

**TRABAJO FIN DE GRADO**

**Grado en Derecho**

**Facultad de Derecho**

**Universidad de La Laguna**

**Curso 2021/2022**

**Convocatoria: Junio**

**Evolución del libre desarrollo de la personalidad, igualdad y libertad de  
expresión relativos al Colectivo LGTBIQ+**

Evolution of the free development of the personality, equality and freedom of  
expression related to LGTBIQ+ Collective



Realizado por el alumno/a D<sup>a</sup> Marilia González Hernández

Tutorizado por el Profesor/a Dr. Don Gerardo Pérez Sánchez

Departamento: Derecho Constitucional, Ciencia Política y Filosofía del Derecho

Área de conocimiento: Área de Derecho Constitucional

## ABSTRACT

At the epicenter of Spanish Constitutional Law there are the Fundamental Rights, which set the material and formal limits to public and private powers, and even to the legislative power.

Among these, with regard to the evolution of individuals, and specifically of the LGTBIQ+ Collective, the following stand out: the free development of personality, as the natural human capacity to act according to one's own criteria, in order to develop the characteristics that differentiate one from the rest; equality, divided into equality in the law, referring to the obligation of the legislator to treat citizens uniformly, away from issuing discriminatory acts or rules, and in the application of the law, equal treatment in the application of the rules; and finally, freedom of expression, understood as the expression of one's own ideas, without limitations, even from the State.

Over the years, these rights in relation to the Collective have evolved, both legislatively and jurisprudentially, and not only in our country, but throughout the world, with cases of greater or lesser protection of the same, and even in Spain, depending on the Community, there will be a series of rules or others, and we must analyse them to know where our country stands, which, although it is in a high position in the Rainbow Europe, still has much room for improvement.

**Key Words:** LGTBIQ+ Collective, Fundamental Rights, Personality, no discrimination, freedom of expression.

RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

En el epicentro del Derecho Constitucional Español se encuentran los Derechos Fundamentales, que fijan los límites materiales y formales a los poderes públicos y privados, e incluso al legislativo.

Entre estos, en lo referido a la evolución de los individuos, y en concreto del Colectivo LGTBIQ+, destacan, el libre desarrollo de la personalidad, como capacidad natural humana de actuar según su criterio, con el fin de desarrollar las características que lo diferencia del resto; la igualdad, dividida en igualdad en la ley, referida a la obligación del legislador de tratar uniformemente a los ciudadanos, alejados de emitir normas o actos discriminatorios, y en la aplicación de la ley, tratamiento igualitario en la aplicación de las normas; y por último, la libertad de expresión, entendida como el enunciar las ideas propias, sin limitaciones, siquiera del Estado.

A lo largo de los años, estos derechos en relación al Colectivo han evolucionado, tanto legislativa como jurisprudencialmente, y ya no solo en nuestro país, sino en el mundo entero, dándose casos de mayor o menor protección de los mismos, y es que incluso en España, según la Comunidad, habrá una serie de normas u otras, debiendo analizarlas para saber en qué punto se encuentra nuestro país, que aunque situado en una alta posición en el Rainbow Europe, aún tiene mucho que mejorar.

**Palabras clave:** Colectivo LGTBIQ+, Derechos Fundamentales, Personalidad, no discriminación, libertad de expresión.

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

<b>Introducción, motivación y objetivo</b>	<b>5</b>
¿Qué se entiende por Derechos Fundamentales en España?	6
Derechos Fundamentales a tratar	8
Artículo 10.1 CE: El libre desarrollo de la personalidad	8
Artículo 14 CE: Igualdad	11
Artículo 20 CE: La libertad de expresión y sus límites	13
Límites a la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español	14
¿Qué se entiende por Colectivo LGTBIQ+?	16
<b>Legislación</b>	<b>17</b>
Normas jurídicas que abordan estos derechos con respecto al Colectivo LGTBIQ+ y su evolución en el Orden Jurídico Español	17
Controversias jurídicas en la legislación del Colectivo LGTBIQ+	24
<b>Jurisprudencia</b>	<b>28</b>
Evolución de la jurisprudencia referente a estos DDF y al Colectivo LGTBIQ+.	28
Jurisprudencia española más importante para el Colectivo LGTBIQ+ en los últimos años.	36
<b>Derecho Comparado</b>	<b>40</b>
<b>Conclusiones</b>	<b>43</b>
<b>Bibliografía</b>	<b>47</b>

## **1. Introducción, motivación y objetivo**

El ser humano se caracteriza por contar con capacidad de raciocinio, lo que le permite, a diferencia del resto de especies, alejarse de la mera cadena evolutiva y desarrollarse de manera personal, motivo por el que los diferentes países fijan en sus Constituciones derechos y libertades para que dicho desarrollo se produzca, quedando a cargo de estos, como dicta nuestra Constitución en su artículo 9.2, el remover los obstáculos que dificulten su plenitud.

Esta cuestión, desde un punto de vista positivo, nos permite evolucionar de la manera que consideramos más conveniente, siempre respetando los preceptos constitucionales; pero desde uno un tanto más pesimista, nos vuelve más vulnerables, crea situaciones de desigualdad, que chocan con el artículo 14 CE, y esto porque, al igual que cada uno puede progresar de una manera peculiar, eso conlleva que los demás puedan hacerlo de otras diversas y oponerse o no respetar nuestra postura, porque no la entiendan o compartan.

He aquí cuando pueden entrar en conflicto ciertos derechos, que desde mi punto de vista, se encuentran entre los más fundamentales para la especie humana, porque, ¿qué sentido tendría la vida si no se nos permite ser nosotros mismos?

En este trabajo se desarrollarán varios de los Derechos Fundamentales que recoge la Constitución Española, y la legislación, jurisprudencia y doctrina que durante años han ido naciendo con respecto a ellos. De un lado, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, en específico referido al Colectivo LGTBIQ+, uno de los que más perjudicados ven su avances, al, por ejemplo, deber las personans trans someterse a dos años de tratamiento hormonal para poder fijar legalmente el sexo con el se identifican, o los homosexuales, que hasta hace muy poco no podían contraer matrimonio al no recogerlo la ley; y por otro lado, la igualdad, muchas veces limitada por aquellos que no respetan el florecer individual del resto; todo bajo el halo de la libertad de expresión, a la que se acogen la mayoría de los ciudadanos para justificar muchas de las posibles vejaciones a los Derechos Fundamentales anteriormente mencionados, que, aunque teniendo límites discutibles y difuso, en definitiva, los tiene.

La elección de este tema tiene una sencilla explicación, y es que, a día de hoy, vuelven a salir a la luz numerosas agresiones, de todo tipo, a los derechos de este Colectivo. Entre el 2014 y 2020, en el ámbito nacional, los delitos de amenazas hacia los derechos de este

Colectivo han subido en 50 puntos, tal y como muestra el Ministerio de Interior en su portal de estadísticas de criminalidad<sup>1</sup>, lo que me hace plantearme ¿Qué estamos haciendo mal?

Analizar la evolución de sus derechos tal vez nos haga reflexionar al respecto de los puntos más vulnerables en la legislación, que al fin y al cabo, se reflejan en los comportamientos sociales, y poder adentrarnos de raíz en el motivo de este repunte.

### 1.1. ¿Qué se entiende por Derechos Fundamentales en España?

El concepto “Derechos Fundamentales” tiene su aparición en la nota introductoria de la Carta de las Naciones Unidas de 1945<sup>2</sup>, para luego ser la forma habitual presentada en las Constituciones de los diferentes Estados. Su función se entendía originariamente como un límite al poder del Estado para garantizar la autonomía y libertad al individuo<sup>3</sup>, aunque posteriormente se plantea también como un límite para los particulares.

El estudio de los Derechos Fundamentales tiene como referencia los derechos humanos, aunque conviene aclarar que no son lo mismo. La diferencia entre estos es que los segundos son afirmaciones de intereses o necesidades básicas de carácter universal, inalienables que no dependen, por lo tanto, de los diferentes Estados<sup>4</sup>, y al tener alcance internacional van más allá de lo dispuesto en la Constitución o leyes de un país, siendo estos, los fijados por cada Estado para sí mismos, los Derechos Fundamentales<sup>5</sup>.

Desde siempre, el humano ha buscado la forma de resistirse al poder de dominación, y a lo largo de la historia ha ido estableciendo fórmulas jurídicas para frenarlo. De un lado, creando principios y modos de ejercicio del poder que valgan a esa finalidad limitadora; de otro, fijando áreas de libertad y medios jurídicos de reacción frente a las injerencias de poder<sup>6</sup>.

1

Disponible

en

[https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/publico/portalestadistico/portal/datos.html?type=pcaxis&path=/Dato\\_s6/&file=pcaxis](https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/publico/portalestadistico/portal/datos.html?type=pcaxis&path=/Dato_s6/&file=pcaxis) (fecha de última consulta: 2 de Mayo de 2022).

<sup>2</sup> SÁNCHEZ MARÍN, A. L.: “Concepto, fundamentos y evolución de los Derechos Fundamentales”, *Revista de Filosofía EIKASIA*, N° 231, 2014. Disponible en <https://www.revistadefilosofia.org/55-13.pdf> (fecha de última consulta: 17 de Mayo de 2022).

<sup>3</sup> PECES-BARBA, G.: “Derechos fundamentales”, *Universidad Carlos III de Madrid*. Disponible en <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/10462/?sequence=1> (fecha de última consulta: 2 de Mayo de 2022).

<sup>4</sup> LAPORTA, F.: “El concepto de Derechos Humanos”, *DOXA*, N°4, 1987. Disponible en [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10897/1/Doxa4\\_01.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10897/1/Doxa4_01.pdf) (fecha de última consulta: 27 de Mayo de 2022).

<sup>5</sup> DIAZ LADINO, Y., GERALDI CASTO, L., ALEJANDRA VILLADA, M.: “Diferencia entre Derechos Humanos y Derechos Fundamentales”, *Universidad Católica de Colombia*. Disponible en <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/25366/1/5-TRABAJO%20DDHH.PDF> (fecha de última consulta: 17 de Mayo de 2022).

<sup>6</sup> BASTIDA FREIJEDO, F. J.: “Fundamento de los Derechos Fundamentales”, *Universidad de Oviedo*. Disponible en <https://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero3/bastida.pdf> (fecha de última consulta: 2 de Mayo de 2022).

Los Derechos Fundamentales se sitúan en el centro del sistema español. Las disposiciones que los establecen, fijan límites formales y materiales a los poderes públicos y privados, inclusive al legislativo; su satisfacción es el propósito de la organización del Estado y garantizar su respeto es uno de los principales objetivos del Tribunal Constitucional<sup>7</sup>, o TC.

Nos indica la STC 21/1981 que *“Los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y a los diversos convenios internacionales sobre Derechos Humanos, ratificados por España, y que, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico. Por ello, una vez aprobada la Constitución se ha de incorporar este sistema de valores. Los Derechos Fundamentales son verdaderos derechos subjetivos que permiten a su titular exigirlos ante los tribunales frente a los poderes públicos cuando dicho derecho sea conculcado, pudiendo hacerlo invocando en exclusiva el precepto constitucional”*.

Pero, dejando a un lado la definición de Derechos Fundamentales en relación con los Poderes Públicos, debemos tener en cuenta que estos también deben tener eficacia frente a los particulares, ya que el mundo se va dirigiendo cada vez más a la esfera privada.

La situación de indefensión a la que se ve sometido el individuo en una sociedad dominada, controlada y dirigida por poderes privados hace que el planteamiento de los derechos y libertades no se conciba ya solo en relación con el poder del Estado<sup>8</sup>.

Existe todavía algún sector académico que se esfuerza en negar la eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales alegando que si éstos nacieron como límites al poder del Estado, concebirlos como vinculantes en las relaciones particulares es desvirtuar su naturaleza jurídica. No obstante, dos son los argumentos que pueden servir para dejar a un lado esta postura. El primero, seguido por J. Rivero, sostiene que la función con la que surgieron estos derechos obedeció, no sólo a limitar el poder de los Estados nacientes, sino también a regular la vida de quien ingresaba en él. Mientras que el segundo argumento declara que la noción actual de los Derechos Fundamentales es producto de su evolución histórica, en la que la esfera privada obtiene cada vez mayor relevancia.

---

<sup>7</sup> BERNAL PULIDO, C.: “Los Derechos Fundamentales y la Teoría de los principios”. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº30, 2007. Disponible en [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13135/1/DOXA\\_30\\_35.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13135/1/DOXA_30_35.pdf) (fecha de última consulta: 2 de Mayo de 2022).

<sup>8</sup> DE VEGA GARCÍA, P.: “La eficacia frente a particulares de los Derechos Fundamentales”. Disponible en [La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales \(la problemática de la Drittwirkung der Grundrechte\)](#) (fecha de última consulta: 17 de Mayo de 2022).

Varias de las Constituciones nacidas después de la Segunda Guerra Mundial introducen el concepto de Estado Social de Derecho, como la española en su artículo 1.1. Se entiende por Estado Social de Derecho aquel en el que valiéndose de técnicas provenientes del Estado, se promueve la consecución de una igualdad y libertad reales y efectivas para los individuos, es decir, la sociedad se protege a través del Estado y no frente a él.

En contraposición al Estado liberal, donde la Constitución era un elemento limitador del poder político, y los Derechos Fundamentales en ella recogidos se basaban en una abstención del poder público en la esfera jurídica del particular, en el Estado Social y Democrático de Derecho, la Constitución se concibe como un norma reguladora de la convivencia social de la que surgen indirectamente derechos y obligaciones, y los Derechos Fundamentales en ella recogidos, se concretan ya no con una falta de acción del Estado, sino a través de una conducta positiva de éste para garantizar los derechos que propugna.

Si esta noción se da en el marco de un Estado Social de Derecho, se deduce que su vigencia surte efectos no sólo en las relaciones verticales, sino también en las relaciones horizontales, y que el Estado debe garantizarlos<sup>9</sup>.

Analizadas las dos perspectivas que pueden adquirir los Derechos Fundamentales, podemos estudiar específicamente, los tres derechos sobre los que este trabajo se fundamenta.

## **1.2. Derechos Fundamentales a tratar**

Antes de estudiar la trayectoria legislativa, jurídica y doctrinal de los Derechos Fundamentales mencionados, debemos conocer su contenido y alcance, para así entender la importancia de los mismo con respecto al Colectivo LGTBIQ+, cuya evolución analizaremos.

### **1.2.1. Artículo 10.1 CE: El libre desarrollo de la personalidad**

En su artículo 10.1 la Constitución Española consagró el libre desarrollo de la personalidad, en adelante LDP, como entrada al Título I, en el cual se establecen los Derechos y deberes fundamentales, constituyendo este como el “derecho” básico y primario<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> ANZURES GURRÍA, J. J.: “La eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales”, *Cuestiones Constitucionales*, N° 22, 2010. Disponible en [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-91932010000100001](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932010000100001) (fecha última consulta: 19 de Mayo de 2022).

<sup>10</sup> ELORZA SARABIA, J. D. y TEJERIZO GARCÍA, F.: “La dignidad humana. El libre desarrollo de la personalidad”, *La Constitución Española. Material formativo para profesorado*. Disponible en <https://www.educa.jcyl.es/educacyl/cm/gallery/Recursos%20constitución/Bloque%20C/La%20dignidad%20humana.pdf> (fecha de última consulta: 3 de Mayo de 2022).

En concordancia con el pensamiento del Doctor en Derecho Gregorio Robles, en este artículo, la Constitución reconoce al individuo una libertad general de acción para que este desarrolle su personalidad, pero esto no constituye un “cheque en blanco” para dar por buenas todas las actuaciones que realice, sino más bien un “cheque condicionado” a que se utilice de manera correcta la libertad ofrecida<sup>11</sup>. El LDP se presenta limitado en su aplicación por la necesidad de respetar el reconocimiento a los demás de la titularidad de ese mismo derecho<sup>12</sup>.

En base a lo anterior, podemos afirmar que el LDP es la capacidad natural de los humanos para actuar, o no, sin obstáculos, según su propio modo de ser, con la intención de desarrollar las características que le diferencian respecto de los demás<sup>13</sup>, es decir, el despliegue de las potencialidades psíquicas, morales, económicas y sociales de cada persona, la conquista de los valores que la satisfagan y de los ideales que la atraigan<sup>14</sup>; teniendo como limitaciones que no se vulneren los derechos del resto y se respete el Ordenamiento Jurídico.

El LDP es, como podemos observar, un concepto complejo, constituido por tres términos polisémicos: “libertad”, “desarrollo” y “personalidad”, no contando ninguno con una única acepción, siendo importante acotarlos para saber de qué hablamos.

En lo que respecta al término “libertad”, podemos concretar que entre la multitud de significados con los que cuenta, nos interesa el referido a la autonomía del individuo, es decir, el elegir libremente sobre uno mismo. Esta autonomía tiene, sin embargo, un precio: la “responsabilidad” de no dañar los derechos del resto de personas, ni el orden público.

La palabra “desarrollo”, por otro lado, aparece recogida en la Real Academia de la Lengua Española, en su tercera acepción, como “realizar o llevar a cabo algo”; y es específicamente esto lo que nos concierne, la “realización personal” como el camino que cada persona escoge para, según sus características, desenvolverse en su entorno. Ese camino no puede venir dictado desde fuera, sino que es el mismo individuo quien lo elige.

Finalmente, en lo referido a la “personalidad” hablamos de las características, emociones, pensamientos y conductas de cada individuo, distinguiéndole del resto. Se trata

---

<sup>11</sup> Pensamiento de Gregorio Robles, según: ALVARADO TAPIA, K. P.: “El libre desarrollo de la personalidad. Análisis comparativo de su reconocimiento constitucional en Alemania y España”, *USAT: Revista de Investigación Jurídica*, Nº 10. Disponible en <http://www.usat.edu.pe/files/revista/ius/2015-II/paper01.pdf> (fecha de última consulta: 3 de Mayo de 2022).

<sup>12</sup> SANTANA RAMOS, M.: “Claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad”, *CEFD: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 29, 2014. Disponible en <https://es.scribd.com/document/252083503/3245-14105-1-PB> (fecha de última consulta: 3 de Mayo de 2022).

<sup>13</sup> ELORZA SARABIA, J. D. y TEJERIZO GARCÍA, F.: op. cit.

<sup>14</sup> ALVARADO TAPIA, K. P.: op. cit.

del patrón habitual de actuación de cada individuo en base a los estímulos que le ofrece su ambiente, el cual se va formando con las experiencias vividas<sup>15</sup>.

Desde otra perspectiva similar, nos encontramos con la STS 436/1987, de 2 de Febrero, que define la personalidad como “lo más propio de cada ser humano, aquello que lo caracteriza como ser único, irrepetible, distinto a todos los demás seres humanos”. Una de las cualidades de la personalidad, por ejemplo, es el sexo, es decir, sentirse hombre o mujer.

Un individuo no siempre se siente como expresa su corporeidad, no se siente acorde con su apariencia y/u órganos sexuales, siendo preciso reconocer el derecho a poder modificarlo dado que la persona se siente y es más libre cuando es dueña de su imagen. La sexualidad, entendida como manifestación física del sexo, es parte integrante del LDP<sup>16</sup>.

Por otro lado, Sigmund Freud, padre del psicoanálisis, define la personalidad como “la conciencia del Ego”, es decir, la percepción del propio ser como individualidad frente al medio social y la percepción de las sensaciones del propio cuerpo en la historia.

La presencia del principio de LDP en la Constitución implica el reconocimiento de la autonomía de cada ser humano, que este no se vea limitado para decidir sobre sí por interferencias externas<sup>17</sup>. Como indica Jose M<sup>a</sup> Espinar, estructuralmente, debe entenderse como un fin al que se llega a través de unos medios, es decir, que solo puede alcanzarse si se garantiza la existencia de unas condiciones políticas, económicas, culturales y sociales capaces de permitir la manifestación externa de las cualidades inherentes a cada individuo<sup>18</sup>.

Se puede decir que tiene una doble vertiente: una positiva, en el sentido de que la persona puede decidir como desarrollar su vida, y otra negativa, en cuanto que prohíbe a la sociedad y Estado entrometerse en dicho desarrollo, siempre y cuando no se superen los límites antes mencionados de dañar los derechos del resto u orden público<sup>19</sup>. Además, podemos analizar otra doble perspectiva, afirmando que se desarrolla en dos momentos: en el primero, desde un punto subjetivo, como libertad general de acción dirigida a la formación de una moral libre e individual; y en sentido objetivo, en un segundo momento, como principio inspirador de los derechos constitucionales, siendo su punto de partida y fin<sup>20</sup>.

---

<sup>15</sup> ELORZA SARABIA, J. D. y TEJERIZO GARCÍA, F.: op. cit.

<sup>16</sup> PALAU ALTARRIBA, X.: “Identidad sexual y libre desarrollo de la personalidad”, *Universidad de Lleida*, 2016. Disponible en <https://www.tdx.cat/handle/10803/386390#page=1> (fecha de última consulta: 3 de Mayo).

<sup>17</sup> ELORZA SARABIA, J. D. y TEJERIZO GARCÍA, F.: op. cit.

<sup>18</sup> ALVARADO TAPIA, K. P.: op. cit.

<sup>19</sup> ELORZA SARABIA, J. D. y TEJERIZO GARCÍA, F.: op. cit.

<sup>20</sup> ALVARADO TAPIA, K. P.: op. cit.

De otra parte, en lo que respecta a su protección, si bien, en el ordenamiento español, el LDP no ostenta la categoría de Derecho Fundamental sino de principio, quedando, por tanto, excluido del recurso de amparo, ello no quiere decir que carezca de toda protección jurídica. El art. 10.1 CE garantiza un derecho subjetivo de contenido genérico, que puede ser invocado tanto en vía de recurso de inconstitucionalidad contra una ley que parezca quebrantarlo, como en cualquier otra vía judicial, teniendo en cuenta que los poderes públicos están sujetos a la Constitución y, por consiguiente, obligados a respetar y hacer respetar, entre tantos, el LDP<sup>21</sup>.

En definitiva, el LDP establece un proyecto de libertad individual de carácter general. Es el individuo el que tiene el derecho a decidir libremente su proyecto vital, así como a cambiarlo cuantas veces consider conveniente, e incluso a no tenerlo propiamente<sup>22</sup>.

### **1.2.2. Artículo 14 CE: Igualdad**

En la dimensión constitucional española, la idea de igualdad se recoge como tres categorías diferentes: como valor supremo, dispuesto en el artículo 1, como principio, establecido en los artículos 9.2 y 14, y como Derecho Fundamental, recogido en el artículo 14 y en otros más en los que se alude a diversos derechos en concreto.

En base a esta tridimensión, debemos señalar que la igualdad es considerada, en el Ordenamiento Jurídico Español, como un valor jurídico superior, junto con la libertad, la justicia y el pluralismo político, valores que representan la base fundamental de una cultura jurídica, indispensables para el desarrollo y convivencia en un Estado social de derecho.

La igualdad como valor forma un conjunto, un todo con otros valores, como la libertad, solidaridad y seguridad, de ahí que podamos expresar que la igualdad no puede considerarse en términos abstractos, sino siempre correlacionada con situaciones concretas.

La doctrina mayoritaria española ha denominado a la igualdad, por un lado, como el hecho de otorgar consecuencias jurídicas iguales a supuestos de hecho iguales, y por otro, como tratar de manera desigual a supuestos desiguales; esta ha sido la máxima de la igualdad.

Como Derecho Fundamental, que es el punto que nos interesa para este trabajo, la igualdad se establece en el artículo 14 CE, que dispone que, “los españoles son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de raza, sexo, religión, opinión

---

<sup>21</sup> ALVARADO TAPIA, K. P.: op. cit.

<sup>22</sup> PALAU ALTARRIBA, X.: op. cit.

o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, citando una lista meramente enunciativa con causas específicas para las que se prohíbe todo trato de discriminación y adjuntándose una cláusula abierta en la que se engloba toda aquella circunstancia bajo la cual se presentaría un tratamiento discriminatorio. Como se observa, este precepto recoge: por un lado, la cláusula general de igualdad; y de otro, expresa el principio de no discriminación.

La igualdad constituye uno de los pilares fundamentales del sistema constitucional. Este se divide en dos vertientes: la igualdad en la ley, y en la aplicación de la ley. La primera se refiere a la obligación del legislador de garantizar un trato igual a los ciudadanos, con la prohibición de emitir normas o actos discriminatorios. Pero, la ley permite fijar diferencias legítimas, siempre que estén basadas en razones justificadas<sup>23</sup>, como ha declarado el TC, no toda desigualdad constituye discriminación, sólo aquella no razonablemente justificada<sup>24</sup>.

Por lo que se refiere a la segunda vertiente, la igualdad en la aplicación de la ley alude al tratamiento igualitario en la aplicación de las normas, la aplicación del derecho a supuestos idénticos emitiendo resoluciones idénticas. Pero hay que puntualizar que esta vertiente choca con el principio constitucional de independencia judicial, por el cual, cada Juez puede emitir sus decisiones judiciales fundamentadas y razonadas, aún sin estar obligado a sujetarse al precedente. Por ende, esta igualdad corresponde a la uniforme aplicación de la ley a todos aquellos que se encuentren en los mismos supuestos, pero más en concreto, al actuar del órgano judicial, que puede cambiar de criterio siempre y cuando sea de manera motivada<sup>25</sup>.

Como hemos podido corroborar, no basta con que una norma establezca una desigualdad, sino que ésta debe ser irrazonable, es decir, no estar bien motivada de manera objetiva, exigiéndose para la confirmación de esa falta de justificación una triple comprobación: 1.º Que la desigualdad exista; 2º Que haya motivos para pretender la igualdad, y 3.º Que haya justificación para esa desigualdad.

### **A. Test de la desigualdad**

Se trata de la constatación más sencilla. Lo único que hay que demostrar es que el ordenamiento jurídico cuenta con una consecuencia jurídica diferente para dos o más personas

---

<sup>23</sup> FIGUEROA BELLO, A.: “Aproximaciones teóricas de la igualdad en la normativa constitucional española”, *Cuestiones constitucionales*, 2012. Disponible en [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1405-91932012000100005&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1405-91932012000100005&script=sci_arttext) (fecha de última consulta 5 de mayo).

<sup>24</sup> ALONSO GARCÍA, E.: “El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española”, *Dialnet*, Nº 100-102, 1983. Disponible en [Alonso García, E. El principio de igualdad del artículo 14 de la ...https://dialnet.unirioja.es/articulo/2117515](https://dialnet.unirioja.es/articulo/2117515) (fecha de última consulta 5 de mayo).

<sup>25</sup> FIGUEROA BELLO, A.: op. cit.

o colectivos. El problema de la igualdad no consiste en justificar que las situaciones son distintas, sino en que el legislador se basa en eso para tratar desigualmente.

### **B. Test de la relevancia**

No basta con demostrar que el ordenamiento jurídico prevé consecuencias jurídicas diferentes para dos supuestos, sino que hace falta demostrar que tales situaciones tienen cierta identidad. Y es más, según la jurisprudencia del TC *el ordenamiento jurídico tiene que valorar de alguna forma tal identidad, pues la presunción es la contraria: que todos somos desiguales. Lo que en realidad provoca este test es invertir la carga de la prueba.*

El problema es cuándo entra en juego este test. Ello deja abiertas dos posibilidades: en primer lugar, allí donde la desigualdad se produce por el juego de normas diversas, no conteniendo ninguna específicamente la desigualdad y, en segundo lugar, allí donde la aplicación de la norma es distinta porque el supuesto de hecho se configura como diferente.

### **C. Test de la razonabilidad**

Este test consiste en que “la distinción de trato carezca de una justificación objetiva y razonable, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida”, como se indica en las STC 10-11-1981 y 02-07-1981<sup>26</sup>.

#### **1.2.3. Artículo 20 CE: La libertad de expresión y sus límites**

El derecho a la libertad de expresión es un Derecho Fundamental de la mayor actualidad, tanto por motivos positivos, al ser el núcleo de toda democracia; como por otros no tan positivos<sup>27</sup>, al ser uno de los más controvertidos por los límites que puede alcanzar.

Los inicios del siglo XX se caracterizan por el nacer en Europa de muchos regímenes dictatoriales, entre los que se hallaba el Franquismo Español. Entrado el siglo, esos regímenes fueron cayendo, surgiendo una tendencia al cambio, lo que en España conllevó a adentrarnos en una monarquía parlamentaria, que para su funcionamiento necesitaba drásticos cambios legislativos, implantándose de nuevo los derechos y libertades que habían sido restringidos por la dictadura. Es ahí cuando se crea la actual Constitución, pilar del Estado de Derecho.

---

<sup>26</sup>ALONSO GARCÍA, E.: op.cit.

<sup>27</sup>ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I.: “De la libertad de expresión en España Una reflexión al hilo de la jurisprudencia del TEDH”, *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, 2020. Disponible en <https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/107428/1/452721-Texto%20del%20art%C3%ADculo-1556311-1-10-20201118.pdf> (fecha de última consulta: 5 de Mayo de 2022).

Nuestra Constitución, en su artículo 20, reconoce y garantiza la libertad de expresión, parte del núcleo duro de la Carta Magna<sup>28</sup>. La libertad de expresión es un derecho intrínseco a la naturaleza humana, vital para el desarrollo de la persona, unido de manera indisoluble a su dignidad. Se trata de un derecho de máximo nivel, por lo que recibe la máxima protección<sup>29</sup>.

El Tribunal Constitucional ha puesto en el punto de mira tanto el carácter superior que tiene el derecho a la libertad de expresión en los sistemas democráticos, como su carácter limitado cuando entra en conflicto con otros derechos constitucionales, como sucede, por ejemplo, con aquellas expresiones que son manifestación del discurso del odio y que cabe interpretar como incitaciones a la violencia, discriminación contra colectivos, etc.

Por su configuración, la libertad de expresión es considerada un Derecho de Libertad, siendo estos los caracterizados por suponer una delimitación negativa del ámbito de actuación del individuo, característica reiterada por el TC en sentencias como la STC 6/1981.

La actividad de expresar o difundir ideas ha de ser libre, lo que supone que no ha de haber restricciones previas por parte del Estado ni, en su caso, por parte de sujetos privados, a menos que se deban al ejercicio de otros derechos constitucionalmente protegidos.

#### - **Límites a la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español**

Nuestra Constitución es quién establece en gran medida los límites a este derecho, y no son otros que el resto de Derechos Fundamentales constitucionalmente protegidos y la ley.

Los derechos constitucionalmente protegidos suponen el límite más común al ejercicio de la libertad de expresión, y es que este precepto en su propio apartado 4º especifica que “Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”<sup>30</sup>. El honor, intimidad y propia imagen son los derechos que más colisionan con la libertad de expresión; cuando esto ocurre, el Juez los pondera para resolver el problema.

---

<sup>28</sup> BARRIUSO CLARK, G.: “Derecho Constitucional Comparado: la Libertad de Expresión en España y EE.UU”, *Universidad de Alcalá*, 2017. Disponible en <https://ebuah.uah.es/xmlui/bitstream/handle/10017/31892/Borrador%20TFM%20Gabriela%20Barriuso%20Clark%20%28v%20Final%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (fecha de última consulta: 6 de Mayo de 2022).

<sup>29</sup> LÓPEZ ULLA, J. M.: “Libertad de expresión y discurso del odio”, *Universidad de Cádiz*, 2017. Disponible en <https://periodicos.ufsm.br/fragmentum/article/view/28863/pdf> (fecha de última consulta: 6 de Mayo de 2022).

<sup>30</sup> BARRIUSO CLARK, G.: op.cit.

En primer lugar, podemos decir que la libertad de expresión estará especialmente protegida cuando la opinión que se vierta sea en un debate político o de cuestiones de interés general. Aquí la crítica tiene mayor espacio, y cualquier límite deberá estar bien justificado.

En segundo lugar, el TEDH recuerda que aún en estos ámbitos, no todo cabe, refiriéndose a cualquier discurso que incite, directa o indirectamente a la violencia, para lo cual habrá que atender al contenido del mensaje, a la intención, al contexto, entre otros<sup>31</sup>.

El Consejo de Europa ha definido, en su Recomendación 20 del Comité de Ministros sobre el Discurso del Odio de 1997, este concepto como “todas las formas de expresión que difundan, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y cualquier otra forma de odio fundado en la intolerancia, incluida la que se exprese en forma de negacionismo agresivo y etnocentrismo, la discriminación y hostilidad contra las minorías y los inmigrantes”, contra un grupo de personas, por lo que no se consideran las ofensas individuales como propias del mismo.

La Decisión marco 2008/913/JAI, del Consejo de Europa, de 28 de Noviembre de 2008, señala que el concepto del “odio” se refiere al basado en la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico. En este sentido, autores como Bertoni afirman que los discursos de odio pueden definirse tanto por su intención como por su objetivo. Con respecto a la intención, el discurso de odio es aquel diseñado para intimidar, oprimir o incitar al odio o violencia, mientras que su objetivo se puede identificar como un discurso creado para atacar a un blanco específico.

El dilema se encuentra en limitar o no la libertad de expresión de quienes profieran dichas expresiones, obligándonos a ponderar, como ya explicamos, los valores en conflicto. Pero, ¿cuándo estamos frente a un discurso de odio? En atención a los valores compartidos en determinadas comunidades, se han ido estableciendo ciertos criterios para determinar si se trata o no de una expresión de odio, como puede ser estudiar el contexto en el que se profiere la expresión, para calibrar el peligro real de violencia en una comunidad específica; o dejar en manos de los Estados el análisis de la expresión para que sean las autoridades nacionales quienes establezcan qué tipo de expresiones merecen ser expulsadas del debate democrático<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> LÓPEZ ULLA, J. M.: op. cit.

<sup>32</sup> ESQUIVEL ALONSO, Y.: “El discurso de odio en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuestiones Constitucionales*, Nº 35, 2016. Disponible en <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1405919318300015#fn0115> (fecha de última consulta: 29 de Mayo de 2022).

Lo que debemos afirmar es que los poderes públicos, lidiando con esto, tienen que articular las garantías necesarias para que los derechos adquieran toda su plenitud<sup>33</sup>.

### 1.3. ¿Qué se entiende por Colectivo LGTBIQ+?

En este trabajo, todo análisis de preceptos constitucionales se hará en base a la evolución de estos con relación al Colectivo LGTBIQ+, así que es conveniente dejar claro qué significado tienen estas siglas y la importancia del mismo.

Las siglas LGTBIQ+ engloban toda la diversidad de orientaciones sexuales, identidades y expresiones de género que existen a día de hoy. El término comenzó a usarse en la década de los 90 cuando solo estaba compuesto por las siglas LGTB, sustituyendo la expresión “comunidad gay” que no representaba al Colectivo.

Las dos primeras siglas, lesbianas y gays, hacen referencia a la homosexualidad de mujeres y hombres. La B describe a las personas bisexuales, que sienten atracción por ambos géneros. La T hace referencia a transgéneros, cuya identidad no coincide con su género biológico, transexuales, transgénero que han realizado su transición o están en ella, y travestis, personas que se visten y comportan como normativamente lo hace el género opuesto.

A medida que esta comunidad avanza ha ido añadiendo siglas como la I, que designa a personas intersexuales, aquellas que tienen características propias de ambos sexos y esto les obstaculiza agruparse en uno en concreto, o la Q, “queer”, es usada para denominar a aquellas personas que no quieren etiquetarse dentro de lo socialmente establecido como norma.

Por último, en el + se recogen otras minorías como los pansexuales, personas que sienten atracción sin necesidad de fijarse en el género, los asexuales, que carecen de interés sexual, o los demisexuales, que necesitan conocer a la otra persona bien para sentir atracción. También hay personas que no se sienten identificadas por ningún género, los no binarios<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> LÓPEZ ULLA, J. M.: op. cit.

<sup>34</sup> Disponible en [https://www.ondacero.es/noticias/sociedad/que-significan-siglas-lgtbiq\\_2021062760d94a06ba65dd000144be9e.html](https://www.ondacero.es/noticias/sociedad/que-significan-siglas-lgtbiq_2021062760d94a06ba65dd000144be9e.html) (fecha de última consulta: 9 de Mayo de 2022).

## 2. Legislación

### 2.1. Normas jurídicas que abordan estos derechos con respecto al Colectivo LGTBIQ+ y su evolución en el Orden Jurídico Español

Las leyes vigentes de un país son el reflejo de la forma de pensar, la cultura, y las costumbres de una sociedad. Durante siglos la homosexualidad, bajo los postulados de la Iglesia Católica, era considerada como pecado, una conducta reprochable, que no solo no respetaba el código moral y los valores de la Biblia, sino que además iba en contra de lo que entendían como *natural*, y de la transexualidad, bisexualidad, etc., ni siquiera se tenía idea.

En el siglo XIX, el campo de la Medicina y de la Ciencia, aseguraba que la homosexualidad, además de ser pecado e inmoral, era un trastorno psicológico, una desviación social y, una enfermedad, que como tal debía de ser tratada para su cura.

Con estos argumentos, no es de extrañar que en España, a partir de los 40, durante el franquismo, fuera común aplicar las denominadas “Técnicas agresivas de modificación de conducta”, como el electroshock, terapias de reeducación, e incluso la mutilación de órganos genitales, a las personas detenidas por homosexualidad<sup>35</sup>. Sí, detenidas, y es que, no bastando con considerarlas personas pecadoras y enfermas, también las consideraban delincuentes.

La condición de homosexual, en la que se englobaba en aquel momento a todos los hoy pertenecientes al Colectivo LGTBIQ+, estaba recogida en la Ley de Vagos y Maleantes de 1933, y posteriormente, en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970<sup>36</sup>.

La Ley de Vagos y Maleantes de 1933 hacía referencia al tratamiento de vagabundos, nómadas, rufianes y proxenetas, ebrios y toxicómanos habituales, extranjeros que quebrantaran una orden de expulsión del territorio nacional, y otros considerados antisociales; pero en 1954 fue reformada para incluir también a los homosexuales.

La condición de homosexual estaba castigada de forma peculiar, encerrándolos en establecimientos especiales, aislados del resto. Dicho internamiento, que era fijado por los

---

<sup>35</sup> CARRANZA LÓPEZ, R.: “Evolución histórica del Colectivo LGTB: De las leyes represivas a la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de Julio”. Disponible [https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/101362/TFM\\_EstudiosInterdisciplinariosGenero\\_CarranzaLopez\\_R.pdf;jsessionid=2ED77ABFA8F53C003C49457218559E15?sequence=1](https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/101362/TFM_EstudiosInterdisciplinariosGenero_CarranzaLopez_R.pdf;jsessionid=2ED77ABFA8F53C003C49457218559E15?sequence=1) (fecha última consulta: 22 de Mayo 2022).

<sup>36</sup> EPELDE BILBAO, M.: “Vulneración de Derechos Fundamentales por motivos de identidad de género: La Ley 3/2007, de 15 de Marzo”, Universidad del País Vasco, 2020-2021.

Juzgados Especiales de Vagos y Maleantes, tenía una duración máxima de tres años. Una vez detenidos se les abría un expediente que los dejaría fichados de por vida.

Esta Ley fue sustituida, en 1970, por la de Peligrosidad y Rehabilitación Social. Ya en su preámbulo nos topamos con que instaure nuevos establecimientos especializados donde se cumplan las medidas de seguridad, ampliando los de la anterior legislación con los nuevos de reeducación para quienes realicen actos de homosexualidad, y concluye en sus objetivos advirtiendo que esto no se basa solo en la protección de la sociedad sino también en la reintegración de dichas personas que hayan podido quedar marginados de una vida ordenada y normal, dejando constancia que la vida de un homosexual no es ni ordenada, ni normal.

Los homosexuales siguen incluidos en dicha Ley por su supuesta peligrosidad social pero con un cambio importante: lo que ahora se castiga no es a la persona homosexual sino los actos de homosexualidad y además se requería habitualidad, esto gracias a los cambios sociales de los años sesenta y setenta de la sociedad española.

Por otro lado, cabe destacar que los homosexuales, además de ser condenados por esta Ley, también lo eran por el delito de escándalo público, establecido en el artículo 431 del CP de 1944, que decía *“El que de cualquier modo ofendiere el pudor o las buenas costumbres con hecho de grave escándalo o trascendencia incurrirá en la pena de arresto mayor, multa de 1.000 a 5.000 e inhabilitación especial”*, buenas costumbres, que por supuesto, en aquella época eran fijadas por la Iglesia Católica.

La LPRS fue modificada en distintas ocasiones, entre las que destaca la eliminación de varios artículos, entre ellos, el que hacía referencia a los actos de homosexualidad, en el Decreto-Ley de 11 de Enero de 1979, posterior a la muerte de Franco<sup>37</sup>.

Los primeros avances en España con referencia al Colectivo surgen con el nacimiento de la Constitución de 1978, específicamente con el principio constitucional de igualdad y no discriminación de las personas, recogido en art. 14 CE, dejando así constancia de que ni con este Colectivo, ni con ninguno podría haber desigualdad en la ley o en su aplicación.

Pero hasta el momento la ley que socialmente más revuelo ha causado en el ámbito de los derechos LGTBIQ+, es la 13/2005, de 1 de Julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Mediante esta se permiten los matrimonios

---

<sup>37</sup> CARRANZA LÓPEZ, R.: op.cit.

entre personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualquiera que sea su composición, permitiendo también derechos y prestaciones sociales como la posibilidad de adopción, o no tener que divorciarse porque uno de los cónyuges no se identifique con la misma identidad de género que cuando se celebró el matrimonio<sup>38</sup>.

Por otro lado, el 26 de Mayo de 2006, el Gobierno modificó la Ley de Reproducción Asistida, permitiendo a la madre no biológica reconocer legalmente como hijos a los nacidos en el matrimonio entre dos mujeres. También se instauró la Ley 62/2003, de 30 de Diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, que en sus artículos 27 a 43 hace alusión al principio de igualdad de trato. La identidad de género ha recibido tutela igualmente en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de Julio, de protección a la infancia y la adolescencia<sup>39</sup>.

Más adelante, se daba un supuesto gran paso en la aceptación e inclusión de las personas trans, ya que mediante la Ley 3/2007, de 15 de Marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas trans, se permitió el cambio registral del nombre y sexo a través de un trámite administrativo. Hasta entonces dicha rectificación se llevaba a cabo a través de un procedimiento judicial<sup>40</sup>.

A parte de estas leyes estatales, España no cuenta con ninguna otra legislación específica para la protección de los Derechos Fundamentales sobre los que se asenta este trabajo; por ello, varias Comunidades las han creado tratando de ofrecer una respuesta autonómica a determinados problemas y demandas de este Colectivo, algo que debería haber abordado el legislador estatal, lo que ha generado contradicciones e inseguridad jurídica.

Actualmente en España hay aprobadas 18 leyes autonómicas para dotar de derechos y protección a las personas LGTBIQ+, quedando fuera de la legislación sobre estas materias Castilla y León, La Rioja y Asturias. Pero centrándonos en las Comunidades que sí regulan la materia, haré un examen concreto de sus leyes<sup>41</sup>.

Empezaremos el análisis por la ley andaluza, 8/2017, de 28 de Diciembre. Esta dedica su primer título al derecho a la igualdad de trato y no discriminación. Las políticas públicas para promover la igualdad efectiva de las personas LGTBI es a lo que se dedica su título

---

<sup>38</sup> EPELDE BILBAO, M.: op. cit.

<sup>39</sup> GARCÍA ROLDÁN, A.: “Análisis de la legislación trans en España”, *Universidad de Huelva*, 2021. Disponible en [http://www.derechohuelva.com/images/TFG\\_GARCÍA\\_ROLDÁN.pdf](http://www.derechohuelva.com/images/TFG_GARCÍA_ROLDÁN.pdf) (fecha última consulta: 23 de Mayo 2022).

<sup>40</sup> EPELDE BILBAO, M.: op.cit.

<sup>41</sup> GARCÍA ROLDÁN, A.: op.cit.

segundo, en ámbitos como el social, educativo o laboral, entre otros. El título tercero se centra en las medidas para garantizar la igualdad real y efectiva y no discriminación por causas de orientación sexual, identidad sexual o expresión de género; quedando por último, en su título cuarto, las infracciones y sanciones.

Por otra parte, en la Ley 18/2018, de 20 de Diciembre, la más actual de las aragonesas, el título primero se centra en políticas públicas para garantizar la igualdad y no discriminación por razón de orientación sexual, expresión o identidad de género de las personas LGTBI, aplicadas al ámbito social, sanitario, laboral, educativo, familiar, juvenil, deportivo, de cooperación internacional al desarrollo, y policial. Mientras que el título segundo se centra en garantizar la igualdad real y efectiva; encargándose el tercero del régimen sancionador.

En cuanto a la Ley 8/2016, de 30 de Mayo de las Baleares incluye una cláusula general discriminatoria y principios orientadores de la actuación de los poderes públicos. Su título primero trata la organización administrativa, el segundo y tercero fijan políticas públicas para promover la igualdad efectiva del Colectivo LGTBI, el cuarto habla sobre las personas intersexuales y el quinto sobre los mecanismos para garantizar el derecho a la igualdad.

La ley canaria 2/2021, de 7 de Junio, que deroga la 8/2014 de 28 de Octubre, recoge dentro de las disposiciones generales un artículo dedicado al reconocimiento y apoyo institucional. En su título primero habla sobre Tratamiento administrativo y medidas generales relativas a la identidad y expresión de género, así como de las características sexuales, en su título segundo sobre atención sanitaria a las personas trans e intersexuales, y del tercero al undécimo se centran respectivamente en las medidas en el ámbito educacional, social, laboral, familiar, del ocio, cultural y deportivo, de la cooperación internacional al desarrollo, de los medios de comunicación y del Sistema Canario de Seguridad y Emergencias, por último, en el título doceavo habla sobre el régimen sancionador. La ley canaria es más completa que las anteriores, posiblemente debido a que ha sido de las últimas en aprobarse.

La reciente ley cántabra 8/2020, de 11 de Noviembre recoge en su primer título el derecho a la igualdad de trato y no discriminación, orientando a la actuación de los poderes públicos. En el segundo habla sobre políticas públicas para garantizar la igualdad social y la no discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género de las personas LGTBI; aplicado a la organización administrativa, investigación y formación, ámbito familiar, atención educativa, ámbito sanitario, atención social, ámbito laboral, ámbito de la cultura, el ocio y el deporte, ámbito rural, a los medios de comunicación social y publicidad, a la

actuación de la administración autonómica en materia de contratación, subvenciones y empleo público, a la justicia y asistencia a las víctimas, y a la cooperación internacional para el desarrollo. En su título tercero establece mecanismos para garantizar el derecho a la igualdad de las personas LGTBI; dedicando su cuarto título al régimen sancionador.

En lo que respecta a la ley catalana 11/2014, de 10 de Octubre, el título primero habla sobre la organización administrativa, con la peculiaridad, con respecto a todas las demas, de que establece como órgano participativo y consultivo permanente al Consejo Nacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transgéneros e Intersexuales. El título segundo lo dedica a políticas públicas para promover la igualdad efectiva de este Colectivo. El título tercero se ocupa en exclusiva de hablar sobre la transidentidad y la intersexualidad. Y el título cuarto se centra en mecanismos concretos para garantizar los derechos a la igualdad, con la tutela judicial, de admisión, atención y reparación, y un régimen de infracciones y sanciones<sup>42</sup>.

La Comunidad Valenciana comenzó su legislación en esta materia en 2012 con la Ley 5/2012, de 15 de Octubre, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana. Posteriormente se creó la Ley 8/2017, de 7 de Abril, más centrada en el Colectivo trans al tratar de cerca todo lo referido a la identidad de género. Y por último, nos encontramos con la Ley 23/2018, de 29 de Noviembre, de igualdad de las personas LGTBI, ya dedicada a los derechos del Colectivo en general. Esta en su título primero contiene las disposiciones generales delimitadoras del objeto y ámbito de aplicación, así como definiciones de términos. En el segundo se dedica a las políticas públicas para garantizar los derechos y la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI. En el tercero se habla en específico de las personas con variaciones intersexuales o con diferencias del desarrollo sexual. El título cuarto es bastante específico, haciendo referencia a la reparación y restablecimiento de los derechos vulnerados. Y por último, el quinto está dedicado a las infracciones y sanciones.

La ley extremeña, la Ley 12/2015, de 8 de Abril, dedica su título primero a hablar sobre las disposiciones generales delimitadoras del objeto y ámbito de aplicación, así como definiciones de términos. En el título segundo habla sobre políticas públicas para garantizar la igualdad social y la no discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género de las personas LGBTI. Y el título tercero se enfoca en medidas para garantizar la igualdad real y efectiva de personas gays, lesbianas, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales; medidas entre las que se encuentran las infracciones y sanciones.

---

<sup>42</sup> GARCÍA ROLDÁN, A.: op.cit.

La ley gallega 2/2014, de 14 de Abril, en su título primero trata lo mismo que la extremeña; pero a diferencia de la anterior, también habla sobre medidas de acción positiva, divulgación de la información, asociaciones, organizaciones y Colectivos LGTBI, y servicio de apoyo y mediación. Y en el título segundo se centra en políticas públicas para el fomento y la promoción de la igualdad, de la visibilidad y de la no discriminación del Colectivo<sup>43</sup>.

Madrid, al igual que la Comunidad Valenciana, cuenta con varias leyes dedicadas al Colectivo LGTBIQ+. Como Valencia, Madrid comienza sus andaduras en la materia estableciendo una ley, la 11/2001, de 19 de Diciembre, para Uniones de Hecho de la Comunidad. Posteriormente regula la situación de las personas trans en la Ley 2/2016, de 29 de Marzo dedicada a la identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación. Y finalmente, el 22 de Julio de 2016, aprueba su Ley 3/2016 de Protección Integral contra LGTBIfobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual, que como su propio título indica abarca a toda la comunidad LGTBIQ+. El título preliminar de esta recoge las disposiciones generales que establecen los objetivos, el ámbito de la ley y definiciones. A continuación, en el título primero se habla sobre las medidas en materia de no discriminación por razón de orientación e identidad sexual o por expresión de género; y en el segundo las referidas a las agresiones y delitos de odio. En su título tercero instaura un órgano dedicado al Colectivo, la Comisión Interdepartamental de Seguimiento y Coordinación. Y por último, en el cuarto, se recoge la Protección institucional, es decir, régimen sancionador.

La ley murciana 8/2016, de 27 de Mayo habla sobre políticas públicas para garantizar la igualdad social y la no discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género de las personas LGBTI, establece medidas para garantizar la igualdad real y efectiva de personas gays, lesbianas, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales; y fija infracciones y sanciones con respecto al desconocimiento de todo lo anterior.

La ley foral navarra 8/2017, de 19 de Junio, en el título preliminar habla sobre el objeto, tratamiento de la Administración Foral, personas beneficiarias, finalidad, objeto, e incluye una cláusula general antidiscriminatoria. Posteriormente, su título primero se centra en la organización administrativa. En el título segundo pasa a hablar de políticas públicas para promover la igualdad efectiva de las personas LGTBI. Su título tercero se enfoca en los transgénero, la transexualidad e intersexualidad. Mientras que en el cuarto se vuelve a la

---

<sup>43</sup> GARCÍA ROLDÁN, A.: op.cit.

generalidad recogiendo las medidas para garantizar la igualdad real y efectiva de todo el Colectivo, incluyéndose en este las infracciones, sanciones y procedimiento a seguir.

Tenemos también la ley vasca 14/2012, de 28 de Junio, cuyo capítulo primero se enfoca en las disposiciones generales, tales como el objeto, ámbito de aplicación, y definición de persona transexual. En el capítulo segundo habla sobre las bases para una política pública en materia de transexualidad. El tercero sobre la atención sanitaria de las personas transexuales. En el cuarto sobre la no discriminación en el ámbito laboral; mientras que el quinto se refiere al sistema educativo. Observamos, que en el País Vasco no hay como tal una ley que regule el Colectivo LGTBIQ+, solo una específica de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales<sup>44</sup>.

Por último, nos encontramos con la Ley 5/2022, de 6 de Mayo, de Diversidad Sexual y Derechos LGTBI en Castilla-La Mancha, la más reciente en lo que a legislación sobre el Colectivo LGTBIQ+ respecta. Esta recoge en su primer título el derecho a la igualdad de trato, de oportunidades y no discriminación. El segundo título hace alusión a las atribuciones, organización y gestión de las políticas públicas LGTBI. En el tercero y cuarto se fijan las políticas y medidas públicas, respectivamente, para promover la igualdad en la diversidad de las personas LGTBI. Por último, el régimen sancionador queda establecido en el título quinto.

Nos damos cuenta, tras este breve análisis, que cada Comunidad sigue un orden a la hora de tratar estos temas, y le dedica un mayor o menor desarrollo a cada uno. Esto puede conllevar que se produzca un vacío legal con respecto a la falta de desarrollo de esas normas, generando desigualdad dentro de la propia población española; aunque mayor es la desigualdad para la población de aquellas comunidades autónomas que ni siquiera tienen una legislación LGTBI y/o trans, es por ello que es necesaria una ley estatal.

También es necesario puntualizar, que en este trabajo nos estamos centrando en el LDP, la igualdad y la libertad de expresión, y que estos tres derechos quedan recogidos en todas las normativas autonómicas que hemos mencionado. Los dos primeros de forma absoluta y general, al centrarse todas estas leyes, precisamente, en que el Colectivo LGTBIQ+ pueda desarrollar libremente su personalidad, generándose así una supuesta situación de igualdad, evitándose a través de estas, con las sanciones que establecen, tratos discriminatorios. Pero también, aunque en menor medida, y sin contar con legislación específica, se trata la libertad de expresión, ya que en la totalidad de estas leyes, se recoge

---

<sup>44</sup> GARCÍA ROLDÁN, A.: op.cit.

como infracción todo tipo de discursos que atenten contra las personas del Colectivo, sus familiares o entorno, por su identidad o expresión de género, o sus características sexuales.

Hay que añadir además, que a parte de las normativas autonómicas, encontramos numerosas disposiciones que los órganos superiores de la Administración dirigen a sus órganos jerárquicamente dependientes, para ordenar su funcionamiento y actividades, que hacen mención, entre otras cosas, a la identidad de género, como la Circular 4/2005, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de protección Integral contra la Violencia de Género, que incluye a las mujeres trans dentro de las víctimas de violencia de género, siempre que se trate de parejas de distinto sexo formadas por transexuales reconocidos legalmente si el agresor es el varón. O la Instrucción de 23 de Octubre de 2018 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de cambio de nombre en el Registro Civil de personas trans, que intentó complementar las carencias que presentaba la Ley 3/2007, de 15 de Marzo, permitiendo el cambio de nombre a aquellas personas cuya identidad de género no es la asignada al nacer, y que no les es posible realizar el cambio de inscripción de su sexo en el Registro por no cumplir los requisitos exigidos. Así como la Instrucción 7/2006 de la Administración Penitenciaria, que amplió los derechos de las personas trans en los Centros Penitenciarios, permitiéndoles elegir su módulo en relación a su identidad de género, y no según el sexo de sus documentos oficiales de identificación<sup>45</sup>.

Pero no hay que olvidarse de que el camino ha sido y sigue siendo muy largo, y en él han ido surgiendo muchas propuestas de ley que por su contenido finalmente no se han llegado a aprobar, o que aún no se han aprobado pero cuya puesta en marcha sigue en debate en la actualidad. De estas, cabe destacar la Proposición de Ley contra la discriminación por orientación sexual, identidad o expresión de género y características sexuales, y de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea y la Propuesta de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans, presentada por los Grupos Parlamentarios Republicano y Plural, en proceso de ser aprobada o no.

## **2.2. Controversias jurídicas en la legislación del Colectivo LGTBIQ+**

Como hemos mencionado, no todas las leyes que se han propuesto a aprobación en nuestro país en lo referente a los derechos del Colectivo han tenido la acogida esperada por sus creadores. Dos de las leyes que más polémicas han causado en los últimos años y que a

---

<sup>45</sup> EPELDE BILBAO, M.: op.cit.

día de hoy no se encuentran aún vigentes en nuestro país, precisamente por dichas polémicas, son las mencionadas anteriormente, Ley contra la discriminación y Ley Trans.

Es conveniente, a parte de analizar la legislación actual en esta materia en nuestro país, estudiar las controversias que llevan a que otras no hayan sido aprobadas o se encuentren aún en tramitación, ya que se muestra de esta manera los choques de perspectivas y entre los derechos que en este trabajo estudiamos.

La Proposición de Ley contra la discriminación por orientación sexual, identidad o expresión de género y características sexuales, y de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, ha sido rechazada prácticamente por la totalidad de los grupos políticos del Congreso por la cantidad de controversias que alberga, centrándonos en su choque con el Derecho a la libertad de expresión, pilar de este trabajo.

Observamos que esta establece la posibilidad de que un órgano administrativo y no un Juez pueda imponer multas por expresiones que considere que no están amparadas por la libertad de expresión y que entienda que son ofensivas contra las personas LGTBIQ+.

Esta cuestión ha causado un gran revuelo; y no es para menos, teniendo en cuenta que pretende que la Administración pueda decidir qué es libertad de expresión y qué es una ofensa, rompiéndose así con el equilibrio de fuerzas entre los distintos poderes del Estado<sup>46</sup>.

Somos conocedores de que el Derecho a la libertad de expresión es uno de los pilares fundamentales del Estado Democrático de Derecho, y que además, este es uno de los que más problemáticas genera, al verse contrapuesto, en muchas ocasiones, a otros como puede ser el que en este caso tratamos: el libre desarrollo de la personalidad; pero también a la dignidad humana y la propia imagen, que son los derechos que normalmente se ven vulnerados en los casos en los que la libertad de expresión atenta contra el Colectivo LGTBIQ+.

Es evidente, que no vale todo en la libertad de expresión, y mucho menos cuando contra lo que se arremete es contra un Colectivo por no verlo como un igual, pero sabemos que estas disputas se resuelven a través de la ponderación de los Derechos en juego, que debe venir siempre realizada por un Juez, ya que sino, quedaría en manos de un órgano al que,

---

<sup>46</sup> BRAVO, D.: “La proposición de Ley LGTBI y la libertad de expresión”, *EIDiario.es*, 2017. Disponible en [https://www.eldiario.es/opinion/tribuna-abierta/proposicion-ley-lgtbi-libertad-expresion\\_129\\_3181339.html](https://www.eldiario.es/opinion/tribuna-abierta/proposicion-ley-lgtbi-libertad-expresion_129_3181339.html) (fecha de última consulta: 25 de Mayo de 2022).

democráticamente, no se le ha concedido la capacidad de decisión, la arbitrariedad de un Derecho constitucionalmente protegido.

Los artículos controvertidos permanecen todavía en el texto que se ha presentado a discusión en el Pleno del Congreso, aunque Unidos Podemos ya ha anunciado que terminará retirándolos durante el trámite parlamentario a través de una especie de “auto enmienda”. No obstante, esto nos hace plantearnos lo fácil que resulta debilitar un Derecho Fundamental cuando estamos ante una situación que apreciamos como grave<sup>47</sup>.

Por otro lado, nos encontramos con la conocida como “Ley trans”, cuyo anteproyecto ha sido aprobado recientemente y se encuentra en la fase de Propuesta de Ley.

Las oposiciones a esta se presentan desde varios flancos, ya no desde el habitual de los conservadores, sino también desde parte del sector feminista. Y esto, entre otras cosas, porque se permitirá el cambio de sexo sin necesitar exámenes médicos o psicológicos, únicamente hará falta una “declaración expresa” de la persona en el Registro Civil, conllevando la adquisición de los derechos que implica ser hombre o mujer, lo que para algunas posturas contrarias al borrador afectaría directamente a la legislación específica, como la Ley de Igualdad o Violencia de Género; pero también a otros ámbitos como el del deporte.

Nos encontramos, pues, ante una situación en la que se intenta permitir que el Colectivo aumente sus posibilidades de desarrollo libre de su personalidad, sin que nadie, ni el Estado siquiera, con los exámenes médicos que hoy siguen vigentes para el cambio de género, pueda oponerse, como este “Derecho” en sí establece; pero que por otro lado, parte de la sociedad, considera que hace un uso extralimitado del derecho a la igualdad y libre desarrollo de la personalidad, ya que no están de acuerdo en donde situar el límite del cambio de género, y es que esto puede afectar a leyes como la de Violencia de género, ya que si se da el supuesto de que un hombre ataca a su mujer y antes de que ella lo denuncie cambia su género al femenino, ya no podría llevarse el caso a través de esta Ley, tal y como indican los artículos 14.2 y 3 de la Proposición de Ley, o a la Ley de igualdad, o en el ámbito del deporte, como se fija en su artículo 40.1, que especifica que “Respeto al derecho a la identidad de género en las prácticas deportivas: En las prácticas, eventos y competiciones deportivos se considerará a las personas que participen atendiendo a su sexo registral, sin que puedan realizarse en ningún caso pruebas de verificación del sexo”, por el que se daría una situación de pleno derecho a la igualdad pero a la vez pondría en inferioridad de condiciones a las

---

<sup>47</sup> BRAVO, D.: op. cit.

mujeres que debieran competir con personas cuya forma física, sin haber sufrido proceso de hormonación, sea de hombre, pero estableciera como su género el femenino, por ejemplo.

Es esta, entre otras causas, por las que esta Ley ha tenido una acogida bastante parcial y por la que se encuentra aún en debate, y es que, aunque es evidente que se debe proteger al Colectivo, y darle las máximas garantías para su desarrollo e igualdad, es difícil actuar de esa manera y a la vez mantener el equilibrio con los derechos del resto de la sociedad.

Pero no solo las leyes que no se encuentran aún vigentes son controvertidas. También leyes, como la 3/2007, de 15 de Marzo arriba mencionada cuentan con detractores.

Esta Ley supuso un progreso crucial para el libre desarrollo de la personalidad; no obstante, con el paso del tiempo se podría decir que se encuentra un tanto obsoleta. Porque, aunque es cierto que en su momento fue una norma pionera por permitir la rectificación registral del sexo sin exigir el sometimiento de las personas trans a cirugías genitales, actualmente, recoge varios preceptos que suponen una vulneración de los Derechos Fundamentales, como su art.4 que hace referencia a la exigencia de informe psicológico.

La transexualidad fue considerada como enfermedad mental desde que se incluyó en la Clasificación Internacional de Enfermedades de la OMS y en el “Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales” de la Asociación Americana de Psiquiatría. Pero, tal y como se ha ya mencionado, actualmente se ha abogado por la despatologización de las personas trans. A pesar de que ya no se considera un trastorno mental, ser trans se sigue recogiendo como condición no patológica, ya que la OMS considera que aunque no es una enfermedad, las personas trans siguen necesitando apoyo médico en lo que concierne a su salud sexual y la posible adaptación de su cuerpo a su identidad de género manifestada.

Entonces, si la OMS ha dejado de considerarlo como un trastorno mental, ¿por qué la Ley 3/2007 sigue exigiendo para el cambio de sexo acreditar mediante informe médico o psicólogo clínico la existencia de un trastorno de identidad de género persistente?

El desarrollo personal del individuo conlleva el libre ejercicio de su voluntad, sin que el Estado ni ningún otro individuo se interponga. Si aplicamos este principio de manera objetiva, las personas trans deberían poder definir libremente su género, ya que la identidad sexual de la persona es uno de los factores más vitales en la personalidad. Además de este derecho, esta Ley atenta contra otros de los a tratar en este trabajo, como el de la igualdad y

no discriminación recogido en el art. 14 CE, y es que las personas trans no parten de la misma idea de igualdad que las personas cisgénero. A las personas cis, al contrario que a las trans, no se les somete a ningún tipo de consulta psiquiátrica ni informe en el que se confirme que el sexo que se les asignó al nacer coincide con la identidad de género sentida, dándose por ende, veracidad a la autodeterminación de género de unos sobre otros en base a su condición<sup>48</sup>.

### **3. Jurisprudencia**

#### **3.1. Evolución de la jurisprudencia referente a estos DDF y al Colectivo LGTBIQ+.**

Tras haber analizado la legislación española con respecto a los Derechos del Colectivo LGTBIQ+, toca centrarse en otra de las fuentes del Derecho: la jurisprudencia; y ya no solo en España, sino en lo que respecta a los diferentes órganos jurisdiccionales de la Unión Europea, al encontrarnos con una cuestión que abarca mucho más que las fronteras de un país.

El Consejo de Europa ha jugado un papel muy importante en el aumento gradual de la protección del Colectivo LGTBIQ+, y es que, a pesar de que no contenía disposiciones relativas a la sexualidad o autodeterminación del individuo, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos empezó a constituirse como una de sus fuentes de protección. Analizaremos, pues, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, que ha llevado a cabo una lectura expansiva de los derechos y libertades sí recogidos en el Convenio.

La primera de las solicitudes ante los órganos de control del Convenio relativa a los derechos del Colectivo data de 1955. Un demandante alemán alegó haber sido condenado por su condición de homosexual sobre la base del art. 175 del CP vigente en el país, en aparente violación de los arts. 8 y 14 CEDH. Ante tal demanda, la Comisión Europea de Derechos Humanos respondió que el Convenio permitía a los Estados considerar la homosexualidad como infracción, puesto que el derecho a la vida privada podía ser objeto de injerencia por las autoridades públicas, con el objetivo de asegurar la protección de la salud o de la moral.

No fue hasta 1981, en la sentencia *Dudgeon c. Reino Unido*, cuando el Tribunal falló que la prohibición de los actos sexuales libremente consentidos entre personas del mismo sexo violaba el Convenio; primer paso hacia la protección de los derechos LGTBIQ+.

En el asunto *Dudgeon*, el demandante alegaba que la existencia de legislación que castigaba las relaciones sexuales hacía que su vida sexual fuese susceptible de persecución

---

<sup>48</sup> EPELDE BILBAO, M.: op.cit.

penal, lo cual suponía una intrusión en el derecho al respeto de la vida privada. Pese a considerar el objetivo de la legislación como legítimo, el Tribunal puso en duda que la injerencia fuera necesaria. El Tribunal constató que la homosexualidad era progresivamente aceptada y que el mantenimiento de disposiciones legales que la penalizaran constituía una injerencia en el derecho de la vida privada del demandante, que incluía su vida sexual<sup>49</sup>.

En la decisión de 1993 sobre el caso *Modison c. Chipre*, el Tribunal volvió a condenar el Estado por no haber derogado la normativa del Código Penal que prohibía la homosexualidad; idéntica doctrina fue aplicada en el caso *A.D.T. c. Reino Unido* de 2000<sup>50</sup>.

Otra faceta de la legalización de las relaciones entre personas del mismo sexo es la igualación de la edad de consentimiento. Desde sus comienzos, la Comisión había rechazado demandas contra normas que fijaban una edad de consentimiento más elevada en el caso de homosexuales; sin embargo, modificó su criterio en 1997 en *Sutherland c. Reino Unido*, cuando consideró que una edad de consentimiento mayor para los gays era discriminatoria y violaba el derecho al respeto de la vida privada, del art. 8 CEDH, constituyendo un trato discriminatorio del art. 14 CEDH. Más tarde, el Tribunal confirmó la opinión de la Comisión en dos sentencias similares de 2003, *L. y V. c. Austria* y *S. L. c. Austria*.

En los ochenta y noventa, la protección del Colectivo se limitó a descriminalizar las conductas homosexuales. Sin embargo, desde finales de los noventa, el Tribunal se ha mostrado más receptivo ante casos de discriminación por razón de orientación sexual.

Entre 1999 y 2002 el Tribunal aprobó varias sentencias, como los casos *Lustig-Prean y Beckett c. Reino Unido*, presentado ante el Tribunal por dos antiguos miembros de la Royal Navy, *Smith y Grady c. Reino Unido*, relativo a dos ex integrantes de la Royal Air Force, ambas dentro del ámbito laboral, en las que declaró que el despido de homosexuales por su orientación sexual infringía el derecho al respeto de la vida privada y era discriminatorio.

---

<sup>49</sup> MANZANO BARRAGÁN, I.: “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre orientación sexual e identidad de género”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 64, No. 2, 2012. Disponible en <https://www.jstor.org/stable/pdf/26180521.pdf?refreqid=excelsior%3A9c10153ca272d4ff48aba1e0c5b8ec01&ab-segments=&origin=&acceptTC=1> (fecha última consulta: 28 de Mayo de 2022).

<sup>50</sup> ROMBOLI, S.: “La protección de las parejas homosexuales frente a la discriminación en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo: pasado, presente y unas previsiones para el futuro”, *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, 2020. Disponible en <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/453061/294081> (fecha de última consulta: 29 de Mayo de 2022).

El Tribunal recordó que una injerencia a este derecho sólo podía estar justificada si era considerada necesaria en una sociedad democrática y si las restricciones impuestas resultaban proporcionales a los objetivos perseguidos. En este sentido, al valorar los riesgos que podía suponer para la efectividad y moral de las fuerzas armadas la presencia de homosexuales, el Tribunal concluyó que tanto las investigaciones realizadas sobre las preferencias sexuales de los demandantes, como el despido motivado por su homosexualidad, violaban el art. 8 CEDH, estableció así una analogía entre la discriminación étnicoracial, ampliamente condenada por el Derecho Internacional, y los prejuicios basados en la orientación sexual<sup>51</sup>.

El TC también se ha referido a la discriminación derivada de la orientación sexual en el trabajo. Así, la STC 41/2006, de 13 de Febrero, otorgó el amparo a un trabajador de una aerolínea española que había sido despedido por ser homosexual, si bien la empresa había ocultado el verdadero móvil invocando incumplimientos contractuales no probados<sup>52</sup>.

Dejando a un lado la sexualidad, nos centraremos en la familia. El Convenio hace mención expresa a la familia en dos de sus artículos: en el art. 8 la vida familiar es contemplada como una esfera colateral a la vida privada, un espacio en principio libre de la intervención estatal en el que cada individuo organiza su vida privada y familiar de manera autónoma; en el art. 12 relativo al derecho a contraer matrimonio, la familia se halla vinculada a la institución del matrimonio, protegida por el Estado. A pesar de que el Tribunal ha interpretado tradicionalmente el derecho a contraer matrimonio como un derecho reservado a las parejas de sexo opuesto, este ha adoptado desde finales de los noventa un enfoque evolutivo a la hora de proteger el derecho al respeto de la vida familiar del Colectivo.

La primera ocasión en la que el Tribunal juzgó que una diferencia de trato por orientación sexual violaba el art. 14 CEDH fue en la sentencia Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal, caso de un hombre privado de la custodia de su hija por ser gay. El Tribunal reconoció que el Juez nacional había interferido en la vida familiar del demandante, pero persiguiendo un fin legítimo, la protección de los intereses de la menor; sin embargo, al haber introducido como factor decisivo que el padre fuera homosexual, falló que se había producido una diferencia de trato no proporcional al objetivo perseguido, considerada discriminatoria.

---

<sup>51</sup> MANZANO BARRAGÁN, I.: op. cit.

<sup>52</sup> GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P.: “Los principios de igualdad y no discriminación, una perspectiva de derecho comparado. España”, *Servicio de Estudios del Parlamento Europeo*, 2020. Disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/659297/EPRS\\_STU\(2020\)659297\\_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/659297/EPRS_STU(2020)659297_ES.pdf) (fecha de última consulta: 30 de Mayo de 2022).

Sin embargo, el caso Salgueiro se vio seguido en el año 2002 por el Fretté c. Francia, en la que el Tribunal no encontró violación del Convenio en la denegación a un hombre homosexual de adoptar. En este asunto, el solicitante se había visto privado por los Tribunales franceses del derecho de adopción, debido a que su «estilo de vida» no garantizaba que pudiera proporcionar a un menor un entorno familiar, educativo y psicológico adecuado; por ello, se dirigió al Tribunal para alegar que la negativa a poder adoptar le había sido impuesta de manera discriminatoria por su tendencia sexual, y que tal denegación constituía una intromisión injustificada en el derecho al respeto de su vida privada y familiar.

La orientación sexual del demandante parecía ser la única razón por la cual le había sido denegada la posibilidad de adoptar, pero el Tribunal razonó que las autoridades habían vulnerado la igualdad de trato del art. 14 CEDH, en combinación con el art. 8 CEDH con el objetivo de proteger los intereses del menor, por lo que avaló la decisión<sup>53</sup>.

A todo lo anterior, se suma la STC 176/2008, de 22 de Diciembre, que sostuvo que la transexualidad es un rasgo personal que se halla contemplado, de modo implícito, en el artículo 14 CE. No obstante, el TC no concedió en ese caso el amparo al padre transexual divorciado por la restricción del régimen de visitas a sus hijos, ya que se acreditó que la causa razonable era su inestabilidad emocional y no su transexualidad<sup>54</sup>.

Tras analizar estas sentencias se afirma que el respeto a la vida familiar no garantizaba el derecho a la adopción, ni a fundar una familia, sino que presuponía su existencia; pero esto se modificaba en 2008 con el caso E. B. c. Francia, en el cual condenó a Francia por denegar una solicitud de adopción por motivo de orientación sexual. La demandante había iniciado el proceso de adopción sin ocultar su homosexualidad. El órgano que revisaba las solicitudes la rechazó, porque los informes indicaban que la falta de imagen paterna perjudicaría al menor, pero la demandante alegó que el motivo había sido su orientación sexual, ya que en Francia se permitía adoptar a personas solteras, es decir, una madre sola, sin figura paterna. Así, se estimó que se había producido una diferencia de trato basada en la orientación sexual; constituyéndose la primera sentencia del Tribunal en la que se condenaba a un país por discriminar a una persona homosexual en un proceso de adopción.

Hasta el 2003 no se juzgó que el trato diferencial recibido por parejas homosexuales violase las disposiciones del Convenio. En X e Y c. Reino Unido la Comisión declaró

---

<sup>53</sup> MANZANO BARRAGÁN, I.: op. cit.

<sup>54</sup> GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P.: op. cit.

inadmisible una solicitud sobre la deportación de un malasio que tenía una relación homosexual estable con un británico. En su decisión, estimó que, a pesar de la reciente evolución de las actitudes hacia la homosexualidad, la relación del demandante no se encontraba dentro de la esfera de la vida familiar protegida por el art. 8 CEDH. Argumentó que el caso afectaba únicamente al derecho a la vida privada, y no vio motivos para establecer que se hubiese violado dicho artículo al negar al demandante permanecer en el territorio.

Sin embargo, en los últimos años surge jurisprudencia tendente al progresivo reconocimiento del derecho de las parejas del mismo sexo al respecto de la vida familiar. En esta línea, la sentencia del caso Karner c. Austria, produjo un giro al asimilar por primera vez a una pareja heterosexual y a una homosexual a efectos de subrogar un contrato de alquiler.

La sentencia dejó abierta la cuestión sobre si las relaciones afectivas entre personas del mismo sexo estaban protegidas bajo el derecho al respeto de la vida familiar o únicamente de la vida privada, tal y como había fijado hasta entonces la jurisprudencia de Estrasburgo.

De modo más reciente, el Tribunal ha mantenido en la sentencia Schalk y Kopf c. Austria que los Estados partes del Convenio son libres de decidir si las parejas homosexuales pueden contraer legalmente matrimonio. En este caso, los demandantes sostenían que la imposibilidad legal de contraer matrimonio para las parejas del mismo sexo constituía una violación del derecho a la vida privada y familiar así como del principio de no discriminación, e infringía igualmente el derecho a contraer matrimonio reconocido en el art. 12 CEDH.

El Tribunal insistió que todavía no existía consenso en materia de matrimonio homosexual. Sin embargo, declaró que no continuaría considerando que el derecho a casarse recogido en el art. 12 debiera limitarse a dos personas de sexo opuesto, la cuestión sobre si está permitido entre personas del mismo quedaría sujeta a la legislación nacional.

En relación con las personas trans, se han planteado ante el Tribunal dos cuestiones principales: el reconocimiento jurídico del cambio de género tras la operación de reasignación sexual y, su derecho a contraer matrimonio y fundar una familia. En un primer momento, el Tribunal falló en contra reconociendo a los Estados un amplio margen de apreciación del Convenio; sin embargo, desde el 2002 la jurisprudencia ha avanzado de modo notable.

Las primeras sentencias en las que se pronunció sobre esto fueron Rees c. Reino Unido y Cossey c. Reino Unido adoptadas en 1986 y 1990, respectivamente. En ambos

asuntos, los demandantes habían solicitado sin éxito la rectificación de la inscripción registral para reflejar su nueva identidad sexual; pero los jueces de Estrasburgo estimaron que esta negativa no podía considerarse como una injerencia del estado en la vida privada del individuo. Sin embargo, en 2002 las sentencias *Christine Goodwin c. Reino Unido* e *I. c. Reino Unido* produjeron un vuelco en la jurisprudencia. En ellas, el Tribunal consideró que la negativa de las autoridades a reconocer la nueva identidad sexual de las solicitantes, así como a cambiar sus documentos de identidad, representaba una intromisión en su vida privada.

En el caso *Goodwin*, la demandante era una persona trans que, pese a vivir en sociedad como mujer, continuaba siendo considerada como hombre a efectos legales. Esta alegó 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.

Alejándose de su jurisprudencia anterior, en este caso, el Tribunal no encontró evidencia de que el cambio en el registro pudiera perjudicar a terceros. Los inconvenientes que podían surgir con el pleno reconocimiento legal de los transexuales en ámbitos como el registro civil, el sistema de seguridad social o el derecho de familia, se ven sobrepasados, según la nueva interpretación del Tribunal, por la necesidad de que estas personas pudieran vivir en dignidad e igualdad y de acuerdo con su nueva identidad. En ambas sentencias, cobró igualmente especial relevancia el concepto de «autonomía personal» entendida como el derecho de cada individuo a escoger su propia identidad, incluyendo la sexual<sup>55</sup>.

Es fundamental también, siempre en esta línea, la sentencia *Vallianatos y otros c. Grecia* de 2013, en la que el Tribunal declaró que la ley griega que reconocía sólo a las parejas heterosexuales la posibilidad de formar uniones civiles vulneraba el derecho a no ser discriminado por la orientación sexual del art. 8 CEDH. Esta decisión constituye una prueba más de la obligación de los Estados de reconocer el mismo estatus jurídico a las parejas hetero y homosexuales. Asimismo permite a la Corte restringir el amplio margen de apreciación de los Estados en materia de regulación de la vida familiar de los homosexuales, dado que, desde este momento, formarán una pareja también dos personas unidas por un vínculo afectivo estable que no pueden vivir juntas por razones profesionales o sociales.

---

<sup>55</sup> MANZANO BARRAGÁN, I.: op. cit.

La postura del TEDH es muy clara: los Estados están obligados a reconocer de alguna manera los derechos y regular los deberes de las parejas homosexuales, pues se trata de dos personas que ejercen el derecho al respeto de la vida familiar protegido por el art. 8 del CEDH, esto aunque decidan no reconocerles el derecho al matrimonio.

En el caso *Aldeguer Tomás c. España* de 2016 el recurrente pretendía que el TEDH condenara al Estado porque no pudo recibir el beneficio de la pensión de viudedad después de la muerte de su pareja, con el que no se casó, por no existir esta posibilidad hasta la reforma del Código Civil español de 2005. El demandante consideraba haber sufrido un trato discriminatorio respecto de las parejas heterosexuales, dado que la legislación nacional permitía disfrutar de este beneficio a las parejas que no pudieron casarse porque uno de sus miembros, o ambos, tenía un vínculo matrimonial anterior que no pudo disolverse hasta 1981, cuando se introdujo el divorcio en España.

La Corte reiteró su doctrina sobre el reconocimiento del derecho al respeto de la vida privada y familiar ex art. 8 del Convenio tanto a las parejas homosexuales como a las heterosexuales. Sin embargo, aclaró que la situación no podía asimilarse, algo sorprendente, ya que se observa que aunque sea por diversos motivos, ninguno tenía la posibilidad de casarse, por lo que dictaminó que no hubo violación del art. 8 CEDH<sup>56</sup>.

Hemos analizado así, la evolución jurisprudencial europea, y algún matiz aportado por nuestro Tribunal Constitucional, en referencia a varios Derechos Fundamentales, quedándonos, para este trabajo, con los puntos referidos a la igualdad, y por consiguiente, no discriminación, citada numerosas veces de manera textual, y el libre desarrollo de la personalidad, que aunque se suela acoger en este trabajo a través del respeto a la vida privada, queda latente cada vez que el Tribunal afirma que toda persona tiene derecho a autodeterminarse como considere más oportuno. Ahora analizaremos, más a fondo, la evolución jurisprudencial europea respecto al derecho a la libertad de expresión.

A diferencia de otros artículos de la Convención, que enuncian derechos inderogables, la libertad de expresión no es un derecho absoluto. Su ejercicio puede estar sometido a ciertas formalidades, restricciones o sanciones. Además, es preciso que estas limitaciones estén previstas por ley, que señalen uno de los fines legítimos enumerados en la segunda parte del

---

<sup>56</sup> ROMBOLI, S.: op.cit.

art. 10, y que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática para la consecución de estos fines, siendo proporcionales al objetivo a alcanzar<sup>57</sup>.

En Europa existen dos posturas acerca de este conflicto. Por un lado, los que defienden que la libertad de expresión es un pilar fundamental de la democracia, un bien necesario para el debate político y la representación de la sociedad civil. Por otro lado, están aquellos que defienden que la libertad de expresión debe tener ciertos límites, sobre todo cuando se atenta contra la integridad de un grupo, o incluso contra un individuo<sup>58</sup>.

El discurso de odio preocupó al Consejo desde muy pronto. Ya en 1966, con la Recomendación 453 sobre Medidas a tomar contra la incitación al odio racial, nacional y religioso señalaba la existencia de peligros causados por la difusión de mensajes discriminatorios, fóbicos o amenazadores contra colectivos. Pero no fue hasta 1997, con la Recomendación R (97) 20 del Comité de Ministros, que el discurso del odio se instauró como concepto jurídico propio, reuniendo *“todas las formas de expresión que difundan, incitan, promuevan o justifican el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluyendo la intolerancia expresada por nacionalismo agresivo y etnocentrismo así como la discriminación y hostilidad contra las minorías, los migrantes y las personas de origen inmigrante”*.

Estrasburgo siempre ha considerado la libertad de expresión como un valor fundamental para una sociedad democrática, lo que no significa que sea absoluto, tal y como se vió en 2006 en el caso *Erbakan v. Turquía* afirmando que *“En determinadas sociedades democráticas puede sancionarse o incluso impedir toda forma de expresión que difunda, fomente, promueva o justifique el odio basado en la intolerancia, siempre que sean proporcionadas al objetivo legítimo perseguido”*. Así, el TEDH entiende que las sociedades democráticas no se fundamentan exclusivamente en las libertades individuales, sino que su gran soporte ha de ser la tolerancia y el pluralismo. En este sentido, el propio Convenio es muy claro, ya que el mismo artículo 10.2 recoge límites expresos al derecho.

---

<sup>57</sup> COSTA, J.P: “La libertad de expresión según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo”. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27016.pdf> (fecha de última consulta: 21 de Mayo de 2022).

<sup>58</sup> GARCÍA SANTOS, M.: “El límite entre la libertad de expresión y el discurso de odio: análisis de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Comillas Journals of International Relations*, Nº 10, 2017. Disponible en <https://revistas.comillas.edu/index.php/internationalrelations/article/view/8234/7894> (última fecha de consulta: 31 de Mayo de 2022).

Además, el TEDH entiende que la libertad de expresión puede ser ejercida de forma abusiva y, por lo tanto, limitada por el art. 17 CEDH, que prohíbe en concreto el abuso de derecho, resultando necesario determinar qué criterios se emplean para discernir cuándo una legislación nacional está causando dichos excesos. El triple test de Estrasburgo, es dicho criterio, que permite no sólo analizar la literalidad de un mensaje ofensivo, sino también su contexto. En el caso *Handyside v. Reino Unido*, entre otros, observamos su aplicación.

Cuando una norma nacional supera el Test significa que el límite que imponía a la libertad de expresión resulta válido porque: 1. El límite está recogido en la ley; 2. El límite es necesario para conseguir un fin legítimo en una sociedad democrática y 3. Los medios empleados resultan proporcionales en relación con dicho fin.

En concreto, a nosotros nos interesa dicha limitación de la libertad de expresión por parte del Tribunal en lo que respecta al Colectivo LGTBIQ+. Por ejemplo, el caso *Baczowski y otros c. Polonia* de 2007, en el que el Tribunal se pronunció con gran dureza, determinando contrarias al Convenio las medidas tomadas por las autoridades para impedir una manifestación de asociaciones LGTBIQ+. Criterio que se mantuvo cuando en 2010, en el asunto *Alekseyev c. Rusia* se entendió que tomar medidas administrativas para prohibir la celebración pública del Día del Orgullo Gay vulneraba Derechos Fundamentales.

El último paso se dió en 2017, al analizar las leyes rusas que penalizan la propaganda de la homosexualidad a través del caso *Bayev y otros c. Rusia*, donde se determinó que afrontamos “un conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a la privacidad y la autoidentificación de las personas, pero que en ningún caso puede acreditarse que el reconocimiento de la homosexualidad y su publicidad vulneren la moral pública, ni que la libertad de expresión acerca de estos temas ponga en riesgo a las familias tradicionales.

### **3.2. Jurisprudencia española más importante para el Colectivo LGTBIQ+ en los últimos años.**

En los últimos años, en España, al igual que en la mayoría del mundo, ha habido un avance notable en lo que respecta a la protección y reconocimiento de derechos al Colectivo LGTBIQ+, lo que ha conllevado que dichas nuevas leyes sean aplicadas por los Juzgados y Tribunales españoles, habiendo alcanzado también, en consecuencia del avance legislativo, un avance jurisprudencial, como hemos visto en el apartado anterior.

Tras haber analizado de forma generalizada la evolución jurisprudencial de los Derechos del Colectivo, nos centraremos ahora en analizar las sentencias concretas que en los últimos años, en España, han tenido mayor relevancia para los derechos LGTBIQ+.

La primera sentencia a analizar es la STC 55/2013, de 11 de Marzo de 2013, cuya cuestión fundamental gira entorno a la posibilidad de obtener, una persona homosexual, la pensión de viudedad por fallecimiento de su cónyuge.

El caso surgió con la promulgación de la Ley 40/2007, donde se establecía entre los cinco requisitos indispensables para acceder a la ayuda, que las parejas debían disponer de hijos comunes, situación que genera desigualdad, vulnerándose así el artículo 14 de nuestra Constitución, ya que las parejas del mismo sexo cuenta con muchas más dificultades a la hora de tener hijos, y por ende, a la hora de cumplir dicho requisito, en comparación con las parejas heterosexuales, y poder efectivamente beneficiarse de la pensión de viudedad.

El Tribunal Constitucional tomó cartas en el asunto tras la llegada al mismo de un Recurso de Amparo presentado por un ciudadano, que tras llevar 19 años conviviendo maritalmente con su pareja, solicitó a la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de Girona la pensión de viudedad que consideraba le correspondía cuando esta falleció, obteniendo, en cambio, como respuesta de este órgano, que al no haber tenido hijos juntos no tenía derecho a obtener dicha pensión.

El TC concluyó que el mencionado requisito era “imposible” de conseguir para las parejas homosexuales, más teniendo en cuenta las trabas existentes en materia de adopción para el Colectivo por aquella época. Por ello, el Tribunal afirmó que efectivamente se había vulnerado el Derecho del artículo 14 CE, en su vertiente de igualdad ante la ley, tachó el precepto de discriminatorio y lo anuló<sup>59</sup>.

A través de esta sentencia, se consiguió la corrección de la Ley, no condicionando ya, en ninguna medida, la orientación sexual en el acceso a la pensión de viudedad.

La segunda sentencia de especial relevancia que analizaremos, será la STS 15/2014, de 15 de Enero, referente a la filiación extramatrimonial de personas del mismo sexo.

---

<sup>59</sup> BARJOLA, J.M.: “Cinco sentencias imprescindibles para la lucha LGTBI+”, *Noticias Jurídicas*, 2021. Disponible en [https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/14154-cinco-sentencias-imprescindibles-para-la-lucha-lgtbi+/-/](https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/14154-cinco-sentencias-imprescindibles-para-la-lucha-lgtbi+/) (fecha última consulta: 28 de Mayo de 2022).

Este supuesto trata de una acción de reclamación de la filiación por posesión de estado, formulada por la mujer que fue pareja de hecho de la madre biológica del niño, nacido durante su relación de pareja mediante la técnica de reproducción asistida.

En Primera Instancia se reconoció dicha filiación, ordenándose en la sentencia inscribir a la demandada como progenitora 2 y cambiar los apellidos del menor para que ostentara los de sus dos madres. Pero, posteriormente a ello, la demandada recurrió por Apelación, y en la Audiencia Provincial de Toledo, estimando el recurso, revocaron la sentencia previa, motivo por el que la demandante, ahora recurrida, decidió interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

En este caso, el Supremo realizó una importante distinción entre realidad biológica y voluntad de las partes para reconocer el derecho de filiación con respecto a un hijo no biológico, llegando a la conclusión de que no es “la verdad biológica” el principio inspirador que sirve de título para atribuir la filiación, sino la voluntad de las partes. Por ello, la coexistencia de dos filiaciones a favor de personas del mismo sexo no es contraria a la ley. En otras palabras, es perfectamente legal que un niño tenga dos madres o dos padres en el Registro Civil<sup>60</sup>, no debiendo tener como requisito para dicha fijación que hubiera nacido dentro del matrimonio, porque al igual que esto no se fija para las parejas heteronormativas, en base a la igualdad, y al libre desarrollo de la personalidad, no tendría que fijarse para las parejas homosexuales, que al igual que las otras pueden decidir no casarse y tener hijos.

El tercer asunto hace referencia al derecho a mantener la vida sexual en privacidad, tratado a través de la STS 1142/2008, de 27 de Noviembre.

En este caso, nos encontramos con una demanda por motivo de difusión de información en una revista, de la vida privada de una artista, haciendo referencia a un supuesto pasado lésbico de la misma, a parte de hacer mención a diferentes supuestas relaciones e infidelidades que supuestamente había cometido, por lo que nos encontramos con un claro supuesto de libertad de expresión e información en contraposición con otros derechos, como la dignidad, y desde mi punto de vista también contra el LDP, ya que el hecho de difundir que una persona tenga una tendencia sexual u otra, sin que esta persona la hubiese hecho pública, atenta contra su libre desarrollo, que como ya sabemos no puede venir lesionado, limitado, cuestionado o vulnerado por nada ni nadie.

---

<sup>60</sup> BARJOLA, J.M.: op.cit.

El TS dictaminó que *“aún en el supuesto de aceptar que se estuviese ejerciendo el libre derecho de crítica, incluido dentro de la libertad de expresión del art. 20 CE, la Sala coincide con que, si bien la orientación sexual en la actualidad no puede ser considerada desmerecedora del crédito personal y profesional, lo cierto es que, entre amplios sectores de la sociedad, las tendencias homosexuales de un personaje no son aceptadas con naturalidad, especialmente si se manifiesta como heterosexual, haciéndole parecer como hipócrita o mentiroso, incluso, como desmerecedor de su crédito profesional. Por ello, resulta inaceptable que se introduzcan elementos de información que vulneren el honor de una persona al poner en conocimiento de terceros cuestiones, relativas a su orientación sexual que no guardan relación con la noticia difundida”*. Fijándose así que queda fuera de la libertad de expresión e información todo lo referido a la sexualidad de las personas, que merecen y tienen derecho a desarrollarse libremente sin obligación de exponer socialmente su identidad de género o tendencia sexual, ya que esto, desgraciadamente, puede incluso a día de hoy, suponerles un obstáculo, al no ser aceptado por toda la sociedad.

Por último, analizaremos una sentencia que ha elevado notoriamente la situación de igualdad entre las parejas homosexuales y heterosexuales; hablamos de la STC 198/2012, de 6 de Noviembre, que avala el matrimonio homosexual.

La sentencia deriva de un recurso interpuesto por setenta y dos Diputados del Grupo Popular del Congreso, contra la Ley 13/2005, de 1 de Julio, por la que modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

En opinión de los recurrentes, *“mediante la simple reforma de unas cuantas palabras del Código Civil se vendría a modificar la concepción secular, constitucional y legal del matrimonio como unión de un hombre y una mujer. Se trata de una de las modificaciones legislativas de mayor trascendencia y repercusiones para la sociedad española, puesto que, en el fondo, se viene a crear una institución nueva, cuyos perfiles son distintos a aquellos por los que hasta ahora ha sido conocido el matrimonio. Se señala que la reforma no sólo afecta a la institución matrimonial, sino a todo el sistema normativo relativo a la familia, que también se ve afectado por la posibilidad de que los matrimonios en que los cónyuges pertenecen al mismo sexo adopten a menores”*. Consideraron estos diputados que con dicha Ley se estaba vulnerando el art. 32 CE, que establece que *“El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”*, y que para ellos reconoce, *“un derecho constitucional al matrimonio entre hombre y mujer, pero no a las parejas del mismo sexo. Aunque ello no obsta para que el legislador pueda regular las formas de convivencia*

*more uxorio entre estas últimas, sí que impide que pueda extenderse el derecho a contraer matrimonio a las parejas homosexuales”.*

El Tribunal consideró que la pretensión debía ser rechazada en base a la doctrina sobre la discriminación por indiferenciación que desde los ochenta ha seguido. La discriminación por indiferenciación no puede situarse en el ámbito de protección del art. 14 CE, porque lo que éste impide, como indica la STC 86/1985, de 10 de Julio, es la distinción infundada o discriminatoria. El art. 14 CE no ampara la distinción entre desiguales, ni un derecho a la desigualdad de trato; aunque sí se ha establecido que los poderes públicos, en cumplimiento del mandato del art. 9.2 CE, puedan adoptar medidas de trato diferenciado de ciertos colectivos, promoviendo las condiciones que posibiliten que la igualdad de sus miembros sean reales y efectivas o removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. Por ello, no resulta posible censurar la Ley desde la perspectiva del principio de igualdad.

Se tumbaron así las posturas conservadoras, que defendían que el reconocimiento del matrimonio homosexual supondría una limitación al ejercicio del mismo derecho por los heterosexuales, o que, en todo caso, la unión entre personas del mismo sexo sería otra cosa, pero nunca matrimonio.

El Constitucional fue claro. El matrimonio debía verse como una mera “comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que deciden unirse en un proyecto de vida familiar común”. No debía, pues, existir diferenciación de género para casarse<sup>61</sup>.

#### **4. Derecho Comparado**

Habiendo analizado tanto la legislación como la jurisprudencia correspondiente a los derechos a la igualdad y libertad de expresión y el respeto del libre desarrollo de la personalidad en relación al Colectivo LGTBIQ+, nos hemos dado cuenta que este tema no concierne solo a nuestro país, sino que tiene cada vez mayor relevancia a nivel global, aunque nosotros nos hemos centrado en España y en el continente europeo. Y si ya en el simple análisis de la legislación española nos hemos dado cuenta de que hay comunidades más y menos inclusivas con este Colectivo y los derechos que nos abordan, diferencias a mayor nivel encontraremos entre los diferentes Estados; por ello, para finalizar el estudio de los mismos sería conveniente hacer una pequeña reflexión sobre qué país europeo es más inclusivo, contando con mayor legislación, jurisprudencia o doctrina al respecto de estos tres

---

<sup>61</sup> BARJOLA, J.M.: op.cit.

derechos, y también cual se encuentra al final de la cola; y no solo esto, sino poder situar a España, en esta comparativa, dentro de un alto o bajo nivel de inclusión y respeto de los derechos LGTBIQ+.

En Europa contamos con una plataforma llamada “Rainbow Europe”, que, basándose en criterios como la igualdad y no discriminación, el crimen de odio y discurso de odio o el reconocimiento legal del género, entre otros, clasifica a los países del continente como más o menos avanzados en lo que respecta al Colectivo, encontrándonos actualmente a Malta, Dinamarca y Bélgica en lo alto de la clasificación, mientras que en lo más bajo se sitúan Azerbaiyán, Turquía y Armenia. Mientras, podemos observar que España se encuentra en el puesto décimo.

Esta clasificación se fundamenta en cómo las leyes y políticas de cada país afectan al desarrollo de los pertenecientes al Colectivo LGTBIQ+, y fueron medidas por primera vez en 2009, ampliándose gradualmente desde entonces.

La clasificación registra los estándares legales de un país para su comparación con sus vecinos europeos, pero los números sólo proporcionan una parte de la historia. Nuestra revisión anual ofrece una visión general más matizada y detallada del progreso de cada país en los últimos doce meses y tiene un capítulo dedicado a cada país, así como a los acontecimientos a nivel internacional<sup>62</sup>.

Empezaremos el análisis desde la peor de las perspectivas, desde Azerbaiyán.

Las personas LGTBIQ+ en Azerbaiyán enfrentan desafíos legales y sociales que no experimentan los residentes no LGBT. La actividad sexual entre personas del mismo sexo es legal desde el 1 de Septiembre de 2000, cuando se aprobó su Nuevo Código Penal para que el país pudiera entrar a formar parte del Consejo de Europa; pero eso no significa que la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, en cualquiera de los ámbitos, contituya un delito en este Código o esté prohibida en el país, y mucho menos se tenga en cuenta para coartar la libertad de expresión en base a un posible discurso de odio.

Igualmente, aunque se acepte la homosexualidad, no se permite que las personas del Colectivo contraigan matrimonio, ni se reconocen sus uniones como uniones civiles. Y por supuesto, no aceptándose esto, podemos afirmar que las parejas homosexuales, u homosexuales por sí solos, no pueden acceder a procedimientos de adopción.

---

<sup>62</sup> Disponible en <https://rainbow-europe.org/country-ranking> (fecha de última consulta: 4 de Junio de 2022).

Azerbaiyán además, no cuenta con una legislación que permita a las personas transgénero cambiar legalmente su género en documentos oficiales; aunque sí pueden cambiar su nombre para que coincida con su identidad de género.

La única otra medida que equipara a las personas LGTBIQ+ con el resto, en el país, es que cuentan con la misma edad de consentimiento para mantener relaciones sexuales.

Y de un extremo al otro, al país más inclusivo con el Colectivo en Europa. Malta es uno de los pocos países del mundo que ha equiparado a nivel constitucional los derechos del Colectivo LGTBIQ+ con los del resto de su población no perteneciente al mismo.

La diversidad sexual en este país es totalmente legal y se encuentra protegida por innumerables leyes, incluso por la propia Constitución. Las relaciones homosexuales tanto masculinas como femeninas fueron despenalizadas en 1973.

Desde 2004, existe una prohibición de la discriminación contra los homosexuales en el empleo, de acuerdo con los requisitos de la Unión Europea, pero no fue hasta el 2012 cuando las protecciones contra la discriminación se ampliaron con la enmienda del Código Penal para ampliar las penas de los delitos de odio motivados por la orientación sexual o la identidad de género de la víctima. Además, en 2014 el Parlamento aprobó otra enmienda, esta vez a la Constitución, para agregar protecciones contra la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, convirtiéndose en el primer Estado europeo en agregar la identidad de género a su Constitución como categoría protegida.

Y precisamente con respecto a la identidad de género, afirmamos que en base a la Ley de identidad de género, expresión de género y características sexuales de 2015 los solicitantes de cambio de género pueden modificar sus documentos oficiales simplemente presentando una declaración jurada ante un notario, eliminando cualquier requisito para los procedimientos médicos de reasignación de género; Ley que se modifica en 2016 para permitir que los menores de dieciséis cambien su género sin necesidad de presentar una solicitud en el Tribunal u obtener la aprobación de los padres.

En el mismo año, Malta volvió a convertirse en innovador mundial al prohibir la esterilización y la cirugía invasiva en personas intersexuales, introduciéndose en el 2018 sanciones para las intervenciones médicas intersexuales. Los solicitantes, al igual que con los transexuales, también pueden cambiar sus documentos oficiales simplemente presentando una

declaración jurada ante un notario sin ningún requisito para los procedimientos médicos de reasignación de género.

En lo que respecta al ámbito de la familia, desde 2014 se permiten uniones civiles y el matrimonio entre personas del mismo sexo se legalizó en 2017. Además, la ley maltesa otorga derechos de adopción a parejas casadas, parejas civiles y personas solteras, incluidas las personas solteras LGBT. Para una adopción efectiva, se requiere una decisión judicial por cada niño, independientemente de la orientación sexual de los posibles padres. La primera adopción oficial por una pareja del mismo sexo tuvo lugar el 13 de Julio de 2016. Y también a este respecto, hacer mención que en 2018, entra en vigor una ley que otorga acceso a la fertilización in vitro a las parejas de lesbianas<sup>63</sup>.

Por último, especificar que, como avance efectivo y físico en lo que a los documentos malteses se refiere, es que los pasaportes, tarjetas de identidad y otras identificaciones emitidas por el Gobierno están disponibles con una designación de sexo "X" desde 2017.

Como observamos, en comparación al primero de los países analizados, España se encuentra en una posición muy elevada en lo que a la igualdad entre el Colectivo LGTBIQ+ y el resto de ciudadanos respecta, contando con legislación tanto contra su discriminación como otorgándoles derechos; pero, en cambio, con lo que en Malta se da, vemos que situaciones como la equiparación en la Constitución de todos los ciudadanos, recogiendo en específico al Colectivo, o el no relacionar el cambio documental y registral de la identidad de género con ningún informe médico nos deja lejos de encontrarnos en la cumbre del "Rainbow Europe".

## **5. Conclusiones**

Llegamos al final del estudio con muchísima información adquirida al respecto del Colectivo LGTBIQ+, de la evolución de sus derechos y de la situación en la que se encuentran dentro de España, teniendo en cuenta las diferentes legislaciones por Comunidades, y también en Europa, habiendo analizado especialmente los ejemplos de país, más y menos, inclusivos o evolucionados en la materia, y todo esto nos hace llegar a una serie de conclusiones.

En primer lugar, podemos hacer mención que en nuestro país, tras haber analizado el principio al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la igualdad o no discriminación y el derecho a la libertad de expresión y sus límites, nos queda claro que los tres son

---

<sup>63</sup> Disponible en [https://hmong.es/wiki/LGBT\\_rights\\_in\\_Malta](https://hmong.es/wiki/LGBT_rights_in_Malta) (fecha de última consulta: 5 de Junio de 2022).

fundamentales para el crecimiento individual de cada persona, y en la generalidad, para el correcto progreso de cualquier Estado Social y Democrático de Derecho, pero al igual que esto hace que sean protegidos de la manera más eficaz posible, también conlleva que se limiten entre ellos si se producen choques de los unos con los otros.

Pero, de manera más específica, centrándonos particularmente en cada uno de estos derechos, hemos llegado a la conclusión de que, en lo respectivo al libre desarrollo de la personalidad, y la igualdad o no discriminación hay legislación específica para su fomento, con sanciones motivadas por su posible incumplimiento; pero en lo que respecta a la libertad de expresión, no hemos encontrado una ley o límite específico que equilibre este derecho con el respecto al Colectivo LGTBIQ+, habitualmente lesionado con excesos en los discursos de muchos ciudadanos apoyados en su, para ellos, ilimitada libertad de expresión.

Evidentemente cuenta con límites, que como ya hemos analizado, es la ponderación que los jueces deben hacer de los derechos contrapuestos, pero no hay un límite concreto para la protección de este Colectivo, aunque sí es cierto que en la mayoría de las leyes Autonómicas, anteriormente citadas, encontramos algún punto específico en el que se recoge como infracción de las mismas el discurso contra dicho grupo.

La pregunta es, si esto es suficiente para que dichas agresiones verbales cesen, ya que, tal y como recoge el observatorio contra la homofobia se ha dado un aumento de más del 50% en incidentes LGTBI-fóbicos en los primeros meses de 2022 con relación a 2021.

Habiendo mencionado que hay diferentes leyes en base a la Comunidad Autónoma, debemos también adentrarnos en este aspecto, y es que ¿es ajustado a derecho el hecho de que en un país en el que la propia Constitución en su artículo 14 asegura que todos somos iguales, hayan diferencias en el trato al Colectivo LGTBIQ+ en base a la Comunidad Autónoma en la que vivas? Y yendo más allá, ya no se trata de que haya diferentes legislaciones en las diferentes comunidades, sino que directamente hay comunidades en las que es inexistente.

En España contamos con muy poca legislación estatal en lo que respecta al Colectivo, lo que ha causado que las diferentes Comunidades Autónomas hayan tenido, por su propia mano, que legislar en la materia, pero esto ha causado, en primer lugar, que la evolución de estos derechos haya tenido una cronología diferente en base al lugar donde se viva; y por otro lado, que hayan diferencias entre lo que en una Comunidad se permita o se proteja, con respecto a las otras, pudiéndose así crear, de manera un tanto irónica, desigualdades entre leyes que pretenden fomentar la igualdad.

La pregunta es ¿por qué no se ha involucrado el Estado lo suficiente con este tema? Tal vez sea porque es más fácil que las comunidades “se manchen las manos”, con temas que por desgracia siguen siendo bastante polémicos, como lo son los Derechos LGTBIQ+ y recaiga en ellas la responsabilidad de asegurarse de algo que en principio debería ser competencia estatal; tal vez se ha dado, en los últimos años, prioridad a otro tipo de temas considerados para los políticos más importantes, como la Ley Orgánica 4/2022, de 12 de Abril, para penalizar el acoso a las mujeres que acuden a clínicas para la interrupción voluntaria del embarazo o la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de Marzo, de regulación de la eutanasia, pero lo que sí es cierto es que en estos últimos meses se ha presentado y puesto en marcha una Proposición de Ley que aunque polémica, supone numerosos avances para los derechos que reivindicamos en este trabajo.

Y siguiendo con lo referido a la legislación, hay que mencionar también que, ya no solo sería conveniente que hubieran más leyes a nivel Estatal sobre este tipo de Derechos, sino que las existentes se actualizaran en cierta medida.

Como mencionamos, la Ley 3/2007 de 15 de Marzo fue una de las más revolucionarias que hasta el momento se han aprobado en España para la protección e igualdad LGTBIQ+, pero a día de hoy hay ciertos aspectos de la misma, como analizamos, que han quedado obsoletos, como por ejemplo, el hecho de que se necesite informe psicológico para la reasignación del género en los documentos oficiales. Si como ya hemos estudiado, la OMS ha dejado de considerar como un trastorno mental la disforia de género y la transexualidad, ¿por qué la Ley 3/2007 sigue exigiendo este requisito de existencia de un trastorno de identidad de género persistente? En su propia exposición de motivos esta apela al libre desarrollo de la persona y a la dignidad, pero, ¿el hecho de cuestionar facultativamente la identidad de género de una persona no arremete contra el libre desarrollo de su personalidad?

En definitiva, desde mi punto de vista, el apartado a) del art. 4.1 de esta Ley, que especifica como requisito que “Que le ha sido diagnosticada disforia de género. La acreditación del cumplimiento de este requisito se realizará mediante informe de médico o psicólogo clínico, colegiados en España o cuyos títulos hayan sido reconocidos u homologados en España” debería ser modificado para que vele de manera efectiva por los derechos de las personas trans. Y es que, a mi parecer, no tiene sentido no considerar la transexualidad como patología, tal y como lo hacen todas las leyes autonómicas posteriores a la 3/2007 de 15 de Marzo, en las que prima la soberanía de la voluntad frente al género

asignado al nacer, y a su vez, seguir haciendo depender de un informe médico la rectificación registral del nombre y de la mención del sexo, que además de patologizar algo que ya no se considera enfermedad, vulnera varios Derechos Fundamentales.

Por último, para cerrar este trabajo me gustaría que se tuviera nuevamente en cuenta los datos del ya mencionado Rainbow Europe a la hora de ver el estancamiento que se ha producido en España en lo que a los Derechos LGTBIQ+ respecta. En 2011 España era el segundo país europeo según el índice anual Rainbow Europe; en cambio entre 2020 y 2021 bajó hasta el puesto 6. Y este año ha decaído hasta el número 10<sup>64</sup>, lo que nos hace percatarnos de que se ha ralentizado en nuestro territorio el progreso en el respeto y cuidado del Colectivo, lo que debería ser un toque de atención tanto a la opinión popular como al Gobierno, que se agarra a lo avanzados que hemos sido históricamente en vez de intentar seguir mejorando, porque, es evidente que hemos hecho muchos progresos a lo largo de la historia, pero queda aún mucho por alcanzar, como pudimos comprobar con el simple análisis comparativo que hicimos con Malta, un país vecino que no dista tanto de España como para contar con más de un 30% de puntuación en el ranking en comparación a nuestro país.

---

64

Disponible en <https://www.elsaltodiario.com/lgtbiq/espana-pasa-del-2-al-11-puesto-ranking-europeo-derechos-lgtbiq> (fecha de última consulta: 5 de Junio de 2022).

## 6. Bibliografía

- ALONSO GARCÍA, E.: “El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española”, *Dialnet*, Nº 100-102, 1983.
- Pensamiento de Gregorio Robles, según: ALVARADO TAPIA, K. P.: “El libre desarrollo de la personalidad. Análisis comparativo de su reconocimiento constitucional en Alemania y España”, *USAT: Revista de Investigación Jurídica*, Nº 10.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I.: “De la libertad de expresión en España Una reflexión al hilo de la jurisprudencia del TEDH”, *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, 2020.
- ANZURES GURRÍA, J. J.: “La eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales”, *Cuestiones Constitucionales*, Nº 22, 2010.
- BARJOLA, J.M.: “Cinco sentencias imprescindibles para la lucha LGTBI+”, *Noticias Jurídicas*, 2021.
- BARRIUSO CLARK, G.: “Derecho Constitucional Comparado: la Libertad de Expresión en España y EE.UU”, *Universidad de Alcalá*, 2017.
- BASTIDA FREIJEDO. F. J.: “Fundamento de los Derechos Fundamentales”, *Universidad de Oviedo*.
- BERNAL PULIDO, C.: “Los Derechos Fundamentales y la Teoría de los principios”. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº30, 2007.
- BRAVO, D.: “La proposición de Ley LGTBI y la libertad de expresión”, *ElDiario.es*, 2017.
- CARRANZA LÓPEZ, R.: “Evolución histórica del Colectivo LGTB: De las leyes represivas a la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de Julio”.
- COSTA, J.P.: “La libertad de expresión según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo”.
- DE VEGA GARCÍA, P.: “La eficacia frente a particulares de los Derechos Fundamentales”.

- DIAZ LADINO, Y., GERALDI CASTO, L., ALEJANDRA VILLADA, M.: “Diferencia entre Derechos Humanos y Derechos Fundamentales”, *Universidad Católica de Colombia*.
- ELORZA SARABIA, J. D. y TEJERIZO GARCÍA, F.: “La dignidad humana. El libre desarrollo de la personalidad”, *La Constitución Española. Material formativo para profesorado*.
- EPELDE BILBAO, M.: “Vulneración de Derechos Fundamentales por motivos de identidad de género: La Ley 3/2007, de 15 de Marzo”, Universidad del País Vasco, 2020-2021.
- ESQUIVEL ALONSO, Y.: “El discurso de odio en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuestiones Constitucionales*, Nº 35, 2016.
- FIGUEROA BELLO, A.: “Aproximaciones teóricas de la igualdad en la normativa constitucional española”, *Cuestiones constitucionales*, 2012.
- GARCÍA ROLDÁN, A.: “Análisis de la legislación trans en España”, *Universidad de Huelva*, 2021.
- GARCÍA SANTOS, M.: “El límite entre la libertad de expresión y el discurso de odio: análisis de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Comillas Journals of International Relations*, Nº 10, 2017.
- GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P.: “Los principios de igualdad y no discriminación, una perspectiva de derecho comparado. España”, *Servicio de Estudios del Parlamento Europeo*, 2020.
- LAPORTA, F.: “El concepto de Derechos Humanos”, *DOXA*, Nº4, 1987.
- LÓPEZ ULLA, J. M.: “Libertad de expresión y discurso del odio”, *Universidad de Cádiz*, 2017.
- MANZANO BARRAGÁN, I.: “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre orientación sexual e identidad de género”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 64, No. 2, 2012.
- PALAU ALTARRIBA, X.: “Identidad sexual y libre desarrollo de la personalidad”, *Universidad de Lleida*, 2016.

- PECES-BARBA, G.: "Derechos fundamentales", *Universidad Carlos III de Madrid*.
- ROMBOLI, S.: "La protección de las parejas homosexuales frente a la discriminación en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo: pasado, presente y unas previsiones para el futuro", *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, 2020.
- SÁNCHEZ MARÍN, A. L.: "Concepto, fundamentos y evolución de los Derechos Fundamentales", *Revista de Filosofía EIKASIA*, Nº 231, 2014.
- SANTANA RAMOS, M.: "Claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad", *CEFD: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 29, 2014.

