos, símbolos, y conocimientos. Que es al mismo tiempo, lo que la ley manda, los jueces interpretan, los abogados argumentan, los litigantes declaran, los teóricos producen, los legisladores sancionan o los doctrinarios analizan y, además, lo que a nivel de los súbditos opera como sistema de representaciones²⁸.

²⁴ *Idem*

²⁵ *Ibid.*, p 140.

²⁶ CARCOVA, C. Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho, [en línea] [s.l.], [febrero 2000]. P13, www.scba.gov.ar, [consultado en abril 2023].

²⁷ Carlos Cárcova retoma la Teoría Crítica Habermas para fundamentar la noción discursiva del Derecho y su papel el proceso de integración social. *Cfr.* Carcova, C. “Habermas: la validez como construcción discursiva” en *Las Teorías Jurídicas Postpositivistas*, Abeledo Perrot, 2012, pp 225-239.

²⁸ RUIZ, A. *Idas y Vueltas por una Teoría Crítica del Derecho*, EUDEBA, Buenos Aires, 2000, p.7.

Por eso Ricardo Entelman (1991) entiende que el discurso jurídico puede analizarse a través de tres niveles: el primero, el de las manifestaciones del derecho por parte de quienes poseen el poder para crearlo. Se trata del discurso normativo en sus distintas formas: normas, reglamentos, contratos, etc. El segundo, constituido por las producciones teóricas y prácticas realizadas sobre el primer nivel, es decir el trabajo de juristas, abogados, etc. El tercer nivel, el referido a quienes manifiestan el impacto de los dos niveles anteriores, es el discurso de los súbditos y usuarios del derecho. Es allí donde se condensa el imaginario social a partir de las representaciones que los dos niveles construyen, las imágenes, mitos y ficciones.

En este tercer nivel, el del imaginario social, al que Enrique Marí (1986) piensa también como uno de los elementos del dispositivo del poder, el discurso jurídico se nos presenta como prácticas, representaciones, rituales y signos que sacralizan a la ley. Es dentro del imaginario social donde el derecho opera ya no como simple ley (en el sentido de mandato), sino como norma (en el sentido de normalización, conducta ritualizada). Es así como el discurso jurídico crea las representaciones que operan y sostiene las asimetrías en las relaciones sociales.

c) El discurso jurídico es ideológico

Otra dimensión de análisis del Derecho en la definición propuesta, es la ideológica. La Teorías Críticas del Derecho entienden que el derecho es una práctica de personas, que se expresa a través de un discurso que es más que palabras; que es también comportamientos, símbolos, conocimientos y es un discurso constitutivo, en tanto asigna significaciones a los hechos y a las palabras²⁹.

Esta compleja operación social, dista de ser neutral. Está impregnada de politicidad, de valoraciones y de intereses en conflicto y adquiere direccionalidad en relación a las formas en que se encuentre efectivamente distribuido el poder en la sociedad. En consecuencia, es un discurso ideológico, en la medida en que produce una representación imaginaria de las personas respecto de sí mismas y de sus relaciones con otras personas³⁰.

La interpretación marxista de la ideología como 'falsa conciencia', es decir, como visión deformadora de la realidad, es una perspectiva clave en el pensamiento jurídico

²⁹ *Idem*

³⁰ *Ibid.*, p.123.

crítico. En este contexto y paradigmáticamente, Alicia Ruiz entiende que el derecho estatuye a las personas como sujetos libres e iguales ocultando el código de sus diferencias efectivas; declara a las normas conocidas por todos, escamoteando la realidad de un monopolio del saber jurídico y, en efecto, el desconocimiento generado por el propio derecho. Es decir, es ideológico en la medida en que oculta el sentido de las relaciones estructurales establecidas entre los sujetos, con la finalidad de reproducir los mecanismos de hegemonía social³¹.

A los fines de este trabajo, resulta definitorio pensar al derecho como una práctica social que condensa, legitima y refleja las relaciones de poder en una sociedad determinada, ya que son estas situaciones estratégicas las que determinarán quiénes y por qué ocupan el lugar de dominantes y dominados (personas y grupos vulnerables).

Pensar al derecho como un discurso que se manifiesta en tres niveles (el normativo, el de la operación jurídica y el del imaginario social) y que lo dotan de sentido, permite comprender el proceso de construcción jurídica de la vulnerabilidad que descende de las normas y las prácticas jurídicas, hasta impactar en el imaginario social sosteniendo y normalizando las asimetrías de las posiciones y relaciones sociales. A su vez, permite orientar el camino el camino inverso. Reflexionar sobre la desigualdad de oportunidades normalizadas en las representaciones sociales, habilita un camino de actuación y lucha por la reivindicación de los derechos que a los oprimidos les corresponden legítimamente, que impacte en el discurso jurídico de manera ascendente, para alcanzar la transformación social.

Como se explicará en gran parte de este trabajo, la criminalización, patologización y estigmatización de las personas trans, contenida en las normas jurídicas (primer nivel) y legitimadas por las prácticas jurídica (segundo nivel), contribuyeron a la anormalización de las identidades transgresoras de género y las colocaron en posición de desventaja y exclusión social.

A su vez, la conciencia social sobre tal disciplinamiento de los cuerpos, su crítica y la actuación jurídica de las asociaciones trans, que durante décadas han liderado e impulsado la reivindicación de los derechos de este colectivo, han cartografiado el camino inverso para alcanzar la sanción de nuevas normas que garanticen su igualdad material y

³¹ RUIZ A. Aspectos ideológicos del Discurso Jurídico (Desde una Teoría Crítica del Derecho), Ob. Cit.

la prohibición de las prácticas jurídicas lesivas, propiciando así la transformación progresiva de la realidad social de las personas trans.

Ahora bien, las causas que provocan la vulnerabilidad jurídicamente relevante no son solo jurídicas, sino que también son, inescindiblemente, sociales y políticas. Por ello es importante valerse de datos interdisciplinarios para conocer acabadamente su relevancia jurídica.

A partir de esta necesidad de integración interdisciplinar de causas, se verifica la utilidad de otro de los presupuestos epistemológicos de las Teorías Críticas del Derecho para el análisis jurídico de la vulnerabilidad: el abordaje “multi y trans disciplinar” de nuestro objeto de estudio.

Siguiendo a Carlos Cárcova, los críticos y las críticas, recurren auxiliariamente a metodologías y herramientas de otras disciplinas que se ocupen de variados modos de interacción humana (la historia, la sociología, la antropología, la economía, la ciencia política), sin que esto implique perder la especificidad de lo jurídico. En este sentido, los juristas críticos incorporan categorías provenientes de otras ciencias sociales, tales como las de “poder” e “ideología”, que resultan determinantes para una innovadora lectura del derecho³².

En este contexto y a los fines de este trabajo se incluirá una categoría de análisis de las ciencias sociales, útil para el análisis jurídico: la Perspectiva de Género y Diversidad. Por ello, se enmarcará esta investigación en la Teoría *Queer* de Judith Butler y se utilizarán las herramientas que ella nos provee para develar las ideologías cis-heterosexistas del derecho que provocan la vulnerabilidad del colectivo bajo análisis y para justificar la emergencia de sus mecanismos de protección jurídica de las personas trans.

2.3.2 Aportes de la Teoría *Queer* para comprender la construcción jurídica de la identidad de Género

En Estados Unidos a principios de los años 1990, la Teoría *Queer* se erige como una perspectiva novedosa dentro de los estudios de género ya que cuestiona el carácter binario de la constitución de los géneros y visibiliza la heteronormatividad con la que se asignan, clasifica y regulan las identidades de género en las sociedades occidentales. En

³² CARCOVA, C. *Ob. Cit.*, p 111.

otras palabras, la Teoría *Queer* es crítica con el paradigma de pensamiento feminista construido a partir de la concepción heterosexual de las relaciones de género, e incorporan a muchas otras figuras identitarias construidas en los márgenes del género binario y la heterossexualidad³³.

La impugnación de un feminismo heterosexual es iniciada por escritoras y pensadoras lesbianas como Monique Wittig, Gayle Rubin y Adrienne Rich. A partir de ellas, se demanda un análisis transversal que incorpore variables como la raza, la clase o la orientación sexual, posibilitando así una visión inclusiva de las minorías olvidadas en el discurso feminista. Sobre este precedente, pueden mencionarse obras hito, tales como *Borderlands* (1987) de Gloria Anzaldúa y *Esta puente, mi espalda* (1988) de Cherrie Moraga.

Dentro de este marco, Teresa de Laurentis acuñó la expresión "*Queer theory*" (1990) para marcar una discontinuidad radical en la epistemología y las políticas sexuales feministas-LGBTI+. En el mismo año, Judith Butler publicó la principal obra de los estudios *queer*. Se trata de *Gender Trouble* (1990/2007), en la que realiza un análisis post-estructuralista del género.

Con herramientas teóricas tomadas del posestructuralismo francés (deconstrucción y genealogía), Butler sostiene que en la modernidad occidental, lo referente al género y la sexualidad se ha construido e instituido a partir del régimen de la heteronormatividad obligatoria. Este régimen define cuáles son las identidades de género correctas y castiga aquellas que no lo son. Según sus cánones, solo existen dos identidades sexuales verdaderas: hombre y mujer. Se trata de dos modelos morfológicos ideales en los que se constata una coherencia perfecta entre sexo biológico, género, deseo³⁴ [y prácticas sexuales]. La autora ha llamado a este régimen "matriz cultural heterosexual".

En caso de haber discordancia entre estos aspectos de la sexualidad, el sujeto en cuestión es considerado anormal o criminal, falso, ininteligible y sometido a rigurosas consecuencias restrictivas de derechos, punitivas y estigmatizantes. Estas identidades

³³ PRECIADO B., "*Queer*": Historia de una palabra. *Paroledequeer*. Consultado en <http://paroledequeer.blogspot.com.co/2012/04/queer-historia-de-una-palabra-por.html>

³⁴ BUTLER, J. El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad. Paidós, Buenos Aires, 2007, p. 8.

falsas o ininteligibles son víctima de una severa violencia excluyente que las condena a una suerte de “sentencia de muerte sostenida”³⁵.

En este orden de ideas, el régimen de la heteronormatividad ha sido naturalizado en el sentido común de Occidente, es decir, se ha convertido en un estado de cosas obvio que parece estar inscrito en la estructura ontológica de la realidad. Para la autora, la naturalización de la heteronormatividad tiene como consecuencia la invisibilización de su carácter eminentemente violento y de su condición de constructo contingente³⁶.

En relación a esta ontologización del género, el propósito teórico primordial de la obra de Butler sería la desnaturalización y desestabilización de la matriz heterosexual. Para ello, delinea su modelo performativo-teatral, guiada por el claro objetivo de volver posible la vida de las sexualidades periféricas³⁷, condenadas al ostracismo por no ajustarse a los parámetros cis-sexuales dominantes en Occidente.

Como explica Gros, la deconstrucción butleriana del régimen heterosexista occidental trabaja simultáneamente en dos planos: uno macrosociológico (estructural) y otro microsociológico (fenomenológico), intentando dar cuenta no solo de sus condiciones objetivas de aparición en la estructura social, sino también de los factores subjetivos que actúan en su producción y reproducción, es decir la acción social³⁸.

En un nivel macrosociológico, nuestra autora, entendería (siguiendo a Foucault) que el sistema de heterosexualidad obligatoria, como un dispositivo disciplinario, ha sido construido e impuesto estructuralmente en la modernidad occidental persiguiendo el objetivo de garantizar la reproducción de la especie. Con este análisis se intenta desnaturalizar la heteronormatividad a través de un estudio genealógico orientado a visibilizar los intereses políticos que operan en la construcción e instauración de las categorías dominantes de identidad sexual³⁹.

Ahora bien, sin dejar de reconocer la importancia fundamental de la crítica estructural al régimen heterosexualista, Butler indica que la misma comete el error de desvalorizar el rol de la acción subjetiva cotidiana en la construcción de la realidad de

³⁵ *Ibid.* p. 24

³⁶ *Idem.*

³⁷ *Ibid.* p. 29

³⁸ GROS, A. “Judith Butler y Beatriz Preciado: una comparación de dos modelos teóricos de la construcción de la identidad de género” en *Revista Civilizar Ciencias Sociales y Humanas* 16 (30), 2016, p. 250.

³⁹ *Ibid.*, p. 251

género. Considera que la perspectiva estructural concibe al sujeto como una mera tabula rasa en la que se inscriben mandatos estructurales. Por esta razón, cree que la desestabilización teórica del régimen heterosexual occidental solo puede ser completa si se tiene en cuenta también “el modo mundano en el cual los constructos sexo-genéricos” son producidos, reproducidos y mantenidos dentro del terreno de los cuerpos” (análisis microsociológico)⁴⁰.

A partir de estos lineamientos y releendo el dictum de Beauvoir “no se nace mujer, se llega a serlo”, es que Butler formula su teoría performativa del género. Aseverar que la identidad de género es performativa implica decir que la misma solo existe en y a través de un conjunto de actos de género⁴¹. Dichos actos son eminentemente corporales: se trata de gestos, movimientos, posturas, comportamientos, etc.

A su vez, la performatividad de género no debe entenderse como un acto único y puntual, sino más bien como una serie de actos corpóreos repetidos y cuya repetición sostenida en el tiempo tiene como efecto la “estilización del cuerpo”⁴². En otras palabras, los gestos, modismos, comportamientos, posturas, vestimenta, y cualquier otro tipo de expresión de género, se hacen carne y de ellos se desprende un pretendido hábito naturalizado.

Otros de los elementos definatorios de la teoría de Butler es la asimilación de estos actos de género con los actos performativos dentro del contexto teatral. En este sentido, nuestra autora entiende que la identidad de género posee una estructura dramática compuesta por un cuerpo que se hace así mismo reproduciendo los actos de género (dramatizando), pero no libremente y por pura creatividad individual, sino que reproduciendo un guion sociocultural que establece los roles predefinidos. Simplificado, el guion de género vigente en Occidente es la heteronormatividad, y solo hay dos papeles posibles: “hombre” y “mujer”. Otro rasgo que comparten los actos de género con actos los performativo-teatrales es su carácter eminentemente público y colectivo, es decir los actos constitutivos de género se performan con otros y en frente de otros⁴³.

⁴⁰ *Idem*

⁴¹ En el mismo sentido que Jhon L. Austin plantea la teoría de los actos del habla en su obra *Cómo hacer cosas con palabras* (1962).

⁴² BUTLER, J. *Ob. Cit.*, p. 17.

⁴³ GROS, A. *Ob. Cit.*, p. 252.

Ahora bien, el trastocamiento de esta estructura dramática, a través de la agencia individual, es donde radicaría la posibilidad de subvertir la heteronormatividad mediante modos diferentes de “dramatizar” el género. Butler apuntala estas ideas recurriendo una vez más a la metáfora teatral: para ser tal, una obra de teatro no solo precisa de un guion sino también de actores que le den vida y actualicen sus potencialidades. De hecho, un mismo texto puede ser performado de las más diversas maneras por diferentes intérpretes.

De modo análogo, la realidad de género solo puede emerger a partir de la acción conjunta de estos dos momentos inseparables: el guion de la heteronormatividad y la actuación de los actos de género. Para ejemplificar esta idea, Butler recurre a la dramatización amplificada que las *drag queens* realizan del ideal morfológico femenino develando el carácter imitativo de toda performance de género. Tanto la “travesti” como la “mujer biológica” intentan acercarse al ideal de la feminidad mediante la performance sostenida de actos de género⁴⁴.

Pero ¿En qué se diferencian las performances teatrales de las de género? En que “las performances de género en contextos no-teatrales está gobernadas por convenciones sociales punitivas y regulativas más claras”⁴⁵. Es decir, los actos de género son vigilados y regulados por un severo aparato coercitivo que castiga a quienes performan su género de manera incorrecta. Aquellos que no cumplen con el papel que les ha sido asignado por la heteronormatividad sufren una sanción social que puede ir desde el desprecio y el ostracismo hasta la abierta violencia física⁴⁶.

En este sentido, conviene analizar qué rol desempeña el derecho en la vigilancia y regulación de las “*performances de género*”. Para develarlo, se delinearé una categoría útil para analizar la construcción jurídica de las identidades transgresoras del género.

2.3.3 La Perspectiva de Identidades Transgresoras del Género y Diversidad Sexual

Con los instrumentos y aportaciones provistos por las Teoría Crítica del Derecho y la Teoría Queer de Butler, es posible particularizar a la Perspectiva de Género y

⁴⁴ *Ibid.*, p. 253

⁴⁵ BUTLER, J. *Ob. Cit.*, p. 527.

⁴⁶ Gros, A. *Ob Cit.*, p. 254.

Diversidad para analizar críticamente el rol que cumple el Derecho en la constitución de las identidades trans y las diversidades sexuales.

Esta categoría particular, a la que se llamará “Perspectiva de Identidades Transgresoras del Género y Diversidad Sexual”, contiene los 3 elementos que la doctrina considera al definir a la metodología de la investigación con perspectiva de género⁴⁷: un marco teórico de género; un componente crítico sobre los fundamentos naturales de asignación de roles socio-sexuales; y una pretensión de construir conocimiento científico interviniente, es decir apto para crear condiciones de transformación social.

Se la puede definir como: categoría de análisis de la ciencia jurídica que, desde el estudio de la asignación de los roles socio-sexuales de hombres, mujeres y otras identidades de género, y como crítica a los fundamentos naturales de esas asignaciones, permite construir conocimiento jurídico develando las ideologías cis-heterosexistas opresivas del derecho y crear las condiciones de cambio que permitan avanzar sobre la construcción de la igualdad real y efectiva de los géneros.

Por todo ello me serviré de los aportes del marco Teórico *Queer* de Judith Butler para, por un lado, develar la matriz heterosexual opresiva del discurso jurídico (en el nivel normativo y operativo-jurisdiccional) y para visibilizar como el derecho participa en la normalización de las identidades de género inteligibles (en el nivel del imaginario social) operando como dispositivo disciplinario de las identidades ininteligibles promoviendo su criminalización y patologización.

A partir del análisis funcional aportado por la Teoría Crítica del Derecho, se propondrá una distinción entre la función opresiva del Derecho y su uso emancipatorio, en relación a las personas trans. La observación del aspecto opresivo, permitirá delimitar cuáles son las causas de vulnerabilidad de las personas trans y las consecuencias lesivas que acarrearán.

Y la indagación sobre la función emancipatoria del Derecho, interpretará a la protección legal de la identidad sexual y expresión de género como una legitimación de aquellos actos de género subversivos capaces de desestabilizar la matriz heterosexual del derecho. En consecuencia, se presentará al sistema de protección jurídica de las personas

⁴⁷ Se puede mencionar a OSBORNE, R. & MOLINA PETIT, C., “Evolución del concepto de género”, en Revista de Metodologías de las Ciencias Sociales, N°15, 2008, pp. 147-182; DEMA MORENO, S. y DÍAZ MARTINEZ C. (Eds), “Metodología de la investigación no sexista en la investigación y producción del conocimiento científico”, Tecnos, Madrid, 2013, pp. 65-85.

trans como un mecanismo de defensa y contestación política, orientado por el objetivo de volver posible la vida de las sexualidades periféricas.

En definitiva, el abordaje de construcción jurídica de la identidad de género desde las Teorías Críticas del Derecho con Perspectiva de Identidades Transgresoras del Género y Diversidad Sexual, orientará la caracterización al Colectivo Trans como grupo potencialmente vulnerable, el análisis de sus mecanismos de protección y servirá como reclamo de la construcción de una nueva manifestación de la transversalidad de género en el derecho que incluya a aquellas identidades y expresiones de género que no se corresponden con las expectativas sociales del cisgénero binario, desde el lenguaje de los DDHH.

III CARACTERIZACIÓN DEL COLECTIVO TRANS COMO GRUPO EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD JURÍDICA

En el presente capítulo, por un lado, precisaremos las principales nociones conceptuales sobre la vulnerabilidad jurídicamente relevante; y, por el otro, las utilizaremos para caracterizar la situación de vulnerabilidad del Colectivo Trans a la luz de las herramientas teóricas desarrolladas en el capítulo anterior.

3.1 La vulnerabilidad jurídica

En el marco de precisiones teóricas desarrolladas en los apartados anteriores, cabe pensar al derecho como un fenómeno histórico, clasista e ideológico. Esto nos conduce a posicionarnos políticamente contra la desigualdad en la distribución de las riquezas y oportunidades entre los distintos grupos sociales y contra de las jerarquías ilegítimas, en términos raciales, sexuales, generacionales, etc. Es decir, cabe colocarnos críticamente frente a una de las ficciones fundantes del derecho moderno: la igualdad ante a la ley.

Siguiendo a Alicia Ruiz, el principio de igualdad consagrado unánimemente en las constituciones modernas y en los tratados internacionales implica en uno de sus sentidos posibles, que “todos” están bajo el amparo jurídico frente a la afectación de sus derechos, en cualquier circunstancia. Pero el horizonte luminoso de la igualdad es apenas perceptible, una ilusión que sostiene el imaginario de la modernidad frente a una realidad social injusta y desigual habitada por individuos y grupos sin identidad ni reconocimiento, a los que se procura invisibilizar, desconocer y olvidar. Seres vulnerables hacia los cuales sólo se dirigen, casi siempre y en el mejor de los casos, miradas indiferentes. Entre los “todos” no están, materialmente, los pobres, ni los inmigrantes, ni los desocupados, ni aquellos a los que por su raza, por su creencias religiosas, por su identidad de género u orientación sexual, por su ideología política, etc son discriminados⁴⁸.

Es por ello que, cuando el discurso jurídico instala la categoría de “vulnerable” cuestiona la igualdad formal de los “todos” y amplía y transforma el campo de los sujetos de derecho. Nombrar desde la “ley” las marcas estigmatizantes que operan desconociendo y negando identidad es ir más allá de la denuncia. Y esto es fundamental para poner en escena lo diferente, lo silenciado, lo negado y habilitar la participación de otros actores

⁴⁸ RUIZ A. “Asumir la vulnerabilidad” en *Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las personas en Condición de Vulnerabilidad*, Ministerio Público de la Defensa-Defensoría General de la Nación, 2008, p. 7.

sociales, porque los sujetos son producidos mediante prácticas excluyentes y legitimadoras que se invisibilizan como tales, entre las cuales las jurídicas son altamente eficaces en ese proceso de “naturalización”⁴⁹.

Por eso, como en las sociedades occidentales actuales donde las diferencias se acumulan como “reclamos de reconocimiento” y como “síntomas” de discriminación, el sentido de la igualdad no puede limitarse a la “igualdad ante la ley” (formal). Es imprescindible un discurso jurídico que, por su carácter social y performativo, pueda ampliar esos espacios de igualdad (material) y constituir nuevas subjetividades. Ya no basta con igualdad formal, es necesario materializarla a través de la acción política.

En sentido similar, Suárez Llanos⁵⁰ propone entender a las personas vulnerables como aquellas que se enfrentan a una serie de obstáculos que les impiden competir en pie de igualdad en el acceso a la realización y consecución de sus derechos y de los bienes sociales. Y todo ello a pesar de que puede existir una legislación formalmente respetuosa del principio de igualdad.

Esta igualdad material en el disfrute de los derechos -y que sirve para dar sentido a la justificación democrática de los mecanismos jurídicos protectores de los grupos vulnerables-, depende de que se garantice una concreción igualitaria de los puntos de partida, no de los de llegada. Es injusto que ciertas personas o grupos, sometidos a jerarquías ilegítimas, por el hecho de estar dotadas por ciertas características, como la raza, el género, la orientación sexual, la edad, la enfermedad o la pobreza, no puedan participar en pie de igualdad en el desarrollo y materialización de sus derechos.⁵¹

Los sujetos de derechos, de una u otra forma, viven bajo la amenaza o sobre el riesgo de una privación de expectativas o posibilidades de igualdad. Un riesgo que es claramente mayor cuando explícitamente el Derecho no cumple unos mínimos de igualdad formal y trata de forma injustificadamente desigual. Pero que también está muy presente cuando el Derecho incentiva por omisión la vulnerabilidad, es decir, en aquellas ocasiones en que el ordenamiento garantiza un estándar de igualdad formal que, sin embargo, no consigue garantizar la igualdad material de los vulnerables para el disfrute

⁴⁹ *Ibidem*, p. 13

⁵⁰ SUÁREZ LLANOS, L. “Caracterización de las personas y los grupos vulnerables”. En: Presno Linera (coord.) *Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables*. 2013, p. 46.

⁵¹ *Idem*.

de sus derechos. Una y otra forma de discriminación y promoción de la vulnerabilidad son fundamentales⁵².

También Salazar Benitez, desde el punto de vista constitucional, se propone justificar la noción de vulnerabilidad como categoría político-jurídica apropiada para promover la igualdad material de las personas y los grupos. Para ello, insta a apoyarse sobre el concepto de derechos humanos y sobre el de ciudadanía, que es el eje sobre el que pivota el Estado social y democrático de Derecho. Ciudadanía que, a su vez, nos remite a la vigencia efectiva de la igualdad, no sólo en su dimensión formal, sino también material, y por lo tanto a la profundización en lo que se ha denominado Derecho antidiscriminatorio⁵³.

Como ha afirmado el Tribunal Constitucional Español, la igualdad sustancial constituye “un elemento definidor de la noción de ciudadanía” (STC 12/2008, FJ 5). De esta manera, podríamos afirmar que la llave constitucional que nos permite, como mínimo frenar, y como máximo evitar la vulnerabilidad está constituida por el principio de igualdad y no discriminación. Como reiteradamente ha señalado el TC español, el art. 14 CE fundamenta la “reacción” del sistema frente a las posiciones en que se hayan sectores de la población, “no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1” (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2).

Este autor, advierte también que si nos detenemos en cómo está redactado este principio en la Constitución española, detectamos los factores que pueden incidir en la vulnerabilidad de los sujetos en función de las causas prohibidas de discriminación: nacimiento, raza, sexo, religión, opinión y, muy singularmente, cualquier otra condición o circunstancia personal social⁵⁴.

En esta cláusula, abierta a través de ese inciso final, encontramos el fundamento constitucional de todas las acciones dirigidas no sólo a evitar las discriminaciones, sino también a repararlas o compensarlas. Esta interpretación, que ha de contar con el necesario auxilio del art. 9.2 CE, sustenta los que podríamos denominar “derechos de

⁵² *Ibid.*, p. 40

⁵³ SALAZAR BENITEZ, O. “Vulnerabilidad y Estado Social y Democrático de Derecho”. En: Presno Linera, M. (coord.), *Protección Jurídica de las Personas y los Grupos Vulnerables*, Procuradora General del Principado de Asturias, Oviedo, 2013, pp. 120.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 126.

solidaridad” y todo el programa de justicia distributiva que implica el Estado Social. Ninguna condición o circunstancia personal o social —el hambre, la miseria, el desempleo, la falta de recursos, una determinada identidad cultural, las opciones afectivo-sexuales, la extranjería— puede dar a lugar a discriminación, al contrario, deber provocar una actuación pública dirigida a evitarla⁵⁵.

En esta búsqueda del sentido “amplio” del concepto de vulnerabilidad, el Estado debería estar obligado a identificar a las personas en situación de vulnerabilidad para asegurarles el disfrute de sus derechos sociales (seguridad en vivienda, seguridad alimentaria, seguridad laboral, entre tantos otros ítems que harían una vida digna). Es decir el Estado debería suministrar una protección especial. El objetivo propio del Estado social es que todos esos individuos y grupos superen su situación de “vulnerabilidad” y logren ejercer con plenitud los derechos de ciudadanía. Y Salazar, propone que dentro de este compromiso público-estatal, deberían operar dos dimensiones. Una “general” que se proyectaría sobre todas los individuos y los grupos que conviven en el espacio sobre el que se ejerce un poder democrático. Una segunda, “más específica” que debería tener en cuenta las situaciones de especial vulnerabilidad de determinados colectivos —por ejemplo, menores, personas discapacitadas, mayores, inmigrantes, minorías étnicas o religiosas—, así como la situación especialmente compleja de aquellos individuos sobre los que inciden múltiples causas de discriminación⁵⁶.

En relación a esta dimensión específica, es necesario remarcar que el concepto de vulnerabilidad es dinámico y mutable, ya que no todas las sociedades discriminan a las mismas personas ni en la misma medida y una misma sociedad discrimina a grupos distintos a lo largo del tiempo. En este sentido, van surgiendo nuevos grupos objeto de alguna forma de discriminación que antes no existían, justamente por el dinamismo que conlleva la condición temporal de las personas. Por esta razón, la identificación de los grupos en vulnerables varía en cada sociedad y en cada momento histórico; y también, cada Estado debe definir, para su país, las políticas de inclusión apropiadas que le garanticen el ejercicio pleno de todos sus derechos⁵⁷. Por ejemplo, actualmente, la taxonomía de la vulnerabilidad en España, según surge de la propuesta curricular de este Máster (sin ser una enumeración exhaustiva o cerrada), podría analizarse visibilizando a

⁵⁵ *Idem*.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 127

⁵⁷ Suarez Llanos, L., *Ob. Cit.*, p 40.

los siguientes grupos: personas menores de edad, adultos mayores, personas en situación de discapacidad o de dependencia; personas de género femenino; personas en situación de pobreza y exclusión social; personas en situación de inmigración, emigración; y minorías étnicas, religiosas y culturales.

Ahora bien, la autora nos advierte que para analizar la problemática de los individuos y grupos vulnerables en su dimensión específica, es necesario delimitar con rigor las circunstancias que nos parecen injustamente desigualitarias a la hora de acceder al disfrute de los derechos individuales. Tal exigencia reclama servirse de datos objetivos e interdisciplinarios que acrediten la existencia de la vulnerabilidad respecto de ese grupo y que permitan delimitar cuáles son las causas de esa vulnerabilidad y las consecuencias que acarrea. Esto permitirá ofrecer tratamientos justificados y adecuados a sus problemáticas específicas⁵⁸. Es justamente con estas herramientas con las que se procederá en el apartado siguiente para caracterizar al Colectivo Trans como grupo vulnerable.

3.2 La vulnerabilidad específica del Colectivo Trans

En este apartado se abordará la caracterización del colectivo trans como grupo vulnerable conectando y desarrollando las circunstancias injustamente desigualitarias que impiden a este grupo competir en pie de igualdad en el acceso a la realización y consecución de sus derechos y de los bienes sociales. Para ello, se atenderá las siguientes cuestiones a) cuáles son las causas de su exclusión y b) cuáles son las consecuencias de su discriminación.

a) Las causas de la exclusión se concretan en la ausencia de participación y de oportunidades de estos individuos dentro de las dinámicas cotidianas y básicas de la sociedad en la que viven, y que se materializa en forma de desigualdad, marginación, discriminación y pobreza. La causa principal es la “transfobia”. Entendida como el prejuicio social construido culturalmente y reforzado por la educación, la socialización y el derecho para rechazar a las personas trans. Este flagelo se manifiesta en una cadena de violencias que va desde el rechazo y desprecio familiar, la exclusión de los otros sistemas sociales (de salud, educativo, laboral) hasta las agresiones físicas y la muerte. Lo que da

⁵⁸ *Ibid.*, p. 67.

cuenta la sentencia de muerte sostenida que nombra Butler y a la que nos hemos referido anteriormente.

En relación a esto, subsisten discursos filosóficos, médicos, religiosos y jurídicos, que tienden a ontologizar al género, naturalizando al sexo y la elección sexual de las personas, dentro del binomio clásico entendiendo que, por ejemplo, si una persona nace biológicamente varón (posee pene), su género deberá ser el masculino y su elección sexual se orientará hacia la mujer; todo lo que quede por fuera, será entendido y clasificado como antinatural, perverso, desviado, enfermo y/o criminal. Este pensamiento dualista, o del género nuclear⁵⁹, basado en una lógica binaria, produce jerarquías y exclusiones, cristaliza relaciones de poder e impone su violencia desde el patriarcado cisheterosexista. Establece que solo hay dos sexos y que nadie debería salirse de los roles de género asignados al nacer. Es así como las condiciones de saber están dadas de antemano, reflejan un desequilibrio y determina quiénes pueden escribir sobre las vidas de las personas Trans, clasificarlas, etiquetarlas y convertirlas en seres abyectos⁶⁰.

En particular, el discurso del derecho se ha ocupado de excluir del tráfico jurídico real de los materiales, bienes y privilegios a todas aquellas personas que no cumplen con las expectativas sociales del cis-género binario y la heterosexualidad obligatoria. Y una herramienta moderna por excelencia fue la legitimación del género nuclear a través del marcador relativo al sexo de las personas (masculino o femenino) proveniente del derecho registral. Puede entenderse a esta circunstancia de desconocimiento como la causa subyacente al resto de los motivos jurídicos de la marginación trans.

Pero este desconocimiento de la personalidad y capacidades jurídicas plenas de las personas transgresoras del género no fue suficiente. El discurso jurídico también se ocupó de agravar sus condiciones a través de la criminalización y la patologización, operando ya no solo como mandato legal, sino como norma que rige dentro del imaginario social, creando representaciones negativas que estigmatizaron a las personas trans y normalizaron la violencia del disciplinamiento sobre sus cuerpos.

Veamos más detenidamente y por separado:

⁵⁹ LITARDO, E. “La ley y el sexo. La Ley de Identidad de género y su potencia emancipatoria” en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Año 43, N°97, 2018, p. 298,

⁶⁰ Napiarkorvski, F. “Vulnerabilidad de derechos en personas trans” en *Acta Académica*, 2012, p. 222. Cfr. <https://www.aacademica.org/000-072/55> [Última Consulta: 20 de mayo de 2023]

En primer lugar, la criminalización de las personas trans, entendida en líneas generales como la penalización a su identidad y expresión de género, puede ser directa (*de iure*), a través de normas jurídicas que las sancionan expresamente; o indirectas (*de facto*) a través normas relacionadas con la moral social (molestia pública, la indecencia, las buenas costumbres, el merodeo, etc) o los delitos relacionados con el trabajo sexual, entre otras.

El tercer Informe de Mapeo Legal Trans (2020) de la organización ILGA Mundo⁶¹, arroja los resultados de una investigación que analiza la criminalización de las personas Trans en 143 Estados miembros de la ONU. Esta referencia establece que Asia y África contienen 13 países que criminalizan *de iure* a las identidades o expresiones transgresoras del género. Se trata de Brunei, Gambia, Indonesia, Jordania, Kuwait, el Líbano, Malawi, Malasia, Nigeria, Omán, Sudán del Sur, Tonga, y los Emiratos Árabes Unidos. La criminalización *de facto*, es propia especialmente en Europa y América Latina.

En Europa la criminalización *de facto* se materializa con numerosas leyes usadas en la región en contra de las personas trans y pone de manifiesto la forma en la que los Estados con marcos legales aparentemente progresistas se apropian de leyes “no discriminatorias” y las usan para perseguirlas. Por ejemplo, estas leyes incluyen la “perturbación del orden público” en Georgia, el “vandalismo” y la “lucha contra enfermedades provocadas por el VIH” en Azerbaiyán y la “alteración de la paz” en Turquía. En el Reino Unido, la incorporación del concepto de “no divulgación” y “engaño” en referencia a la identidad trans cuando se trata del consentimiento sexual evidencia la transfobia arraigada en las jurisdicciones del *common law* y en los fallos judiciales.

El patrón de criminalización predominante en la región europea es la forma en la que se persigue a las personas trans usando leyes sobre trabajo sexual. Los datos de los países reseñados en el informe, muestran que con estas leyes se persigue de modo desproporcionado y constante a las trabajadoras sexuales trans. Otro patrón generalizado, es el hostigamiento, arresto y detención que sufren las personas trans en manos de las fuerzas policiales. Según ILGA, es habitual que las fuerzas policiales arresten y detengan

⁶¹ Datos extraídos de: <https://trans.eus/es/mapa-ilga/> (Última consulta: 18 de mayo de 2023).

a personas sin fundamentos jurídicos e invocando la legislación por acusaciones espurias. En casi todos los países europeos se registraron casos de brutalidad y maltrato policial. Esta situación se exagera en ámbitos de detención, como se observa en los estudios de casos de Azerbaiyán, Serbia y Turquía.

El hecho de que la criminalización de las personas trans dependa en gran medida del criterio de las fuerzas policiales y de las autoridades muestra que, en los países de toda Europa, el problema no se puede rectificar necesariamente por vía judicial ni mediante la derogación de ciertas leyes. Lo que se necesita es un cambio rotundo en las actitudes y los prejuicios del Estado, la población y, en particular, las fuerzas policiales. Los Estados deberían garantizar que se apliquen las leyes sin discriminar, y para ello es necesario capacitar a los agentes estatales y educar a la sociedad en general contra la transfobia.

Sobre el caso Español, del informe citado surge que actualmente no se criminaliza *de jure* a la transexualidad. Este modo de punitivismo es más bien un dato histórico. Como enseña Suárez Llanos la reforma en 1954 de la Ley de Vagos y Maleantes de 1933, incorporó a los homosexuales en los perfiles del art. 2 abarcando materialmente la transexualidad. En 1970 la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social deroga la Ley de Vagos y Maleantes, “en beneficio de los propios sujetos a quienes la Ley haya de aplicarse y de la sociedad que debe integrarlos”, orientando su represión a la rehabilitación mediante internamiento, reeducación, aislamiento, sumisión obligatoria a tratamiento ambulatorio, a vigilancia de la autoridad., etc. (art. 5). Hasta el año 1983 estuvo en vigencia la prohibición del cambio de identidad sexual y de sanción y/o tratamiento rehabilitador para las personas, depravados y/o enfermos mentales⁶².

En segundo lugar, la patologización de la transexualidad, se refiere a la asimilación de la autodeterminación del género distinto al asignado al nacer con un trastorno de la identidad. Es decir, su consideración como un padecimiento de la salud mental.

A pesar de que en el año 2022 entró en vigor la undécima Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-11-2019)⁶³ de la Organización Mundial de la Salud,

⁶² SUAREZ LLANOS, L. “La identidad y el género del derecho frente al derecho a la identidad de género”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N° 54, 2020, p. 185.

⁶³ Dato extraído de <https://icd.who.int/es> (última consulta: 18 de mayo de 2023).

eliminando la categoría “Trans” del capítulo sobre trastornos mentales y conductuales, en muchos países continúan vigentes los diagnósticos que históricamente se han utilizado de manera incorrecta para reducir a las identidades transgresoras del género a enfermedades, creando discriminación. Esta patologización ha tenido un profundo impacto en las políticas públicas, la legislación y la jurisprudencia, penetrando así en todos los ámbitos del Estado e impregnando las representaciones sociales, políticas y jurídicas de las personas Trans, como enfermas o desviadas.

Por ejemplo, en España la recientemente derogada Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, situaba a la identidad de género más en el ámbito médico-clínico. Esta norma era patologizante, en cuanto establecía que la rectificación registral se acordaría una vez que el solicitante acredite que se le ha sido diagnosticada disforia de género mediante informe de médico o psicólogo clínico.

b) En cuanto a las consecuencias de la discriminación de las personas trans, la legitimación de la transfobia por parte del derecho, tal como se ha descrito anteriormente, genera una serie de resultados violentos directamente vinculados con el disfrute de los derechos fundamentales del colectivo bajo análisis. Según la organización internacional Global Action for Trans, estos efectos pueden clasificarse en cinco ámbitos: 1) En el entorno familiar sucede la violencia doméstica a través de amenazas, acoso y exclusión del hogar. 2) En los ámbitos educativos, de empleo y vivienda se informa abandono de la escuela, exclusión, estigmatización, discriminación y pérdida de empleo. 3) En los contextos institucionales se verifican estipulaciones en contra del travestismo, contravenciones, persecución, detenciones arbitrarias. 4) En el sistema de salud se comprueba acceso limitado o nulo a los servicios generales de salud, exposición alta frente al VIH/SIDA y acceso limitado o nulo a los procedimientos de afirmación de género. 5) Por último, y en cuanto a la falta de reconocimiento legal, en muchos países los pasaportes y las actas de nacimiento no pueden modificarse y existen requisitos como la esterilización, diagnósticos psiquiátricos o procedimientos compulsivos para reconocer legalmente el género escogido⁶⁴.

⁶⁴ Datos extraídos de <http://transactivist.org/wp-content/uploads/2012/03/gender-identity-and-hr-backgrounder-with-logo-spanish.pdf> (última consulta 18 de mayo de 2023).

Esta última consecuencia, la del desconocimiento legal de las identidades transgresoras del género, o su reconocimiento parcial y condicionado, conlleva un menoscabo a sus capacidades jurídicas, o peor aún, su exclusión del tráfico jurídico. Asimismo, encarna una pieza clave para entender que la solución a las violencias a la que están expuestas las personas trans requiere de la intervención estatal y la formulación de herramientas jurídicas en clave de DDHH, que orienten la políticas públicas destinadas a combatir la exclusión social a las que están expuestas las personas por su identidad sexual y expresión del género.

En este sentido, el Informe sobre el reconocimiento legal de la identidad de género A/73/152 del 2018 elaborado por el experto independiente en protección contra la violencia y la discriminación por orientación sexual e identidad de género de la ONU, aborda, entre otros aspectos, la cuestión de la identidad de género a partir de las narrativas del desconocimiento legal/estatal. Establece que el género autodeterminado es una piedra angular de la identidad de una persona y que su falta de reconocimiento legal niega tanto el derecho a la identidad de las personas trans y personas de género diverso. Cuanto compromete su derecho a la salud; su derecho a la libertad de movimiento y residencia, incluso para salir de cualquier país; su acceso a vivienda y seguridad social; y alimenta la discriminación, la exclusión y el acoso en contextos de educación y empleo⁶⁵.

Una clara narración jurisprudencial de las fatales consecuencias que desencadena la exclusión social y jurídica de las personas trans, se encuentra en un fragmento de la sentencia del juicio por el homicidio perpetrado en contra de la activista argentina travesti-trans⁶⁶ Diana Sacayan⁶⁷:

El crimen de Diana es un "travesticidio" porque se trata del asesinato de una persona cuya identidad de género autopercebida es la identidad travesti y constituye una forma específica de violencia de género que se enmarca en

⁶⁵Ver: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/SexualOrientation/GenderIdentityReport_SOGI.pdf (Última consulta: 18 de mayo de 2023).

⁶⁶ De manera similar a “trans”, “transexual” y “transgénero”, “travesti” es un término que se refiere a un grupo diverso de personas que no se identifican con el sexo asignado al nacer. Aunque, específicamente en Argentina, el término travesti designa una identidad política que reivindica el derecho a autodefinirse más allá del género binario.

⁶⁷ Diana Sacayán fue Coordinadora del Movimiento Antidiscriminatorio de Liberación (MAL), líder Trans de la Asociación Internacional de Lesbianas, Gays y Bisexuales (ILGA), y colaboradora de la revista *El Teje* –la primera publicación periódica producida enteramente por Trans– y el suplemento *Soy*, de Página 12. Trabajó en el Programa de Diversidad Sexual del INADI e impulsó la ley de cupo laboral Trans en la provincia de Buenos Aires en el año 2015. El 11 de octubre de ese mismo año fue asesinada y en 2018 se condenó a su agresor por homicidio con el agravante de odio a la identidad de género.

lo que denominamos "travesticidio social", que es el mecanismo llevado adelante por el Estado y la sociedad a través de la discriminación, la violencia, la segregación, la represión y la violación sistemática de los Derechos Humanos de las personas travestis (...) El travesticidio es el último eslabón del travesticidio social al constituir el momento de máxima expresión de la violencia travestofóbica (...)"⁶⁸.

En Argentina el término "travesticidio", al igual que el de "transfemicidio", se refiere a los homicidios agravados por el odio a la identidad de género o su expresión⁶⁹. Es decir, son la especificación de crímenes de odio que emergen como la máxima expresión de una violencia social extrema que se comienza a manifestar en instancias anteriores, a través de la exclusión permanente en el acceso de derechos fundamentales.

Podría sostenerse que las condiciones estructurales de vulnerabilidad del colectivo trans son leídas por otros actores sociales como condiciones de posibilidad, o escenarios de impunidad, para la aplicación de la violencia en diversos grados y manifestaciones. De allí la necesidad de reconocer y nombrar este tipo de crímenes.

Si no tienen nombre, no tienen reconocimiento. Y si no se les reconoce existencia, no tienen amparo. Y ese reconocimiento, y el reconocimiento de su gravedad, generan un impacto en la obligación del Estado de responder en consecuencia.

Hasta aquí, se ha caracterizado la vulnerabilidad jurídicamente relevante del Colectivo Trans orientando su inclusión como grupo vulnerable "específico" en la taxonomía de la vulnerabilidad española, ya que la discriminación particular y estructural que atraviesan las personas trans es tan singular como sus propias identidades.

⁶⁸ Fallo del Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 4 de la Capital Federal (Caso MGD - reg. N° 2882 y causa N° 62182).

https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/DispForm.aspx?ID=2157&RootFolder=*

⁶⁹ El Código Penal Argentino expresa en su artículo 80 inciso 4 que "Se impondrá reculsión perpetua o prisión perpetua al que matare... por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión."

Ver: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#15> (Última consulta: 18 de mayo de 2023).

IV PROTECCION JURÍDICA INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS TRANS

En este capítulo se presentará una descripción de la fuentes y modelos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Europeo, referidas a la protección jurídica de las personas trans.

En el ámbito global, ante la inexistencia de un tratado internacional específico que verse sobre los derechos humanos de las personas trans, se señalaran como modelos normativos: a) Los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos con relación a la orientación sexual y la identidad de género; b) Las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre DDHH de las personas LGBTI y los informes producidos en consecuencia; y c); Los principios generales de igualdad y no discriminación que surgen de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de los Pactos Internacionales de 1966 y de otros instrumentos del Derecho Internacional.

En el ámbito Europeo se abordará la construcción jurisprudencial del derecho a la no discriminación por razón de la identidad de género, a partir de los argumentos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y de las resoluciones del Consejo de Europa. Asimismo se considerarán las directivas, resoluciones e informes de los órganos de la Unión Europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

4.1 La protección jurídica de las personas trans en el ámbito global

a).- Puede entenderse a la Declaración de los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos con relación a la orientación sexual y la identidad de género (2006)⁷⁰, como la primera acción por los DDHH de las personas LGBTI promovida en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas.

Su redacción fue impulsada por la ex Alta Comisionada Louise Arbour de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2004/2008) y contó con la colaboración de dieciséis expertos, académicos y activistas, en la materia. Este documento, se presentó

⁷⁰ Véase: <http://yogyakartaprinciples.org/principles-sp/about/> (Última consulta: 18 de mayo de 2023)

oficialmente el 26 de marzo de 2007 ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas como una Carta Global para los Derechos LGBTI.

Se trata de treinta y ocho principios y una serie de recomendaciones a gobiernos, instituciones intergubernamentales regionales, organizaciones de la sociedad civil y a la propia ONU que tienen el objetivo de orientar a la interpretación y aplicación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, buscando la protección de las personas LGBTI.

Con ello se pretende facilitar el desarrollo normativo por parte de los Estados y órganos internacionales, para reducir y eliminar lo que se conoce como las “brechas de protección”, es decir, la diferencia existente entre lo que la norma pone y lo que los Estados deberían estar haciendo⁷¹. Tal y como apunta en su preámbulo “Numerosos Estados y sociedades imponen normas de género y de orientación sexual a las personas a través de las costumbres, las leyes y la violencia, y se afanan en controlar las formas en que ellas experimentan las relaciones personales y cómo se identifican a sí mismas. La vigilancia sobre la sexualidad continúa siendo una fuerza principal detrás de la perpetuación de la violencia basada en género y la desigualdad de género”.

En relación al tema de este trabajo, merecen destacarse: la definición de identidad de género enunciada en la introducción del documento y los principios 3, 31 y 18. Sobre la definición, se entiende por identidad de género la profundamente sentida experiencia interna e individual del género de cada persona, que podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo el sentido personal del cuerpo (que, de tener la libertad para escogerlo, podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole) y otras expresiones de género, incluyendo el vestido, el modo de hablar y los amaneramientos.

El Principio 3 indica que todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. Las personas en todas en toda su diversidad de orientaciones sexuales o identidades de género disfrutaran de capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida. Este postulado promueve el reconocimiento de legal de la identidad de género autodeterminada y la consecuente inclusión de las personas trans al tráfico jurídico de los derechos y bienes fundamentales.

⁷¹ PERIBAÑEZ BLASCO, E. “La ONU y los Derechos Humanos de las personas LGTBI+, historia de un reconocimiento tardío” en *Revista de la Inquisición. Intolerancia y Derechos Humanos*, Vol 22, p 482.

Este tercer Principio puede considerarse complementado o profundizado con la incorporación del número 31⁷² que establece que toda persona tiene derecho al reconocimiento legal sin referencia o requerimiento a la asignación al sexo, género, orientación sexual, identidad de género o su expresión o a características sexuales. Toda persona tiene derecho a obtener sus documentos de identidad, incluyendo certificados de nacimientos, sin importar la orientación sexual, la identidad de género o las características sexuales, y a cambiar la información respecto a su género o sexo en tales documentos cuando se consigne en los mismos. Este Principio promueve la inclusión de las personas no binarias, es decir que no se identifican con ningún género normativo, y fundamenta la iniciativa de abolir el marcador del género⁷³.

El principio 18 establece que ninguna persona será obligada a someterse a ninguna forma de tratamiento, procedimiento o exámenes médicos o psicológicos, ni a permanecer confinada en un establecimiento médico, por motivo de su orientación sexual o identidad de género. Y además remarca que Con independencia de cualquier clasificación que afirme lo contrario, la orientación sexual y la identidad de género de una persona no son, en sí mismas, condiciones médicas y no deberán ser tratadas, curadas o suprimida. Este Principio afirma el modelo de la despatologización de la identidad de género.

Por último, es importante destacar que esta Declaración de Principios no es un documento vinculante en el Derecho Internacional, pero se le reconoce la fuerza autoritativa de una *soft law* ya que se trata de una exposición experta de la legislación internacional de derechos humanos tal como aplica actualmente a los temas de la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género y las características sexuales.

En tales condiciones fue citada en informes del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de

⁷² El Principio 31 fue incorporado por los Principios de Yogyakarta +10 (2017). Se trata de una declaración de principios y obligaciones estatales adicionales sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género y las características sexuales que complementan los Principios de Yogyakarta y deben ser leídos en conjunto con las 29 propuestas originales.

Véase: <https://yogyakartaprinciples.org/principles-sp/los-principios-de-yogyakarta-10/> (Última consulta: 18 de mayo de 2023).

⁷³ LITARDO, E. Ob. Cit. p., 304.

género de Naciones Unidas; en informes de procedimientos especiales y de órganos de tratados; y en sentencias del TEDH.

b).- Por su parte, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, desde el año 2011 se ha expedido en reiteradas oportunidades sobre la violencia ejercida sobre las personas por su orientación sexual o identidad de género a través de sus resoluciones. Se trata de los instrumentos A/HRC/RES 17/19 (2011), A/HRC/RES 27/32 (2014), A/HRC/RES 32/2 (2016), A/HRC/RES 41/18 (2019) y A/HRC/RES 50/10 (2022).

La primera resolución, titulada “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género” (A/HRC/RES/17/19-2011), promueve de forma expresa la protección de los derechos de todas las personas cualquiera sea su orientación sexual, expresión e identidad de género y se condena formalmente cualquier acto de violencia o discriminación en cualquier parte del mundo⁷⁴. Su aprobación abrió el camino a los primeros informes oficiales de las Naciones Unidas sobre ese tema, preparados por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, denominados “Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género” (2011) y “Nacidos libres e iguales: Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos” (2012).

El primer informe, no solo documenta las leyes, prácticas discriminatorias estatales y los actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género en todas las regiones del planeta, sino que también ofrece una interpretación sobre la forma en la que la normativa internacional de derechos humanos podía aplicarse para poner fin a la violencia y a las violaciones conexas de los derechos humanos motivadas por la orientación sexual y la identidad de género.

En relación al reconocimiento del género, el informe expresa que en muchos países, las personas trans no pueden obtener el reconocimiento legal de su género preferido, incluida la modificación del sexo y el nombre en los documentos de identidad expedidos por el Estado. Por consiguiente, encuentran numerosas dificultades prácticas, en particular cuando solicitan empleo, vivienda, crédito o prestaciones del Estado o cuando viajan al extranjero. Los países que reconocen la modificación del género suelen

⁷⁴ Véase: “Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género”, Resolución del Consejo de Derechos Humanos – ONU, A/HRC/RES/17/19, 2011.

exigir, tácita o expresamente, el requisito de que los solicitantes se sometan a cirugía de esterilización⁷⁵.

El segundo informe, se trata de explicar el origen y alcance de esas obligaciones jurídicas que incumben a los Estados respecto de las personas LGBT, haciendo referencia a la gran cantidad de decisiones, recomendaciones y orientaciones emitidas por los mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas. Se desglosan las responsabilidades de los Estados en cinco esferas principales en las que se requiere con mayor urgencia la adopción de medidas a nivel nacional: 1. Proteger a las personas contra la violencia homofóbica y transfóbica; 2. Prevenir la tortura y los Tratos crueles, inhumanos y degradantes contra las personas LGBT; 3. Despenalizar la homosexual; 4. Prohibir la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género; y 5. Respetar la libertad de expresión, De asociación y de reunión pacífica.

En cada sección se indica una obligación de los Estados, las normas internacionales pertinentes de derechos humanos y la opinión de los órganos creados en virtud de tratados y los procedimientos especiales de derechos humanos. En el desarrollo de cada una de estas esferas se dan ejemplos de los tipos de abuso experimentados y se ofrece un panorama amplio de cuán difundidas están ciertas condiciones de violencia y discriminación. Cada sección concluye con recomendaciones para los Estados⁷⁶.

La segunda resolución titulada “Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género (A/HCR/RES 27/32-2014) solicita al Alto Comisionado que actualice el informe A/HRC/19/41 con miras a compartir buenas prácticas y formas para superar la violencia y la discriminación, en aplicación de las normas y el derecho internacional de los derechos humanos en vigor⁷⁷.

⁷⁵ Véase: “Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género” (A/HRC/19/41-2011), Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Consejo de Derechos Humanos – ONU, 2011, p., 22. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Discrimination/A.HRC.19.41_Spanish.pdf (Última consulta: 18 de mayo de 2023).

⁷⁶ Véase: “Nacidos libres e iguales” (HR/PUB/12/06-2012), Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Consejo de Derechos Humanos – ONU, 2012. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes_sp.pdf (última consulta: 18 de mayo de 2023).

⁷⁷ Véase: “Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género”, Resolución del Consejo de Derechos Humanos – ONU, A/HCR/RES 27/32, 2014. <https://www.refworld.org/es/publisher,UNHRC,,55ed69414,0.html> (última consulta: 18 de mayo de 2023)

Como consecuencia, en el año 2015 se presenta el segundo informe sobre la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género que solicita el Consejo de Derechos Humanos. Su importancia radica en que registra una variedad de iniciativas encaminadas a reducir los niveles de violencia y discriminación por motivos de orientación sexual y de identidad de género, incoadas por los Estados desde las recomendaciones elaboradas en el primer informe.

Por ejemplo, desde 2011, catorce Estados han aprobado o endurecido sus leyes contra la discriminación y los delitos motivados por prejuicios, ampliando la protección relacionada con la orientación sexual y/o la identidad de género y, en dos casos, introduciendo también protecciones legales para las personas intersexuales. Tres Estados han abolido las sanciones penales por homosexualidad; doce han introducido el matrimonio o las uniones civiles de parejas del mismo sexo a escala nacional; y diez han efectuado reformas que, en diversos grados, facilitan a las personas transgénero la obtención del reconocimiento legal de su identidad de género. Estos avances demostraron no solo el efecto positivo de las acciones del Consejo de Derechos Humanos, sino que también propiciaron una modelización de las legislaciones y buenas prácticas relacionadas al respeto de los DDHH de las personas trans (y LGBI)⁷⁸.

La tercera resolución titulada “Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género” (A/HCR/RES 32/2-2016), crea el mandato del Experto independiente sobre orientación sexual e identidad de género⁷⁹. La principal función del especialista es el estudio de las formas de proteger mejor a las personas que sufren violencia y discriminación por razón de su orientación sexual o identidad de género, por medios tales como la evaluación de la aplicación de las normas de derechos humanos; la determinación de las mejores prácticas y las deficiencias; la sensibilización sobre estas cuestiones; la identificación y el abordaje de las causas profundas de la violencia y la discriminación; el diálogo y la celebración de consultas con los Estados y otras partes interesadas pertinentes para fomentar la protección de las

⁷⁸ Véase: “Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género” (A/HRC/29/23), Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Consejo de Derechos Humanos – ONU, 2015.

<https://www.refworld.org/es/docid/557157c44.html> (Última consulta: 18 de mayo de 2023).

⁷⁹ Véase: “Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género”, Resolución del Consejo de Derechos Humanos – ONU, A/HCR/RES 32/2, 2016.

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/154/18/PDF/G1615418.pdf?OpenElement> (Última consulta: 18 de mayo de 2023)

personas LGBT y de género diverso; y la facilitación y el respaldo de la prestación de servicios de asesoramiento, asistencia técnica, fomento de la capacidad y cooperación internacional para combatir la violencia y la discriminación. Hasta el momento, el Experto ha emitido 5 informes anuales a la Asamblea General de la ONU y 5 informes al Consejo de Derechos Humanos.

Sobre identidad de género, se destaca el “Informe sobre el reconocimiento legal de la identidad de género y la despatologización”, publicado el 12 de julio de 2018 y presentado a la Asamblea General en su 73 ° período de sesiones. El estudio examina el proceso de abandono de la clasificación de determinadas formas de género como una patología, así como el pleno alcance de la obligación del Estado de respetar y promover que se respete el reconocimiento del género como componente de la identidad. También destaca algunas medidas eficaces para garantizar el respeto de la identidad de género y brinda orientación a los Estados sobre las maneras de hacer frente a la violencia y la discriminación por motivos de identidad de género.

En este informe, el experto entendió al derecho a la libre determinación del género como una parte fundamental de la libertad de la persona y un pilar de su identidad. Y que la obligación de los Estados consiste en facilitar el acceso al reconocimiento del género de manera compatible con los derechos a la no discriminación, a la igual protección de la ley, a la intimidad, a la identidad y a la libertad de expresión.

Las obligaciones descritas incluyen abstenerse de adoptar medidas que creen obstáculos al reconocimiento legal o que lo hagan imposible, así como el aspecto positivo de adoptar medidas legales a fin de que dicho reconocimiento: a) Se base en la libre determinación; b) Consista en un proceso administrativo sencillo; c) No esté relacionado con requisitos abusivos, como una certificación médica, la cirugía, los tratamientos, la esterilización o el divorcio; d) Incluya el reconocimiento de las identidades no binarias en toda su diversidad y especificidad; e) Garantice que los menores tengan acceso al reconocimiento de su identidad de género⁸⁰.

⁸⁰ Véase: “Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género” (A/73/152), Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, 2018.
<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N18/220/44/PDF/N1822044.pdf?OpenElement>
(Última consulta: 18 de mayo de 2023)

Las últimas dos resoluciones emitidas por Consejo de Derechos Humanos de la ONU (A/HRC/RES 41/18-2019 y A/HRC/RES 50/10-2022), se limitan a prorrogar el Mandato del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género⁸¹.

En este marco de prórroga, el Experto emitió su informe más reciente, el 27 de julio de 2022, en el que aborda el llamamiento a una mayor conciencia sobre cómo operan las dinámicas de género y de orientación sexual e identidad de género en el contexto de los conflictos armados, y dentro de la consolidación y el mantenimiento de la paz. Se propone aportar una visión sobre la aplicación de todo un conjunto de recursos jurídicos para fomentar la prevención, la participación, la protección, el socorro y la paz sostenible para las personas, las comunidades y los pueblos que sufren la violencia y la discriminación en contextos devastados por la guerra en todo el mundo. Asimismo, se establece una base para ampliar las políticas vigentes en el sistema de las Naciones Unidas a fin de promover el cumplimiento por parte de los actores estatales y no estatales⁸².

En definitiva, la suma de los informes requeridos por el Consejo de Derechos de Humanos de la ONU, constituyen un verdadera construcción doctrinal relacionada a la protección internacional de los derechos humanos de las personas trans. Desde el primer informe emitido por el Alto Comisionados de la ONU por los DDHH (2011) hasta el último informe del Experto Independiente sobre la Orientación Sexual y la Identidad de Género (2022), se han sistematizado interpretaciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se ha recopilado jurisprudencia de tribunales internacionales, y se han registrado los procesos internacionales de adaptación de la legislación de los Estados a los estándares que de aquí surgen.

Para finalizar, cabe reflexionar sobre el grado de adhesión a las resoluciones mencionadas, por parte de los Estados que conforman el Consejo de DDHH. De 47

⁸¹ Véase: “Mandato del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género”, Resoluciones del Consejo de Derechos Humanos – ONU, A/HRC/RES 41/18, 2019 y A/HRC/RES 50/10, 2022.
<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/221/65/PDF/G1922165.pdf?OpenElement> y <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G22/407/80/PDF/G2240780.pdf?OpenElement> (Última consulta: 18 de mayo de 2023)

⁸² Véase: “Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género” (A/77/235), Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, 2022.
<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/440/44/PDF/N2244044.pdf?OpenElement> (Última consulta: 18 de mayo de 2023)

Estados, 23 votaron a favor de la primera resolución, 25 aprobando la segunda, 23 adhiriendo a la tercera, 27 en apoyo a la cuarta y 23 favoreciendo a la quinta. El resto de los Estados, casi la mitad en todos los casos, estuvieron en contra o se abstuvieron de votar por la continuidad de las acciones de la ONU en favor de las personas LGBTI. De esta lectura surge un indicador sobre la falta de consenso por parte de los Estados que permita avanzar hacia la firma de tratado internacional específico que verse sobre los DDHH de las personas trans y LGBI.

c).- Por último se hará referencia a la interpretación de las cláusulas abiertas de no discriminación contenidas en los Tratados Internacionales de DDHH. La regla general es que estos instrumentos protegen a todas las personas sin discriminación. Por ello, a pesar de que ni la identidad de género ni la orientación sexual suelen mencionarse explícitamente como razones de discriminación en estos instrumentos, se aplican a las personas trans a través de las cláusulas abiertas contra la discriminación.

Por un lado, se encuentran los principios básicos de la igualdad y la no discriminación enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos: El artículo 1º establece la afirmación inequívoca de que Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. El artículo 2º del mismo instrumento afirma posteriormente que, toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Sobre este último, la propia ONU ha declarado que dentro de la expresión “cualquier otra condición” se valora a la orientación sexual y la identidad de género.

Por el otro, se encuentra las cláusulas antidiscriminatorias de los Pactos de 1966. El artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que cada uno de los Estados Partes se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Mientras que el artículo 2.2 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que los Estados Partes se comprometen a garantizar el ejercicio de

los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Las cláusulas abiertas de no discriminación de los instrumentos internacionales vinculantes suelen exigir que los derechos enunciados se reconozcan a todos sin discriminación alguna y que los Estados velen por que sus leyes, políticas y programas no sean discriminatorios. En esta dirección, los órganos supervisores del cumplimiento de estos tratados han realizado interpretaciones de estos mandatos que incluyen expresamente a nuestro grupo en situación de vulnerabilidad.

Particularizando este mandato de no discriminación, en el año 2009, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en su Observación General N° 20, declaró que en ‘cualquier otra condición social’, tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto, se incluye la orientación sexual. Los Estados partes deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto, por ejemplo, a los efectos de acceder a la pensión de viudedad. La identidad de género también se reconoce como motivo prohibido de discriminación. Por ejemplo, los transgénero, los transexuales o los intersexo son víctimas frecuentes de graves violaciones de los derechos humanos, como el acoso en las escuelas o en el lugar de trabajo.

En igual sentido, se pueden mencionar varias observaciones, opiniones e interpretaciones sobre diferentes tratados internacionales clasificados según los derechos protegidos⁸³:

1. Protección del derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona, independientemente de la orientación sexual o la identidad de género. En el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se afirma que el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente. El Estado tiene la obligación de ejercer la diligencia debida para prevenir y sancionar la privación de la vida, ofrecer reparación al respecto e investigar y enjuiciar todos los actos de violencia selectiva. Por su parte, el artículo 33

⁸³Enumeración extraída del análisis del informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género (A/HRC/19/41).

de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados dispone que los Estados partes tienen la obligación de no expulsar o devolver a un refugiado a un lugar en el que su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas. En opinión del ACNUR⁸⁴, las personas que tengan el temor de ser perseguidas por causa de su orientación sexual o identidad de género se pueden considerar miembros de un 'determinado grupo social' y los Estados deberían concederles el estatuto de refugiadas y tratarlas de conformidad con las disposiciones de la Convención.

2. Prevención de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes por razón de la orientación sexual o la identidad de género. El derecho a no sufrir estas vejaciones es absoluto. El artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Según el Comité contra la Tortura, los Estados deben proteger de la tortura y los malos tratos a todas las personas, cualquiera que sea su orientación sexual o identidad transexual, y prohibir y prevenir los actos de tortura y los malos tratos y ofrecer reparación al respecto en todas las situaciones de privación o de limitación de libertad.

3. Protección del derecho a la intimidad y contra la detención arbitraria por razón de la orientación sexual o la identidad de género: El derecho a la intimidad está consagrado en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el que se dispone que nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia. El artículo 9 del Pacto protege además a las personas de la detención y prisión arbitrarias. En su Observación general N° 16, el Comité de Derechos Humanos confirmó que se pretendía que cualquier injerencia en la vida privada, incluso las previstas en la ley, esté en consonancia con las disposiciones, los propósitos y los objetivos del Pacto y sea, en todo caso, razonable en las circunstancias particulares del caso. Desde el caso Toonen, en 1994, el Comité de Derechos Humanos ha sostenido que las leyes utilizadas para penalizar las relaciones homosexuales íntimas y consentidas entre adultos vulneran los derechos a la intimidad y a la no discriminación. El Comité ha rechazado el argumento de que la penalización se pueda justificar como 'razonable' por motivos de salud o moral pública, señalando que el uso del derecho penal en esas

⁸⁴ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Directrices sobre protección internacional no. 9: Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967, 23 de octubre de 2012, UN Doc HCR/IP/12/09.

circunstancias no es ni necesario ni proporcionado. Por su parte, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria ha sostenido que la detención por razón de la orientación sexual constituye detención arbitraria en violación del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

4. Protección de las personas de la discriminación por razón de la orientación sexual y la identidad de género. El derecho a no ser objeto de discriminación surge del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 2). El artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantiza la igualdad ante la ley, al disponer que los Estados deben prohibir la discriminación. En sus observaciones generales, observaciones finales y dictámenes sobre las comunicaciones, los órganos de tratados de derechos humanos han confirmado que los Estados tienen la obligación de proteger a todas las personas de la discriminación por razón de la orientación sexual o la identidad de género. El Comité de Derechos Humanos ha instado a los Estados partes a garantizar a todas las personas la igualdad de los derechos establecidos en el Pacto, independientemente de su orientación sexual o identidad de género.

5. Protección del derecho a la libertad de expresión, asociación y reunión de forma no discriminatoria. Las libertades de expresión, asociación y reunión pacífica están consagradas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 19, 21 y 22). En virtud del artículo 19, todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas. El art. 20.2 establece que toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley, el art 21 reconoce el derecho de reunión pacífica y el art 22 prescribe que toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses. El ejercicio de estos derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. Sobre esto, el Comité de Derechos Humanos ha confirmado que esas restricciones no deben vulnerar las disposiciones del Pacto relativas a la no discriminación, en particular, de conformidad

con la jurisprudencia del Comité, por razón de la orientación sexual o la identidad de género.

4.2 La protección jurídica de las personas trans en el ámbito europeo

A los fines de exponer y analizar el sistema jurídico protector de las personas trans en la región europea, es necesario diferenciar entre los instrumentos y normas emanadas del Consejo de Europa y el TEDH, por un lado, y las procedentes de la Unión Europea y al TJUE, por el otro. En ambos casos podremos verificar una construcción jurisprudencial progresiva del derecho a no ser discriminado por razón de la identidad de género y una caracterización de la vulnerabilidad del Colectivo Trans promovida por los órganos ejecutivos en aras a la promoción de los derechos humanos de las personas trans.

4.2.1 El Consejo de Europa y la jurisprudencia del TEDH

Como se explicará en este apartado, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) no recoge un derecho específico que proteja jurídicamente a las personas trans, en relación a su identidad de género. Es el TEDH, en tanto máximo tribunal encargado de interpretar y garantizar su aplicación, el que las ha incluido bajo el alcance de del artículo 8, que regula el derecho a la vida privada; el 12, el derecho al matrimonio; y el 14, donde se establece el principio general de no discriminación⁸⁵, aunque en este último no se refleja el motivo de la orientación sexual o la identidad de género como causa de una violación del mismo.

La elaboración jurisprudencial del sistema protectorio de los derechos de las personas trans en el ámbito europeo parte del Derecho Antidiscriminatorio y es el resultado de un proceso que ha considerado de manera dinámica muchos factores de la realidad social, tales como la opinión pública, los avances científicos y tecnológicos, el

⁸⁵ CEDH: Art 8: Derecho al respeto a la vida privada y familiar. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás; Art 12: Derecho a contraer matrimonio A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho. Art. 14. Prohibición de discriminación El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación

margen de apreciación de los Estados miembro y las luchas activistas incoadas a través de pretensiones particulares en los casos conocidos por el tribunal.

A los fines de comprender la progresiva ampliación de derechos de las personas trans a través de jurisprudencia del TEDH, se propone repasar suscintamente las posturas del Tribunal antes y después del caso *Goodwin vs. Reino Unido* (2002).

Antes de este caso hito, la jurisprudencia europea no acogió las reivindicaciones de las personas trans, sobre todo las referidas al cambio de nombre ni siquiera cuando que las autoridades nacionales habían posibilitado y financiado el tratamiento y la operación de reasignación de sexo⁸⁶. Este condicionamiento restringía directamente los derechos concretos de las personas trans, como es el caso del derecho al matrimonio, a tener o adoptar hijos, la pensión, etc., además de tener importantes consecuencias sobre la identidad, la dignidad y el autorrespeto del individuo y de sus posibilidades de perfeccionamiento.

Son varias las sentencias anteriores al caso *Goodwin* que trataron estas reivindicaciones sobre cuestiones de identidad sexual. Las más representativas son las sentencias del caso *Rees vs. Reino Unido*, de 17 de octubre de 1986; la del caso *Cossey vs. Reino Unido*, de 27 de septiembre de 1990. También se puede mencionar la del caso *B. vs. Francia*, de 25 de marzo de 1992; y la del caso *X, Y y Z vs. Reino Unido*, de 22 de abril de 1997⁸⁷.

Las sentencias de los casos *Rees* y *Cossey vs. Reino Unido*⁸⁸ son las que determinan la primera jurisprudencia del TEDH sobre la cuestión de la identidad de

⁸⁶ MARTINEZ DE PISÓN CAVERO, J. “La identidad de género en Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Anuario De Filosofía del Derecho* N°38, 2022, p 117.

⁸⁷ Sobre estos casos, puede consultarse en: MERINO SANCHO, V. “Una revisión de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la intimidad sexual y la autonomía individual”, en *Derechos y Libertades*, N° 38, 2018, p. 340; SANZ-CABALLERO, S. “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su respuesta al reto de la transexualidad: Historia de un cambio de criterio”, en *American University International Law Review*, vol. 29, núm. 4, 2014, pp. 839-868; RUIZ-RUISEÑO MONTOYA, F. “Los derechos de las personas LGBT en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista General de Derecho Constitucional*, N°17, 2013, pp. 1-39; y MANZANO BARRAGÁN, I. “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre orientación sexual e identidad de género” en *Revista Española de Derecho Internacional*, 2012, pp. 49-78.

⁸⁸ En el caso *Rees*, el demandante era un varón trans que se sometió a tratamiento médico hormonal y quirúrgico para su adaptación física, sufragado por el Servicio Nacional de Sanidad. El mismo se presentó ante el jefe del Registro del estado civil solicitando que se modificase la mención del sexo en su partida de nacimiento, para lo cual presentó, entre otros documentos, un informe médico sobre la definición de los criterios del sexo, argumentado que el sexo psicológico del interesado era decisivo en su identidad sexual. Su objetivo era rectificar sexo a masculino para contraer matrimonio. La respuesta de Jefe del Registro fue

género. En ambos casos, los demandantes eran personas transexuales que, tras tratamiento de reasignación sexual, solicitaban el cambio legal del nombre y del sexo en los registros y documentos oficiales para poder contraer matrimonio. Entendieron que la negativa de las autoridades británicas suponía una violación de su vida privada y, por tanto, del artículo 8 y 12 del CEDH.

En estos casos el TEDH no considera que la negativa al cambio de nombre y sexo en el registro implique una violación del artículo 8 del CEDH, ya que ello supondría imponer al Reino Unido un régimen distinto al vigente para la determinación y la inscripción del estado civil. El margen de apreciación de los Estados, avala el que sean las autoridades nacionales las que establezcan el modelo de documentación que refleje y pruebe el estado civil actual. En este sentido, la opinión mayoritaria sostiene que los gobernantes británicos, al utilizar su margen de apreciación, tienen derecho indiscutible a tener en cuenta la situación de su patria para resolver qué medidas deben tomarse. En consecuencia, dado que el funcionario del registro civil actuó de acuerdo a la legislación vigente y no se lo puede imponer al gobierno británico ni un cambio de modelo, no se entiende por violado el artículo 8. Sostiene, además, que tampoco surge de este artículo la obligación de protección de los intereses de las personas transexuales.

Asimismo, el tribunal manifestó que el margen de apreciación de los Estados para resolver estas cuestiones, se basa en el disímil panorama normativo entre los Estados miembros del Consejo de Europa. Sostiene que, en línea de la resolución de la Asamblea Parlamentaria de 12 de septiembre de 1989, siguen existiendo notables diferencias en la regulación de los derechos de las personas trans y, en particular, de su derecho a la identidad de género. Por tanto, se trata de un campo en el que todavía los Estados contratantes, debido a sus escasas coincidencias, disfrutaban de un amplio margen de apreciación.

negativa (STEDH 9532/81, de 17 de octubre de 1986). Véase <https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-165098> (Última consulta: 18 de mayo de 2023)

En el caso *Cossey*, la demandante es una mujer transexual que se sometió a un tratamiento de reasignación de sexo y que pretendió formalizar la relación con su pareja contrayendo matrimonio. El funcionario del Registro General informó que, pese a todo, el matrimonio sería nulo, puesto que la legislación británica requería que dicha institución fuese realizada por un hombre y una mujer. Se le denegó un certificado de nacimiento en el que constara que era de sexo femenino dado que se le registró en su día como hombre. La Sra. *Cossey* entendió que esta situación vulneraba su vida privada y su derecho a la identidad personal y alteraba también su estabilidad psíquica y emocional (STEDH 10843/84, de 27 de septiembre de 1990). Véase <https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-164830> (Última consulta: 18 de mayo de 2023).

Por otra parte, algunos autores consideran que esta etapa interpretativa del TEDH está alcanzada por un enfoque biologicista de la identidad. Es decir, mantiene una concepción estrictamente médica de la identidad sexual en general y del sexo en particular y por lo tanto la discusión sobre el reconocimiento y los efectos jurídicos del cambio de identidad queda supeditada a aquella concepción⁸⁹.

Esta postura se puede distinguir claramente en el voto del juez Martens, quien describe a las personas trans y sus vivencias como “ese pequeño y trágico grupo de desgraciados, afligidos por la convicción de pertenecer al sexo opuesto, sentimiento al mismo tiempo incurable e irresistible”⁹⁰. Es decir, se construiría una identidad anómala a partir de la connivencia entre el discurso médico y el judicial a los fines de reducir las capacidades jurídicas.

Como se dijo, los casos *Goodwin e I. vs. Reino Unido*⁹¹ (ambos con sentencias de fecha 11 de julio de 2002, con el mismo argumento e igual decisión), traen consigo un importante giro doctrinal en la jurisprudencia del TEDH. Los dos litigios afectan a una mujer transexual que tras realizar la reasignación del sexo en el seno del Servicio Nacional de Salud sufragado con presupuesto público se encuentra, sin embargo, con que las autoridades no reconocen las consecuencias jurídicas de dicho cambio. El TEDH, por primera vez, tiene en cuenta la incongruencia de que un mismo Estado financie y coadyuve a los tratamientos de reasignación de sexo, es decir, a lograr la identificación

⁸⁹ MERINO SANCHO, V. “Una revisión de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la intimidad sexual y la autonomía individual”, en *Derechos y Libertades*, N° 38, 2018, p. 340.

⁹⁰ Véase <https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-164830>, punto 2.2 del voto particular disidente del Juez Señor Martens.

⁹¹ En el caso *Goodwin*, la demandante era una persona transexual que, pese a vivir en sociedad como mujer, continuaba siendo considerada como hombre a efectos legales. Esto se debía a que los certificados de nacimiento en el Reino Unido estaban basados únicamente en criterios biológicos y no podían ser modificados tras la operación de reasignación de sexo. La demandante alegó ante el Tribunal que la falta de reconocimiento legal de su nueva identidad de género le había supuesto graves inconvenientes en ámbitos como su entorno laboral, la cotización a la seguridad social y el cobro de pensiones. Además, puesto que el matrimonio entre personas del mismo sexo no estaba permitido en el Reino Unido, había conllevado igualmente la imposibilidad de contraer matrimonio con una persona del sexo opuesto al de su nueva identidad sexual (STEDH 38957/95, de 11 de julio de 2002). Véase <https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-162239> (Última consulta: 18 de mayo de 2023).

En el caso *I*, La demandante es una mujer transexual que realizaba trabajos de enfermera dental para el ejército. Empezó a tener problemas laborales cuando le pidieron en sucesivos trabajos su certificado de nacimiento, en el que aparecía que era varón. Igualmente, los problemas aparecieron cuando decidió solicitar una pensión ocasionada por una enfermedad, donde también le solicitaron el mismo certificado. En suma, la demandante se queja de la falta de reconocimiento jurídico de su nueva identidad sexual y de sus consecuencias para la obtención de empleo, para el acceso a una pensión y para contraer matrimonio. Véase <https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-162238> (Última consulta: 18 de mayo de 2023).

entre sexo asignado y sexo sentido, e impide el pleno reconocimiento de la identidad de la persona con el cambio en los documentos oficiales.

En estos casos, el TEDH reconoce que, a través de esta incongruencia, los Estados violan el artículo 8 de la CEDH, provocando un grave atentado contra la vida privada, ya que un conflicto entre la realidad social y el Derecho coloca a la persona transexual en una situación anormal que le provoca sentimientos de vulnerabilidad, humillación y ansiedad, y por lo tanto el Estado ya no puede invocar el argumento del margen de apreciación en esta materia. En este sentido, el concepto de vida privada del artículo 8 CEDH incluye los aspectos relacionados a la identidad sexual y, dentro de estos, la transexualidad.

Sumando a este argumento, el TEDH subraya que el fundamento del CEDH es la dignidad y la libertad de las personas y, en particular, la idea de la autonomía personal es la piedra angular del concepto de vida privada. E implica que la esfera personal de cada individuo está protegida, comprendiendo el derecho de cada uno a establecer los derechos de su identidad como ser humano. Es así como el tribunal reafirma el derecho de las personas transexuales al desarrollo personal y a la integridad física y moral.

Este respeto a la vida privada implica tanto obligaciones negativas como positivas para los Estados. Obligaciones negativas de no injerencia y obligaciones positivas, más propias del Estado social de Derecho. La novedad reside en que el TEDH entra a precisar y a detallar en qué consisten estas obligaciones positivas de los Estados limitando el margen de apreciación de las autoridades nacionales. Precisamente, lo que reafirma es la obligación de los Estados al reconocimiento jurídico de los cambios en la identidad de género de los transexuales. Es aquí donde se empieza a vislumbrar el cambio paradigmático de la protección jurídica de las personas trans: del orden privado al público.

Asimismo, el Tribunal inicia el camino de la despatologización de la identidad de género, argumentando que los debates en la ciencia médica no alcanzaban un consenso sobre la transexualidad, sobre en su consideración o no como enfermedad. A su vez, sostuvieron que se estaba produciendo un cambio importante en la percepción social europea sobre la transexualidad⁹². Esto en consonancia con el movimiento social y global

⁹² MARTINEZ DE PISÓN CAVERO, J, *Ob. Cit.* p, 122.

en favor de la despatologización que alcanzaría su éxito final en 2018 a través de eliminación de la disforia de género del CIE-11.

Esta nueva lectura, se complementa con las consideraciones de los casos posteriores *Goodwin*. Por ejemplo, el caso *Van Kück vs. Germany*⁹³ retoma la doctrina hito para consolidar y ampliar estas obligaciones discutiendo un posible derecho de autodeterminación. Con él, el TEDH da un paso importante en la justificación de un derecho a la libre autodeterminación de género, en la medida en que trasciende la referencia a la autonomía personal como un aspecto del derecho a la vida privada y lo concreta en la idea de la autodeterminación sexual antes mencionada.

Aunque todavía en la redacción de la sentencia del caso *Van Kück*, el significado y contenido de este derecho son imprecisos, sin embargo, el TEDH justifica así la obligación positiva de los Estados de cargar con los gastos de los tratamientos de reasignación del sexo. Si bien de este aporte a la configuración de los derechos de las personas trans no se desprende un concepto claro de autonomía, sí se identifica una concreción de las obligaciones frente a terceros, también los privados⁹⁴.

En definitiva, el TEDH comienza a concretar un posible significado de la autodeterminación cuando sugiere que cada persona puede decidir libremente si inicia un procedimiento de cambio de identidad y establece que es obligación de los Estados garantizar que el proceso se lleve a cabo al margen de intereses económicos y/o privados.

Igualmente, la sentencia del caso *Hämäläinen vs. Finlandia*, de 16 de julio de 2014, resulta fundamental en la configuración final de los compromisos de los Estados y en la definición de sus obligaciones positivas. En este caso, como en los similares, el TEDH afirma que las obligaciones positivas inherentes al concepto de 'respeto' de la vida privada carecen de nitidez. No obstante, señala una serie de elementos relevantes para la

⁹³ Se trata de una reclamación contra la aseguradora que no financia los gastos del tratamiento de reasignación del sexo a pesar de que el sistema público de salud de Alemania financiaba las operaciones pertinentes. En su petición, la demandante presentó los informes psiquiátricos que avalaban su transexualidad y la necesidad de realizar los tratamientos médicos y quirúrgicos de cambio de sexo. La compañía de seguros tomó la decisión desfavorable al pago de los gastos en base a otros informes psiquiátricos que no recomendaban dichos tratamientos. El Tribunal Regional de Berlín, ante el cual reclamó la demandante, dio la razón a la empresa aseguradora justificando su decisión en unos informes psiquiátricos que afirmaban que la transexualidad era una enfermedad mental, que las operaciones de reasignación del sexo eran uno de los tratamientos de esta enfermedad y que, en el caso estudiado, no era necesario para curar la transexualidad del solicitante (STEDH 35968/97, de 12 de septiembre de 2003). Véase <https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-61142> (Última consulta: 18 de mayo de 2023).

⁹⁴ MERINO SANCHO, V. Ob. Cit., p. 347.

valoración del contenido de las obligaciones positivas de los Estados: por ejemplo, la importancia de los intereses en juego u otros elementos que tienen que ver con los valores o aspectos esenciales de la vida privada, el impacto sobre la interesada de un conflicto entre la realidad social y el derecho, la coherencia de la práctica administrativa y la jurídica, etc⁹⁵.

En resumen, desde la sentencia de los casos *Goodwin e I. vs. Reino Unido*, el TEDH ha ido afinando y perfilando su posición acerca de la identidad de género: no solo fue dando contenido al derecho a la vida privada o al reconocimiento de la identidad de género de las personas trans, sino que también ha ido precisando el ámbito de apreciación de los Estados y el alcance de sus obligaciones negativas y positivas en relación con la intimidad, la libertad y la dignidad de las personas, como hizo también en la sentencia *Van Krück vs. Alemania* o en *Hämäläinen vs. Finlandia*. Puede decirse, que ha construido el contenido esencial del derecho al reconocimiento de la identidad de género de las personas trans y una regla práctica de interpretación y actuación⁹⁶.

Desde la interpretación del TEDH, se fueron identificando una serie de quiebres doctrinales que se pueden precisar en tres aspectos: a) el reconocimiento de que no hay una necesaria estable y vinculante implicancia entre el sexo biológico y el género sentido; b) la habilitación de las expresiones de otras identidades de género en su ejercicio real, al permitir la rectificación de los datos registrales independientemente de la existencia intervención quirúrgica de reasignación de sexo; y c) el amparo de la autonomía decisional y la personalidad jurídica como principios de actuación Estatal.

Es así como la jurisprudencia descrita impulsó la elaboración de informes y la aprobación de resoluciones por parte de los otros órganos del Consejo de Europa poniendo de manifiesto, denunciando y caracterizando la situación de vulnerabilidad específica del Colectivo Trans en Europa y elaborando recomendaciones a los Estados miembros para que reformen sus leyes en favor del reconocimiento legal pleno de la de las personas y el establecimiento de políticas sociales específicas.

En este sentido, el informe del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa de julio de 2009 sostiene que durante mucho tiempo, se ha ignorado y descuidado la situación de los derechos humanos de las personas trans, aunque los problemas que

⁹⁵ MARTINEZ DE PISÓN CAVERO, J, *Ob. Cit.* p, 129.

⁹⁶ *Idem*, p. 133.

afrontan son graves y a menudo específicos de este grupo en concreto. Las personas transgénero experimentan un alto grado de discriminación, intolerancia y violencia directa. Se violan sus derechos humanos básicos, incluyendo el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y el derecho a la salud⁹⁷.

Respecto al reconocimiento legal del género elegido, el informe ofrece un mapa detallado de los países europeos con sus condiciones de elegibilidad para el cambio de sexo. Distingue tres categorías de países: a) los que no se prevén disposición alguna para el reconocimiento oficial, lo supone una clara violación de la jurisprudencia establecida por el TEDH; b) los que condicionan el reconocimiento legal a la demostración de un proceso de reasignación de género médicamente sugerido (la mayoría de los países europeos); y c) aquellos en los que no se requiere el sometimiento a tratamientos hormonales o a cirugías de ningún tipo para obtener el reconocimiento oficial del género preferido⁹⁸.

Otro de los puntos destacables de este documento es que se indica el marco internacional de Derechos Humanos que debería aplicarse para proteger los derechos de las personas trans y aporta ejemplos de buenas prácticas a los Estados miembros del Consejo de Europa⁹⁹.

Otros órganos del Consejo de Europa han emitido resoluciones o recomendaciones sobre la cuestión de la identidad de género son el Comité de Ministros del Consejo de Europa y la Asamblea Parlamentaria. El primero elevó una recomendación a los Estados miembros sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género (CM/Rec -2010). La segunda se expidió sobre la discriminación contra las personas transgénero en Europa (Res. 2048-2015).

La Asamblea Parlamentaria, en su resolución constata los avances promovidos en algunos países europeos en el reconocimiento legal del género y elabora una serie de recomendaciones y medidas para los Estados miembros. Estas se refieren a la legislación sobre la prohibición de la discriminación aplicando el derecho internacional de los derechos humanos, incluida la jurisprudencia del TEDH. En relación al reconocimiento legal del género, propone “procedimientos rápidos, transparentes y accesibles, basados

⁹⁷ HAMMARBERG, T. “Derechos Humanos e Identidad de Género”, Consejo de Europa, 2009, p.4. Véase <https://rm.coe.int/derechos-humanos-e-identidad-de-genero-issue-paper-de-thomas-hammarber/16806da528> (Última consulta; 18 de mayo de 2023).

⁹⁸ *Ibid.*, p. 9.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 5.

en la autodeterminación”, en la abolición de la esterilización u otros tratamientos médicos obligatorios. También propone por incluir en los documentos oficiales “una tercera opción al género”. También insta a que los tratamientos de reasignación de género y la atención a la salud sean accesibles para las personas trans y cubiertos por los sistemas públicos de salud. Entre otras¹⁰⁰.

En suma, el Consejo de Europa ha jugado un papel destacable en el proceso promoción de los derechos de las personas trans y sus resultantes sistemas protectorios en los países signatarios del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos empezó a constituirse a partir de los años ochenta en una fuente de protección de los derechos las personas trans, seguida en el tiempo por otros organismos supranacionales de carácter jurisdiccional, en particular por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y no jurisdiccionales, tales como el Comité de Derechos Humanos del sistema de Naciones Unidas, que han abordado de manera creciente cuestiones relativas a la discriminación por identidad de género. Sobre estos últimos nos referiremos en el siguiente apartado.

4.2.2 Unión Europea y la jurisprudencia del TJUE

En el ámbito de la Unión Europea, pueden distinguirse dos vertientes referidas a la protección jurídica de las personas trans. Por un lado, la jurisprudencia de la TJUE en relación a la interpretación del art 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; y por el otro el cuerpo de resoluciones y directivas emanadas del Parlamento y el Consejo de la Unión Europea, en consecuencia. También juegan un papel de impulso determinante los informes y recomendaciones de los órganos consultivos y de asesoramiento, tales como la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

La Carta de Derechos Fundamentales establece que la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad. Y prohíbe de forma expresa en el artículo 21 toda discriminación y, en particular, la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de

¹⁰⁰ Res 2048/2015 “Discriminación contra las personas transgénero en Europa”, Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. Véase <https://assembly.coe.int/nw/xml/xref/xref-xml2html-en.asp?fileid=21736> (Última consulta: 18 de mayo de 2023).

cualquier otro tipo, lo que incluye pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

Esta disposición general contra la discriminación que expresamente menciona al sexo y a la orientación sexual en la lista de motivos prohibidos para justificar la diferencia de trato, incluiría a la identidad de género. No obstante, el TJUE hasta la fecha no ha integrado la identidad de género en las causas sospechosas de discriminación del mencionado artículo¹⁰¹. Sin embargo, algunos pronunciamientos del Tribunal de Justicia asumen que esta circunstancia queda protegida, al menos parcialmente, por las distintas Directivas de igualdad de sexo aprobadas hasta la fecha.

En este sentido es especialmente interesante la interpretación que surge de la sentencia del 30 de abril de 1996 *P contra S y Cornwall County Council* que analiza el objetivo perseguido por la Directiva 76/207, 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 profesionales, y a las condiciones de trabajo¹⁰². Este fallo considera que el despido de una persona transexual por un motivo relacionado con su cambio de sexo es contrario a derecho de la Unión ya que el ámbito de aplicación de la Directiva no puede reducirse únicamente a las discriminaciones que se derivan de la pertenencia a uno u otro sexo.

Entonces, debe extenderse a las discriminaciones que tienen lugar a consecuencia del cambio de sexo del interesado, al basarse esencialmente, si no exclusivamente, en el sexo del interesado, puesto que despedir a una persona por tener intención de someterse o haberse sometido a una operación de cambio de sexo es darle un trato desfavorable frente a las personas del sexo al que se consideraba que pertenecía antes de la citada operación¹⁰³.

A partir de esta jurisprudencia del TJUE, el legislador de la Unión Europea tomó conciencia de la necesidad de mencionar explícitamente a la identidad de género en relación con el reconocimiento de los derechos y la plasmó en la denominada Directiva

¹⁰¹ Véase STC 67/2022, de 2 de junio, p 9453.

¹⁰² Véase <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A61994CJ0013> (Última consulta: 18 de mayo de 2023).

¹⁰³ El TJUE se ha expedido en igual sentido en las sentencias del de 27 de abril de 2006, *Sarah Margaret Richards c. Secretary of State for Work and Pensions*, respecto de la Directiva 79/7; y de 7 de enero de 2004, *K.B. c. National Health Service Pensions Agency y Secretary of State for Health*, asunto C-117/01, en relación con la Directiva 75/117/CEE del Consejo.

refundida 2006/54/CE que tiene por objeto garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación. En su considerando tercero se introduce una referencia explícita a la discriminación basada en la “reasignación de género”¹⁰⁴.

Sobre esta base, la Unión Europea ha construido un sólido cuerpo directivas, resoluciones, directrices y recomendaciones dirigidas a garantizar la libre manifestación de identidad de género de sus ciudadanos sin discriminación. La Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de marzo de 2021, sobre la declaración de la UE como una zona de libertad para las personas LGBTIQ¹⁰⁵, presenta una exhaustiva lista de documentos que mandan o mencionan la lucha contra la discriminación de las personas trans (y LGBI). Se trata de:

La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros; la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro; la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

La Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de febrero de 2019, sobre el futuro de la lista de medidas sobre las personas LGBTI (2019-2024); la Resolución, de 18 de diciembre de 2019, sobre la discriminación pública y el discurso de odio contra las personas LGBTI, incluido el concepto de zonas sin LGBTI; la Resolución, de 17 de septiembre de 2020, sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la constatación de un riesgo claro de violación grave del Estado de Derecho por parte de la República de Polonia; la Resolución, de 12 de septiembre de 2018, sobre una propuesta en la que solicita al Consejo que, de conformidad con el artículo 7, apartado 1, del TUE, constate

¹⁰⁴ Véase <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:204:0023:0036:es:PDF> (Última consulta: 18 de mayo de 2023).

¹⁰⁵ Véase https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0089_ES.html (Última consulta: 18 de mayo de 2023).

la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de Hungría de los valores en los que se fundamenta la Unión.

Por su parte, la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea impulsado el tratamiento de los derechos de las personas trans a partir de varios estudios específicos. Algunos de ellos son el informe sobre la situación de los derechos fundamentales de las personas intersexuales en la UE (2015); el estudio sobre las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales en la UE (2016); el informe sobre la situación migratoria actual en la UE: solicitantes de asilo lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales (2017); y la encuesta sobre las personas LGBT en la UE (2019).

Con todos los documentos enunciados como fundamento, la Comisión presentó en 2020 la primera “Estrategia para la igualdad de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, no binarias, intersexuales y *queer* (LGBTIQ) de la UE (2020-2025)”¹⁰⁶, aduciendo que a pesar de los progresos en la UE hacia la igualdad de las personas LGBTI, persiste la discriminación contra ellas.

La estrategia aborda las desigualdades y los retos que afrontan las personas LGBTI y define una serie de acciones específicas, en particular medidas legales y de financiación, para los siguientes cinco años. Propone ampliar la lista de delitos de la UE para incluir los delitos de odio, en particular la incitación al odio y los delitos de odio LGTBifóbicos, y garantiza que las preocupaciones de las personas LGBTI se reflejen correctamente en la elaboración de las políticas de la UE.

Entre las acciones clave definidas en la estrategia figuran las de combatir la discriminación, garantizar la seguridad, proteger de los derechos de las familias diversas, y promover acciones en favor de la igualdad LGBTI en el marco del Instrumento de Vecindad, Desarrollo y Cooperación Internacional, el Instrumento de Ayuda Preadhesión y el Fondo de Asilo y Migración.

En este marco es importante destacar las acciones de la UE en contra de Polonia y Hungría¹⁰⁷. Ambos Estados están siendo cuestionados por infringir los valores

¹⁰⁶ Véase. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0089_ES.html (Última consulta: 18 de mayo de 2023).

¹⁰⁷ Para profundizar en las acciones y punto de vista de la UE sobre este tema, véase en orden cronológico: La Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2018, sobre una propuesta en la que solicita al Consejo que, de conformidad con el artículo 7, apartado 1, del TUE, constata la existencia de un riesgo

fundamentales de la Unión. Estos incluyen el respeto por democracia, la igualdad, los Derechos Humanos, el principio de no discriminación y la justicia.

A partir de 2019, varios municipios y regiones polacos han adoptado resoluciones sobre la creación de las denominadas “zonas libres de la ideología LGBT” y en 2021 Hungría publicó una ley que establece una serie de medidas restrictivas y discriminatorias. En particular, prohíbe o limita el acceso de las personas menores de 18 años a contenidos que difundan o representen la denominada “divergencia con respecto a la identidad personal correspondiente al sexo en el momento del nacimiento, el cambio de sexo o la homosexualidad”.

Esta situación ha motivado la activación del mecanismo de condicionalidad, conforme a lo establecido por el artículo 7 del Tratado de la Unión Europea. Las normas de este procedimiento otorgan a la Comisión Europea la facultad de congelar los fondos de la UE hasta tanto el Estado infractor cese con la medida antijurídica. Lo que da cuenta del rol activo de la comunidad política europea por la igualación formal y material de las personas trans y LGBI en toda la región.

Recapitulado. La protección jurídica de las personas trans en el el ámbito del Consejo de Europa propiciada, principalmente por la interpretación judicial de cláusula antidiscriminatoria abierta del CEDH en concordancia con otros derechos. Aunque este marco interpretativo en muchos casos colisionaría total o parcialmente con las legislaciones de muchos Estados miembro por su disímil panorama normativo. Así lo sostuvo el TEDH y confirmó el informe del Comisario de Derechos Humanos del Consejo

claro de violación grave por parte de Hungría de los valores en los que se fundamenta la Unión; la Resolución de 18 de diciembre de 2019, sobre la discriminación pública y el discurso de odio contra las personas LGBTI, incluido el concepto de “zonas sin LGBTI”; y la Resolución, de 17 de septiembre de 2020, sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la constatación de un riesgo claro de violación grave del Estado de Derecho por parte de la República de Polonia.

Sobre los hechos, el memorando del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, de 3 de diciembre de 2020; y el debate del Comité de asuntos de actualidad del Congreso de Poderes Locales y Regionales del Consejo de Europa sobre la estigmatización de las personas LGBTI en Polonia; su consecuente informe sobre la investigación del papel de las autoridades locales en lo que respecta a la situación y los derechos de las personas LGBTIQ en Polonia, de 27 de enero de 2021; y las Recomendaciones sobre Protección de las personas LGBTIQ en el contexto del auge de la incitación al odio y la discriminación contra las personas LGBTIQ de 10 de febrero de 2021.

de Europa, con su mapa sobre diversas condiciones de exigibilidad para el cambio de sexo.

En el caso de la Unión Europea, se puede distinguir un robusto corpus de instrumentos legislativos y ejecutivos tendientes a combatir la discriminación de las personas trans, que no se limita a interpretaciones judiciales vinculantes, sino que avanza penalizado a la transfobia estatal con mecanismos de condicionalidad, como en los casos de Polonia y Hungría.

A los fines de este trabajo, es necesario destacar que aquellos Estados europeos que han optado por mecanismos despatologizantes, es decir basados en el modelo de la autodeterminación de género, son Dinamarca (2014), Irlanda (2015), Malta (2015), Bélgica (2017), Grecia (2017), Portugal (2018) y Luxemburgo (2019), Suiza (2022) y España (2023).

V LA SITUACION EN ESPAÑA

En el presente capítulo, se presentará la actualidad del sistema de protección jurídica de las personas trans en España a partir de una breve repaso histórico del tratamiento legislativo y judicial de la situación jurídica de las mismas, la especificación de la normativa antidiscriminatoria vigente que oficia de marco general para la protección jurídica de todas las personas y grupos vulnerables, y la normativa específica que las ampara.

En relación a la normativa trans, abordaremos principalmente a la reciente Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas Trans y para la garantía de los derechos de las personas LGBTI+, no sin antes referirnos a las leyes autonómicas previas sobre la misma materia a modo de prolegómeno y complemento competencial necesario.

5.1 Revisión histórica de la situación jurídica de las personas trans en España

La construcción de la subjetividad jurídica de las personas trans y del contenido del recientemente emergido derecho a la autodeterminación del género, es el resultado de un proceso discontinuo que involucró varias fuentes del derecho emanadas de diferentes órganos y niveles de jerarquía. En este contexto, se propondrá una segmentación temporal que recoja el iter “prohibición-indiferencia-permisión jurídica” de la identidad y expresión del género de las personas no cisheteronormadas.

En el año 1954, se incorporó la transexualidad (incluida materialmente en la homosexualidad), al art 2 de la Ley de Vagos y Maleantes de 1933 como una categoría de conducta antisocial prohibida por el derecho. Posteriormente, en 1970, la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación deroga la Ley de Vagos y Maleantes, “en beneficio de los propios sujetos a quienes la ley haya de aplicarse y de la sociedad que debe integrarlos”, orientando su represión a la rehabilitación mediante internamiento, reeducación y aislamiento, sumisión obligatoria a tratamiento ambulatorio, vigilancia de la autoridad, etc¹⁰⁸.

¹⁰⁸ SUAREZ LLANOS, L. “La identidad y el género del Derecho frente al derecho a la identidad de género”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N°54, 2020, p., 186.

En el año 1983, se incorpora el segundo párrafo del art. 428 del Código Penal para exceptuar la sanción a las lesiones consentidas en caso de cirugía transexual, trasplante de órganos y esterilizaciones. Con esta norma finaliza la etapa prohibitiva. Pero ante la indiferencia legislativa, transcurren más de dos décadas de regulación jurisdiccional de los derechos de las personas trans.

En sentencias de los años 1987 y 1989, el Tribunal Supremo (TS) acuña la nomenclatura “ficción hembra” para designar a las personas transexuales y permitir su rectificación registral tras la acreditación de una operación quirúrgica que da lugar a una morfología sexual artificial de órganos unidos a otros caracteres psicológicos de identificación con el otro sexo. En el año 1991 el TS acepta el cambio de identidad si hay reasignación sexual quirúrgica y tratamiento hormonal, aunque al entenderlo como una transformación ficticia y no cromosómica limitaba el derecho al matrimonio y los relacionados con “las limitaciones deducidas de la naturaleza física humana” (STS 287/1991 del 19 de abril)¹⁰⁹.

Posteriormente algunas Audiencias desde el 2004, siguiendo al TEDH, no aceptan la exigencia de cirugía del TS y se imponen al no ser recurridas: la Audiencia Provincial de Valladolid, el 23-05-2005; la de Barcelona, el 17-02-2004, la de Cádiz, el 20-04-2005, la de Madrid, el 15-07-2004, o la muy interesante sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 10-10-2006. En ella, la Audiencia, en contra del Juzgado de Primera Instancia, falla a favor del cambio de identidad de género a varón e inaplica la condición de reasignación sexual del TS por considerarla inconstitucional¹¹⁰.

El 15 de marzo de 2007 se sanciona la Ley reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, que vino a permitir el cambio de la inscripción relativa al sexo en el registro civil y con ello el cambio del nombre, de la documentación oficial, en consonancia con la jurisprudencia mencionada en el párrafo anterior, es decir sin condicionarla a los procedimientos de reasignación sexual.

En este momento, la voz del legislador se inclina por una permisión parcial y condicionada, ya que la rectificación registral se acordaba una vez que el solicitante acreditaba que se le ha sido diagnosticada disforia de género mediante informe de médico o psicólogo clínico, colegiados en España y que debería hacer referencia a la existencia de disonancia persistente entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente

¹⁰⁹ *Ibid.* p., 189.

¹¹⁰ *Ibid.* p., 191.

inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante. La mayor crítica a esta norma se refiere a la patologización de la identidad de género.

Posteriormente, desde el año 2009, algunas Comunidades Autónomas fueron sancionando progresivamente leyes, dentro del ámbito de su territorio y competencias, que optan por la despatologización de la identidad sexual y establecen un conjunto de medidas para la efectiva para realización de derechos fundamentales de las personas trans. Estos acontecimientos jurídicos autonómicos recogen la tendencia global y europea del reconocimiento legal de la identidad de género basado en el modelo de la libre autodeterminación. Estas normas pueden considerarse un prolegómeno de la recientemente sancionada Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

5.2 La normativa antidiscriminatoria vigente

En el ámbito nacional, el marco normativo antidiscriminatorio de carácter general, es decir que alcanza a todas las personas y grupos vulnerables, parte de los arts 9.2, 10 y 14 de la Constitución Española (CE) y de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (Ley Antidiscriminatoria).

El artículo 14 de la Constitución Española proclama el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Y tal reconocimiento se vincula al artículo 10 de la misma, que establece la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social. Además, la Constitución establece en su artículo 9.2 la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, y también de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.

Respecto a las personas trans, el Tribunal Constitucional estableció expresamente que “la condición de transexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el art. 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indudablemente una circunstancia incluida en la cláusula ‘cualquier otra condición o circunstancia personal o social’ a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación. Conclusión a la que se llega a partir de la constatación de que la transexualidad comparte con el resto de los supuestos mencionados en el art. 14 CE el

hecho de ser una diferencia históricamente arraigada y que ha situado a los transexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra estas personas”¹¹¹

Por su parte, la Ley Antidiscriminatoria, se erige como un instrumento eficaz contra toda discriminación que pueda sufrir cualquier persona y que aborda todos los ámbitos desde los que esta se pueda producir, acogiendo el lenguaje de los derechos humanos. Representa el mínimo común normativo que contiene las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español y, al mismo tiempo, alberga sus garantías básicas, conscientes de que, en su estado actual, la dificultad de la lucha contra la discriminación no se halla tanto en el reconocimiento del problema como en la protección real y efectiva de las víctimas.

La ley persigue un doble objetivo: prevenir y erradicar cualquier forma de discriminación y proteger a las víctimas, combinando el enfoque preventivo con el enfoque reparador. Este último tiene también un sentido formativo. El texto articulado se caracteriza por tres notas principales: es una ley de garantías, una ley general y una ley integral¹¹².

Es una ley de garantías que no pretende tanto reconocer nuevos derechos como garantizar los que ya existen desarrollando el artículo 14 de la Constitución e incorporando la amplia jurisprudencia constitucional al respecto. Es una ley general, frente a las leyes sectoriales, que opera a modo de legislación general de protección ante cualquier discriminación; y es una ley integral porque intenta abarcar todos los motivos de discriminación.

Este carácter integral se manifiesta también en los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social a los que se aplica la ley (empleo, el trabajo, la educación, la sanidad, servicios sociales, el acceso a bienes y servicios, incluida la vivienda, la participación social o política y la publicidad y medios de comunicación, etc).

En cuanto al contenido, a los fines de este trabajo, conviene destacar de un lado al artículo 2 porque incluye por primera vez dentro del ámbito subjetivo de aplicación de

¹¹¹ STC 176/2008, de 22 de diciembre, fs.4.

¹¹² la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, Preámbulo, III, p.8.

una norma estatal a las personas trans¹¹³. Y de otro lado, al artículo 6 que contiene una serie de definiciones acordes con los avances doctrinales y jurisprudenciales en la materia, tales como la definición de “discriminación múltiple e interseccional” y de “medidas de acción positiva”¹¹⁴. Estas definiciones resultarán útiles para comprender y justificar el despliegue de medidas de protección e igualdad de las personas trans que se desarrollaran en el punto 5.4.

5.3 Las leyes autonómicas

Como se sostuvo, a partir del año 2009 diversas Comunidades Autónomas, dieron un paso adelante al garantizar no solo el reconocimiento de la identidad de género en el trato con sus administrados, sino al añadir una cartera de servicios y políticas públicas a favor de la integración social de las personas trans. Desde entonces, se han sancionado 15 leyes autonómicas de igualdad y prohibición de discriminación de las personas por razón de su identidad de género, expresión de género o características sexuales. Siempre recordando que los derechos estatutarios no son en realidad derechos subjetivos sino simples mandatos a los poderes autonómicos (STC 247/2007 y 31/2010)¹¹⁵.

De esas 15 leyes, 8 están destinadas a la protección de las personas LGTBI, en general, y 7 se refieren única y específicamente a las personas trans¹¹⁶. Es importante destacar que Castilla y León y Asturias no tienen en vigor una ley de estas características (ni trans ni LGTBI). La base de la mayor parte de esta legislación autonómica es el derecho a la libre autodeterminación de la identidad de género.

¹¹³ Artículo 2. Ámbito subjetivo de aplicación. 1. Se reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de su nacionalidad, de si son menores o mayores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal. Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

¹¹⁴ Artículo 6. Definiciones...3. Discriminación múltiple e interseccional. a) Se produce discriminación múltiple cuando una persona es discriminada de manera simultánea o consecutiva por dos o más causas de las previstas en esta ley. b) Se produce discriminación interseccional cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas en esta ley, generando una forma específica de discriminación... 7. Medidas de acción positiva. Se consideran acciones positivas las diferencias de trato orientadas a prevenir, eliminar y, en su caso, compensar cualquier forma de discriminación o desventaja en su dimensión colectiva o social. Tales medidas serán aplicables en tanto subsistan las situaciones de discriminación o las desventajas que las justifican y habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con los medios para su desarrollo y los objetivos que persigan.

¹¹⁵ SALAZAR BENITEZ, O. “La identidad de género como derecho emergente”, en Revista de Estudios Políticos (nueva época), N° 169, 2015, p. 77.

¹¹⁶ Véase cuadro anexo.

Sin pretensión de exhaustividad, se señalarán algunos aspectos comunes de este conjunto normativo. Estas leyes en su totalidad propugnan las bases para una política pública en materia de transexualidad, su tratamiento administrativo, la lucha contra la transfobia, la prohibición de las terapias de aversión y la atención sanitaria a las personas trans. También se plantean medidas inclusivas para ámbito laboral, el sistema educativo, el entorno familiar y de ocio, cultura y deportes.

Como eje transversal, se garantiza la atención sanitaria de las prácticas y terapias relacionadas con la transexualidad. En general, se prohíbe que la condición de trans pueda ser tratada como una patología y, por tanto, las terapias aversivas. En la ley de Madrid, por ejemplo, se considera infracción muy grave la promoción y realización de terapias con la finalidad de modificar la identidad de género de una persona. En todos los casos se obliga a que la documentación administrativa y los formularios médicos se adecuen a la heterogeneidad del hecho familiar y a las circunstancias de las personas trans.

Todas las legislaciones vigentes poseen un título destinado a la protección del derecho a la salud física, mental, sexual y reproductiva de las personas transexuales y a la regulación del acceso a la atención sanitaria. Especialmente, contienen menciones expresas sobre el derecho al acceso al tratamiento hormonal, al proceso quirúrgico genital, a los materiales protésicos necesarios para la transición y al acompañamiento psicológico adecuado.

Sobre este derecho, los legisladores autonómicos han respondido al llamamiento realizado por el Parlamento Europeo en su Resolución de 1989, en la que se pedía a los Estados que los costes del tratamiento psicológico, endocrinológico, quirúrgico, plástico-quirúrgico y estético de los transexuales corran a cargo de la seguridad social y a los pronunciamientos del TEDH en los cuales se ha exigido a los Estados que no solo proporcionen la posibilidad de someterse a cirugía para una completa reasignación de género¹¹⁷.

Las leyes de Valencia, Madrid, Aragón y Canarias establecen la garantía al acceso a las técnicas de reproducción asistida e incorporan el principio de proximidad y no segregación, a diferencia de las leyes vasca y andaluza que establecen la creación de unidades especializadas o de referencia.

Todas las normas mencionadas incorporan la garantía de formación de los profesionales clínicos y sanitarios, con arreglo a los principios que emergen de ellas, y

¹¹⁷ SALAZAR BENITEZ, O. Ob. Cit. p, 96.

promueven la realización de estudios, investigación y desarrollo de políticas sanitarias específicas en materia de identidad de género.

En las medidas para el ámbito de la educación, no solo se prohíbe toda discriminación, sino que se considera la incorporación de las realidades y vivencias trans en los contenidos transversales de formación para todo el alumnado. Complementariamente, todas las leyes exhortan a combatir el acoso escolar por razón de identidad de género.

La ley vasca, en su art. 16, establece que se asegurará que los métodos, currículos y recursos educativos sirvan para aumentar la comprensión y el respeto a la diversidad de identidades de género, incluyendo las necesidades particulares del alumnado y las de sus progenitores y familiares en este sentido. La ley de Andalucía amplía que los estudiantes, el personal y los docentes que acudan a todos los centros educativos del territorio tienen derecho utilizar libremente el nombre que hayan elegido, que será reflejado en la documentación administrativa del centro, en especial en aquella de exposición pública, tales como listados de alumnado, calificaciones académicas, etc.

Además, las leyes de las comunidades de Madrid, Valencia, Aragón y Canarias, incorporan un Protocolo de atención educativa a la identidad de género a los fines de garantizar el respeto a las manifestaciones de la identidad de género en el ámbito educativo, la intimidad del alumnado que realice el tránsito social y el respeto a su imagen física.

Todas las normas incluyen medidas para la promoción al acceso de las personas trans a la educación superior, garantizando el respeto y la protección del derecho a la igualdad y no discriminación del alumnado, personal docente y cualquier persona que preste servicios en el ámbito universitario. También promueven la realización de estudios y proyectos de investigación sobre la realidad de las personas trans.

En relación a las disposiciones atinentes al ámbito laboral, en todas las leyes se proclaman los principios de no discriminación por razón identidad de género en la contratación de personal en el empleo público o privado y se establecen las bases para la reglamentación de políticas de fomento que deben impulsar las Administraciones públicas. En particular, la Ley de Canarias estipula que las personas trans serán consideradas a todos los efectos como personas en riesgo de exclusión social y con necesidades especiales de inserción laboral.

Para finalizar, es importante destacar que estas leyes autonómicas no solo receptan por primera vez el modelo de la libre autodeterminación de género, sino que también prescriben un tratamiento integral de todos los ámbitos en los que las personas trans sufren discriminación y requieren de acciones positivas para su inclusión. Por tal razón, pueden considerarse prolegómeno, explicación y vindicación de los mecanismos actuales para la protección jurídica de las personas trans en España.

5.4 Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas Trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI+

La recientemente sancionada Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (en adelante Ley Trans y LGTBI), vino a mejorar la posición jurídica de las personas trans y LGBI en miras a la plena realización de sus derechos fundamentales.

Esta legislación busca establecer un sistema de protección frente a la discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales que sea uniforme en todo el territorio estatal, sin perjuicio de la potestad de las Comunidades Autónomas para aprobar una normativa más garantista en el ámbito de sus competencias, tal y como se explicó en el apartado anterior.

La ley se conforma por: el título preliminar, que establece las disposiciones generales, el objeto, el ámbito de aplicación de la ley y algunas definiciones básicas que resultan determinantes para el presente análisis; cuatro títulos, la disposición derogatoria de la Ley reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas del 15 de marzo de 2007 y las veinte disposiciones finales que modifican una gran cantidad de normas vigentes¹¹⁸.

¹¹⁸ Se trata de modificaciones al Código Civil y a la Ley de Enjuiciamiento Civil; a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa; a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud; a la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte; a la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria; a la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil; a la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social; a la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. En cuanto a las leyes laborales, se modifican: la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal; la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo; Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre; el texto refundido de la Ley de Empleo, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre; el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado

El Título I se refiere a la actuación de los poderes públicos, estableciendo los criterios, líneas generales de actuación y políticas públicas para promover la igualdad efectiva de las personas trans y LGBI. Se precisan diversas medidas que inciden en los ámbitos administrativo; laboral; de la salud; de la educación; de la cultura, el ocio y el deporte; de la publicidad, los medios de comunicación social e internet; de la familia, la infancia y la juventud; y de la acción exterior y la protección internacional.

El Título II incluye el conjunto de medidas para promover la igualdad real y efectiva de las personas trans. El Capítulo I regula la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas y la adecuación documental, reconociendo la voluntad libremente manifestada, despatologizando el procedimiento y eliminando la mayoría de edad para solicitar la rectificación. El Capítulo II, regula una serie de medidas para promover la igualdad efectiva de las personas trans en los ámbito laboral, de la salud y educativo.

El Título III regula los mecanismos para la protección efectiva y la reparación frente a la discriminación y la violencia. Tales como las medidas generales de protección y reparación frente a la discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales y las medidas específicas de asistencia y protección frente a la violencia basada en LGTBIfobia. También regula las medidas específicas de protección de los derechos de determinadas personas LGTBI en situaciones especiales (intersexuales, menores de edad, con discapacidad o en situación de dependencia, migrantes, adultos mayores, personas en el ámbito rural).

Por último, el Título IV se ocupa del régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI. Entre las disposiciones adicionales, es destacable la segunda que se refiere a la igualdad de trato y no discriminación en el acceso a la vivienda y la tercera que introduce el concepto del *sexilio*.

En este trabajo prestamos especial atención a los conceptos generales que surgen del Título Preliminar y las disposiciones del Título II que incluye un conjunto de medidas para promover la igualdad real y efectiva de las personas trans, sin perjuicio de incorporar

por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre; y la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

aquellas disposiciones que surgen del resto de los títulos y alcanzan a todas orientaciones e identidades sexuales del Colectivo LGTBI por igual.

5.4.1 El derecho a igualdad real y efectiva de las personas trans: su composición, alcance y críticas.

En líneas generales, el objeto de esta ley es garantizar y promover el derecho a la igualdad real y efectiva de las personas lesbianas, gais, trans, bisexuales e intersexuales. Para alcanzar este fin, en el caso de las personas trans, además de garantizar el reconocimiento legal de la identidad sexual, prevé dos vías de actuación. De un lado, el establecimiento de medidas específicas destinadas a la prevención, corrección y eliminación, en los ámbitos público y privado, de toda forma de discriminación. Y de otro, el fomento de la participación de las personas trans en todos los ámbitos de la vida social para superar los estereotipos que afectan negativamente (art 1).

Más precisamente, esta norma recoge el mandato de la no discriminación por razón de la identidad sexual y/o expresión del género establecido en la Ley Antidiscriminatoria y la jurisprudencia española, y garantiza a las personas trans el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del Título I de la CE con acciones especiales.

La identidad sexual y/o expresión del género, en tanto condiciones o estados que tienen incidencia en el ejercicio de los derechos fundamentales¹¹⁹, son definidas por el art. 3 de la Ley. Se entiende por identidad sexual a la vivencia interna e individual del sexo tal y como cada persona la siente y autodefine, pudiendo o no corresponder con el sexo asignado al nacer. La expresión de género es la manifestación que cada persona hace de su identidad sexual. A su vez, la norma define a las personas trans como aquellas cuya identidad sexual no se corresponde con el sexo asignado al nacer.

En este orden de ideas, el derecho a igualdad real y efectiva de las personas trans refleja 3 aspectos que se sustentan entre sí: a) el reconocimiento legal de identidad sexual de la persona, b) su consecuente reflejo en los instrumentos que acrediten la identidad y c) la garantía del libre desarrollo de la personalidad.

¹¹⁹ STC 67/2022, de 2 de junio de 2022, p 15

El primer aspecto, referido al reconocimiento legal la identidad sexual, es una manifestación del derecho humano al reconocimiento de la personalidad jurídica e implica garantizar el disfrute de todas las capacidades jurídicas para demandar todas las prestaciones que la ley permite, en todos los aspectos de la vida.

Este reconocimiento legal, se basa en la autodeterminación del solicitante y se realiza a través de en un proceso administrativo simple, accesible incondicionado, es decir que no exige a las personas solicitantes la acreditación de ningún requisito médico o legal, salvo representación legal en el caso de los menores de 16 años.

En este sentido, la Ley habilita a toda persona mayor de dieciséis años, y a los menores entre catorce y dieciséis años asistido por sus representantes legales, a solicitar ante el Registro Civil la rectificación de la mención registral relativa al sexo, con el único requisito de la expresión de voluntad (art 43).

Este procedimiento no estará a la previa exhibición de informe médico o psicológico relativo a la disconformidad con el sexo mencionado en la inscripción de nacimiento, ni a la previa modificación de la apariencia o función corporal de la persona a través de procedimientos médicos, quirúrgicos o de otra índole (art 44). La resolución que acuerde dicha rectificación tendrá efectos constitutivos a partir de su inscripción en el Registro Civil y permitirá a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición (art 46).

El segundo aspecto de este derecho a la igualdad de las personas trans es una consecuencia lógica del reconocimiento legal de la identidad de género. Implica el derecho de toda persona de ser tratada de acuerdo a su identidad sexual, y en particular a ser identificada de ese modo en los instrumentos que la acrediten. Al respecto la Ley Trans establece que tras la rectificación y anotación registral, las autoridades procederán a la expedición de un nuevo documento nacional de identidad y/o pasaporte a petición de la persona interesada o de su representante, ajustado a la inscripción registral rectificada Tambipen podrá solicitar la reexpedición de cualquier documento, título, diploma o certificado ajustado a la inscripción registral rectificada (art 49).

En tercer aspecto del derecho consagrado en la Ley, se basa en el principio de libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la CE) y constituye igualmente una proyección del derecho fundamental a la intimidad personal (artículo 18.1 de la CE).

A este respecto, el Tribunal Constitucional, estableció que el cambio registral y su reflejo en los documentos de identidad permiten a las personas adoptar decisiones con eficacia jurídica sobre su identidad. La propia identidad, dentro de la cual se inscriben aspectos como el nombre y el sexo, es una cualidad principal de la persona humana. Establecer la propia identidad no es un acto más de la persona, sino una decisión vital, en el sentido que coloca al sujeto en posición de poder desenvolver su propia personalidad¹²⁰.

Ahora bien, para garantizar el libre desarrollo de la personalidad de las personas trans, también es necesario garantizar los derechos económicos sociales y culturales que lo condicionan y determinan su vida vivible. En relación a ellos, el segundo capítulo del Título II de la Ley establece un conjunto de medidas para asegurar su realización.

5.4.2 Políticas públicas para promover la igualdad real y efectiva de las personas Trans

Como se ha dicho, para alcanzar la igualdad real y efectiva de las personas trans, además del reconocimiento legal de la identidad sexual, es necesario definir políticas públicas que garanticen la realización de sus derechos fundamentales y remuevan los obstáculos que les impiden ejercer plenamente su ciudadanía.

Para estos fines, la Ley establece una “Estrategia estatal para la inclusión social de las personas trans”. Se trata de una planificación política cuatrienal a desarrollarse en el ámbito del Ministerio de Igualdad, garantizando la participación de los departamentos ministeriales cuyas actuaciones incidan especialmente en las personas trans y de las organizaciones sociales que incluyan entre sus objetivos la defensa de los derechos de las personas trans (art. 52).

Este programa de acciones, deberá incorporar estudios necesarios para conocer la situación socioeconómica, en el ámbito de la salud y psicosocial de las personas trans, de forma que las futuras medidas de acción positiva se apoyen en diagnósticos claros e indicadores para su adecuado seguimiento y evaluación (art 52). Asimismo, asumirá el fomento de la participación de las personas trans en el diseño e implementación de las políticas que les afecten, a través de las organizaciones sociales que defiendan sus derechos (art 53).

¹²⁰ STC 99/2019, de 18 de julio.

A su vez, esta norma articula una serie de medidas destinadas a eliminar la discriminación y promover la igualdad en los ámbitos de la salud, laboral y educativo.

En el ámbito de la salud, se contempla un conjunto de medidas erigidas sobre los principios de no patologización, autonomía, decisión y consentimiento informados, no discriminación, asistencia integral, calidad, especialización, proximidad y no segregación (art 56).

En relación al principio de no patologización, autonomía, decisión y consentimiento informado, la Ley establece que ya que no se requiere de ningún diagnóstico por trastornos de la identidad sexual para acceder a las prestaciones hormonales o intervenciones de afirmación de género. Basta con la autonomía de la voluntad y el consentimiento informado (art 57). Además, prohíbe la práctica de métodos, programas y terapias de aversión, conversión o contra-condicionamiento, en cualquier forma, destinados a modificar la identidad sexual o la expresión de género de las personas (art 17). Es decir, se prohíbe el tratamiento médico/psicológico de la identidad de género como una patología que deba ser curada o revertida.

En relación al principio de especialización, la norma promueve la formación especializada del personal sanitario y la investigación en lo referido a las necesidades específicas de las personas trans, prestando atención a los problemas de salud asociados a las prácticas quirúrgicas a las que se someten, tratamientos hormonales y su salud sexual y reproductiva (art 58). Además, habilita a las Administraciones Públicas a establecer servicios especializados conformados por equipo multidisciplinares de profesionales con la finalidad de informar, apoyar y acompañar a las personas trans en los procesos de transición (art. 59).

Los principios de proximidad y no segregación están garantizados con la atención médica ambulatoria, además de las prestaciones en centros especializados territorializados. La norma también establece que el Ministerio de Sanidad, deberá cuidar el suficiente abastecimiento de los medicamentos más comúnmente empleados en los tratamientos hormonales para personas trans y supervisará su suministro (art 59).

En el ámbito laboral, la Ley manda a fomentar el empleo de las personas trans a través del diseño de medidas de acciones positivas a cargo del Ministerio de Trabajo y Economía Social considerando las líneas de actuación de la Estrategia (art 54).

Se establece que la integración socio-laboral de las personas trans sea impulsada por las Administraciones Públicas y consista en el desarrollo de estrategias y campañas de concienciación en los ámbitos público y privado. También se establece la implementación de medidas que favorezcan su integración e inserción laboral, el monitoreo de la evolución de su situación laboral y la adopción subvenciones que favorezcan la contratación de personas trans en situación de desempleo (art 55).

Respecto al ámbito educativo se prescribe la elaboración, por parte de las Administraciones, de protocolos de apoyo y acompañamiento al alumnado trans, para prevenir, detectar e intervenir ante situaciones de acoso transfóbico y exclusión (art 61). Se promueve la incorporación de contenidos dirigidos a la formación del profesorado en materia de diversidad sexual, de género y familiar de las personas LGTBI, para la detección de indicadores de maltrato en el ámbito familiar por motivo de orientación sexual, identidad sexual, expresión de género y características sexuales (art 22).

También se ordena el enclave del principio de igualdad de trato y no discriminación de las personas trans entre los aspectos básicos del currículo de las distintas etapas educativas. Esta inclusión debe realizarse a través de los contenidos, las pruebas de selección y promoción docente y en los proyectos de dirección que se presenten en los concursos de méritos para la selección del personal director de los centros públicos (art 20).

5.4.3 La igualdad de trato y no discriminación de las personas trans en el ámbito universitario

A los fines de este trabajo, merece especial atención el mandato a las Universidades. Sobre esto, la Ley Trans y LGTBI establece que las instituciones de altos estudios deberán introducir contenidos dirigidos a la capacitación necesaria para abordar la diversidad sexual y de género en los planes de estudio conducentes a la obtención de los títulos universitarios y de formación profesional oficiales que habilitan para el ejercicio de profesiones docentes, sanitarias y jurídicas.

También ordena la promoción de grupos de investigación especializados en la realidad del colectivo LGTBI y la formación, docencia e investigación en diversidad sexual, de género (art 20).

Esta disposición impone el deber de implementar la Transversalidad de Género en la Educación Superior en el ámbito académico, lo que implica la producción de nuevas áreas vinculadas a los estudios de género (institutos de investigación, carreras, módulos o asignaturas especializadas)¹²¹.

En estos términos, cabría la incorporación “Perspectiva de Identidades Transgresoras del Género y Diversidad Sexual”, propuesta en el capítulo II, mediante el cuestionamiento académico de fondo a la producción y transmisión de visiones patriarcales, androcéntricas y cis-heterosexistas implícitas en los conocimientos y las formas tradicionales de enseñanza-aprendizaje del Derecho.

Ahora bien, esta manifestación de la Transversalidad de Género inclusiva de las identidades transgresoras del género y las diversidades sexuales debería, además de generar nuevas áreas de estudio, promover una revisión de la currícula, el material didáctico y mediación pedagógica existente, a los fines de remover contenidos, materiales y prácticas que fundamentes estereotipos de género negativos o excluyentes respecto de las personas trans.

5.4.4 Las personas trans en situación de vulnerabilidad agravada

Conforme a las definiciones de la Ley Antidiscriminatoria, se entiende que una persona se encuentra en situación de vulnerabilidad agravada cuando es víctima de discriminación múltiple y/o discriminación interseccional.

La primera opera cuando concurren de manera simultánea o consecutiva por dos o más causas de discriminación previstas en esa norma. La segunda cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas en la ley generando una forma específica de discriminación.

En el caso de las personas trans, la discriminación agravada sucede en tanto la marginación y trato desigual por razón de su identidad sexual y expresión de género, se

¹²¹ DURAN, M. “La transversalidad de Género en la Educación Superior: propuesta de un modelo de implementación”, Revista Posgrado y Sociedad, Vol. 12, N°1, 2012.

ve agravada por la concurrencia de otros factores discriminatorios como la edad (personas trans menores y adultas mayores), las condiciones físicas (personas trans con discapacidad o en situación de dependencia), o la localización territorial (personas trans migrantes o en ámbitos desfavorecidos como el rural o los barrios marginales).

En el marco de estas situaciones de vulnerabilidad agravada, debe destacarse el Capítulo III de Ley Trans-LGTBI ya que establece medidas específicas de protección de los derechos de las personas trans en situaciones especiales.

En el caso de las personas trans menores de edad, la ley no solo las legitima para solicitar el procedimiento de la rectificación registral de la mención relativa al sexo, como se explicó anteriormente, sino que también prevé que las Administraciones públicas adopten medidas para garantizar el libre desarrollo de la personalidad de las infancias trans, valorando y considerando como primordial el interés superior de la persona menor de edad en todas las acciones y decisiones que le conciernan. Establece también que se adopten las medidas necesarias para la protección de menores de edad trans cuando se encuentren bajo su tutela, y se desarrollen medidas de formación y sensibilización dirigidas a las personas que atiendan a personas trans menores de edad (art 70).

A su vez, la norma prevé que la negativa a respetar la orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales de una persona menor, como componente fundamental de su desarrollo personal, por parte de su entorno familiar, deberá tenerse en cuenta a efectos de valorar una situación de riesgo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.

Respecto a las personas trans con discapacidad o en situación de dependencia, las Administraciones públicas están obligadas a asumir el deber de garantizar su no discriminación y el respeto en las instalaciones o centros a los que acudan o permanezcan. A adoptar medidas de protección para las personas trans que sean objeto de maltrato físico o psicológico por razón de su identidad sexual, expresión de género y características sexuales, por parte de las personas con las que convivan o profesionales que se encarguen de sus cuidados. Y a desarrollar medidas de formación y sensibilización dirigidas a las personas que atiendan a personas trans con discapacidad o en situación de dependencia.

La norma también establece que las Administraciones Públicas promoverán la elaboración de materiales de sensibilización y formación sobre temática LGTBI

adaptados a personas con discapacidad, así como su participación en las acciones dirigidas a las personas LGTBI enmarcadas en esta ley (art 71).

Por lo que se refiere a las personas trans adultas mayores, el artículo 73 de la Ley propugna que los poderes públicos les garanticen una protección y atención integral para la promoción de su autonomía personal y el envejecimiento activo que les permita una vida digna, así como a acceder a una atención gerontológica adecuada a sus necesidades en los ámbitos sanitario, social y asistencial, de acuerdo con los principios de accesibilidad universal.

Asimismo, las autoridades deberán velar para que los centros residenciales, los centros de día o cualquier otro tipo de centro al que se encuentren vinculadas las personas mayores garanticen el derecho a la no discriminación de las personas trans, tanto en su individualidad como en sus relaciones sentimentales, adoptando las medidas necesarias para que los espacios puedan utilizarse sin que se produzca ningún tipo de discriminación por las causas establecidas en la ley.

Igual impone la Ley a los poderes públicos el deber de garantizar la formación de los profesionales que trabajan en los centros, servicios y programas de servicios sociales destinados a las personas mayores, tanto públicos como privados, sobre la realidad de las personas LGTBI mayores.

En cuanto a las personas trans extranjeras que se encuentren en España, la ley establece que, independientemente de su situación administrativa, las Administraciones públicas garantizarán la titularidad y el ejercicio del derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de su identidad sexual, expresión de género y características sexuales, en las mismas condiciones que a las personas de nacionalidad española, atendiendo a lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (art 72).

Por último, y respecto a las personas trans sin hogar, la norma prescribe que los poderes públicos deberán poner el foco en la detección precoz de esa situación para prevenirla e impulsar acciones tales como la realización de investigaciones y estudios focalizados en los factores que llevan a las personas trans a una situación de indigencia, así como la realidad y necesidades específicas de estas.

Esto viene a dar cuenta de la utilidad de la “interseccionalidad” como una herramienta analítica para estudiar, entender y responder a las maneras en que el sexo y el género se cruzan con otras características de la personalidad y cómo estas intersecciones contribuyen a experiencias complejas y únicas de discriminación.

En el caso de las personas trans, si bien la exclusión históricamente arraigada de por razón de su identidad de género considerada anómala ya constituye en sí misma una experiencia compleja, única e integral de discriminación, el tratamiento interseccional propicia respuestas jurídicas especializadas inmediatas. Complejizar lo complejo mediante la identificación de intersecciones viene a demostrar la urgencia de la intervención estatal para la igualación de oportunidades de las personas trans.

VI CONCLUSIONES

Este trabajo se propuso indagar sobre la situación de vulnerabilidad jurídicamente relevante del Colectivo Trans, a fin de determinar si reviste la calidad de “grupo vulnerable” con características que le son propias, y que no comparte con ningún otro sector desaventajado. También se buscó recopilar y sistematizar las soluciones jurídicas y políticas destinadas específicamente a este segmento de la ciudadanía. Por último, se planteó una justificación de la necesidad y el valor de su abordaje académico autónomo.

Para ello, se procedió exponiendo las herramientas metodológicas utilizadas para abordar la problemática socio-jurídica planteada. Seguidamente se construyó una caracterización de la vulnerabilidad específica del Colectivo Trans. Y finalmente, se presentó, en orden jerárquico y territorial (global, europeo y español), los materiales jurídicos vigentes para la protección jurídica de las personas trans valorando sus alcances.

Sobre esto, se concluye que:

1º) El desarrollo teórico en torno a las Teorías Críticas del Derecho plantea una doble necesidad a la hora de teorizar sobre las personas y los grupos en situación de vulnerabilidad. De un lado, se requiere de un ineludible posicionamiento político frente al Derecho y los derechos. Y de otro, es preciso un abordaje jurídico “multi y trans disciplinar” que dé cuenta de la realidad social de las personas cuya situación de vulnerabilidad se analiza. Porque si de indagar sobre la igualdad material se trata, no basta con el análisis formal de las normas y su validez. Es necesario integrar la explicación material de aquellos situaciones de exclusión reales que se busca revertir.

Sobre el posicionamiento político, es importante la conciencia sobre el carácter de “conocimiento interviniente” de este tipo de teorizaciones. Es decir, que tienen también la finalidad práctica de intervenir la realidad social para transformarla en favor de los desventajados a través de un uso emancipador del Derecho y los derechos. Esto es posicionarse frente a la desigualdad como punto de partida.

Desigualdad que no solo se expresa en términos de distribución de riquezas, sino que también a través de las jerarquías ilegítimas producto de la distribución de las relaciones de poder en la que participa el Derecho. En el caso bajo análisis importa revertir la subordinación y opresión que sufren las personas trans, en relación a las personas cis-género, entendido este último como el género normativo.

Para el logro de esta tarea, resulta fundamental la incorporación de la Perspectiva de Género a la Teoría Jurídica. No solo porque comparte la pretensión de construir conocimiento interviniente con las Teorías Críticas del Derecho, sino también porque nos provee de un marco teórico de género útil para explicar interdisciplinariamente las causas y consecuencias de la marginación de las personas trans. En este caso recurrimos a los aportes de la Teoría *Queer*.

Utilizando esta categoría de análisis de las Ciencias Sociales es posible producir conocimiento jurídico develando las ideologías cis-heterosexistas opresivas del derecho y creando condiciones de cambio que permitan avanzar sobre la construcción de la igualdad real y efectiva de género. Sobre esto, también es concluyente la necesidad de afianzar una nueva manifestación de la Perspectiva de Género que incluya a las identidades transgresoras del género y a la diversidad sexual para el análisis jurídico.

2º) Sobre la situación de vulnerabilidad de las personas trans, se ha constatado que este grupo comparte con el resto de los supuestos mencionados en el art. 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente arraigada y que las ha situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra estas personas¹²².

Sobre los prejuicios normativos y la acción de los poderes públicos, se ha detallado la criminalización *de iure* y la patologización a la que han sido expuestas las personas trans. Criminalización que aún subsiste *de facto* a través de normas relacionadas con la moral social, los delitos relacionados con el trabajo sexual y el accionar policial.

También se han expuesto algunas descripciones jurisprudenciales contundentes, tales como “pequeño y trágico grupo de desgraciados, afligidos por la convicción de pertenecer al sexo opuesto” (STEDH 10843/84, de 27 de septiembre de 1990) o “ficción de hembra” (STS 189/1989 del 3 de marzo de 1989).

Estos prejuicios normativos pueden entenderse como una suerte de “transfobia jurídica” que, discursivamente, ha sedimentado en el imaginario social sosteniendo una

¹²² Así lo sostiene también el TC en el punto cuarto de su sentencia 67/2022, de 2 de junio de 2022.

representación anómala (criminal, enferma o desviada) de las personas trans, provocando consecuencias punitivas y estigmatizantes.

Sobre los prejuicios sociales, las nociones de “sentencia de muerte sostenida” de Butler o “travesticio social” de la jurisprudencia argentina, nos han ilustrado el rechazo que sufren las personas trans por transgredir el sistema sexo/género establecido. Se trata de un espiral de exclusiones que comienza con la expulsión del seno familiar y se expande por el resto de los subsistemas sociales, sin excepción. Aquí radica la especificidad material de la situación de vulnerabilidad de las personas trans.

A su vez, esas condiciones estructurales de vulnerabilidad del colectivo trans son leídas por otros actores sociales como condiciones de posibilidad, o escenarios de impunidad, para la aplicación de la violencia en diversos grados y manifestaciones que pueden llegar hasta la muerte (homicidio agravado por el odio a la identidad de género de la víctima).

Ahora bien, el reconocimiento jurídico de la situación de vulnerabilidad de las personas trans implica la visibilización de estos padecimientos específicos. Y ese develamiento genera un impacto en la obligación del Estado de responder en consecuencia con medidas jurídicas, políticas y sociales también específicas y especializadas.

3°) El tratamiento jurídico/legal especializado en la materia se encuentra en plena construcción. En este trabajo se ha presentado la descripción sistemática de los mecanismos legales de protección jurídica de las personas trans vigentes a nivel global, europeo y español. Y si bien, su existencia evidencia el impacto de las transformaciones socio-jurídico operadas en las últimas décadas en relación al género y las diversidades sexuales, es pasible de algunas observaciones:

Primero, a nivel global, la falta de un tratado internacional de DDHH orientado a garantizar la libre autodeterminación de género, habilita una variedad de definiciones y tratamientos de los derechos de las personas trans que oscila entre el lenguaje del Derecho Antidiscriminatorio y el de los Derechos Humanos. Así por ejemplo, en Europa la identidad de género no se considera un derecho en sentido estricto, sino una condición para el ejercicio de los derechos fundamentales o una causa prohibida de discriminación. Mientras que en América, muchos Estados, siguiendo a la Corte Interamericana de

Derechos Humanos¹²³, han consagrado el “Derecho a la Identidad de Género” sostenido sustancialmente en el marco de los DDHH.

Si bien esta cuestión de nomenclatura y categorización jurídica, por el momento, no opaca los avances globales sobre la protección jurídica de las personas de las trans, la rúbrica de un Tratado Internacional y la ubicación definitiva del Derecho a la Identidad de Género en el ámbito universal de los DDHH, significaría determinar obligaciones claras y específicas a los Estados para garantizar que las personas trans puedan vivir con la misma dignidad y el mismo respeto al que tienen derecho todas las personas.

Esto también constituiría un mecanismo más efectivo para combatir el patrón global y arraigado de las violaciones a los derechos humanos basadas en la identidad de género. Pero teniendo en cuenta el resultado de las votaciones de las 5 Resoluciones del Consejo de Derechos Humanos de la ONU que promueven la protección de los derechos de las personas trans y LGBI, podríamos llegar a la conclusión de que no existe un consenso global significativo que encamine hacia la firma del mencionado tratado, ya que los países a favor superan escasamente la mitad de los votos del total de miembros.

Segundo, en el ámbito europeo, la falta de consenso técnico y jurídico de los Estados sobre la definición de identidad de género y el término “trans”, como sobre la importancia del interés jurídico en juego o en cuanto los mejores medios para protegerlo, se constata desde primera jurisprudencia del TEDH sobre la cuestión de la identidad de género (*Rees y Cossey vs Reino Unido*). En esos casos el Tribunal priorizó el margen de apreciación de los Estados remarcando el disímil panorama normativo entre los Estados miembros sobre la regulación de los derechos de las personas trans.

En la actualidad, pese los avances de la doctrina del TDEH que establecen las obligaciones positivas de los Estados respecto a los derechos de las personas trans limitando el margen de apreciación, subsiste la falta de acuerdo. Así lo confirma el mapa europeo sobre el reconocimiento legal de la identidad de género elaborado por el Comisario de DDHH del Consejo de Europa. Solo una decena de países europeos (de 46 miembros) posee mecanismo de reconocimiento basados en la autonomía de la voluntad.

¹²³ Véase el caso “Duque vs. Colombia” del 26 de febrero y la Opinión Consultiva OC-CIDH 24 de 24 de noviembre de 2017 sobre Identidad de Género.

En el ámbito de la Unión Europea, se ha constatado de un robusto corpus normativo que protege los derechos de las personas trans y una estrategia para la igualdad de las personas LGBTI vigente (2020-2025) que se encamina a penalizar los actos discriminatorios por razón de la identidad de género. Así lo demuestran las recientes acciones de la UE contra Hungría y Polonia por las legislaciones discriminatorias que estos Estados han sancionado en contra de las personas LGTBI.

En tercer lugar, en España la sanción de las Ley Trans y LGTBI (2023) vino a consolidar un proceso discontinuo que empezó a gestarse con las Leyes autonómicas que garantizan el “el derecho a la autodeterminación de género” a través del reconocimiento legal de la identidad de género libremente manifestada (2009-2022), a la vez que seguía vigente la patologizante Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

La Ley Trans se destaca por garantizar el derecho a la igualdad real y efectiva de las personas trans y tiene el mérito de despatologizar el mecanismo para el reconocimiento de la identidad de género. Es decir, que traslada a la identidad sexual del ámbito médico al jurídico – constitucional. Y si bien no consagra a la identidad de género como un derecho estrictamente, utiliza el lenguaje de los derechos humanos para establecer sus principales definiciones. Asimismo, invoca derechos humanos tradicionales como el derecho a la identidad, al nombre, a la personalidad jurídica y la garantía del libre desarrollo de la personalidad.

Esta norma, siguiendo el ejemplo de las leyes autonómicas, prescribe un tratamiento amplio de todos los ámbitos en los que las personas trans sufren discriminación y se requieren de acciones positivas (salud, educación, trabajo, vivienda, etc.). Sin lugar a dudas, esta cualidad de la Ley confirma la necesidad de un abordaje integral especializado, para revertir una situación de exclusión integral y compleja.

En cuanto a deficiencias, la Ley Trans no reconoce la identidad de las personas no binarias ni otorga la posibilidad de no declarar el sexo. Este camino hacia la superación de las categoría sexo/género y los binarios jerárquicos construidos en el modelo heteropatriarcal¹²⁴, o hacia la abolición del sexo como categoría registral¹²⁵ no ha sido

¹²⁴ SALAZAR BENITEZ, O. La identidad de género como derecho emergente, *Ob. Cit.* p., 106.

¹²⁵ LITARDO, E. *Ob. Cit.* p. 310.

considerado de ninguna forma por la norma bajo análisis. Esto desoye las recomendaciones del Experto Independiente sobre orientación sexual e identidad de género de la ONU, del Comisario de Derechos Humanos de Consejo de Europa y de los Principios de Yogyakarta +10.

4º) Especial atención merece el aporte del artículo 20 de la Ley Trans y LGBTI que establece que las universidades deberán introducir contenidos dirigidos a la capacitación necesaria para abordar la diversidad sexual y de género en los planes de estudio conducentes a la obtención de los títulos universitarios y de formación profesional oficiales que habilitan para el ejercicio de profesiones docentes, sanitarias y jurídicas. También prescribe la promoción grupos de investigación especializados en la realidad del colectivo LGTBI y la formación, docencia e investigación en diversidad sexual, de género.

Esta disposición, viene a corroborar y justificar formalmente uno de los planteamientos hipotéticos que motivan esta investigación. El referido a la necesidad de emprender un abordaje especializado sobre la teorización y enseñanza jurídica de la vulnerabilidad trans y sus mecanismos protectores.

Como se explicó, este artículo refleja una de las manifestaciones de la Transversalidad de Género en la Educación Superior: la producción de nuevas áreas académicas vinculadas a los estudios de género (institutos de investigación, carreras, módulos o asignaturas especializadas)

En ese sentido, este trabajo pretende delinear algunas las herramientas teóricas y metodológicas para profundizar el análisis jurídico de la situación de vulnerabilidad de las personas trans y sistematizar los materiales jurídicos especializados en la materia, a los fines de cooperar a la “autonomía curricular” de esta temática en los programas y planes de estudio de las carreras jurídicas.

Todo esto bajo la consideración de que la protección integral de las personas trans, requiere del esfuerzo de todas las personas que operan el mundo jurídico. Lo que incluye personas legisladoras, judiciales, personas gestoras estatales y al profesorado de Derecho.

En este sentido, el ámbito universitario se convierten en un espacios clave para la transformación de las condiciones del saber-poder de base, en favor de las personas trans. Producir conocimiento y con perspectiva de identidades transgresoras del género y

diversidad sexual y formar juristas con aptitudes para garantizar la igualdad real y efectiva de las personas trans es un modo de acción política/académica necesaria para revertir los estereotipos negativos que pesan sobre este colectivo y alcanzar la transformación social.

5°) A modo de cierre, una propuesta superadora. Entendiendo a la Transversalidad de Género en la Educación Superior como una estrategia de transformación política, es necesario promover un cambio ético integral en las instituciones universitarias para que éstas incorporen en sus sistemas axiológicos el respeto por la diversidad sexual y la búsqueda de la equidad de género. Por tal razón, su implementación no debería limitarse a la producción de nuevas áreas académicas que aborden las problemáticas de las personas trans como objeto de estudio.

También debería considerarse el aspecto demográfico, promoviendo la matrícula de personas trans y su presencia en los espacios de representación a través de medidas de acción positiva, tales como “cupos universitarios trans”. En definitiva, se trata de espacios que históricamente también les fueron vedados.

Y desde el punto de vista institucional, podrían diseñarse políticas educativas y de la toma de decisiones inclusivas, que aseguren la permanencia de las personas trans y su plena participación en la vida universitaria.

En suma, propiciar su participación en la producción y transferencia del conocimiento, que las posicione ya no solo como objeto de investigación, sino también como sujetas investigadoras.

VII ANEXO

| CCAA | LEY | BOE |
|--|---|------------------|
| Canarias | Ley 8/2014, de 28 de octubre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales. | BOE-A-2014-11995 |
| | Ley 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales. | BOE-A-2021-11382 |
| País Vasco | Ley 14/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales. | BOE-A-2012-9664 |
| Andalucía | Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía. | BOE-A-2014-8608 |
| Madrid | Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid. | BOE-A-2016-6728 |
| Valencia | Ley 8/2017, de 7 de abril, integral del reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género en la Comunitat Valenciana. | BOE-A-2017-5118 |
| Aragón | Ley 4/2018, de 19 de abril, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad Autónoma de Aragón. | BOE-A-2018-7154 |
| La Rioja | Ley 2/2022, de 23 de febrero, de igualdad, reconocimiento a la identidad y expresión de género y derechos de las personas trans y sus familiares en la Comunidad Autónoma de La Rioja. | BOE-A-2022-3601 |
| Islas Baleares | Ley 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia. | BOE-A-2016-6310 |
| Cataluña | Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia. | BOE-A-2014-11990 |
| Extremadura | Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura. | BOE-A-2015-5015 |
| Galicia | Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales en Galicia. | BOE-A-2014-5488 |
| Murcia | Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. | BOE-A-2016-6170 |
| Navarra | Ley Foral 12/2009, de 19 de noviembre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales. | BOE-A-2009-20656 |
| | Ley Foral 8/2017, de 19 de junio, para la igualdad social de las personas LGTBI+. | BOE-A-2017-8527 |
| Cantabria | Ley 8/2020, de 11 de noviembre, de Garantía de Derechos de las Personas Lesbianas, Gais, Trans, Transgénero, Bisexuales e Intersexuales y No Discriminación por Razón de Orientación Sexual e Identidad de Género | BOE-A-2020-15880 |
| Castilla- La Mancha | Ley 5/2022, de 6 de mayo, de Diversidad Sexual y Derechos LGTBI en Castilla-La Mancha. | BOE-A-2022-12291 |
| Asturias | No tiene legislación protectoria de los derechos LGTBI | |
| Casilla y León | No tiene legislación protectoria de los derechos LGTBI | |
| CCAA con Leyes Trans | | |
| CCAA con Leyes integrales LGTBI | Fuentes: Elaboración propia (Marzo 2023) | |
| CCAA sin legislación | | |

VIII BIBLIOGRAFÍA

- ARCE, G. *El abordaje de la perspectiva de género y diversidad sexual en la enseñanza de la "filosofía del derecho" en las universidades públicas bonaerenses: 1982-2019* (Tesis de maestría de la Universidad de Buenos Aires). Disponible en el Repositorio Digital Institucional de la Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, 2021.
- BERKINS, L. y FERNÁNDEZ, J. (Coords.). *La gesta del nombre propio: Informe sobre la situación de la comunidad travesti en Argentina*, Ediciones Madres de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2005.
- BUTLER, J. *El género en disputa: el feminismo y la subversión de la identidad*, Paidós, Barcelona, 2007.
- CARCOVA, C. *Las Teorías Jurídicas Post Positivistas*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.
- COLL-PLANAS, G. y MISSÉ, M. (Eds.). *El género desordenado: críticas en torno a la patologización de la transexualidad*, Ed. Egales, Madrid, 2010.
- DEMA MORENO, S. y DIAZ MARTINEZ C. (Eds), *Metodología de la investigación no sexista en la investigación y producción del conocimiento científico*, Tecnos, Madrid, 2013, pp. 65-85.
- DUQUE ACOSTA, C. “Aproximación teórica al debate por el reconocimiento político, jurídico y social del sector LGTBIQ”, *Revista CS*, N° 2, 2008, pp. 181-207.
- DUQUELSKY GÓMEZ, D. “Derecho y nuevos movimientos sociales. Algunas reflexiones sobre el ambiguo rol del discurso jurídico en los conflictos sociales”, en Courtis, C. (comp.) *Desde otra mirada: textos de teoría, crítica del derecho*, 2a ed., Eudeba, Buenos Aires, 2009, pp. 134-154.
- DUQUELSKY GÓMEZ, D. “El rol del Juez en una Sociedad Democrática”, *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vol. 16, N° 2, 2015.
- DURAN, M. “La transversalidad de Género en la Educación Superior: propuesta de un modelo de implementación”, *Revista Posgrado y Sociedad*, Vol. 12, N°1, 2012.
- ENTELMAN, R. “Discurso normativo y organización del poder”. En: E. Marí, A. Ruiz., et. al., *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1991.
- FACIO, A.; FRIES, L. (comps. & selección). *Género y Derecho*. LOM, Santiago, 1999.

- FERNÁNDEZ REVOREDO, M. “Usando el género para criticar el Derecho”. En *Revista Derecho PUC*, no. 59, 2007, pp. 357-369.
- FERRAJOLI, L. “De los derechos del ciudadano a los derechos de las personas”. En: H. Silveira Gorski (ed.), *Identidades comunitarias y democracia*. Editorial Trotta, Madrid, 200, pp. 235-250.
- FONSECA HERNÁNDEZ, C., QUINTERO SOTO, M.L. “La Teoría Queer: la deconstrucción de las sexualidades periféricas”. En *Sociológica*, año 24, no. 69, UNAM, México, 2009, pp. 43-60.
- GARCÍA LÓPEZ, D. J. “¿Teoría jurídica queer? Materiales para una lectura queer del derecho”. En *Anuario de Filosofía del Derecho*, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política - Ministerio de Justicia - Boletín Oficial del Estado, BOE N° XXXII, 2016, pp. 323-348.
- GÓMEZ BELTRAN, I. “La despenalización identitaria y la amnistía política masculina en la España de la Transición democrática: movimiento feminista y LGTB”, *Arenal. Revista de historia de las mujeres*, Universidad de Granada, 2018, pp 425-442.
- GROS, A. “Judith Butler y Beatriz Preciado: una comparación de dos modelos teóricos de la construcción de la identidad de género en la teoría queer”, *Revista Civilizar las Ciencias Sociales y Humanas* N°16, 2016, pp. 245-260.
- LITARDO, E. “La ley y el sexo. La Ley de Identidad de género y su potencia emancipatoria”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Año 43, N°97, 2018, pp., 287-313.
- MANZANO BARRAGÁN, I. “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre orientación sexual e identidad de género”. En: *Revista Española de Derecho Internacional Sección*, ESTUDIOS. Madrid: Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, LXIV/2, julio-diciembre 2012 pp. 49-78.
- MARI, E. “Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden”. En: *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 3, Universidad de Alicante, pp. 93-111.
- MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J. “La identidad de género en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. En *Anuario de Filosofía del Derecho* N° XXXVIII, España: Boletín Oficial 2022, pp. 105-136.
- MERIDA JIMENEZ, R. *Sexualidades Transgresoras. Una antología de estudios Queer*. Icaria, Barcelona, 2002.

- MERINO SANCHO, V. “Una revisión de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la intimidad sexual y la autonomía individual”, en *Derechos y Libertades*, N° 38, 2018.
- MORO, G. “Introducción”, en Keneddy, D. *Izquierda y Derecho. Ensayos de una Teoría Jurídica Crítica*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2010.
- NAPIARKORVSKI, F. “Vulnerabilidad de derechos en personas trans”, Universidad de Buenos Aires: VIII Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR. Facultad de Psicología, 2012.
- OSBORNE, R. & MOLINA PETIT, C., “Evolución del concepto de género”, *Revista de Metodologías de las Ciencias Sociales*, N°15, 2008, pp. 147-182.
- PÉREZ LLEDÓ, J. “Teorías críticas del derecho”, en GARZÓN VALDÉS, E; LAPORTA, F. (Eds.) *El Derecho y la Justicia*, Trotta, Madrid, 1996, pp. 87-102.
- PERIBAÑEZ BLASCO, E. “La ONU y los Derechos Humanos de las personas LGTBI+, historia de un reconocimiento tardío”, *Revista de la Inquisición. Intolerancia y Derechos Humanos*, Vol 22, 2018.
- PRECIADO B., *Biopolítica del Género*, Ediciones Ají de Pollo, Buenos Aires, 2009.
- ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia.*: Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1994.
- RUIZ, A. “Aspectos ideológicos del discurso jurídico” en MARI E. (Autor), *Materiales para una teoría crítica del derecho*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991.
- RUIZ, A. *Idas y vueltas por una Teoría Crítica del Derecho*. Buenos Aires: EUDEBA, 2000.
- RUIZ A. “Asumir la vulnerabilidad” en *Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las personas en Condición de Vulnerabilidad*, Ministerio Público de la Defensa-Defensoría General de la Nación, Argentina, 2008.
- RUIZ, A. *Teoría crítica del Derecho y cuestiones de género*. En *Colección Equidad de género y democracia*, vol. 6, México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Electoral del Distrito Federal, 2013, pp. 1-40.
- RUIZ-RUISEÑO MONTOYA, F. “Los derechos de las personas LGBT en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista General de Derecho Constitucional*, N°17, 2013.
- SALAZAR BENITEZ, O. “Vulnerabilidad y Estado Social y Democrático de Derecho”. En PRESNO LINERA, M. (coord.), *Protección Jurídica de las Personas y los*

- Grupos Vulnerables*, Procuradora General del Principado de Asturias, Oviedo, 2013, pp. 113-145.
- SALAZAR BENITEZ, O. “La identidad de género como derecho emergente”. En *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, Núm. 169, 2015, PP. 75-107.
- SANZ-CABALLERO, S. “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su respuesta al reto de la transexualidad: Historia de un cambio de criterio”, en *American University International Law Review*, vol. 29, núm. 4, 2014, pp. 839-868.
- SUAREZ LLANOS, L. “La identidad y el género del derecho frente al derecho a la identidad de género”. En *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. N° 54, 2020, pp. 175-202.
- SUÁREZ LLANOS, L. “Caracterización de las personas y los grupos vulnerables”. En: PRESNO LINERA, M. (coord.) *Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables*, Procuradora General del Principado de Asturias, Oviedo, 2013, pp. 35-92.
- SUÁREZ LLANOS, L. “Porque no derechos si son sociales. Estado de Derecho, derechos sociales y vulnerabilidad técnica”. En MARTINEZ, M., DEL CANO M. (Coords) *Derechos humanos: problemas actuales: estudios en homenaje al profesor Benito de Castro Cid*, Vol. 1, 2013, pp. 783-816, 2013.
- SUÁREZ LLANOS, L. *Ciudadanía, derechos fundamentales y principios rectores de la política social y económica*, s/e, s/a.

Fuentes normativas

Normas internacionales

Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos con relación a la orientación sexual y la identidad de género (Principios de Yogyakarta).

Resoluciones del Consejo de Derechos Humanos de la ONU), 17/19, 41/18, 32/2 y 27/32.

Convenio Europeo de Derechos Humanos, arts 8, 12 y 14.

Resolución del Consejo de Europa, de 1 de octubre de 1981

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, art 21.

Resoluciones del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 1989; de 13 de marzo de 1984; de 8 de febrero de 1994 y de marzo de 2021.

Tratado de Ámsterdam, art 13.

Normas nacionales

Constitución Española, arts 9.2, 10 y 14

Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación

Ley 4/2023, de 28 de febrero, para para la igualdad real y efectiva de las personas Trans de los y para la garantía derechos de las personas LGTBI.

Normas autonómicas

Ley Foral 12/2009, de 19 de noviembre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales.

Ley 14/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales.

Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales en Galicia.

Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía.

Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia.

Ley 8/2014, de 28 de octubre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales.

Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid.

Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Ley 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia.

Ley 8/2017, de 7 de abril, integral del reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género en la Comunitat Valenciana.

Ley Foral 8/2017, de 19 de junio, para la igualdad social de las personas LGTBI+.

Ley 4/2018, de 19 de abril, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Ley 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales.

Ley 5/2022, de 6 de mayo, de Diversidad Sexual y Derechos LGTBI en Castilla – La Mancha.

Fuentes jurisprudenciales

Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

STEDH 9532/81, de 17 de octubre de 1986. Rees vs. UK.

STEDH 10843/84, de 27 de septiembre de 1990. Cossey vs. UK

STEDH 38957/95, de 11 de julio de 2002. Goodwin vs. UK.

STEDH 35968/97, de 12 de septiembre de 2003. Van Kück vs. Germany.

STEDH 37359/09, de 16 de julio de 2014. Hämäläinen vs. Finland.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

STJUE C-13/94P, de 30 de abril de 1996. P contra S y Cornwall County Council.

STJUE C- 423/04, de 27 de abril de 2006. Sarah Margaret Richards c. Secretary of State for Work and Pensions.

STJUE C-117/01, de 7 de enero de 2004. K.B. c. National Health Service Pensions Agency y Secretary of State for Health.

Tribunal Constitucional de España:

STC 176/2008, de 22 de diciembre

STC 99/2019, de 18 de julio

STC 67/2022, de 2 de junio de 2022

Tribunal Superior

STS 189/1989 del 3 de marzo.

STS 685/2019, de 6 de marzo.